

Juridiska institutionen
Examensarbete 30 hp höstterminen 2011
Juristprogrammet

Ambush marketing

En studie och analys av det rättsliga skydd som erbjuds stora idrottsevenemang i Sverige med anledning av ambush marketing

Jacob Hallberg

Handledare: Jens Andreasson
Examinator: Kristoffer Schollin



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Sammanfattning

Ambush marketing kan kortfattat beskrivas som en marknadsföringsstrategi där någon associerar sin produkt eller sitt företag med ett stort idrottsevenemang utan att ha betalat någon sponsringsavgift. Fenomenet har fötts och utvecklats i takt med en allt mer sofistikerad sponsringsmarknad där sponsorer givits exklusiv rätt att utnyttja den goodwill som förknippas med ett evenemang. I Sverige finns ingen reglering som specifikt tar sikte på ambush marketing eller stora idrottsevenemang. Istället är varumärkes- och marknadsföringsrätten av enskilt störst betydelse. Internationellt har dock flertalet länder infört s.k. sui generis reglering för att skydda stora idrottsevenemang mot ambush marketing. Detta gäller exempelvis Storbritannien där specifik reglering införts i anledning av värdskapet av OS i London 2012. Numera är alla typer av framställningar som sannolikt antyder en association med London OS förbjudna. Domstolarna får i detta hänseende särskilt beakta om orden ”games”, ”two thousand and twelve”, ”2012” och ”twenty twelve” används i kombination med varandra eller med orden ”gold”, ”silver”, ”bronze”, ”London”, ”medals”, ”sponsor” eller ”summer”. Detta betyder att den brittiska regleringen är mer långtgående än den svenska i många avseenden. Bl.a. kommer märken som skulle anses deskriptiva och således inte gå att registrera i enlighet med svensk varumärkesrätt att åtnjuta skydd. Vidare kommer ageranden som inte skulle anses otillbörliga i enlighet med svensk marknadsföringsrätt att vara förbjudna. Utvecklingen internationellt har lett till vad man kallar de horisontella och vertikala kryphålen. Det första tar sikte på att skyddet i ett land används för att legitimera skydd i annat. Det senare uppstår om ett land är värd till två olika evenemang i nära anslutning till varandra. Om ett starkt rättsligt skydd erbjuds ett visst evenemang kommer senare arrangörer att kräva samma skydd, detta oavsett evenemangets dignitet. Utvecklingen har således gått mot ett allt mer sofistikerat och långtgående skydd. Både i fler länder och för fler typer av evenemang. Trots att den svenska regleringen i många avseenden tycks ge ett väl avvägt och fullt tillräckligt skydd mot ambush marketing är det inte troligt att Sverige i framtiden kommer att få arrangera de allra största idrottsevenemangen. Detta beroende på de långtgående krav som numera ställs på arrangörsländer från exempelvis IOK och FIFA. Vidare p.g.a. av den standard på skyddet som numera tycks ha blivit regel snarare än undantag. I och med utvecklingen på området är det även troligt att Sverige kommer att få svårare att konkurrera om sådana mindre evenemang som tidigare har kunnat förläggas i Sverige.

Förkortningar

ATR	London Olympic Games and Paralympic Games (Advertising and Trading) (England) Regulations 2011
BOA	British Olympic Association
CGAA	Commonwealth Games Arrangements Act 2001
CTMR	Rådets förordning (EG) NR 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska Unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FIFA	Federation Internationale de Football Association
IOK	Internationella Olympiska Kommittén
LOAR	London Olympics Association Right
LOGPGA	London Olympic and Paralympics Games Act 2006
LOCOG	London Organising Committee of the Olympic Games
MD	Marknadsdomstolen
MEMA	Major Events Management Act 2007
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
MMA	Merchandising Marks Act 1941
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
OGAA	Olympic Arrangement Act 2000
OHIM	Office for Harmonization in the Internal Market
OIPA	Olympic Insignia Protection Act 1987
OS	Olympiska Spelen
OSPA	British Olympic Association by the Olympic Symbols etc (Protection) Act 1995
PRV	Patent- och registreringsverket
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
SGPA	Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act 1996
SOK	Sveriges Olympiska Kommitté
TF	Tryckfrihetsförordningen

TMD	Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar
TPA	Trade Practice Act 1976
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
VML	Varumärkeslag (2010:1877)
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WTO	World Trade Organisation
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

Innehållsförteckning

1 INLEDNING	6
1.1 BAKGRUND	6
1.2 SYFTE	8
1.3 AVGRÄNSNINGAR	8
1.4 METOD	9
1.5 DISPOSITION	9
2.1 OLIKA TYPER AV AMBUSH MARKETING	11
2.1.1 Direkt ambush marketing	11
2.1.2 Indirekt ambush marketing	12
2.1.3 Oförutsedd ambush marketing	12
2.2 EXEMPEL PÅ AMBUSH MARKETINGKAMPANJER	13
3 REGLERINGEN I SVERIGE.....	16
3.1 VARUMÄRKESRÄTTEN	16
3.1.1 Inledning	16
3.1.2 Internationalisering.....	17
3.1.2.1 Pariskonventionen	17
3.1.2.2 Madridarrangemanget och Madridprotokollet	18
3.1.2.3 WTO och TRIPS	20
3.1.2.4 Harmoniseringen inom EU	20
3.1.3 Skydd för varumärket i Sverige	21
3.1.3.1 Skyddets uppkomst genom registrering	22
3.1.3.2 Skyddets uppkomst genom inarbetning	28
3.1.3.3 Exempel på registreringar i kraft i Sverige	29
3.1.3.4 Skyddets innehåll	30
3.1.3.5 Undantag	34
3.2 MARKNADSFÖRINGSRÄTTEN	35
3.2.1 Inledning	35
3.2.1.1 Harmonisering inom EU	36
3.2.1.2 Självreglering	37
3.2.2 Otillbörlig marknadsföring	37
3.2.2.1 God marknadsföringssed	37
3.2.2.2 Vilseledande reklam	39
3.2.2.3 Jämförande reklam	42
3.2.3 Goodwillskydd	42
3.2.3.1 Renommésnyltning	42
3.2.4 Marknadsföring och yttrandefrihet	45
4 SUI GENERIS REGLERING	47
4.1 INLEDNING	47
4.2 SKYDD FÖR DE OLYMPISKA SPELEN I STORBRIANNIEN	47
4.2.1 Inledning	47
4.2.2 Olympic Symbols etc. (Protection) Act 1995	48
4.2.2.1 Bakgrund	48
4.2.2.2 Intrång	49
4.2.2.3 Undantag	50
4.2.3 London Olympic and Paralympic Games Act 2006	52
4.2.3.1 Bakgrund	52
4.2.3.2 Intrång	53
4.2.3.3 Undantag	55
4.2.4 Advertising and Trade Regulations 2011	56
4.2.4.1 Reklamförbud i och omkring evenemangszoner	56
4.2.4.2 Förbud mot gatuhandel	57
4.3 KORT OM SUI GENERIS REGLERING I ÖVRIGA VÄRLDEN	58
4.3.1 Australien	58
4.3.2 Sydafrika	59
4.3.3 Portugal	60

4.3.4 <i>Nya Zeeland</i>	60
5 ANALYS OCH DISKUSSION	62
6 SLUTSATSER	72
KÄLLFÖRTECKNING	74

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I takt med en ökad globalisering och hårdnande konkurrens krävs nya effektiva sätt för företag att nå ut till marknaden. Ett tillvägagångssätt som under de senaste årtionden markant ökat i popularitet är sponsring av stora evenemang, företrädesvis inom idrott.¹ Det huvudsakliga syftet för ett företag att sponsra ett stort idrottsevenemang är för att fullfölja de kommunikativa och strategiska mål som satts upp inom ramen för en större marknadsföringsstrategi.² Det handlar ofta om att exponera det egna varumärket, men även om att minimera konkurrenters möjligheter till att visa upp sig.³ I slutändan handlar det alltså om att skaffa sig marknadsfördelar. Sponsringsmarknaden är idag enorm. Över 320 miljarder kr beräknas företag världen över spendera på sponsring under 2011. Av dessa härrör omkring 120 miljarder kr till Nordamerika och över 90 miljarder kr till Europa. Nästan 70 % av sponsringen beräknas ske inom segmentet sport.⁴

Ambush marketing kan kortfattat beskrivas som en marknadsföringsstrategi där någon associerar sin produkt eller sitt företag med ett stort idrottsevenemang utan att ha betalat någon sponsringsavgift.⁵ Fenomenet har fötts och utvecklats i takt med en allt mer sofistikerad sponsringsmarknad.⁶ Under 1950- och 1960-talet skedde en stor utveckling vad gäller synen på sponsring och det blev allt vanligare att företag ville vara sponsorer för stora idrottsevenemang. Vid denna tidpunkt hade dock alla som ville vara sponsorer möjlighet att få till någon form av uppgörelse. Någon anledning att använda sig av ambush marketing förelåg därför inte. Denna generösa syn på sponsring gjorde emellertid att många idrottsevenemang hade svårt att anskaffa

¹ Hellner, Gregory, och Jeffery Hechtman, "Corporate sponsorships of sports and entertainment events: Considerations in drafting a sponsorship management agreement", *Marquette Sports Law Review* (2000), Vol 11 Nummer 1, s. 1.

² Burton, Richard, "Organizational Power Games", *Marketing Management* 27 (1998), s. 27.

³ *Ibid*, s. 31.

⁴ IEG Sponsorship Report (4 januari 2011)

⁵ Scaria, Arul George, *Ambush Marketing: Game Within a Game* (New Delhi: Oxford University Press, 2008), s. 28.

⁶ Det tycks numera vara allmänt accepterat att termen ambush marketing som sådan ska ha myntats av en viss Jerry C Welsh medan han arbetade på American Express. Se Johnsson, Philip, "Look Out! It's an ambush", *Sweet and Maxwells International Sports Law Review* (2008) Vol 8; Uppl. 2/3, s. 24.

tillräckligt med finansiering.⁷ I slutet av 1970-talet stod de olympiska spelen på branten till kollaps. I anledning av detta började Internationella Olympiska Kommittén (IOK) att sälja globala sponsrings- och sändningsrättigheter. Nya kategorier av sponsring introducerades i form av officiell sponsor, officiell leverantör och officiell licensinnehavare. De olika sponsorpaketerna hade det gemensamma karaktärsdraget av att vara exklusiva. För första gången stängdes företag som ville marknadsföra sig tillsammans med OS ute. De som fick bli sponsorer visste att de skulle få en exklusiv rätt att associera sig med OS. De skulle, till skillnad från sina konkurrenter, få möjlighet att dra nytta av spelens upparbetade goodwill. OS i Los Angeles 1984 kunde arrangeras tack vare sponsringsavgifter och för första gången någonsin gick ett OS med vinst. De olympiska spelen var räddade och ambush marketing var fött.⁸

Studier visar att majoriteten av dem som idag tar beslut om sponsring ser ambush marketing som ett växande problem. De skulle helst undvika att sponsra evenemang som kontinuerligt är utsatta för olika typer av ambush marketingkampanjer.⁹ IOK ställer idag därför krav på att de städer som ansöker om att få arrangera OS garanterar att värdlandet kan erbjuda det skydd som är nödvändigt för att effektivt reducera och sanktionera ambush marketing. De immateriella olympiska tillgångarna måste skyddas och bl.a. användningen av förväxlingsbara ord och symboler måste förbjudas.¹⁰ Även Internationella Fotbollsförbundet (FIFA) ställer krav på att de länder som arrangerar världsmästerskapen i fotboll ska kunna garantera skydd som förbjuder alla typer av ambush marketing.¹¹

⁷ Johnsson, Phillip, EIPR Practice Series, *Ambush Marketing: A Practical Guide to Protecting the Brand of a Sporting Event* (London: Sweet & Maxwell, 2008), s. 4.

⁸ Se Johnson (1), *supra* not 6, s. 24 ff. Se även avsnitt 2.2 *Exempel på ambush marketingkampanjer* för exempel på några av de strategier som användes.

⁹ Grady, John, och McKelvey, Steve, "Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers", *21-WTR Ent. And Sports Law*. 8 (2004), s. 13.

¹⁰ Se 2012 Candidature Procedure and Questionnaire: Games of the XXXX Olympiad in 2012, del 1 p. 1.5 och del 2 tema 3 Q.3.5. Tillgänglig på www.olympic.org/Documents/Reports/EN/en_report_810.pdf. (Senast besökt 2011-10-03) Se även Host City Contract: Games of the XXXX Olympiad in 2012, kap VII och kap VII p. 48(c). Tillgänglig på www.gamesmonitor.org.uk/files/Host%20City%20Contract.pdf. (Senast besökt 2011-10-03).

¹¹ Se 2018 FIFA World Cup Host City Agreement, p. 4.12.2. Tillgänglig på <http://www.scribd.com/doc/22730449/World-Cup-Host-City-Agreement> (Senast besökt 2011-10-03).

Ambush marketing kan ta många olika former, vissa lagliga och andra olagliga. Desto mer långtgående åtgärder som genomförs för att stoppa ambush marketing oavsett form, desto större summor pengar kan en arrangör kräva av sina sponsorer. Samtidigt kan en ökad reglering av ambush marketing innebära att beteenden på marknaden som annars anses normala och lagliga, förbjuds enbart till förmån för de stora idrottsevenemangens kommersiella intressen.

1.2 Syfte

Det övergripande syftet med arbetet är att studera och analysera det rättsliga skydd som erbjuds stora idrottsevenemang i Sverige med anledning av ambush marketing. Den svenska nationella regleringen ska utvärderas mot bakgrund av den internationella trenden med alltmer sui generis åtgärder riktade mot ambush marketing. Syftet är att ta pulsen på den svenska rättsordningen i detta avseende och att försöka belysa vad Sverige kan komma att ha att förvänta sig i framtiden. Syftet är också att utvärderingen ska kunna ligga till grund för framtida diskussioner om balansen mellan olika intressen och vad som utgör ett välbalanserat och tillräckligt effektivt skydd mot ambush marketing.

1.3 Avgränsningar

Den svenska regleringen på området utgår från immaterial- och marknadsrätten. Dock är varumärkes- och marknadsföringsrätten av störst enskild betydelse för problemen med ambush marketing varför endast dessa kommer att behandlas. Exempelvis upphovsrättslagen, patentlagen och mönsterskyddslagen kommer därför att lämnas utan avseende. Detsamma gäller konkurrenslagen. Vidare kommer inte alla aspekter av varumärkes- och marknadsföringsrätten att behandlas. I och för sig intressanta sidor av skyddet som härrör till sanktionssystemen och reglernas genomdrivande i domstolar kommer att lämnas utan avseende. Detta eftersom arbetet främst tar sikte på skyddets räckvidd i materiellt hänseende. Detta gäller även för de sui generis regleringar som införts internationellt. De regler som i svensk rätt reglerar var, hur och under vissa förutsättningar exempelvis skyltar och affischtavlor får sättas upp på allmän plats återfinns i plan- och bygglagen, miljöbalken och väglagen. Dessa kommer inte att behandlas inom ramen för detta arbete.

1.4 Metod

Mitt arbete tar sin utgångspunkt i traditionell rättsdogmatisk metod. Således har jag studerat lagtext, förarbeten, praxis och doktrin i syfte att beskriva rättsläget i Sverige. Detsamma gäller för den internationella regleringen på området. Här har dock fokus i ännu större mån legat på lagtext. Utöver doktrin har artiklar i utländska immaterialrättsliga tidskrifter använts men även mindre traditionella källor såsom intresseorganisationers reflektioner över rättsläget.¹² De sistnämnda källornas rättskällestatus är som vi kommer att se oförutsägbar men kan komma att fylla en viktig funktion pga. avsaknaden av vägledande avgöranden och förarbeten. Det återstår att se vilket genomslag de får i framtida domar på området. Min metod har också ett komparativt inslag på så sätt att jag jämför regelverken i Sverige och Storbritannien. Vidare diskuteras utvecklingen på området mot bakgrund av lagstiftning i Australien, Sydafrika, Portugal och Nya Zeeland. Den komparativa metoden sträcker sig dock inte längre än att på en grundläggande nivå ställa de olika regelverkens räckvidd mot varandra. Inte minst strukturella skillnader med utgångspunkt i diskrepansen mellan civil law och common law har bortsetts från.

1.5 Disposition

I *kapitel 2* beskrivs vad ambush marketing är och vilka olika typer av strategier som finns. Vidare ges ett antal exempel på kampanjer som varit särskilt uppmärksammade under årens lopp. I *kapitel 3* beskrivs hur skyddet mot ambush marketing ser ut i Sverige genom varumärkes- och marknadsföringsrätten. I nästkommande *kapitel 4* redogörs för de sui generis åtgärder som vidtagits i Storbritannien i anledning av OS i London 2012. Vidare ges en ytterligare inblick i några ytterligare länders sui generis regleringar på området. I *kapitel 5* analyseras den svenska regleringen mot bakgrund av sui generis regleringen i Storbritannien. Vidare diskuteras den internationella utvecklingen på området. I avslutande *kapitel 6* redogörs för de slutsatser som kan dras angående den svenska regleringen, utvecklingen på området och huruvida Sverige måste göra några förändringar för att i framtiden kunna arrangera stora idrottsevenemang.

¹² I detta sammanhang talar man ofta om s.k ”soft law”, eller mjuk normbildning, då de tillkommer utanför det statliga systemet för lagstiftning och lagtillämpning. Sådana källor kan likväl ha stor faktiskt genomslagskraft om de uppfattas som auktoritativa. Inte minst är det många gånger så att statsmakten medvetet lämnat frågor att lösas på denna väg, exempelvis när hänvisning lämnas till allmän god sed-standard. Se Bernitz, Ulf, mfl. Finna rätt, (Stockholm: Nordsteds Juridik AB, 2002), Upplaga 7, s. 148 ff.

2 Vad är ambush marketing?

Ambush marketing har getts många mer eller mindre långtgående innebörder. Det har sagts att ambush marketing är en planerad kampanj där en aktör indirekt försöker associera sig själv med ett evenemang för att i vart fall kunna dra nytta av några av de fördelar som förknippas med att vara officiell sponsor.¹³ Det har förklarats som när en icke-sponsor försöker avleda uppmärksamhet från de officiella sponsorerna och till sig själv, på ett sätt som underminerar effektiviteten av sponsring och således värdet av att vara sponsor.¹⁴ IOK har beskrivit ambush marketing som varje åtgärd som, oavsett ett kommersiellt syfte eller inte, försöker att skapa en obehörig eller falsk association med OS.¹⁵ På senare år har även ”intrång”, där ingen association skapas, men fördelar åtnjuts av att befinna sig i eller omkring ett evenemang ansetts innefattas i begreppet.¹⁶

Nya marknadsföringsstrategier gör således att gränserna för vad som utgör ambush marketing hela tiden tänjs. Inom ramen för detta arbete kan ambush marketing därför sägas vara varje typ av beteende med strävan, kommersiellt eller icke kommersiellt, att skapa association med eller dra nytta av ett stort evenemang, utan att ha fått tillåtelse av arrangören att göra detta. Definitionen är bred varför ett mycket stort antal aktiviteter kan anses falla inom dess område. Från aktörer som medvetet tar till olagliga metoder till aktörer som med helt legitima marknadsföringskampanjer råkar dra nytta av det intresse och den enorma mediabevakning som omgärdar ett stort idrottsevenemang.

¹³ Sandler, Dennis, och Shani, David, ”Olympic Sponsorship v ’Ambush Marketing’: Who gets the gold?” *Journal of advertising research*, Volym 9 Nr 11. (1989).

¹⁴ Meenaghan, Tony, ”Ambush Marketing: Corporate Strategy and Consumer Reaction”, *Psychology and Marketing* Volym 15 Nr 4, s. 305 (1998).

¹⁵ Se ”IOC requirements on brand protection and ticket touting”. Tillgänglig på http://www.culture.gov.uk/images/freedom_of_information/AnnexAforCase24489.pdf (Senast besökt 16 september 2011).

¹⁶ Johnson (2), *supra* not 7, s. 8.

2.1 Olika typer av ambush marketing

I ett försök att förklara ambush marketing kan begreppet brytas ner i *direkt* ambush marketing, *indirekt* ambush marketing och *oförutsedd* ambush marketing.¹⁷ Kategoriseringarna i sig har ingen betydelse men visar på bredden i definitionen.

2.1.1 Direkt ambush marketing

Direkt ambush marketing tar sikte på när en aktör medvetet försöker skapa en direkt association mellan sig själv och ett evenemang. Detta självfallet under förutsättning att aktören inte är en officiell sponsor. Motivet är allt som oftast att dra nytta av den stora uppmärksamhet ett evenemang skapar men kan även vara ett sätt att attackera en konkurrent som är officiell sponsor.

I sin enklaste form kan direkt ambush marketing ta sig uttryck i ett medvetet och obehörigt användande av skyddade immateriella rättigheter. En aktör använder då exempelvis ett evenemangs logo, namn eller slogan för att ge intrycket av att vara officiell sponsor. En annan taktik är att attackera en konkurrents officiella sponsring i ett försök att förvirra konsumenterna om vem som egentligen är officiellt kopplad till evenemanget.¹⁸ Detta görs företrädesvis genom marknadsföring som tar sikte på konkurrenten, eventuellt genom jämförande reklam. En annan vanligt förekommande strategi är användandet av legitima länkar kopplade till evenemanget, exempelvis ett lag eller en idrottare.¹⁹ En direkt association kan då skapas mellan det egna varumärket och evenemanget utan att skyddade immateriella rättigheter används. En sista typ av direkt ambush marketing tar sikte på sponsorer, som förvisso är officiella partners till evenemanget, men som går utanför vad som överenskommit i sponsorkontraktet. Detta kan exempelvis ta sig uttryck i att presentreklam delas ut under en viss tävling trots att en annan officiell sponsor fått denna exklusiva rätt.

¹⁷ Se här och i det följande Chadwick, Simon, och Burton, Nicholas, "Ambushed!", *The Wall Street Journal: Business Insight*, 25 januari 2010.

¹⁸ Även kallat "predatory ambushing".

¹⁹ Även kallat "coattail ambushing".

2.1.2 Indirekt ambush marketing

Indirekt ambush marketing tar sikte på när en aktör avsiktligt skapar en association med ett evenemang genom att göra antydningar eller indirekta referenser. Genom att exempelvis använda kombinationer av bilder och termer, som var för sig inte är direkt förknippade med ett evenemang, kan en illusion skapas av att en koppling till evenemanget i fråga likväl finns.²⁰ Vidare kan en aktör genom att närvara i anslutning till ett evenemang komma att förknippas med detsamma, detta trots att ingen referens görs till evenemanget som sådant. Genom närvaron skapar aktören en medvetenhet hos evenemangets publik vad gäller det egna märket.²¹ En annan strategi är skapandet av en kampanj som utgår från samma värden eller teman som ett stort evenemang.²² Aktören kan då ta del av den positiva laddning som omgärdar evenemanget utan att för den sakens skull använda evenemangets skyddade immateriella rättigheter. En liknande taktik är att sponsra eller arrangera ett annat evenemang som på något sätt relaterar till det stora idrottsevenemang man vill förknippas med.²³ Detta kan exempelvis ta sig uttryck i att man efter OS arrangerar en löpartävling och således tar tillvara på det ökade intresse som brukar uppstå för idrott generellt.

2.1.3 Oförutsedd ambush marketing

Oförutsedd ambush marketing tar istället sikte på situationer där en aktör associeras med ett evenemang utan att aktören själv medvetet försökt skapa en sådan länk. Typexemplet är när media nämner eller kommenterar utrustning och kläder som används av de aktiva, eller när ett företag erbjuder en tjänst som har koppling till evenemanget. Risk föreligger då för att konsumenter uppfattar aktören som officiellt knuten till evenemanget. En annan strategi som kan hänföras till oförutsedd ambush marketing är när aktörer ökar sin vanliga marknadsföring under tiden för ett stort evenemang. De drar då nytta av den ökade mediabevakningen och det ökade antalet TV-tittare. Även om tanken inte är att skapa någon egentlig association med evenemanget kan faktumet att en aktör har mer tid och plats i media än normalt medföra att kopplingar görs.

²⁰ Även kallat "association ambushing".

²¹ Även kallat "distractive ambushing".

²² Även kallat "value ambushing".

²³ Även kallat "parallel property ambushing".

2.2 Exempel på ambush marketingkampanjer

Det finns otaliga exempel på marknadsföringskampanjer i anslutning till stora idrottsevenemang som direkt eller senare kommit att anses falla inom begreppet ambush marketing. Nedan följer en översiktlig genomgång av några av de mest uppmärksammade och intressantaste kampanjerna och strategierna.

Sponsring av TV-sändningar av ett evenemang

Ett av de första och mest kända fallen av ambush marketing ägde rum under OS i Los Angeles 1984. Fuji, en japanskt tillverkare av kameror med tillbehör, var huvudsponsor för spelen. Kodak, en av företagets största konkurrenter, valde då att sponsra ABS:s TV-sändningar från OS.²⁴ På detta sätt kunde Kodak göra en koppling till OS utan att för den sakens skull bli en officiell sponsor. Samma sak hände när McDonalds sponsrade vinter-OS i Calgary 1988. McDonalds största konkurrent vid denna tidpunkt, Wendy's, sponsrade då ABC:s sändningar från spelen.²⁵

Sponsring av idrottare och lag

Det är även vanligt att ett lag eller en enskild idrottare används vid ambush marketing. Denna strategi visades upp redan vid OS i Barcelona 1992 och i Atlanta 1996. Vid det senare tillfället bar sprintern Linford Christie linser med Pumas logo när han deltog i presskonferensen inför finalen på 100 meter. Detta trots att Reebok var officiell sponsor för spelen.²⁶ Vid OS i Sydney 2000 var Nike officiell klädsponsor för det australiensiska laget. Ian Thorpe, simmare och femfaldig medaljör under spelen, var i sin tur sponsrad av Adidas. Under en av medaljceremonierna valde Thorpe att dölja Nikes logo på sina kläder med hjälp av en handduk. Detta skapade stora rubriker.²⁷ Ännu mer uppmärksamhet skapades emellertid 2008 kring Li Ning, Kinas mest kända gymnast och tillika grundare av skomärket med samma namn. När Li Ning under öppningsceremonin av OS i Peking hade äran att tända den olympiska

²⁴ Johnson (2), *supra* not 7, s. 8.

²⁵ Scaria, *supra* not 5, s. 32.

²⁶ Driscoll, Helene, 'Thinking of using the 2012 Olympics in your marketing?' *Martinaeu IP and Technology Bulletin*, (augusti 2011).

²⁷ Curthoys, James, och Kendall Christopher, 'Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A Retrospective', *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Volym 8 Nr 2 (2001), punkt 69.

elden, kunde upp emot fyra miljarder människor se honom bära skor från det egna märket.²⁸

Marknadsföringskampanjer i anslutning till ett evenemangsområde

Ett klassiskt exempel på ambush marketing är när aktörer som inte utgör officiella sponsorer köper upp marknadsföringsutrymmet på affischtavlor i nära anslutning till ett evenemangs olika områden. Detta var fallet under OS i Atlanta 1996 då Nike köpte upp rätten att annonsera på merparten av stadens affischtavlor. Att det var Reebok och inte Nike som var officiell sponsor för spelen var därmed lätt att missuppfatta.²⁹ Att de som besöker och vistas i och omkring ett evenemangsområde utnyttjas är även det vanligt. Under samma OS sågs exempelvis ett stort antal åskådare vifta med Nike-flaggor inne på arenorna.³⁰ På liknande sätt tog det holländska bryggeriet Bavaria hjälp av publiken under fotbolls-VM i Sydafrika 2010. Eftersom Budweiser var officiell öl-sponsor blev 36 kvinnor utslängda från en match då de bar korta orangea klänningar med Bavarrias logo.³¹ Tjejer i dessa orangea klänningar syntes sedan överallt under VM. FIFA:s agerande för att stoppa dem skapade enormt intresse världen över vilket innebar publicitet för Bavaria till ett värde som vida översteg deras marknadsföringsbudget.

Marknadsföringskampanjer som associerar till ett evenemang

Vid vinter-OS i Lillehammer 1994 var Visa officiell sponsor. Konkurrenten American Express marknadsförde sig då med en världsomfattande kampanj med sloganen: "If you're traveling to Lillehammer, you'll need a passport, but you don't need a visa."³² American Express använde inga skyddade immateriella rättigheter kopplade till vare sig OS eller Visa. Likväl lyckades de associera sig med OS liksom ge sin konkurrent en känga. Vid OS i Peking 2008 använde Nike frekvent numret 8 i sina marknadsföringskampanjer. Numret är en symbol för tur och lycka i Kina och

²⁸ Oshinsky, Dan, The greatest free ad ever, *Rocky Mountains News*, 9 augusti 2008. Tillgänglig på http://blogs.rockymountainnews.com/2008_summer_olympics_blog/archives/2008/08/the-greatest-free-ad-ever.html# (Senast besökt 19 september 2011).

²⁹ Davis, Matthew, "Games' eagle-eyed sponsor police", 14 augusti 2004. Tillgänglig på <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3565616.stm> (Senast besökt 19 september 2011)

³⁰ Scaria, *supra* not 5, s. 38.

³¹ Gibson, Owen (16 June 2010). "World Cup 2010: Women arrested over 'ambush marketing' freed on bail". *The Guardian* (London). Tillgänglig på <http://www.guardian.co.uk/football/2010/jun/16/fifa-world-cup-ambush-marketing>. (Senast besökt 19 september 2011).

³² Jones, Derek, "Chicken flavoured omelettes" juli 2007. Tillgänglig på http://www.myersfletcher.com/pdf/529657_1_amended.pdf. (Senast besökt 19 september 2011).

användes av arrangörerna som symbol för spelen.³³ En annan vanlig teknik som används vid ambush marketing är de s.k. ”lycka till-” och ”grattiskampanjerna”. Strax innan OS i Barcelona 1992 körde exempelvis Pepsi en reklamkampanj med meddelandet ”From all of us at Pepsi to our friend and partner Earvin Johnson: Go get’em, Magic”. Coca Cola var spelens officiella sponsor.³⁴

³³ Chadwick och Burton, *supra* not 17.

³⁴ Scaria, *supra* not 5, s. 37.

3 Regleringen i Sverige

I Sverige finns ingen reglering som specifikt tar sikte på ambush marketing eller stora idrottsevenemang. Någon enhetlig reglering finns inte heller på internationell nivå. I Sverige är därför immaterial- liksom marknadsrätten utgångspunkten för skyddet mot ambush marketing. Internationella fördrag, EU-direktiv och EU-förordningar spelar därför en viktig roll. Fokus i detta arbete har lagts på varumärkes- och marknadsföringsrätten då dessa har enskilt störst betydelse för skyddet i Sverige.

3.1 Varumärkesrätten

3.1.1 Inledning

Ett varumärke kan till stor del ses som ett företags, eller evenemangs, hela upparbetade värde i form av en image. Varumärket är inte sällan att se som en självständig tillgång, och de mest välkända kan ha värden som uppskattas till miljarder.³⁵ Ett varumärke fungerar som en ursprungsangivelse, men kan också fungera som ett tecken på godkännande. Få konsumenter som ser en läskedrycksburk med texten ”Drycken för OS 2012” kommer att tro att det är IOK som har distribuerat och marknadsfört den. Det föreligger dock stor risk för att konsumenten uppfattar en officiell koppling till OS i London 2012. Det är denna aspekt av varumärkens funktion som är särskilt viktig i relation till ambush marketing.³⁶

I vår kulturkrets, och särskilt i samband med stora idrottsevenemang, är det självklart att landgränser inte utgör barriärer för kulturliv. Det är således uppenbart att det behövs effektiva, internationella system för det varumärkesrättsliga skyddet.³⁷

³⁵ Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt* (Stockholm: Nordstedts Juridik AB), Upplaga 10, s. 378.

³⁶ Johnson (2), *supra* not 7, s. 14.

³⁷ Traditionellt är dock utgångspunkten att rätten till ett varumärke är nationell. Den svenska varumärkesrätten ger enligt huvudregeln inget skydd mot att utomstående i kommersiellt syfte fritt kopierar och utomlands använder i Sverige skyddade varumärken. Immaterialrätten är således territoriellt begränsad. Denna principiella utgångspunkt har dock fått modifieras väsentligt i och med en allt större internationalisering på området, inte minst med tanke på Sveriges medlemskap i EU. Se Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrsson, Lars, och Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (Stockholm: Jure, 2004) Upplaga 8, s.7.

3.1.2 Internationalisering

Internationaliseringen av varumärkesrätten har två huvudmål; (1) underlätta och främja registrering i internationella sammanhang och (2) harmonisera standarden för det skydd som ges.³⁸ Denna internationalisering har ett par viktiga fokuspunkter. En är WIPO (World Intellectual Property Organisation/ Världsorganisationen för immateriella rättigheter), vars uppgift är att främja den tilltagande utvecklingen och harmoniseringen av lagstiftning, standarder och förfaranden inom alla immaterialrättsliga områden. WIPO administrerar Pariskonventionen från 1883. Vidare administrerar WIPO 1891 års Madridarrangemang och 1989 års Madridprotokoll. De två sistnämnda har som syfte att centralisera och förenkla en världsomfattande registrering, men erbjuder inte ett ”internationellt varumärke” som sådant.³⁹ Tack vare dessa fördrag är det möjligt för en sökande att få skydd för sitt varumärke i ett stort antal olika länder med hjälp av en enda ansökan.

Även TRIPS-avtalet, administrerat av Världshandelsorganisationen (WTO), har bidragit till harmonisering av den materiella varumärkesrätten. En annan initiativkälla av oerhörd vikt är EU. Införandet av fri rörlighet för varor och tjänster inom EU liksom främjandet av en effektiv konkurrens inom gemenskapen har lett till två viktiga steg i utvecklingen. Det första var harmoniseringsdirektivet 89/104/EEG om tillnärmningen av medlemsstaterna varumärkeslagar. Det andra var antagandet av förordningen (EEG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken.⁴⁰

3.1.2.1 Pariskonventionen

Sverige har liksom övriga Europa och sammanlagt 173 länder anslutit sig till Pariskonventionen, den första internationella konventionen till skydd för industriella rättigheter. Konventionen sätter ut minimiregler som alla medlemmar måste följa. Viktigast är att en ansökan i ett medlemsland ger 6 månaders prioritet i övriga länder anslutna till konventionen.⁴¹ Detta innebär att en märkesinnehavare som lämnat in en ansökan i en kontraktstat har 6 månaders förtur att registrera märket i övriga länder. Efter denna period är det som utgångspunkt fritt fram för andra att registrera märket

³⁸ Seville, Catherine, EU intellectual property law and policy (Cheltenham: Edwards Elgar, 2009), s. 212 f.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Pariskonventionen, art 4.

i de länder någon ansökning inte gjorts. Själva prövningen av ansökan sker dock på nationell nivå i respektive land.⁴²

När ett varumärke väl blivit registrerat i en kontraktsstat, är den registreringen oberoende av övriga registreringar av varumärket i andra kontraktsstater. Detta inkluderar även ursprungslandet.⁴³ Effekten av den bestämmelsen är att ett upphörande eller ogiltigförklaring av en registrering i ett kontraktsland inte påverkar giltigheten av en registrering i ett annat. En registrering kan enligt konventionen vägras i vissa särskilt angivna fall, nämligen när ett märke kränker tredje mans förvärvade rättigheter, när det saknar särskiljningsförmåga, är i strid med allmän moral eller när märket är av sådan natur att det kan vilseleda allmänheten.⁴⁴

Kontraktsstaterna är även skyldiga att ge skydd åt välkända varumärken⁴⁵, servicemärken⁴⁶ och kollektivmärken⁴⁷ och har åtagit sig att ge ett effektivt skydd mot illojal konkurrens⁴⁸.

3.1.2.2 Madridarrangemanget och Madridprotokollet

Kort efter att Pariskonventionen trädde i kraft signerades och ratificerades Madridarrangemanget (Madrid Arrangement for the Registration of Marks) av fyra länder. Syftet var att åstadkomma en internationell registreringsprocess där en sökande skulle kunna få skydd av alla anslutna länder.⁴⁹ Madridarrangemanget har reviderats ett flertal gånger, bl.a. i Stockholm 1967 och 1979, och är numera ratificerat av 56 länder. Sverige är dock inte ett av dessa. Istället är Sverige, liksom 83 andra länder, del av det anslutna Madridprotokollet från 1989.⁵⁰ Syftet med protokollet har varit att göra Madridsystemet attraktivt också för de länder som inte tillträtt arrangemanget, däribland de nordiska länderna samt USA och Storbritannien.⁵¹ Madridprotokollet utgår från samma grund som

⁴² Pariskonventionen, art 6(1).

⁴³ *Ibid*, art 6(3).

⁴⁴ *Ibid*, art. 6quinquies.

⁴⁵ *Ibid*, art. 6bis.

⁴⁶ *Ibid*, art. 6sexies.

⁴⁷ *Ibid*, art. 7bis.

⁴⁸ *Ibid*, art. 10bis.

⁴⁹ Seville, *supra* not 38, s. 215.

⁵⁰ Se http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/madrid_marks.pdf.

⁵¹ Levin, *supra* not 35, s. 390.

Madridarrangemanget men är ett särskilt internationellt avtal med sin egen medlemskrets. Sett från ett svenskt perspektiv är det således enbart intressant att se till Madridprotokollet.

Madridprotokollet innebär att såväl fysiska som juridiska personer hemmahörande i något av länderna slutna till protokollet kan få sitt märke registrerat i samtliga kontraktsstater genom en enda ansökan. Utgångspunkten är då en nationell ansökan eller registrering som via det nationella kontoret för registrering skickas vidare till WIPO.⁵² Den som ger in en internationell ansökan om registrering måste ange de länder i vilka skyddet ska gälla. Det är dock upp till respektive land att avgöra om skydd ska ges.⁵³ Ett avslag kan dock endast baseras på de grunder som återfinns i Pariskonventionen.

Under en period om fem år är den internationella registreringen beroende av den ursprungliga ansökan eller registreringen. Om den ursprungliga ansökan avslås eller om registreringen i ursprungslandet ogiltigförklaras, faller skyddet i samtliga designerade länder.⁵⁴

Skyddet som ges varumärken som registreras genom denna process måste motsvara det skydd som ges nationella varumärken i respektive land.⁵⁵ De internationella varumärkesansökningar som sker i Sverige genom WIPO blir således i princip behandlade som direkta varumärkesansökningar här.⁵⁶ Sedan 2004 är EU anslutet till Madridprotokollet. Det betyder att Kontoret för harmonisering inom den inre marknaden (OHIM)⁵⁷ accepterar internationella varumärkesansökningar med gemenskapen som designerat land.⁵⁸

⁵² Madridprotokollet, art. 2.

⁵³ *Ibid*, art. 3bis.

⁵⁴ *Ibid*, art. 6 (2)-(3).

⁵⁵ *Ibid*, art. 4 (1)(a).

⁵⁶ Se 54 §, 55 § 2 & 3 st. VML.

⁵⁷ Se nedan under avsnitt 3.1.2.4 *Harmoniseringen inom EU*.

⁵⁸ Levin, *supra* not 35, s. 391.

3.1.2.3 WTO och TRIPS

Alla stater som önskar bli medlemmar i WTO måste ratificera TRIPS-avtalet.⁵⁹ Sverige, tillsammans med 152 andra länder, är numera medlemmar i WTO och således bundna av TRIPS.⁶⁰ Genom TRIPS har vi fått en sammanhängande immaterialrättslig skyddsordning med nästintill global omfattning. Avtalet stadgar den materiella varumärkesrätt som ska finnas i alla medlemsländer.⁶¹ Sveriges tillträde till TRIPS har emellertid inte medfört några omedelbara ändringar av svensk lag, som väl ansetts motsvara bestämmelserna i avtalet.⁶²

3.1.2.4 Harmoniseringen inom EU

För att underlätta den fria rörligheten av varor och tjänster inom EU är det av stor betydelse att registrerade varumärken har samma rättsliga skydd i alla medlemsstater. Genom rådets direktiv 89/104/EEG av den 21.12.1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar, numera konsoliderat i direktiv 2008/95/EG, har man därför i stor utsträckning harmoniserat materiell nationell varumärkesrätt.⁶³

Ytterligare ett steg togs genom förordningen (EEG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken. Genom nämnda förordning etablerades ett gemensamt system, en enhetsrätt för varumärken i EU. Genom registrering hos OHIM kan ett märke erhålla status som gemenskapsvarumärke och således få skydd inom hela territoriet. Till skillnad från internationella ansökningar genom Madridprotokollet ska inte olika länder designeras, registreringen ger automatiskt skydd i alla EU:s 27 medlemsländer.⁶⁴

⁵⁹ Levin, *supra* not 35, s. 389.

⁶⁰ Såväl EU som alla länder inom unionen är anslutna till TRIPS. Se <http://www.wto.com/about/member-countries>. (Senast besökt 2011-11-21). EU-domstolen har dock inte velat tillerkänna huvudavtalet om WTO eller TRIPS direkt effekt. Se Bernitz m.fl., *supra* not 37, s.12.

⁶¹ TRIPS, art. 15-21.

⁶² Bernitz m.fl., *supra* not 37, s.12.

⁶³ Levin, *supra* not 35, s. 60.

⁶⁴ Detta medför att det räcker med hinder för registrering i ett land för att en ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke ska avslås. Systemet är ett s.k. öppet system vilket innebär att det inte enbart är sökanden från EU:s medlemsländer som accepteras. Alla med anknytning till ett land som är medlem i WTO eller anslutna till Pariskonventionen kan ansöka om att få sitt märke registrerat som gemenskapsvarumärke. Se Levin, *supra* not 35, s. 381 ff.

3.1.2.4.1 Sverige och EU

Genom det svenska EU-medlemskapet omfattas Sverige fullt ut av EU-rätten. Det betyder att förordningar är direkt gällande som lag och att svensk lag ska tolkas mot bakgrund av direktiv. Bestämmelserna i EU:s varumärkesdirektiv har inte s.k. horisontell direkt effekt, vilket innebär att ett enskilt rättssubjekt inte kan åberopa dessa bestämmelser inför nationell domstol i en tvist mot ett annat enskilt rättssubjekt. Enligt EU-domstolens praxis är dock nationella domstolar, vid tillämpning av nationell rätt och i synnerhet av de bestämmelser i en nationell lag som har införts särskilt för genomförandet av ett direktiv, skyldiga att tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås.⁶⁵

3.1.3 Skydd för varumärket i Sverige

Det finns således fyra tillvägagångssätt för att få ett varumärke skyddat i Sverige.⁶⁶ För det första kan en ansökan göras hos Patent och Registreringsverket (PRV) om registrering som nationellt varumärke i enlighet med Varumärkeslagen (VML). Vidare kan ansökan göras hos OHIM om registrering som gemenskapsvarumärke eller hos WIPO under Madridprotokollet med Sverige som designerat land. Slutligen kan skydd uppnås genom att varumärket inarbetas i Sverige.

VML trädde i kraft den 1 juli 2011 och ersatte då Varumärkeslagen (1960:644) och Kollektivmärkeslagen (1960:645). Materiellt skiljer sig inte lagen nämnvärt från 1960 års lag. De största förändringarna är istället strukturella. De viktigaste förändringarna under de senaste 50 åren har istället rört anpassningen till harmoniseringsdirektiven, TRIPS och ratificeringen av Madridprotokollet. Idag ligger den svenska regleringen på ett föredömligt sätt tätt inpå den europeiska lagstiftningen på området.⁶⁷ Eftersom Madridprotokollet tillförsäkrar varumärken samma skydd i det designerade landet som om registreringen skett där, är reglerna enligt VML, varumärkesdirektivet (TMD) och förordningen om gemenskapsvarumärken (CTMR) av störst intresse för

⁶⁵ Se mål 14/83 *Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891, punkten 26. Denna princip om s.k. direktivkonform tolkning har därefter utvecklats vidare. Enligt EU-domstolens praxis gäller numera att nationella domstolar vid tillämpning av nationell rätt, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter direktivet, är skyldiga att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten i enlighet med direktivet. Se exempelvis mål C-106/89 *Marleasing SA mot La Comercial Internacional de Alimentacion SA* [1990] ECR I-4135.

⁶⁶ Levin, *supra* not 35, s. 400.

⁶⁷ *Ibid.*, s. 378 ff.

skyddet i Sverige. Reglerna speglar i stor utsträckning varandra vad gäller den materiella rätten.⁶⁸

Registreringsproceduren hos PRV eller OHIM ska inte behandlas närmare. Nämnas ska endast att ansökan ska ange en förteckning över de varor och tjänster som varumärket avser och vilka klasser dessa tillhör.⁶⁹ Förutsättningarna för att få ett märke registrerat, de invändningar som kan göras liksom skyddet mot intrång är mer intressant att studera sett till varumärkesrättens genomslag vad gäller ambush marketing.

3.1.3.1 Skyddets uppkomst genom registrering

För att ett märke ska kunna registreras krävs att det uppfyller tre krav. Märket måste falla inom definition av vad som utgör ett *registrerbart märke*, det får inte bli exkluderat av någon av de *absoluta förutsättningarna* för registrering samt märket får inte bli undantaget av någon av de *relativa förutsättningarna* för registrering. När ansökan om registrering sker hos PRV prövas alla tre förutsättningar. Vad gäller gemenskapsvarumärken prövas endast frågan om märket är registrerbart och om det föreligger något absolut registreringshinder. De relativa förutsättningarna prövas endast om någon med ett äldre varumärke eller rätt motsätter sig ansökan eller ansöker om ogiltigförklaring av en redan befintlig registrering.⁷⁰

3.1.3.1.1 Vad är ett registrerbart märke?

Ett varumärke kan bestå av alla märken som kan återges grafiskt, förutsatt att märket kan särskilja varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls i en annan. Detta inbegriper personnamn, figurer, bokstäver och siffror likväl som formen eller utstyrelsen på en vara eller dess förpackning.⁷¹ Bestämmelserna om vad som kan utgöra ett varumärke har ansetts kunna tolkas brett.⁷²

⁶⁸ Hänvisningar kommer att ske till såväl TMD, CTMR och VML för att visa på korrelationen dem emellan. För de exakta formuleringarna, vilka kan skilja sig mellan direktivet, förordningen och den svenska lagen, hänvisas till ursprungskällan.

⁶⁹ Vid såväl den nationella registreringen som vid registreringen av ett gemenskapsvarumärke bygger klasslistan på Niceöverenskommelsen om den internationella klassificeringen av varor och tjänster för registreringen av varumärken. Denna administreras av WIPO.

⁷⁰ Se Johnson (2), *supra* not 7, s. 20, samt CTMR, art 51-52.

⁷¹ TMD art 2; CTMR art 4; 4§ och 5§ 1 st VML.

⁷² Seville, *supra* not 38, s. 225.

3.1.3.1.2 Absoluta förutsättningarna för registrering

De absoluta förutsättningarna för registrering tar sikte på märkets art och beskaffenhet, särskilt märkets *särskiljningsförmåga*. Olika invändningar i det allmännas intresse anses dock också falla in.⁷³

Särskiljningsförmåga

Ett märke måste alltså ha särskiljningsförmåga för att kunna registreras.⁷⁴ I detta ligger bl.a. att ett märke som uteslutande eller med endast mindre ändring eller tillägg anger exempelvis varans art, användning, pris, geografiska ursprung eller tiden för dess framställande, som utgångspunkt inte kan registreras⁷⁵. Inte heller sådana märken som uteslutande framstår som sedvanliga beteckningar på varan eller tjänsten kan skyddas.⁷⁶ I sådana fall krävs att märket till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i fråga om de varor eller tjänster för vilka ansökan görs.⁷⁷

Kravet på särskiljningsförmåga ställs upp för att exkludera sådana märken som inte kan identifiera en produkt eller tjänst som härrörande från ett visst företag. Märket måste således kunna särskilja produkten eller tjänsten från andra.⁷⁸ Vidare syftar kravet till att frihålla språkets vanliga ord och sådana symboler som är vanligt förekommande i vardagen. I detta ligger ett element av allmänintresse i den mening att de som tillhandahåller samma typ av varor och tjänster inte ska bli otillbörligt begränsade.⁷⁹

Särskiljningsförmågan bedöms i relation till de varor och tjänster som ansökan avser.⁸⁰ Vidare tas hänsyn till hur en genomsnittskonsument som är normalt informerad och skäligen upplyst uppfattar märket.⁸¹ Avgörande är helt enkelt om den relevanta omsättningskretsen genom varumärket kan identifiera produktens eller tjänstens ursprung och särskilja dem från andra företags produkter eller tjänster.⁸²

⁷³ TMD art 3; CTMR art 7; 13 §; 1 kap 5 § samt 2 kap 4-7 §§ VML.

⁷⁴ TMD art. 3 p. 1(b); CTMR art. 7 p 1(b); 1 kap. 4 § VML.

⁷⁵ TMD art. 3 p. 1(c); CTMR art. 7 p 1(c); 1 kap. 5 § 2 st. p. 1 VML.

⁷⁶ TMD art. 3 p. 1(d); CTMR art. 7 p 1(d); 1 kap. 5 § 2 st. p. 2 VML.

⁷⁷ TMD art. 3 p. 3; CTMR art 7 p 3; 1 kap. 5 § 3 st. VML.

⁷⁸ Seville, *supra* not 38, s. 234.

⁷⁹ Mål C-329/02 *P.S.A.T.I.SatellitenFernsehen GmbH mot OHIM* [2004] ECR I-8317, p. 26.

⁸⁰ Seville, *supra* not 38, s. 234.

⁸¹ Levin, *supra* not 35, s. 419.

⁸² Seville, *supra* not 38, s. 234.

Beträffande gemenskapsvarumärken ska särskiljningsförmåga föreligga inom hela EU. Märket får således inte vara beskrivande på något lands språk.⁸³

Märken, som anger exempelvis varans art, beskaffenhet, användning eller geografiska ursprung, ska som nämnts anses sakna särskiljningsförmåga. De är *deskriptiva*. Märket ”BANAN” kan således inte registreras för bananer och märket ”RENT HUS” kan inte registreras för städtjänster. Den viktiga frågan är om den relevanta omsättningskretsen uppfattar att det finns ett tillräckligt direkt och specifikt förhållande mellan märket och de varor eller tjänster som ansökan avser.⁸⁴ Märket ”BABY-DRY” kunde exempelvis registreras som varumärke för blöjor. Även om märket anspelar till funktionen av blöjor ansågs den ovanliga sammansättningen av de enskilda orden ”dry” och ”baby” medföra att registrering kunde ske. Märket ansågs vara en ”lexikal uppfinning” och således inte deskriptivt.⁸⁵

Att få skydd för ett märke som består av ett *geografiskt namn* är således mycket svårt. Sådana märken är i högsta grad deskriptiva och man har vidare velat undvika en monopolisering av denna typ av allmänna uttryck. Under vissa omständigheter har det dock gått att registrera geografiska namn, men detta har varit fallet när namnet blivit en indikation på kvalitén och karaktären av en vara. En grundförutsättning i dessa undantagsfall har varit att den relevanta omsättningskretsen associerar det geografiska namnet till de aktuella varorna.⁸⁶ *Suggestiva märken* brukar emellertid accepteras. Detta är märken som i och för sig inte anses ha stark särskiljningsförmåga, men som inte direkt beskriver eller identifierar varan eller tjänsten. Det rör sig då om kreativa egenskapsantydningar, dvs. märken där vissa kvaliteter eller karaktärsdrag endast föreslås.⁸⁷ Exempelvis har ”SMOKELESS” accepterats för snus och ”LÄTT & LAGOM” för smör.

⁸³ Levin, *supra* not 35, s. 420.

⁸⁴ Seville, *supra* not 38, s. 240.

⁸⁵ Se mål C-383/99 *P. Procter and Gamble Co v. OHIM* [2001] ECR I-6251. Detta rättsfall har kritiserats och lett till omfattande diskussion och analys i doktrin. Det har bl.a. ansetts sätta en väldigt låg ribba för registrering av deskriptiva ord. I mål T-164/06, *CoArt/ Americas, Inc mot OHIM* [2007] ECR II-0116 ansågs dock inte ”BASICS” kunna registreras som varumärke för s.k. artistfärg. Märket ansågs deskriptivt eftersom varorna under märket hos den relevanta kretsen skulle uppfattas som de mest användningsbara och viktigaste delarna av en målares material.

⁸⁶ Seville, *supra* not 38, s. 242.

⁸⁷ Levin, *supra* not 35, s. 423.

Bokstäver, nummer och geometriska former anses som utgångspunkt tillhöra den allmänna domänen och ska därför vara tillgängliga för alla. Ett märke som består av en eller två bokstäver eller siffror ska vidare generellt sätt anses sakna särskiljningsförmåga. Detsamma gäller enkla designers så som en fyrkant eller cirkel. Det krävs som utgångspunkt något ytterligare för att ett märke ska kunna registreras.⁸⁸

Såväl deskriptiva märken som allmänna ord kan dock registreras om de *förvärvat särskiljningsförmåga*. Detta är som nämnts fallet om användning medfört att märket kan särskilja produkter eller tjänster i en näringsverksamhet från dem i en annan. Detta avgörs genom en helhetsbedömning. Särskilt avgörande är dock hur stor del av den relevanta omsättningskretsen som pga. av märket identifierar varor som härrörande från ett specifikt företag.⁸⁹

Andra krav

Ett märke kan vidare komma att nekans registrering om det uteslutande består av en form som följer av varans art. Detsamma gäller om märket uteslutande består av en form som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat eller en form som ger varan ett betydande värde.⁹⁰ Även vissa allmänna intressen kan medföra att ett märke vägras registrering. Om man utan tillstånd tagit in en statlig eller internationell beteckning i märket eller om ett kommunalt vapen används, som enligt lag eller författning inte får användas som varumärke, måste registrering nekans.⁹¹ Detsamma gäller för märken som kan vilseleda allmänheten eller som på annat sätt strider mot lag, författning eller allmän ordning.⁹²

3.1.3.1.4 World Cup avgörandena

I de s.k. ”World Cup avgörandena”⁹³ behandlades vissa aspekter av de absoluta förutsättningarna för registrering i relation till märken kopplade till stora

⁸⁸ Se Seville, *supra* not 38, s. 235. I Sverige har emellertid märket ”R1” registrerats som varumärke för cigaretter. Det ansågs inte beskrivande i relation till varorna och ansågs inte heller utgöra någon vedertagen förkortning. Av relevans var dock även att märken bestående av en bokstav och en siffra normalt inte används i relation till denna typ av varor. Se i detta sammanhang RÅ 2003 ref. 74.

⁸⁹ Seville, *supra* not 38, s. 244.

⁹⁰ TMD art 3 p 1(e); CTMR art 7 p 1(e); 2 kap 2 § VML.

⁹¹ Jmf TMD art 3 p 1(h); CTMR art 7 p 1(h); 2 kap 7 § 1st VML

⁹² Jmf TMD art 3 p 1(f)-(g); CTMR art 7 p 1(f)-(g); 2 kap 7 § 1st VML

⁹³ Här åsyftas beslut från OHIMs första överklagandenämnd i mål R1466/2005-1 of 20 June 2008 – WORLD CUP 2006; R1467/2005-1 of 30 June 2008 – GERMANY 2006; R1468/2005-1 of 30 June 2008 – WM 2006; R1469/2005-1 of 30 June 2008 – WORLD CUP GERMANY and R1470/2005-1 of 30 June 2008 – WORLD CUP 2006 GERMANY.

idrottsevenemang. Inför fotbolls-VM i Tyskland 2006 registrerade FIFA ordmärkena ”WORLD CUP 2006”, ”GERMANY 2006”, ”WM 2006”, ”WORLD CUP GERMANY” och ”WORLD CUP 2006 GERMANY” som gemenskapsvarumärken med skydd i ett stort antal klasser. Företaget Ferraro, med huvudsaklig verksamhet att producera choklad, ansökte 2004 om invaliditet av märkena hos OHIMS annulleringsenhet. Då resonemangen är snarlika vad gäller samtliga märken kommer fokus främst att läggas på besluten avseende ”WORLD CUP 2006”, eftersom detta prövades först.

Annulleringsenhetens beslut

Ferraro argumenterade för att ”WORLD CUP 2006” var deskriptivt och saknade särskiljningsförmåga i relation till de varor och tjänster det var registrerat för.⁹⁴ De framhöll även att andra världsmästerskap arrangeras runt om i världen varje år och att kombinationen WORLD CUP därför är en sedvanlig beteckning för att identifiera denna typ av evenemang.

FIFA försvarade sin registrering med att varumärket inte specificerade några speciella särdrag hos de produkter och tjänster som det var registrerat för. De menade att varumärket istället väckte association hos konsumenterna till det idrottsevenemang som skapats av FIFA. De enskilda orden i sig kunde kanske anses deskriptiva men ordkombinationen WORLD CUP 2006 hade särskiljningsförmåga. Vidare argumenterade man för att användningen av ”WORLD CUP 2006”, såväl som ”WORLD CUP 2006 GERMANY”, ”WORLD CUP GERMANY”, ”GERMANY 2006” och ”WM 2006” endast kunde innebära att man syftade till FIFA:s evenemang.

Annulleringsenheten var av åsikten att ”WORLD CUP 2006” i sin helhet som mest kunde anses suggestivt. Ordkombinationen var inget korrekt grammatiskt uttryck och kunde snarare anses föreslå firandet av ett världsmästerskap under 2006. Eftersom varumärket inte specificerade några speciella särdrag hos några av de varor eller tjänster som det var registrerat för borde det inte heller hållas tillgängligt för alla att använda. Varumärket ansågs därför ha särskiljningsförmåga och ansökan avslogs.⁹⁵

⁹⁴ De hänvisade till CTMR art. 7 p. 1(b) och p.2.

⁹⁵ Se OHIM – Annulleringsenhetens, beslut 972C 002152817– WORLD CUP 2006 (28 oktober 2005).

OHIM:s överklagandenämnd

Beslutet överklagades till OHIM:s överklagandenämnd som kom till helt motsatt slut.⁹⁶ De menade att varumärket ”WORLD CUP 2006” har en klart deskriptiv betydelse. Inom idrott är världsmästerskap (”world cup”) ett allmänt namn på en vanlig tävling. Ordet ”world” tar sikte på att tävlingen är öppen för lag från hela världen, vilket i sin tur indikerar om tävlingens höga nivå. Ordet ”cup” syftar å sin sida på det pris som delas ut till vinnaren medan sifferkombinationen ”2006” åsyftar året då tävlingen hölls.⁹⁷ Vidare menade man att sammansättningen av WORLD och CUP har sitt ursprung i engelska språket och därför är ett uttryck som är känt inom alla medlemsländer.⁹⁸ Sammansättningen ”WORLD CUP 2006” var således endast en allmän beskrivning av en viss typ av tävling. Man menade att något ytterligare element, exempelvis FIFA, måste tillfogas för att märket inte ska vara deskriptivt.⁹⁹ Överklagandenämnden uppmärksammade även att uttrycket ”World Cup” måste hållas fritt tillgängligt för allmänheten, särskilt för att kunna identifiera souvenirartiklar i relation till olika idrottstävlingar.¹⁰⁰

Man fann även att ”WORLD CUP 2006”, bortsett från att det var deskriptivt, saknade särskiljningsförmåga i sig självt. Den relevanta omsättningskretsen förstår det aktuella ordmärket som refererande till ett världsmästerskap under året 2006. Det finns dock inget element som gör varumärket ovanligt eller egenartat på så sätt att den relevanta omsättningskretsen kan särskilja just de varor och tjänster som erbjuds av FIFA från dem som har ett annat kommersiellt ursprung.¹⁰¹ Inte heller hade varumärket erhållit särskiljningsförmåga för någon av de aktuella registreringsklasserna genom att det använts och blivit känt inom EU.¹⁰²

Efterspel

Sammanfattningsvis fann alltså OHIM:s överklagandenämnd att samtliga varumärken skulle ogiltigförklaras. FIFA valde att överklaga besluten till Tribunalen, EU-

⁹⁶ OHIM – Överklagandenämndens beslut R1466/2005-1– WORLD CUP 2006 (20 juni 2008)

⁹⁷ På samma sätt resonerades kring de varumärken som innehöll ”GERMANY”. Ordet ”Germany” tar sikte på landet i fråga och hänvisar till den plats där en sådan vanlig tävling hålls. Se exempelvis OHIM – Överklagandenämndens beslut R1469/2005-1- WORLD CUP GERMANY (30 juni 2008), p. 24.

⁹⁸ OHIM – Överklagandenämndens beslut R1466/2005-1– WORLD CUP 2006 (20 juni 2008), p. 24.

⁹⁹ *Ibid*, p. 28.

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 39-42.

¹⁰¹ *Ibid*, p. 48-49.

¹⁰² *Ibid*, p. 60.

domstolens underdomstol. I december 2010 skrevs dock målen av eftersom registreringarna lagts ner av FIFA.¹⁰³ Vilka konsekvenser besluten kommer att få för arbetet mot ambush marketing är svårt att sja om. För det första prövades aldrig målen av EU-domstolen och för det andra har flera märken av deskriptiv karaktär kommit att registreras till förmån för stora idrottsevenemang sedan dess.¹⁰⁴

3.1.3.1.5 Relativa förutsättningarna för registrering

De relativa hindren för registrering rör konflikt med annans rätt.¹⁰⁵ Den praktiskt viktigaste regeln är att registreringen inte får kränka en redan existerande varumärkesrätt.¹⁰⁶ I Sverige ska dock även registreringen nekas om exempelvis märket innehåller eller består av något som är ägnat att uppfattas som annans firma, släktnamn eller om märket kränker någons upphovsrätt.¹⁰⁷

3.1.3.2 Skyddets uppkomst genom inarbetning

Förutom genom registrering kan ettärke erhålla skydd i Sverige genom inarbetning. Varumärket ska då vara känt hos den relevanta omsättningskretsen som en beteckning för de varor eller tjänster som tillhandahålls under det. Om varumärket är inarbetat inom endast en del av landet gäller ensamrätten endast där.¹⁰⁸ Sverige ställer samma krav på inarbetade varumärken som registrerade. Det grundläggande kravet på särskiljningsförmåga måste således vara uppfyllt.¹⁰⁹ Detta medför också att inarbetade varumärken ges samma skydd som registrerade. Ensamrätt till ett gemenskapsvarumärke kan dock endast uppkomma genom registrering. Vidare tar inte varumärkesdirektivet sikte på inarbetade varumärken. Det är upp till medlemsländerna själva om de vill erbjuda detta skydd.¹¹⁰

¹⁰³ Tribunalens beslut av den 16 december 2010 — FIFA mot harmoniseringsbyrån — Ferrero (WORLD CUP 2006 m.m) i förenade målen T-444/08–T-448/08. Se även registrering nr. 002152817 hos OHIM.

¹⁰⁴ Se avsnitt 3.1.3.3 *Exempel på registreringar i kraft i Sverige*.

¹⁰⁵ TMD art 4; CTMR art 8; 2 kap 8-11 §§ VML

¹⁰⁶ Se TMD art 4; CTMR art 8; 2 kap 8 § VML. De relativa hindren mot registrering speglar i stort de bestämmelser som behandlar intrång. Vissa av dessa grunder, främst krooken med ett redan existerande varumärke, kommer således mer ingående behandlas i anslutning till avsnitt 3.1.3.4 *Skyddets innehåll*. Detta är av större praktiskt betydelse vad gäller skyddet mot ambush marketing.

¹⁰⁷ TMD art 4 p 4; 2 kap 9-10 §§ VML

¹⁰⁸ 1 kap 7 § VML.

¹⁰⁹ Levin, *supra* not 35, s. 407.

¹¹⁰ Proposition 2009/10:225 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen, s. 400 f.

3.1.3.3 Exempel på registreringar i kraft i Sverige

Ett flertal olika varumärken kopplade till stora idrottsevenemang åtnjuter skydd i Sverige. Detta genom svenska nationella varumärken, gemenskapsvarumärken liksom internationella registreringar med Sverige som designerat land.

Sveriges Olympiska Kommitté (SOK) har ett antal varumärken registrerade som nationella varumärken. Exempel på ordmärken är ”OLYMPIC”, ”OLYMPIA”, ”OS”, ”GAMES CITY” och ”CITIUS ALTIUS FORTIUS”.¹¹¹ Vidare är den olympiska symbolen, dvs. de olympiska ringarna, registrerad som figurmärke.¹¹²

Även IOK har registreringar i kraft i Sverige. Exempelvis är kombinationen av ”YOUTH GAME” och OS-ringarna skyddade som figurmärke genom en internationell registreringsansökan.¹¹³ Även ”OLYMPIAD” tillsammans med OS-ringarna har skydd i Sverige som figurmärke, men då som nationellt varumärke.¹¹⁴ Som gemenskapsvarumärke har IOK registreringar för figurmärket ”OLYMPIC” i kombination med OS-ringarna liksom ordmärkena ”YOUTH OLYMPIC GAMES”, ”TORINO 2006” och ”BEIJING 2008”.¹¹⁵ IOK har även lyckats registrera ”2012” och ”LONDON 2012” i flertalet klasser.¹¹⁶ Huruvida detta överrensstämmer med OHIM:s syn i ”World Cup avgörandena” och faktumet att märken måste ha särskiljningsförmåga för att kunna registreras går att ifrågasätta.¹¹⁷ Ingen har dock opponerat mot ansökningarna och inte heller har någon i dagsläget ansökt om invaliditet.

Det är givetvis inte endast märken med koppling till OS som registrerats. Ordmärket ”FIFA” är exempelvis registrerat som nationellt varumärke i Sverige medan figurmärket ”FIFA” existerar som gemenskapsvarumärke.¹¹⁸ Ett stort antal figurmärken, företrädesvis maskotar och liknande, härrörande till olika mästerskap arrangerade under FIFA:s försorg finns även de registrerade som

¹¹¹ Se reg.nr. 0336393, 0303749, 0324013, 0336004 och 0314930.

¹¹² Reg.nr. 0302979

¹¹³ Reg.nr. 0975372. Registreringen gäller för vissa varor och tjänster i klasserna 25, 35, 38 och 41.

¹¹⁴ Reg.nr. 0366040. Registreringen gäller vissa varor och tjänster i klasserna 24 och 25.

¹¹⁵ Se reg.nr 009814294 med skydd för de flesta varor och tjänster i klasserna 1-45 liksom reg.nr. 006662811, 001580877 och 001842814.

¹¹⁶ Reg.nr. 004482147 och Reg.nr. 003422921.

¹¹⁷ Se vidare avsnitt 5 *Analys och diskussion*.

¹¹⁸ Reg.nr. 0307294 och 009027343.

gemenskapsvarumärken.

3.1.3.4 Skyddets innehåll

Innehavaren av ett varumärke har exklusiv rätt att använda detta i sin näringsverksamhet. Detta innebär för det första att innehavaren har rätt att förbjuda att andra *i näringsverksamhet* använder ett *identiskt märke* för sådana *varor och tjänster som är identiska* med dem för vilka varumärket är registrerat.¹¹⁹ För det andra innebär det att innehavaren kan förbjuda att någon i sin näringsverksamhet använder ett märke som är *identiskt eller liknar* det egna varumärket. Detta under förutsättning att märket används för *varor eller tjänster av samma eller liknande slag* och det finns en risk för *förväxling*, inbegripet risken för att användningen av märket leder till uppfattningen att det finns ett samband mellan den som använder märket och innehavaren av varumärket.¹²⁰ För det tredje kan innehavaren i vissa fall förbjuda användningen av märken som är identiska eller liknar varumärket med avseende på *varor och tjänster av annan art*. Varumärket måste då vara *välkänt* inom en väsentlig del av omsättningskretsen och användningen dra ootillbörlig fördel av eller utan skälig anledning vara till skada för varumärkets särskiljningsförmåga eller anseende.¹²¹

3.1.3.4.1 I näringsverksamhet

Det krävs alltså att användandet av ett visst märke sker i näringsverksamhet för att ett intrång ska anses föreligga. Detta innefattar, men innebär inte uteslutande, att märket används på varor och förpackningar eller i samband med affärshandlingar och reklam.¹²² Även muntlig användning i kommersiellt syfte tycks falla in under begreppet.¹²³ EU-domstolen har uttryckt att ett märke används i näringsverksamhet om användandet sker ”inom ramen för kommersiell verksamhet med utsikten att dra ekonomiska fördelar och inte som en privat angelägenhet”.¹²⁴

3.1.3.4.2 Förväxlingsrisk

Reglerna avseende intrång speglar de relativa förutsättningarna för registrering.¹²⁵ Huvudregeln är att varumärken är förväxlingsbara när de antingen är identiska eller

¹¹⁹ Jmf TMD art 5 p. 1a; CTMR art 9 p. 1a; 1 kap 10 § 1 p VML.

¹²⁰ Jmf TMD art 5 p. 1b; CTMR art 9 p. 1b; 1 kap 10 § 2 p VML.

¹²¹ Jmf TMD art 5 p. 1c; CTMR art 9 p. 1c; 1 kap 10 § 3 p VML.

¹²² Jmf TMD art 5 p. 3; CTMR art 9 p. 2; 1 kap 10 § 2 st VML.

¹²³ Levin, *supra* not 35, s. 407, s. 435.

¹²⁴ Mål C-206/01, *Arsenal Football Club Plc mot Reed* [2002] ECR 10273, p. 54.

¹²⁵ Se avsnitt 3.1.3.1.5 *Relativa förutsättningarna för registrering*.

åtminstone liknar varandra (märkeslikhet) och de samtidigt angår varor av samma eller liknande slag (varuslagslikhet). Föreligger identitet vad gäller såväl märkeslikhet och varuslagslikhet anses det alltid föreligga förväxlingsrisk. I annat fall måste en närmare bedömning avseende förväxlingsrisken göras i det enskilda fallet.¹²⁶

Förväxlingskriteriet kan således delas upp i märkeslikhet och varuslagslikhet. Ett mindre mått av identitet vad gäller märkeslikheten kan uppvägas av en större identitet vad gäller varuslaget, och vice versa. EU-domstolen har dock uttalat att alla relevanta faktorer i det enskilda fallet måste tas i beaktande.¹²⁷ Såväl särskiljningsförmåga, inarbetning, faktisk användning, likhet i skrift och tal, liksom varornas beskaffenhet och köpkretsens sammansättning kan få betydelse för bedömningen.¹²⁸ Om ett varumärke har mycket god särskiljningsförmåga sett till de varor eller tjänster det är registrerat för är risken större för förväxling om ett senare märke påminner om varumärket.¹²⁹ EU-domstolen har vidare uttalat att enbart konceptuella likheter kan ge upphov till förväxlingsrisk om ett varumärke är känt hos allmänheten och/eller är särskilt fantasifullt.¹³⁰ En helhetsbedömning är dock avgörande.¹³¹

Märkeslikhet

Vid bedömningen av huruvida två märken liknar varandra måste visuella, ljudmässiga och konceptuella likheter och olikheter beaktas. Två märken är lika om den relevanta omsättningskretsen finner att de i vart fall är delvis identiska vad gäller någon av dessa faktorer.¹³² De olika faktorerna kan emellertid ha olika tyngd beroende på om varumärket är ett ordmärke, figurmärke eller ett kombinerat märke. Trenden tycks dock vara att det rent visuella ofta överväger i bedömningen, även vad gäller ordmärken.¹³³ Domstolen bör emellertid använda en så bred jämförelseteknik som möjligt och tre principer brukar anses som särskilt viktiga vid bedömningen.

¹²⁶ Levin, *supra* not 35, s. 434 f.

¹²⁷ Seville, *supra* not 38, s. 255.

¹²⁸ Levin, *supra* not 35, s. 453.

¹²⁹ Seville, *supra* not 38, s. 255.

¹³⁰ Mål C-251/95 *Sabel BV v Puma AG och Rudolf Dassler Sport* [1997] ECR I-6191.

¹³¹ Exempelvis varumärket ”PICARO”, registrerat för bilar, ansågs inte förväxlingsbart med ”PICASSO” av den anledningen att det senare varumärket är så känt att genomsnittskonsumerten inte skulle förväxla dem. Se Mål C361/04 *Picasso mfl. mot OHIM och Daimler Chrysler AG* [2006] ECR I-0643.

¹³² Se Seville, *supra* not 38, s. 256 och mål T-6/01 *Matratzen Concord mot OHIM* [2002] ECR II-4335, p. 30, och mål T-34/04 *Plus Warenhandels-gesellschaft mbH mot OHIM* [2005] ECR II-2401, p. 43.

¹³³ Levin, *supra* not 35, s. 458.

Principen om *helhetsintrycket* grundar sig på att den genomsnittliga konsumenten inte gör en noggrann granskning av olika varumärken. Det är således ett märkes helhet som är av betydelse, inte enskilda detaljer. Vidare pekar principen om den *blekande minnesbilden* på det faktum att en köpare i normalfallet inte ser de märken som granskas vid samma tillfälle. Viktigt är således att se till vad som karakteriserar ett märke. Det är detta som en konsument i exempelvis en detaljhandelsaffär kommer att minnas vid nästa inköpstillfälle. Slutligen talas om principen om att *likhetsbedömningen inte ska vara densamma för alla varumärken*. Beroende på varans art och köpkretsens egenskaper bör bedömningarna kunna bli olika. En köpare anses exempelvis vara mer informerad, mer märkesmedveten, vid köp av en bil kontra vardagliga småinköp. I det första fallet snävas därför likhetsbedömningen.¹³⁴

Vad gäller ordmärken brukar huvudvikten läggas på de beståndsdelar som har särskiljningsförmåga och dominans.¹³⁵ Identitet mellan ett ords begynnelse är oftast av större vikt än likhet med dess slut. ”SISSI ROSSI” och ”MISS ROSSI” ansågs inte förväxlingsbara eftersom de dominerande elementen utgörs av ”Sissi” och ”Miss”.¹³⁶ Däremot har ”BUDMAN” ansetts vara förväxlingsbart med ”BUD” och ”JÄGARBRÄNNVIN” med ”JÄGERMAISTER”.¹³⁷ Att en helhetsbedömning är avgörande framgår dock av faktumet att ”ECHINAID” inte ansetts förväxlingsbart med ”ECHINACIN”.¹³⁸

Även för figurmärken och kombinerade märken finns särskilda bedömningsregler. Vad gäller figurmärken brukar sägas att skyddet inte avser motivet eller innehållet som sådant. Samma meningsinnehåll i två olika figurmärken ska alltså inte i sig självt vara tillräckligt för att förväxlingsrisk ska anses uppstå.¹³⁹ Vid bedömningen av kombinerade märken får granskningen inte enbart avse en beståndsdel i det

¹³⁴ Levin, *supra* not 35, s. 459 ff.

¹³⁵ *Ibid*, s. 461 ff.

¹³⁶ Mål C-214/05 *Sergio Rossi SpA v. OHIM* [2006] ECR I-0013.

¹³⁷ Se Mål T-129/01, *Jose Alejandro SL mot OHIM* [2003] ECR II-2251 respektive NJA 2003 s. 163.

¹³⁸ Prefixet ”echina”, som är latin och refererar till plantan echinacea, ansågs vara av beskrivande karaktär och märkenas slut därför dominerande. Eftersom skyddet bl.a. avsåg vitaminer, kosttillskott och läkemedel ansågs den genomsnittlige konsumenten vara någorlunda påläst och således uppfatta prefixet om en beskrivning av varan snarare än som en beskrivning av det kommersiella ursprunget. Se mål T-202/04 *Madaus AG mot OHIM* [2006] ECR II-1115.

¹³⁹ C-251/95, *supra* not 130.

kombinerade märket som jämförs med ett annat varumärke. Varumärkena måste betraktas ett och ett i sin helhet.¹⁴⁰

Varuslagslikhet

Inom svensk och europeisk varumärkesrätt läggs tonvikten på helhetsbedömningen när likheten mellan olika varor ska avgöras. Dock gäller att vissa faktorer är viktigare än andra. Sannolikt är distributionssätt, ändamål och gemensam användning av större vikt än rent tekniska likheter mellan varor.¹⁴¹ För välkända märken är varuslagslikheten dock utan betydelse.

3.1.3.4.3 Anseendeskydd

Välkända, eller ansedda, varumärken har som nämnts ett utökat skydd. För att ett märke ska anses välkänt ska det vara känt i en betydande del av omsättningskretsen, dvs. bland de människor märket riktar sig till.¹⁴² Det är varumärkets egen omsättningskrets som är av betydelse. Graden av kännedom även inom omsättningskretsen för ett yngre identiskt eller liknande märke bör endast vara av betydelse i tveksamma fall.¹⁴³ Någon procentandel av omsättningskretsen har man inte velat ange. Istället ska alla relevanta omständigheter beaktas. Särskilt varumärkets marknadsandel, i hur stor omfattning och i vilket geografiskt område varumärket har använts liksom de investeringar företaget har gjort för att marknadsföra varumärket kan få särskild betydelse.¹⁴⁴

I att det yngre märket inte får dra otillbörlig fördel av eller vara till förfång för varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé ligger ett skydd mot såväl snyltning som skada. Har ett ansett varumärke stark särskiljningsförmåga, är det troligt att en genomsnittlig köpare uppfattar att varorna under ett yngre – identiskt eller liknande – märke kommer från samma företag, oavsett vilka typer av varor de olika märkena avser. I detta sammanhang är gränsen inte tydlig mellan anseendeskydd och risken

¹⁴⁰ Det är endast när alla andra beståndsdelar i ett varumärke är försumbara som bedömningen av likheten kan grunda sig på den dominerande delen. Dock gäller att även om alla märken måste ses som en helhet kan inte ett kombinerat märke anses vara lika ett annat varumärke om komponenterna delar inte är det dominerande elementet inom det helhetsintrycket det kombinerade märket bildar. Se i detta sammanhang Levin, *supra* not 35, s. 463 f och Seville, *supra* not 38, s. 256.

¹⁴¹ Levin, *supra* not 35, s. 466.

¹⁴² Mål C-375/97 *General Motors Corp. mot Yplon SA* [1999] ECR I-5421.

¹⁴³ Wessman, Richard, *Varumärkeskonflikter: Förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten*, (Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2002), Upplaga 1:1, s. 363 f.

¹⁴⁴ *Ibid*, s. 365.

för förväxling. Men då ett varumärke är välkänt är det påtagligare att det yngre märket snyltar på dess anseende, något man vill stävja. I Sverige har det ansetts tillräckligt att det finns omständigheter som med tillräcklig styrka talar för att en tänkt användning kan få effekten snyltning eller skada. Man behöver inte påvisa en sådan faktisk effekt.¹⁴⁵ De fall som tar sikte på ett varumärkes renommé är oavhängigt varumärkets ursprungsfunktion. Här är det istället förhållandet mellan varorna som medför en särskild risk för skada.¹⁴⁶

3.1.3.5 Undantag

Det skydd som ges registrerade och inarbetade varumärken i Sverige är inte helt oinskränkt. Under vissa förutsättningar finns det möjlighet att använda ett varumärke, trots att användningen vid en första anblick kan framstå som ett intrång.

3.1.3.5.1 Viss användning i enlighet med god affärssed

Ett flertal undantag är beroende av om användningen sker i enlighet med god affärssed. Detta är för det första fallet när någon i näringsverksamhet använder sin firma, sitt namn eller sin adress.¹⁴⁷ Vidare kan inte innehavaren hindra att någon använder uppgifter som tar sikte på varors eller tjänsters art, kvalitet, kvantitet, värde, geografiska ursprung eller andra egenskaper.¹⁴⁸ Slutligen är det även tillåtet att använda någons varumärke för att ange en varas eller en tjänsts avsedda ändamål, särskilt som tillbehör eller reservdel.¹⁴⁹

Det första undantaget tar sikte på att det inte ska vara förbjudet att använda s.k. naturliga kännetecken medan det andra syftar till att tillåta deskriptiva användningar. Som nämnts ovan är deskriptiva ord i normalfallet inte registrerbara. Ett ord, t.ex. det geografiska ursprunget eller ett visst karaktärsdrag, kan dock komma att ingå som en beståndsdel i ett varumärke eller blivit inarbetat. Ordet måste då få användas även av andra näringsidkare förutsatt att detta sker på ett korrekt sätt.¹⁵⁰ Det s.k. reservdelsundantaget tar sikte på bl.a. just fallet att någon säljer delar till en viss

¹⁴⁵ Se Wessman, *supra* not 143, s. 57.

¹⁴⁶ Om exempelvis det välkända varumärket säljer parfym och någon under ett identiskt eller liknande märke säljer rättgift har det tidigare anseende svårtats ner oavsett om konsumenterna uppfattar deras ursprung som samma. Se *Ibid*, s. 372.

¹⁴⁷ TMD art 6 p. 1a; CTMR art 12 a; 1 kap 11 § 1 p VML. Se mål C-17/06 *Céline Sarl mot Céline SA* [1999] ECR I-7041 angående att undantaget även avser användning av firma inom gemenskapsrätten.

¹⁴⁸ TMD art. 6 p. 1b; CTMR art. 12 b; 1 kap. 11 § 2 st. 2 p. VML.

¹⁴⁹ TMD art. 6 p. 1c; CTMR art. 12 c; 1 kap. 11 § 2 st. 3 p. VML.

¹⁵⁰ Levin, *supra* not 35, s. 475.

produkt eller har specialiserat sig på att laga produkter av ett visst märke. Detta kan inte kommuniceras till allmänheten om registrerade varumärken erhöll ett helt oinskränkt skydd.¹⁵¹

Alla dessa undantag kräver som nämnts att användningen sker i enlighet med god affärssed.¹⁵² Således måste viss lojalitetsplikt mot varumärkesinnehavarens berättigade intressen iakttas.¹⁵³ I detta ligger bl.a. att användningen inte får dra otillbörlig fördel av varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé. Inte heller får varumärket användas på ett sådant sätt att intryck ges av att det finns en affärsmässig länk till innehavaren.¹⁵⁴

3.1.3.5.2 Konsumtion av ensamrätten

Vidare kan de rättigheter som är knutna till ett varumärke komma att konsumeras. Detta innebär att innehavaren inte kan förbjuda att varumärket används för sådana varor som innehavaren själv eller med hans samtycke förts ut på marknaden inom EES.¹⁵⁵ Har en vara således släppts ut på marknaden är utgångspunkten att varan kan säljas vidare under varumärket. Varor som sålts till utlandet kan således importeras tillbaka till Sverige och tillhandahållas här i landet. När ensamrätten konsumeras medför det alltså att s.k. parallellimport blir tillåten.¹⁵⁶ Vidare innebär konsumtionen att varumärket kan användas i normal reklamframställning av den som tillhandahåller varor för vilka ensamrätten konsumerats.

3.2 Marknadsföringsrätten

3.2.1 Inledning

Marknadsföringsrätten är en del av marknadsrätten. Beröringspunkterna med immaterialrätten är många och ibland är gränslinjen mellan marknadsrättens regler och de immaterialrättsliga reglerna inte entydig.¹⁵⁷ Marknadsföringslagen (MFL) innehåller de grundläggande reglerna om reklam och annan marknadsföring i svensk

¹⁵¹ Se Seville, *supra* not 38, s. 280, och mål C-63/97 *BMW AG och BMW Nederland BV mot Ronald Karel Deenik* [1999] ECR I-905.

¹⁵² TMD art. 6 p. 1; CTMR art. 12; 1 kap. 11 § 2 st. VML.

¹⁵³ Se mål C-63/97, *supra* not 151 och mål C17/06, *supra* not 147.

¹⁵⁴ Levin, *supra* not 35, s. 478.

¹⁵⁵ TMD art. 7 p. 1; CTMR art. 13 p. 1; 1 kap. 12 § 1 st. VML.

¹⁵⁶ Seville, *supra* not 38, s. 282.

¹⁵⁷ Melin, Stefan, *Marknadsrätt*, (Malmö, Liber AB, 2009), Upplaga 1:1, s 17.

rätt. Det är en ramlag som kompletteras av andra bestämmelser i särskild lagstiftning. Främst de aspekterna av marknadsföringslagen som kan ha särskilt betydelse för arbetet mot ambush marknadsföring kommer att behandlas inom ramen för detta arbete.

3.2.1.1 Harmonisering inom EU

En omfattande harmonisering av marknadsföringsrätten har skett genom direktivet om otillbörliga affärsmetoder (2005/29/EG).¹⁵⁸ Detta resulterade 2008 i en revidering av MFL. Syftet med den nya lagen är, liksom tidigare, att skapa ett skydd för konsumenter och näringsidkare mot otillbörlig marknadsföring. Lagen ska skydda konsumenters och näringsidkares ekonomiska intressen.¹⁵⁹

Direktivet innehåller tre generalklausuler till skydd för konsumenter. En övergripande generalklausul förbjuder generellt otillbörliga affärsmetoder som strider mot god affärssed medan de andra två anger att vilseledande respektive aggressiva affärsmetoder ska ses som otillbörliga.¹⁶⁰ Direktivet innehåller även svarta listor med affärsmetoder som under alla omständigheter ska anses otillbörliga inom hela EU-marknaden.¹⁶¹ Dessa gäller direkt som svensk lag.¹⁶² Direktivet ändrar även en rad andra direktiv på området. Exempelvis direktiv 84/450/EEG ska numera endast skydda näringsidkare från konsekvenserna av vilseledande reklam och ange under vilka förutsättningar jämförande reklam är tillåten.¹⁶³

Direktivet är i huvudsak utformat som ett fullharmoniseringsdirektiv varför medlemsländerna på de områden direktivet berör inte får införa eller behålla bestämmelser som avviker från vad som föreskrivs.¹⁶⁴ Målet med direktivet är att säkerställa en hög gemensam konsumentskyddsnivå. Direktivet omfattar därför inte affärsmetoder i förhållandet mellan olika näringsidkare eller som endast skadar konkurrenters ekonomiska intressen. I full överensstämmelse med

¹⁵⁸ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden mm.

¹⁵⁹ Svensson, Carl Anders, m.fl., Praktisk marknadsrätt, (Stockholm, Nordstedts Juridik AB, 2010), s. 118.

¹⁶⁰ *Ibid*, s. 27.

¹⁶¹ *Ibid*, s. 28.

¹⁶² 4 § MFL.

¹⁶³ Svensson m.fl., *supra* not 159, s. 118.

¹⁶⁴ *Ibid*, s. 117.

subsidiaritetsprincipen¹⁶⁵ kommer medlemsstaterna, om de så önskar, att även i fortsättningen reglera sådana metoder i enlighet med gemenskapslagstiftningen.¹⁶⁶ Som vi kommer att se har Sverige valt att göra detta i många avseenden.

3.2.1.2 Självreglering

Marknadsföringsrätten i Sverige påverkas även av näringslivets självreglerande åtgärder. Med detta menas åtgärder som vidtas av enskilda företag, grupper av företag, branscher eller hela näringslivet för att utreda, förebygga och lösa problem i anledning av marknadsföring. I detta innefattas bl.a. att utarbeta normer och etiska regler för marknadsföring. En viktig organisation i detta sammanhang är Internationella Handelskammaren (ICC).¹⁶⁷ ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation är en tung bas på reklamområdet. Denna utgör en viktig normkälla för bl.a. tolkningen av god affärssed enligt marknadsföringslagen. Även på lokal nivå i Sverige finns organisationer av detta slag. Marknads Etiska Rådet, numera ersatt av Reklamombudsmannen, har exempelvis tolkat ICC:s marknadsföringsregler och begreppet god affärssed.¹⁶⁸

3.2.2 Otillbörlig marknadsföring

3.2.2.1 God marknadsföringssed

Marknadsföring måste stämma överens med god marknadsföringssed.¹⁶⁹ Annars är den otillbörlig förutsatt att den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹⁷⁰

Generalklausulen om god marknadsföringssed anger det allmänna krav som gäller för marknadsföring. Med god marknadsföringssed avses god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid

¹⁶⁵ Subsidiaritetsprincipen framgår av artikel 5 i EU-fördraget. Enligt subsidiaritetsprincipen ska unionen på de områden där den inte har exklusiv befogenhet vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna, vare sig på central nivå eller på regional och lokal nivå, och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå.

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 6.

¹⁶⁷ ICC är en världsorganisation på området och har mer än 7000 medlemmar i över 130 länder.

¹⁶⁸ Melin, *supra* not 157, s. 98 ff.

¹⁶⁹ 5 § MFL.

¹⁷⁰ 6 § MFL.

marknadsföring av produkter.¹⁷¹ Med god affärssed avses i huvudsak det utomrättsliga normsystem som utvecklats av ICC, däribland dess Grundregler för reklam och Regler för reklam och marknadskommunikation.¹⁷² Även god yrkessed kan anses ingå i begreppet god marknadsföringssed. I direktivet definieras det som den nivå av fackmässighet och aktsamhet som en näringsidkare skäligen kan förväntas visa gentemot konsumenterna motsvarande hederlig marknadspraxis och/eller den allmänna principen om god tro i näringsidkarens bransch.¹⁷³ Därtill kommer laglighetsprincipen som i huvudsak innebär att marknadsföring som strider mot annan lag, eller kan leda till lagbrott, ska anses strida mot god marknadsföringssed.¹⁷⁴

3.2.2.1.1 *Genomsnittskonsumenten*

Vid bedömningen av huruvida marknadsföringen är otillbörlig utgår man från den genomsnittliga konsumenten i den krets som marknadsföringsåtgärden är riktad. Detta framgår inte direkt i MFL men följer av direktivet.¹⁷⁵ Detta är en person som, i den grupp marknadsföringen riktar sig till, är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst. Därvid kan även sociala, kulturella och språkliga faktorer tas i beaktande. Beroende på om marknadsföringen riktar sig till konsumenter i allmänhet eller en specifik grupp kan bedömningen bli olika. Riktar sig marknadsföringen exempelvis till barn i en viss ålderskategori, bestäms genomsnittskonsumenten ur denna grupp.¹⁷⁶

3.2.2.1.2 *Transaktionstestet*

För att en viss marknadsföringsåtgärd ska anses otillbörlig krävs vidare en sannolik ekonomisk effekt hos mottagaren. Först sker en bedömning av om åtgärden strider mot god marknadsföringssed. Därefter bedöms i vad mån åtgärden har effekt på mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Påverkan ska vara ”i märkbar mån”. Det innebär för det första att bagatellartade och försumbara överträdelse av den goda seden kan bortses ifrån. Konsumentens agerande i en

¹⁷¹ 3 § MFL.

¹⁷² Svenson m.fl., *supra* not 159, s. 122.

¹⁷³ Direktiv 2005/29/EG, *supra* not 158, art 2(h).

¹⁷⁴ Svenson m.fl., *supra* not 159, s. 123.

¹⁷⁵ Se Direktiv 2005/29/EG, *supra* not 158, art 5(b).

¹⁷⁶ Även om marknadsföringen når konsumenter i allmänhet, men samtidigt riskerar att i märkbar mån påverka det ekonomiska beteendet hos en viss tydligt identifierbar grupp, ska metoden bedömas utifrån den genomsnittliga konsumenten i denna grupp. Se Proposition 2007/08:115 Ny marknadsföringslag, s. 66 f.

affärsituation har ofta ett nära samband med marknadsföringsåtgärdens innehåll. Många gånger bör det därför lämpligen vara möjligt att göra en helhetsbedömning sett utifrån det kommersiella meddelandets innehåll och syfte jämte övriga omständigheter.¹⁷⁷

Direktivet tar som nämnts endast sikte på att skydda konsumenters ekonomiska intressen. Skyddet i MFL mot otillbörlig marknadsföring omfattar dock även näringsidkare. Motsvarande bedömning av marknadsföringsåtgärdens effekt på en näringsidkares förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut bör därför göras i de fall åtgärden endast riktas till näringsidkare.¹⁷⁸

3.2.2.2 Vilseledande reklam

Marknadsföring som är vilseledande ska anses otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹⁷⁹ I detta ligger bl.a. ett förbud mot att använda felaktiga påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annans näringsverksamhet.¹⁸⁰ Sådana framställningar kan exempelvis syfta på en produkts ursprung eller näringsidkarens egna eller andra näringsidkares varumärken, varunamn eller kännetecken.¹⁸¹ Vidare får inte efterbildningar användas som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter.¹⁸² Slutligen ställer svarta listan upp ett förbud mot att sälja produkter som liknar någon annans produkt. Dock under förutsättning att det görs på ett sätt som avsiktligt förespeglar konsumenten om att produkterna är gjorda av samma tillverkare.¹⁸³

Liksom vad gäller marknadsföring i strid med god marknadsföringssed är genomsnittskonsumenten utgångspunkten vid bedömningen av otillbörlighet. Dock ställs ett lägre krav på sannolik ekonomisk effekt om den otillbörliga åtgärden

¹⁷⁷ Prop 2007/08:115, *supra* not 176, s. 110.

¹⁷⁸ *Ibid*, s. 111.

¹⁷⁹ 8 § 1st. MFL.

¹⁸⁰ 10 § 1st. MFL.

¹⁸¹ 10 § 2 st. MFL.

¹⁸² 14 § MFL

¹⁸³ BILAGA 1 till Europaparlamentets och Rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden mm., p. 13.

innefattar ett vilseledande. I dessa fall är det tillräckligt att den otillbörliga åtgärden medför eller sannolikt medför att konsumenten fattar ett affärsbeslut som han eller hon annars inte skulle ha gjort. Påverkan i märkbar mån krävs således inte. Samma bedömning bör göras även i fråga om marknadsföring som endast riktar sig mot näringsidkare.

3.2.2.2.1 Vilseledande om kommersiellt ursprung

Bestämmelserna om vilseledande innebär inte per automatik ett förbud mot efterbildningar i marknadsföring. Det är alltså som utgångspunkt tillåtet att efterbilda andras varor, mönster och förpackningar så länge de inte åtnjuter något immaterialrättsligt skydd. Dock strider det mot marknadsföringslagen att använda en vilseledande framställning, dvs. en framställning som framkallar förväxling med en annan näringsidkares produkt eller verksamhet. Om så är fallet är det oväsentligt om plagieringen innebär ett intrång i någon immaterialrättslig ensamrätt eller inte.¹⁸⁴ Ett vilseledande förutsätter dock att det som refereras till är särpräglad och känt så att det utmärker ett kommersiellt ursprung.¹⁸⁵ I detta ligger att generiska tecken är utesluta. På samma sätt som inom varumärkesrätten kan man dock tänka sig att ett visst märke förvärvat skiljningsförmåga genom användning. Om detta kan visas kan en kopiering eller anknytning till ett sådant märke komma att innebära ett vilseledande, detta oavsett om man lyckats erhålla immaterialrättsligt skydd för märket eller inte.¹⁸⁶

3.2.2.2.2 Vilseledande om sponsorskap

Ett vilseledande kan även uppstå genom att det uppkommer en felaktig föreställning om sponsorskap eller ett samarbete i övrigt. ICC:s regler föreskriver att ingen får ge intrycket av att sponsra ett evenemang eller dettas mediabevakningen eller sändningen, utan att vara officiell sponsor därav.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Svenson m.fl., *supra* not 159, s. 331.

¹⁸⁵ *Ibid*, s. 333.

¹⁸⁶ Svenson m.fl., *supra* not 159, s. 333.

¹⁸⁷ Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice (augusti 2011), art. B4.

*Guldäggsålet*¹⁸⁸

I målet med TV3 AB och Guldäggsstävlingen uppstod frågan om vilseledande om sponsorskap. Guldägget är en årligen återkommande reklamtävling där priser delas ut i olika kategorier, däribland bästa reklamfilm och Internetreklam. Priserna delas ut vid den s.k. Guldäggsgalan. Varje priskategori har en sponsor och för tävlingen i stort finns en huvudsponsor. Inför galan år 2000 i Globen placerade TV 3, som inte var sponsor, texten ”Lycka till på Guldägget önskar TV3” på de elektroniska ljusskyltar som finns utanför arenan. Senare stod ”Grattis Guldäggsvinnare önskar TV3”. TV3 annonserade även i tidningen Dagens Reklamnyheters Guldäggsupplaga genom att gratulera vinnarna av ”Guldägget i TV-kategorin” samt återge ljusskyltarna.

Marknadsdomstolen konstaterade att ”Guldägget” var väl känt i reklambranschen som benämning på den aktuella tävlingen. Vidare konstaterade man att ”Guldägget” även var väl känt bland näringsidkare och att endast utsedda sponsorer hade rätt att delta med marknadsföring av sina varumärken vid Guldäggsfesten. Domstolen fann att åtgärderna gav intrycket av att företaget varit sponsor eller haft samtycke till ett samarbete i anslutning till festen. Man menade också att även om TV3 inte skulle uppfattas som sponsor så gav de aktuella formuleringarna intrycket av att man haft tillåtelse att använda beteckningen Guldägget på det angivna sättet. Sammantaget fann man därför att hänvisningen till Guldägget på de elektroniska ljusskyltarna och i annonserna innebar ett vilseledande om vem som var sponsor eller på annat sätt medverkat i arrangemanget Guldägget.

3.2.2.2.3 Vilseledande om geografiskt ursprung

Även vilseledande om geografiskt ursprung omfattas av bestämmelsen. Att använda Ortsnamn är ofta oproblematiskt om namnet uppfattas som ett kännetecken och inte som en uppgift om att varan faktiskt har anknytning till platsen. Betydelse har det dock om konsumenten fäster ett positivt värde vid att produkten tillverkats eller har anknytning till just denna ort eller regionen runt omkring.¹⁸⁹

¹⁸⁸ MD 2001:21.

¹⁸⁹ Svenson m.fl., *supra* not 159, s. 342. Exempelvis har Mora ansetts som vilseledande som beteckning på knäckebröd som varken har sitt ursprung i eller tillverkats i Dalarna. Se MD 2003:13.

3.2.2.3 Jämförande reklam

En näringsidkare får peka ut andra näringsidkare eller dennes produkter i sin marknadsföring, dock under vissa förbehåll. För det första får jämförelsen inte vara vilseledande eller medföra förväxling mellan näringsidkarna eller deras produkter, varumärken, firmor eller andra kännetecken. Vidare får jämförelsen inte misskreditera eller vara nedsättande liksom dra otillbörlig fördel av den andre näringsidkarens renommé. Inte heller får produkter framställas som en imitation eller kopia av en produkt som har ett skyddat varumärke eller firma. Jämförelsen måste även avse produkter som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål. Slutligen är det en förutsättning att jämförelsen på ett objektivt sätt avser väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos produkterna.¹⁹⁰

Utgångspunkten är alltså att det är fullt tillåtet att peka ut en konkurrent och jämföra olika produkter i en marknadsföringskampanj. Detta anses vara av stort värde för konsumenter som vägledning vid valet av olika varor och tjänster. Jämförelsen måste dock vara korrekt.

3.2.3 Goodwillskydd

De aspekterna av marknadsföringsrätten som är av största intresse vad gäller ambush marketing är de som kan skydda ett varumärkes eller stort idrottsevenemangs goodwill. Om goodwill ska definieras på något sätt kan sägas vara ett egenvärde i form av ett ekonomiskt relaterat mervärde. Ett mervärde som byggts upp genom jämn och medveten produktutveckling, servicegrad, marknadsföring och förväntan.¹⁹¹ Inom marknadsföringsrätten kommer goodwillskyddet till uttryck i fråga om renommésnyltning, vilket kan sägas regleras inom ramen för alla regler om otillbörlig marknadsföring.

3.2.3.1 Renommésnyltning

Otillbörlig renommésnyltning regleras särskilt inom bestämmelser om jämförande reklam, vilseledande efterbildning samt punkten 13 i bilaga I till direktivet. I praxis har dock även generalklausulen om god marknadsföringssed kommit att tillämpas på

¹⁹⁰ 19 § MFL

¹⁹¹ Nordell, Per Jonas, Marknadsrättens goodwillskydd, (Stockholm: Actor Förlag, 2003), s. 18.

vissa former av otillbörlig renommésnyltning där åtgärden inte bedömts falla in under övriga bestämmelser.

Renommésnyltning är i grunden ett försök att åstadkomma en association med något på ett sådant sätt att förebildens positiva laddning överförs. Snyltaren skaffar sig en oförtjänt ekonomisk fördel samtidigt som den utsatte riskerar att skadas genom att renomméet urvattnas. Sverige har av tradition en sträng inställning till renommésnyltning. Synen är att företelesen är ett tydligt exempel på ett sådant beteende som kan skapa allvarliga och negativa konsekvenser för den genomsnittlige konsumenten. En ökad tolerans skulle riskera att mottagaren får avsevärt svårare att särskilja produkter med olika kvalitet eller ursprung. Vidare skulle en ökad tillåtlighet riskera att snedvrider konkurrensen mellan näringsidkare.¹⁹² Det är numera fastslaget att även allmänt tillgängliga förebilder kan laddas med särskild betydelse så att de i sitt sammanhang kan skyddas mot snyltning.¹⁹³

3.2.3.1.1 Renommésnyltning i strid med god marknadsföringssed

Med renommésnyltning i strid med god marknadsföringssed avses bl.a. marknadsföring som obehörigt associerar till en annan näringsidkares verksamhet, varumärke, firma eller andra kännetecken. Det kan också vara fråga om marknadsföring som obehörigt förknippar den marknadsförda produkten med en ursprungsbeteckning.¹⁹⁴ Det innefattar även, i enlighet med ICC:s regler, marknadskommunikation som utformas så att den goodwill som är förknippat med andra företags, organisationers, personers eller institutioners namn, kännetecken eller ensamrätt i övrigt, utnyttjas på ett otillbörligt sätt.¹⁹⁵

Robinsonmålet¹⁹⁶

I målet uppstod fråga om renommésnyltning efter att OLW Snacks AB samtidigt som "Expedition: Robinson" var en stor tittarsuccé på Sveriges Television (SVT) lanserat en produkt kallad "Robinson Chips". Förutom användandet av namnet

¹⁹² Prop 2007/08:115, *supra* not 176, s. 113.

¹⁹³ MD 1992:21.

¹⁹⁴ Prop 2007/08:115, *supra* not 176, s. 113.

¹⁹⁵ Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice (augusti 2011), art. 15

¹⁹⁶ MD 1992:21.

”Robinson” var ett dominerande inslag på förpackningen ett söderhavsmotiv. SVT:s program hade sitt ursprung i romanen om Robinson Crusoe varför avgörande fråga blev om även andra hade rätt att knyta an till denna välkända företeelse.

Eftersom de båda företagens produkter var så olika menade domstolen att marknadsföringen inte vilseledde om produktens kommersiella ursprung. Man menade även att namn och företeelser som är allmänt tillgängliga normalt måste kunna användas av alla. I det aktuella fallet fann man dock att ”Robinson” fått en ny aktualitet och en ny innebörd. Allmänheten tycktes i en högre grad knyta begreppet till programmet än till romanen. Namnet ”Robinson” med tillhörande söderhavsmiljö ansåg man därför uppfattas av konsumenterna som åsyftande på programmet. Domstolen fann därför att marknadsföringen associerade till SVT:s program varför det var fråga om renommésnyltning.

*Hästenmålet*¹⁹⁷

Hästens Sängar AB lanserade i slutet av 1970-talet ett rutmönster på sina produkter som oftast går i blått och vitt. Förebilden är den s.k. Gripsholmsrutan som funnits som textilmönster sedan 1700-talet. När Skeidar Möbler och Interiör AB började sälja sängar försedda med ett snarlikt mönster uppkom fråga om renommésnyltning. Domstolen fann att förfarandet vare sig var vilseledande eller innebar en förväxlingsbar efterbildning. Domstolen slog dock fast att rutmönstret genom Hästens omfattande marknadsföringsåtgärder blivit känt på marknaden på ett sådant sätt att det förknippas med Hästens sängar och madrasser. Rutmönstret hade sålunda förvärvat särskiljningsförmåga och hade därigenom särprägel. Man fann därför att Skeidar utnyttjade det kommersiella uppmärksamhetsvärde som Hästens fick anses skapat hos konsumenterna varför det var fråga om renommésnyltning.

*Guldäggsålet*¹⁹⁸

I Guldäggsålet diskuterades inte enbart frågan om vilseledande genom sponsorskap.¹⁹⁹ Domstolen fann även att Guldäggstävlingen/Guldägget erhållit ett särskilt uppmärksamhetsvärde och därigenom fick anses vara så välkänd att den också hade ett betydande kommersiellt värde. Detta framgick av det stora intresse

¹⁹⁷ MD 2000:25.

¹⁹⁸ MD 2001:21.

¹⁹⁹ Se avsnitt

3.2.2.2.2 *Vilseledande om sponsorskap* för förutsättningarna i målet.

som fanns bland näringsidkare att mot erläggande av ersättning få delta som sponsorer av tävlingen. Evenemanget ansågs därför kunna vara bärare av ett renommé på samma sätt som en produkt eller annan nyttinghet. När TV3 använde namnet Guldägget på så sätt som skett innebar detta att TV3 kommersiellt utnyttjade det uppmärksamhetsvärde som skapats bland näringsidkare. Det var därför även fråga om renommésnyltning.

3.2.4 Marknadsföring och yttrandefrihet

I Sverige liksom övriga EU är yttrandefrihet en väldigt stark rättighet. Var och en har rätt till åsiktsfrihet och rätt att ta emot och sprida uppgifter.²⁰⁰ I Sverige har vi rätt till att i tal, skrift, bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar åsikter och känslor.²⁰¹ Yttrandefriheten regleras i yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) liksom tryckfrihetsförordningen (TF). För framställningar som är inriktade på att bibringa allmänheten vissa värderingar eller påverka dess allmänna beteende i viss riktning är TF och YGL exklusivt tillämpliga.²⁰² Det spela ingen roll om meddelandet införts på en betald annonsplats eller om det fått formen av ett redaktionellt material, yttrandena kan inte förbjudas genom åtgärder inom marknadsföringsrätten. Reklam och annan marknadsföring innebär otvivelaktigt en form av yttrande som omfattar informations- och nyhetsförmedling. Dock har de ett annat ändamål än vad de yttrandefrihetsrättsliga reglerna har som syfte att skydda. Allmän enighet råder därför om att t.ex. efterhandsingripanden mot framställningar som är av utpräglad kommersiell natur och har rent kommersiella syften och som är otillbörliga mot konsumenter och näringsidkare kan göras utanför TF:s och YGL:s ram. Framställningar och andra meddelanden som är av *utpräglad eller rent kommersiell natur* anses alltså falla utanför det yttrandefrihetsrättsligt skyddade området och kan därmed bedömas enligt MFL.²⁰³

Både syftet och innehållet ska vara kommersiellt för att det yttrandefrihetsrättsliga skyddet inte ska gälla. Det kan således uppstå tveksamma fall, särskilt vad gäller framställningar som innehåller både reklamslag och opinionsbildande eller nyhetsförmedlande inslag. Marknadsdomstolen får titt som tätt ta ställning till frågan

²⁰⁰ Se Europakonventionen art. 10.1, vilken gäller som svensk lag.

²⁰¹ 2 kap. 1§ Regeringsformen.

²⁰² Prop 2007/08:115, *supra* not 176, s. 112.

²⁰³ *Ibid*, s. 58.

om en viss framställning kan bedömas enligt MFL, eller om den erhåller yttrandefrihetsrättsligt skydd. I Guldäggsfallet hävdade exempelvis TV 3 att deras framställningar omfattades av grundlagarnas regler om yttrandefrihet eftersom de vidtagna åtgärderna inte haft ett renodlat kommersiellt innehåll och syfte.²⁰⁴ TV3:s syfte med åtgärderna hade istället varit att lyckönska deltagarna på Guldäggsfesten och att gratulera vinnarna av Guldägg. Vidare menade man att ingripanden på grund av innehållet i Dagens Reklamnyheters Guldäggsupplaga endast kunde ske i den ordning som stadgas i TF. Marknadsdomstolen fann dock att framställningarna framförts i ett sammanhang och på ett sådant sätt att ändamålet måste ha varit att TV3 skulle synas för deltagarna i Guldäggsfesten och andra med särskilt intresse för evenemanget. De ansågs därför ha haft ett kommersiellt syfte varför MFL var tillämplig.

²⁰⁴ Se MD 2001:21 och avsnitt
3.2.2.2.2 *Vilseledande om sponsorskap för förutsättningarna i målet.*

4 Sui generis reglering

4.1 Inledning

Sui generis²⁰⁵ regleringar används för att identifiera och ibland särreglera sådana fenomen som på grund av sin egenhet eller på grund av skapandet av en specifik rättighet eller skyldighet existerar oberoende av andra mer traditionella kategoriseringar. Ambush marketing har i många länder ansetts vara ett sådant fenomen. Regler har därför införts som gäller parallellt med ordinarie immaterial- och marknadsrätt. Nedan följer en genomgång av de sui generis åtgärder som vidtagits i Storbritannien i anledning av OS 2012 i London. Vidare kommer en kort utblick göras över ett par ytterligare länders regleringar, vilka legat till grund för lagstiftningen i Storbritannien och den fortsatta utvecklingen på området.

4.2 Skydd för de Olympiska Spelen i Storbritannien

4.2.1 Inledning

Till följd av att London utsågs till arrangör av OS 2012 antog det brittiska parlamentet London Olympic and Paralympics Games Act 2006 (LOGPGA). Syftet var att möjliggöra en effektivare organisation av spelen samt tillförse den olympiska rörelsens ikonografi ytterligare skydd. Sedan tidigare var de ord och symboler som främst förknippas med de olympiska spelen skyddade genom British Olympic Association by the Olympic Symbols etc. (Protection) Act 1995 (OSPA). Under oktober 2011 lades även ett utkast till reglering angående annonsering och gatuhandel i och omkring de olika OS-områdena fram.²⁰⁶ London Olympic Games and Paralympic Games (Advertising and Trading) (England) Regulations 2011 (ATR) ska nu godkännas av brittiska parlamentet innan den är antagen som lag. Tanken är att dessa tre lagar ska möjliggöra för Londons Organisationskommitté²⁰⁷ (LOCOG) att

²⁰⁵ Latinskt uttryck för eget kön eller unik i sin karaktär. Se Oxford English Dictionary. Tillgängligt på <http://oed.com/view/Entry/193700?redirectedFrom=sui%20generis#eid>.

²⁰⁶ Regleringen har sitt ursprung i LOGPGA art 19(2) och 25(2) där det stadgas att reklam respektive gatuhandel i områdena kring London OS ska regleras särskilt. Lagförslaget har lagts fram i enlighet med LOGPGA art. 20(2) och 26(2).

²⁰⁷ London Organising Committee of the Olympic Games.

maximera den kommersiella exploateringen av ord och symboler kopplade till OS som del i sina sponsrings- och marknadsföringsstrategier.²⁰⁸

Många formuleringar, principer och undantag har sitt ursprung i varumärkes- och marknadsföringsrätten och har i många fall diskuterats och utvecklats genom EU-domstolens praxis. Dessa är dock inte bindande för de brittiska domstolarna vad gäller det skydd som ges genom OSPA, LOGPGA och ATR. Anledningen är att skyddet rörande de olympiska egendomarna²⁰⁹ och övriga skyddade ord inte är harmoniserat inom EU. Det är således upp till de brittiska domstolarna att utröna bestämmelserna räckvidd och tolkning.²¹⁰

4.2.2 Olympic Symbols etc. (Protection) Act 1995

4.2.2.1 Bakgrund

OSPA introducerades redan 1995 och skyddar den olympiska symbolen²¹¹, det olympiska mottot²¹² samt vissa särskilt angivna ord.²¹³ Den Brittiska Olympiska Kommittén (BOA)²¹⁴ är exklusiv rättighetsinnehavare. Under 2006 ändrades dock lagen i vissa delar, bl.a. vad gäller de undantag som kan göras. Då gjordes även LOCOG till delad rättighetsinnehavare tillsammans med BOA.²¹⁵ Detta gäller dock endast fram till 31 december 2012 då BOA återigen blir exklusiv rättighetsinnehavare.²¹⁶

²⁰⁸ James, Mark och Osborn, Guy, "London 2012 and the Impact of the UK's Olympic and Paralympic Legislation: Protecting Commerce or Preserving Culture?" *The Modern Law Review* (2011) Volym 74 Nummer 3, s. 416 ff.

²⁰⁹ De olympiska egendomarna definieras i den Olympiska stadgan vilket är en uppsättning regler och riktlinjer för organiseringen av de olympiska spelen och styrningen av den olympiska rörelsen. De olympiska egendomarna inkluderar den olympiska symbolen, flaggan, mottot, emblemen, elden liksom facklan. De inkluderar även alla olympiska benämningar.

²¹⁰ Se exempelvis Johnson (2), *supra* not 7, s. 104.

²¹¹ Dvs. de fem välkända sammanlänkade ringarna. Se den Olympiska Stadgan 1 kap p.10.

²¹² "Citius. Altius. Fortius." Se Olympiska Stadgan 1 kap p.10.

²¹³ OSPA sek. 2(1).

²¹⁴ The British Olympic Association

²¹⁵ Olympics and Paralympics Association Rights (Appointment of Proprietors) Order, art. 4.

²¹⁶ James och Osborn, *supra* not 208, s. 419.

4.2.2.2 Intrång

OSPA skyddar mot att någon *i näringsverksamhet använder ett märke*²¹⁷ som är identiskt med den olympiska symbolen²¹⁸, det olympiska mottot²¹⁹ eller något av orden “olympiad”, “olympiads”, “olympian”, “olympians”, “olympic” och “olympics” (de skyddade orden²²⁰).²²¹ Intrång föreligger även när någon använder ett märke som är så lika den olympiska symbolen eller det olympiska mottot att det sannolikt hos allmänheten *skapas en association* med dem. Samma sak gäller när någon använder ett märke som är lika något av de skyddade orden, dock med skillnaden att det ska vara sannolikt att det hos allmänheten *skapas en association* med de olympiska spelen eller den olympiska rörelsen.²²²

4.2.2.2.1 Att använda ett märke i näringsverksamhet

Att en aktör använder ett sådant märke som åsyftas innefattar ett stort antal olika ageranden. Det kan bl.a. innebära att aktören förser varor eller deras förpackningar med märket, inkorporerar det i en flagga eller banderoll alternativt bjuder ut varor under märket till försäljning. Det kan även innefatta att man importerar eller exporterar varor under märket eller att man använder det i reklam.²²³ Klart är att begreppet näringsverksamhet innefattar all yrkesutövning och att affärsverksamhet i sin tur innefattar all typ av handel.²²⁴ I brittisk rätt har handel alltid ansetts innefatta tillverkning och senare även leasing, hyra och liknande arrangemang. Det är dock inte nödvändigt att en person tjänar några pengar, eller har intentionen att göra detta.²²⁵ Vad som åsyftas med ”i näringsverksamhet” har vidare utvecklats av EU-domstolen.²²⁶ Om än inte bindande så ger det en fingervisning om hur begreppet troligen kommer att tolkas.²²⁷

²¹⁷ I den brittiska lagtexten talas om att använda ”a representation”. Pga. av likheterna med varumärkesrätten används dock i förevarande framställning ordet ”märke”.

²¹⁸ OSPA sek. 18(1).

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ I lagtexten går dessa ord under beteckningen ”protected words”. Jmf. OSPA sek. 3(1)(a) samt sek. 18(2).

²²¹ OSPA sek. 3(1)(a) samt sek. 18(2).

²²² *Ibid.* 3(1)(b).

²²³ *Ibid.* 3(2)(a)-(f).

²²⁴ *Ibid.* 18(1).

²²⁵ Johnson (2), *supra* not 7, s. 105.

²²⁶ Se avsnitt 3.1.3.4.1 *I näringsverksamhet*.

²²⁷ Se ovan under avsnitt 3.1.3.4.1 *I näringsverksamhet*.

4.2.2.2 Association

Vad som ligger i begreppet association är inte till fullo definierat i OSPA. Att en association skapas med de olympiska spelen eller den olympiska rörelsen ska dock bl.a. anses innefatta att intryck ges av att det föreligger ett kontraktuellt eller kommersiellt förhållande med OS.²²⁸ Det finns ett stort antal situationer där BOA med framgång använt sig av rättigheterna under lagen. Exempelvis har annonser för en "Olympic Sale" stoppats. Vidare har reklam för kläder med "Olympic Athletic Dept", "Official Olympic", och "OLYMPIAN" på dem dragits tillbaka. Andra exempel som BOA slagit ner på är reklam från en bank om ett "Olympic Bonus Mortgage" liksom annonsering från ett gym om en "Olympic Try-out".²²⁹

4.2.2.3 Undantag

Det finns ett antal undantag då en viss typ av användande inte ska utgöra intrång av OSPA. Undantagen ändrades 2006 och lagöverträdelser som skett innan detta datum kan endast göras gällande innan mars 2012.²³⁰ I denna framställning kommer emellertid enbart de undantag som är av störst relevans för OS 2012 att beaktas.

4.2.2.3.1 Publicering eller sändning

För det första får sådana skyddade märken som åsyftas i lagen användas i nyhetsrapporteringar från spelen eller när information om OS publiceras eller sänds. Detta betyder sålunda att exempelvis en tidning kan publicera artiklar om OS. Undantaget gäller dock inte för sådant annonsmaterial som publiceras eller sänds i anslutning till en artikel.²³¹ Detta för att exempelvis annonser inte ska kunna förkläs som en rapportering från spelen.²³² Vidare föreligger inte ett intrång om märket är av underordnad betydelse i exempelvis en film, ljudupptagning eller i ett litterärt eller konstnärligt verk.²³³ En film eller ett TV-inslag om en idrottare kan således innehålla

²²⁸ OSPA sek. 4(3)(a).

²²⁹ I de flesta av exemplen har märken använts som är identiska med de skyddade orden. Då krävs ingen bedömning avseende association. Det är också viktigt att komma ihåg att exemplen är tagna från tiden innan ändringarna i lagen 2006. Vidare, och framför allt viktigare, har de inte prövats av domstol. En stark indikation ges dock över vilka typer av beteende BOA har för avsikt att stävja under lagen och således vad som riskerar att utmanas. Se i detta sammanhang The London Organising Committee of the Olympic Games and Paralympic Games Limited, "London 2012's UK statutory marketing rights" (april 2010), del B p. 2.7.

²³⁰ Johnson (2), *supra* not 7, s. 108.

²³¹ *Ibid*, sek. 4(2)

²³² LOCOG, *supra* not 229, del B p. 2.5.1.(c).

²³³ OSPA sek. 4(1)(c).

underordnade referenser till de olympiska spelen utan att för den sakens skull bryta mot OSPA.²³⁴

4.2.2.3.2 Ingen association

För det andra föreligger inget intrång då det inte är sannolikt att märket kommer att frambringa en association mellan en person, produkt eller tjänst och de olympiska spelen eller den olympiska rörelsen. En person ska inte anses skapa en sådan association när ett uttalande har gjorts i enlighet med *god affärssed* och inte inneburit reklam eller annan kommersiell användning av ett skyddat ord i ett sammanhang där de olympiska spelen och den olympiska rörelsen är irrelevant.²³⁵ LOCOG har i detta sammanhang identifierat vissa nyckelfaktorer som innefattas i god affärssed. Först och främst måste beaktas om det aktuella uttalandet är sant och korrekt. Vidare om det skapar förvirring eller missförstånd alternativt om uttalandet verkar missvisande vad gäller den kommersiella relationen till spelen i London. Slutligen bör undersökas om uttalande innebär ett orättvist utnyttjande av värdet i OS 2012.²³⁶ Att uttalandet inte får utgöra reklam eller annan kommersiell användning i ett sammanhang där OS är irrelevant syftar huvudsakligen till att spelen inte ska vara av direkt betydelse för det sammanhang i vilket ett uttalande används.²³⁷ Det har föreslagits att syftet är att tillåta referenser till OS när det är en bekväm genväg för att få fram information. Undantaget ska göra det möjligt att med hänvisning till skyddade ord förmedla information på ett effektivare sätt.²³⁸ Ett agerande som kan komma att falla in under undantaget är exempelvis om ett hotell i Greenwich vill förmedla att "... the hotel is located in Greenwich, just a 5 minute walk to the Observatory and next to the Olympic equestrian venues" på sin hemsida.²³⁹

4.2.2.3.3 Konsumtion av ensamrätten

Liksom inom varumärkesrätten kan ensamrätten till den olympiska symbolen, det olympiska mottot samt de skyddade orden komma att konsumeras. Det är därför tillåtet att använda ett skyddat märke i relation till sådana varor som BOA eller

²³⁴ LOCOG, *supra* not 229, del B p. 2.5.1(c).

²³⁵ OSPA sek. 4(3)(b).

²³⁶ LOCOG, *supra* not 229, del B p. 2.5.3.

²³⁷ Johnson (2), *supra* not 7, s. 114 ff.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ LOCOG, *supra* not 229, del B p. 2.5.3.(iv).

LOCOG, alternativt någon med deras godkännande, satt på marknaden inom EES.²⁴⁰

4.2.2.3.4 Äldre rätt eller användning

Vidare kan en näringsidkare använda ett skyddat märke om de har en yngre rätt till ett sådant, exempelvis genom att märket är registrerat som varumärke. Dock gäller detta undantag endast under förutsättning att registreringen är gjord under den engelska varumärkes- eller mönsterskyddslagen.²⁴¹ Vidare är det tillåtet att använda ett skyddat ord som en del av sitt firmanamn om användningen går till tillbaka till tiden innan lagen trädde i kraft.²⁴² Slutligen kan även den som använt ett skyddat märke sedan innan lagens ikraftträdande fortsätta att göra detta, dock endast om användandet varit kontinuerligt.²⁴³

4.2.3 London Olympic and Paralympic Games Act 2006

4.2.3.1 Bakgrund

Då främsta syftet med OSPA är att ge skydd åt vissa särskilda olympiska egendomar tar London Olympics Association Right²⁴⁴ (LOAR), en del av LOGPGA, istället sikte på den speciella ikonografi som är särskilt associerad med OS i London 2012. Lagen infördes för att förhindra innovativa sätt att skapa association med spelen utan organisationskommitténs tillåtelse.²⁴⁵ Denna rätt är exklusivt förbehållen LOCOG, dock endast temporärt då lagen endast gäller mellan 30 mars 2006 och 31 december 2012.²⁴⁶ Syftet med LOAR är således att försöka förhindra vissa typer av ageranden, som även om de inte bryter mot ordinarie immaterial- och marknadsrättslig reglering, skapar en association med spelen.²⁴⁷

²⁴⁰ OSPA sek. 4(5).

²⁴¹ *Ibid*, sek. 4(13)-(14).

²⁴² OSPA sek. 4(12).

²⁴³ *Ibid*, sek. 4(11).

²⁴⁴ Återfinns i Schedule 4 av LOGPGA.

²⁴⁵ Johnsson, Phillip, EIPR Practice Series, *Ambush Marketing: A Practical Guide to Protecting the Brand of a Sporting Event* (London: Sweet & Maxwell, 2008), s. 129.

²⁴⁶ LOGPGA sek.40 (1) och (8) och sch. 4 p. 1(1).

²⁴⁷ LOCOG, *supra* not 229, del B p. 3.1.

4.2.3.2 Intrång

LOAR förbjuder således alla typer av *framställningar*²⁴⁸ som sannolikt antyder en *association* med London OS.²⁴⁹ LOAR anger kombinationer av ord som domstolen särskilt *får* ta hänsyn till vid avgörandet av huruvida en association med OS har skapats.²⁵⁰ Använder man orden ”games”, ”two thousand and twelve”, ”2012” och ”twenty twelve” i kombination med varandra eller med orden ”gold”, ”silver”, ”bronze”, ”London”, ”medals”, ”sponsor” eller ”summer” är detta en stark indikation på att en association har skapats.²⁵¹

4.2.3.2.1 Framställning

Sådana framställningar som åsyftas i lagen kan vara av vilket slag som helst. Det kan vara en bild, en grafisk design, ett ljud, eller ett ord. Framställningen kan således även vara muntlig.²⁵²

4.2.3.2.2 Association

En association i det här sammanhanget kan liksom under OSPA innefatta att intryck ges av att det föreligger ett kontraktuellt eller kommersiellt förhållande med OS.²⁵³ Begreppet ska dock tolkas brett. En association med OS behöver inte ha gjorts medvetet för att ett intrång ska anses föreligga. Inte heller är det ett krav att associationen ska verka vilseledande. Det är således irrelevant om det uppstår förväxlingsrisk hos allmänheten. Det är tillräckligt att framställningen rent objektivt sannolikt skapar en association.²⁵⁴ En association ska dock inte anses uppstå när någon gjort ett uttalande som överensstämmer med god affärssed och uttalandet inte innebär reklam eller annan kommersiell användning av en framställning som relaterar till London OS i ett irrelevant sammanhang. Betydelsen är av allt att döma densamma som för undantaget under OSPA, innefattat innebörden av god affärssed.²⁵⁵

²⁴⁸ Även i detta sammanhang används i den brittiska lagtexten termen ”representation”. Då likheterna i detta sammanhang är många med marknadsföringsrätten kommer i förevarande framställning ordet ”framställning” att användas.

²⁴⁹ LOGPGA sch. 4 p. 2(1).

²⁵⁰ *Ibid*, sch. 4 p. 3(1).

²⁵¹ *Ibid*, sch. 4 p. 3(2)-(4).

²⁵² Johnson (2), *supra* not 7, s. 130.

²⁵³ LOGPGA sch. 4 p. 1(2)(a)

²⁵⁴ LOCOG, *supra* not 229, del B p. 3.3(a). Se även Johnson (2), *supra* not 7, s. 130.

²⁵⁵ LOGPGA sch. 4 p. 1(2)(b). Under OSPA anges förevarande som ett undantag medan det under LOAR ställs upp som en förutsättning för att association ska anses skapad. Av allt att döms är dock innebörden densamma. Se Johnson (2), *supra* not 7, s. 130, samt LOCOG, *supra* not 229, del B p. 3.5.2.

Listade kombinationer

Trots att en association kan skapas på mer eller mindre vilket sätt som helst har man alltså valt att ange vissa specifika kombinationer av ord som domstolen särskilt får beakta. De listade orden tycks inte behöva stå i direkt anslutning till varandra för att skapa en sådan otillåten kombination som åsyftas.²⁵⁶ En otillåten framställning kan således vara en annons från ett visst företag som säger att de ”... are backing the 2012 Games” eller ”... are supporting the London Games”. Även uttryck som ”Come to London with us to see the Games” bör anses vara en sådan otillåten kombination.²⁵⁷

Andra faktorer

LOCOG har även sammanställt exempel på framställningar som inte nödvändigtvis kommer anses skapa en association i det enskilda fallet, men som i kombination med någonting annat kan vara relevant. Det kan exempelvis vara bilder på platser som kommer att användas under spelen eller som har nära anslutning till OS. Det kan vara användningen av de fem färger som ingår i den olympiska symbolen²⁵⁸ eller användningen ord som ”spirit”, “endeavour”, “friendship”, “winning” och “determination” som anses fånga essensen av vad OS handlar om.²⁵⁹ LOCOG är även av uppfattningen att sammanhanget, exempelvis tidigare beteende eller typen av produkter som marknadsförs, kommer att vara av betydelse för bedömningen. Om en aktör har en årligen återkommande rea under benämningen ”<Year> Gold Sale” är detta en indikation på att ingen association skapas med OS. På samma sätt kan det vara relevant hur en viss typ av produkter brukar marknadsföras. Om en reklamkampanj visar en löpare som vinner ett lopp får frågan ställas varför produkten marknadsförs på detta sätt. Eventuellt bör då bedömningen vara olika om det rör sig om en kaffemaskin kontra ett par löparskor.²⁶⁰

4.2.3.2.3 Sammanvägd bedömning

De listade kombinationerna och LOCOG:s tolkning av reglerna är dock endast ett hjälpmedel för att avgöra huruvida en association med London OS har skapats. Domstolen får ta de aktuella kombinationerna i beaktande, men måste inte.

²⁵⁶ Johnson (2), *supra* not 7, s. 132.

²⁵⁷ LOCOG, *supra* not 229, del B p. 3.3(a). Se även Johnson (2), *supra* not 7, s. 132.

²⁵⁸ Blått, gult, svart, grönt och rött.

²⁵⁹ LOCOG, *supra* not 229, del B p. 3.6.1.

²⁶⁰ *Ibid*, del B p. 3.6.2.

Exempelvis bör en annons för “The Tower of London Gold Jewels Exhibition 2012” eller reklam för en leksaksbutik med orden “Massive Summer Sale – Games, Toys, Gadgets” således vara tillåtna.²⁶¹ En sammanvägd bedömning i det enskilda fallet kommer dock att vara avgörande varför det i dagsläget är ovisst vilket genomslag de aktuella bestämmelserna kommer att få.

4.2.3.3 Undantag

Även LOAR anger vissa undantag då en konstaterad association inte ska anses utgöra ett lagbrott. De flesta undantagen motsvarar de som även återfinns under OSPA.²⁶² På samma sätt som under OSPA är det således tillåtet att använda en framställning som associerar till London OS i exempelvis nyhetsförmedling²⁶³ eller om ensamrätten konsumerats²⁶⁴. Detsamma gäller om man innehar en äldre rätt eller kontinuerligt använt en framställning som associerar till London OS sedan innan lagens ikraftträdande.²⁶⁵ Till skillnad från vad som gäller för märken skyddade under OSPA blir dock inte ett märke innehållandes en framställning som bryter mot LOAR förvägrad registrering pga. absoluta grunder. Istället får LOCOG opponera mot registreringen, alternativt försöka ogiltigförklara en redan genomförd registrering, med hänvisning till de relativa grunderna.²⁶⁶

4.2.3.3.1 Deskriptiva beteckningar

Vidare undantas användningen av beteckningar över varor och tjänsters egenskaper. Detta kan exempelvis vara kvalitet, kvantitet, avsett ändamål, värde, geografiskt ursprung eller tid för produktion.²⁶⁷ Vidare är det inte heller ett intrång att använda en framställning som är nödvändig för att indikera ett tänkt syfte med en produkt eller tjänst.²⁶⁸ Dessa undantag gäller dock endast under förutsättning att god affärssed följs. Bedömningen här bör motsvara vad LOCOG uttryckt angående god affärssed i andra sammanhang dvs. om framställningen är sann och korrekt, skapar förvirring eller missförstånd alternativt utgör ett orättvist utnyttjande.²⁶⁹ Ett företag med kontor

²⁶¹ LOCOG, *supra* not 229, del B p. 3.3(a).

²⁶² Se avsnitt 4.2.2.3 *Undantag*.

²⁶³ LOGPGA sch. 4 p. 8.

²⁶⁴ *Ibid*, sch. 4 p. 9.

²⁶⁵ *Ibid* sch. 4 p. 6 och p. 10(1)(c).

²⁶⁶ Johnson (2), *supra* not 7, s. 135.

²⁶⁷ LOGPGA sch. 4 p. 7(b).

²⁶⁸ *Ibid*, sch. 4 p. 7(c).

²⁶⁹ Se LOCOG, *supra* not 229, del B p. 3.5.3.

på exempelvis ”2012 Gold Street” bör alltså kunna hänvisa dit i en annons utan att bryta mot LOAR. Detsamma måste gälla om exempelvis Golds London Winery i reklam för vin producerat 2012 vill hänvisa till såväl företaget som vilket år vinet är tillverkat.²⁷⁰

4.2.4 Advertising and Trade Regulations 2011

ATR är ännu inte antagen som lag. Klart är dock att en reglering som i stort påminner om ATR kommer att vara gällande under London OS nästa sommar. Då det är svårt att sia om vilka eventuella ändringar som kommer att göras innan lagen antas ska regleringen endast studeras översiktligt.

4.2.4.1 Reklamförbud i och omkring evenemangszoner

Huvudsyftet med reglerna är att förbjuda all typ av reklamverksamhet inom de områden som utnämns till evenemangszoner.²⁷¹ Förutom de som faktiskt utför en reklamverksamhet är den som förbereder för en sådan aktivitet eller den som har ett särskilt intresse i de varor, tjänster eller liknande som reklamverksamheten relaterar till omfattade av bestämmelserna.²⁷² Vidare ska förbudet anses brutet av den som äger, disponerar eller förvaltar den mark, fastighet eller egendom som används.²⁷³

Reklamverksamhet tar sikte på att reklam visas eller att reklammaterial distribueras eller tillhandahålls. Reklam är i sammanhanget mycket brett och innefattar allt från affischer och flaggor till varje ord och bokstav med i vart fall ett visst syfte att marknadsföra. Att reklam visas är även det ett brett begrepp och innefattar uppvisandet av en annons liksom att någon bär eller håller upp reklam.²⁷⁴

²⁷⁰ Se LOCOG, *supra* not 229, del B p. 3.5.1.

²⁷¹ ATR, del 2 art. 6(1). Det är ett stort antal områden som utnämns till evenemangszoner och den tid då förbudet gäller, dvs. den relevanta tidsperioden, kan skilja sig zonerna emellan. Zonerna kommer under OS att märkas ut på kartor och särskilda regler gäller för dess tolkning. Exempelvis inkluderas trottoaren på varje sida av en evenemangsväg. Finns emellertid ingen trottoar avser zonen även den mark eller det vatten som finns inom två meter på vardera sidan om den aktuella vägen. Vidare inkluderar zonen alltid luftrummet över den mark eller det vatten som finns inom zonen. Se Bilaga 1 och 2 till ATR.

²⁷² ATR, del 2 art. 6(2).

²⁷³ *Ibid*, del 2 art. 3(3)(a)-(b).

²⁷⁴ *Ibid*, del 2 art. 5(1).

Det finns ett par undantag då annars förbjudna reklamaktiviteter ska anses tillåtna.²⁷⁵ Exempelvis är demonstrationer eller att stödja eller motsätta sig någon annans handlingar eller åsikter tillåtet, dock förutsatt att aktiviteten inte främjar eller gör reklam för exempelvis en vara eller ett företag.²⁷⁶ Vidare är individer som har reklam på sina kläder, på sin kropp eller på sin personliga egendom undantagna. Detta gäller dock endast under förutsättning att personen i fråga inte har anledning att tro att hon eller han deltar i en ambush marketingkampanj.²⁷⁷

4.2.4.2 Förbud mot gatuhandel

På liknande sätt regleras gatuhandel inom de aktuella områdena. Det har gjorts förbudet att inom en evenemangszon delta i alla typer av handelsverksamhet.²⁷⁸ Även den som förbereder inför en sådan verksamhet eller har ett särskilt intresse i den affärsrörelse som utför handelsverksamheten omfattas av bestämmelserna.²⁷⁹ Vidare ska förbudet anses brutet av den som äger, disponerar eller förvaltar den mark som används.²⁸⁰ Dock gäller inte det sistnämnda om personen i fråga saknade vetskap om handelsverksamheten eller vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att förhindra dess genomförande.²⁸¹

Handelsverksamhet syftar självfallet på att sälja varor och att erbjuda tjänster. Dock faller även att vädja till allmänheten om pengar in, detta oavsett om det är för ett välgörande ändamål eller inte. Vidare innefattar begreppet s.k. gatuunderhållning i den mån syftet är att få betalt. En förutsättning för att en verksamhet ska falla inom förbudet är emellertid att den utförs på en öppen offentlig plats.²⁸² Transaktioner på någons privata mark faller således utanför.²⁸³

²⁷⁵ Det finns även möjlighet att få LOCOG:s medgivande att göra reklam. De har i detta sammanhang full beslutanderätt och inga riktlinjer finns vad gäller vilka som bör få tillstånd. Se *Ibid*, del 2 art 11.

²⁷⁶ *Ibid*, del 2 art. 7.

²⁷⁷ *Ibid*, del 2 art. 8.

²⁷⁸ ATR, del 3 art. 13(1).

²⁷⁹ *Ibid*, del 3 art. 13(2).

²⁸⁰ ATR, del 3 art. 13(3).

²⁸¹ *Ibid*, del 3 art. 13(4).

²⁸² *Ibid*, del 3 art. 12 (1)(i).

²⁸³ Att endast en av parterna i en transaktion befinner sig på en öppen offentlig plats är tillräckligt. Vidare spelar det ingen roll om affären slutförs på platsen i fråga. Avgörande är var erbjudandet om försäljning av en viss vara har lämnats. Se *Ibid*, del 3 art. 12(2).

Ett fåtal undantag finns. För det första är handel i anslutning till vissa särskilda butikslokaler tillåtet under förutsättning att handeln är del av ägarens vanliga verksamhet. Undantagna butikslokaler är i detta sammanhang affärer, restauranger, barer liksom bensinstationer.²⁸⁴ Vidare är det tillåtet att sälja tidningar²⁸⁵ och det finns även möjlighet att söka tillstånd hos den s.k. Olympiska leveransmyndigheten.²⁸⁶

4.3 Kort om sui generis reglering i övriga världen

Skyddet som givits OS i London är inte unikt. I ett flertal länder har OS såväl som andra stora idrottsevenemang givits skydd utöver det vanliga. Den följande framställningen har till syfte att ge en ytlig inblick i några länders regleringar.

4.3.1 Australien

Australien stod som värd för OS i Sydney år 2000. Tre lagar, Olympic Insignia Protection Act 1987 (OIPA), Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act 1996 (SGPA) och Olympic Arrangement Act 2000 (OGAA) gav då ett brett skydd mot ambush marketing.²⁸⁷ Speciella ord relaterade till de olympiska spelen skyddades genom att endast den Australiensiska Olympiska Kommittén fick använda dessa i kommersiellt syfte.²⁸⁸ De typer av ambush marketing där olympiska uttryck och logotyper användes kunde därför på ett effektivt sätt stoppas.²⁸⁹ Skyddet gick dock aldrig så långt som att förbjuda alla typer av associationer med OS.²⁹⁰

Vidare inkluderade skyddet ett förbud mot annonsering nära de olympiska områdena. Det blev förbjudet att annonsera i luftrummet över berörda områden och fastighetsägare förbjöds att tillåta annonsering på sina byggnader.²⁹¹ Vidare förbjöds sändningar och inspelningar från OS utan särskilt tillstånd.²⁹²

²⁸⁴ ATR, del 2 art. 14(12).

²⁸⁵ *Ibid*, del 2 art. 14(2).

²⁸⁶ *Ibid*, del 2 art. 15.

²⁸⁷ Johnson (2), *supra* not 7, s. 123.

²⁸⁸ OIPA, s. 24 och 36.

²⁸⁹ Se *Ibid*, p. 28 och p. 29.

²⁹⁰ Vassallo, Edward, Blemaster, Kristin och Werner, Patricia, "An international look at ambush marketing", *The Trademark reporter* (2005), Volym 96 Nr. 6, s. 1351.

²⁹¹ OGGA, del 11 p. 66-67

²⁹² *Ibid*, del 11 p. 68.

De olympiska spelen är dock inte det enda idrottsevenemanget i Australien som fått ett utökat skydd. När det stod klart att Australien skulle få vara värd för 2006 års samväldesspel²⁹³ antogs Commonwealth Games Arrangements Act 2001 (CGAA) och Melbourne 2006 Commonwealth Games (Indicia and Images) Protection Act 2005 (MCGP)²⁹⁴. Ord som ”Commonwealth Games”, ”M2006”, ”Melbourne Games”, ”Melbourne 2006 Games” fick därigenom ett långtgående skydd.²⁹⁵ På samma sätt som i Sydney år 2000 förbjöds även annonsering i luften och på byggnader i närheten av evenemanget.²⁹⁶ En nyhet var dock att det blev förbjudet att på vad sätt som helst antyda att man var sponsor eller på annat sätt anknuten till spelen.²⁹⁷

Även Australiens Grand Prix²⁹⁸ och VM i simning 2007 har erhållit långtgående skydd mot ambush marketing.²⁹⁹ Det skydd som gavs samväldesspelen i Melbourne 2006 mer eller mindre kopierades till förmån för FINA³⁰⁰ året efter.³⁰¹

4.3.2 Sydafrika

När Sydafrika skulle stå värd för 2003 års världsmästerskap i Kriket gjordes förändringar i landets Trade Practice Act 1976 (TPA) och Merchandising Marks Act 1941 (MMA).³⁰² Det blev först och främst förbjudet att i anslutning till ett sponsrat evenemang göra, publicera eller visa ett falsk eller missledande yttrande som skulle kunna antyda ett kontraktuellt förhållande eller en association med evenemanget i fråga.³⁰³ Vidare infördes regler som tog sikte på ambush marketing i relation till vissa särskilt skyddade evenemang. Handelsministern³⁰⁴ fick makt att, efter utredning som ministern själv ansåg lämplig, förbjuda alla typer av varumärken, ord, bokstäver och

²⁹³ Samväldesspelen är en tävling i en mängd sporter med deltagare från 54 självständiga länder, varav nästan alla tidigare varit brittiska besittningar.

²⁹⁴ Lagen gällde fram till 30 juni 2006, se MCGPA del 6 p. 47.

²⁹⁵ MCGPA, del 2 p 7(2) och del 3 p. 12.

²⁹⁶ CGAA, del 5A och 5B. Dessa slutade ha effekt den 31 december 2006, se CGAA del 6 p. 58.

²⁹⁷ Johnson (2), *supra* not 7, s. 138.

²⁹⁸ En av deltävlingarna i världsmästerskapen i Formel-1.

²⁹⁹ Se Australian Grands Prix Act 1994, Grands Prix (Formula One) Grands Prix Regulations 2006 samt World Swimming Championships Act 2004.

³⁰⁰ Fédération Internationale de Natation.

³⁰¹ Johnson (2), *supra* not 7, s. 138.

³⁰² Johnson (1), *supra* not 6, s. 26.

³⁰³ Se TPA, sek. 9(d).

³⁰⁴ Minister of Trade and Industry.

figurer i samband med alla typer av näringsverksamhet eller evenemang.³⁰⁵ Handelsministern fick vidare möjligt att utnämna ett evenemang som särskilt skyddat.³⁰⁶ Vid sådana evenemang får ingen utan särskilt tillstånd använda sitt varumärke i relation till evenemanget på ett sätt som beräknas ge publicitet.³⁰⁷ När det stod klart att Sydafrika skulle få arrangera fotbolls-VM 2010 utseddes detta till ett sådant särskilt skyddat evenemang.³⁰⁸

4.3.3 Portugal

Inför Portugals värdskap av Europamästerskapen i fotboll 2004 infördes en särskild reglering som förbjöd alla typer av associationer med turneringen.³⁰⁹ Skyddet uppfattades som så omfattande att det kom att prövas i domstol på konstitutionella grunder, dock utan framgång. Istället infördes ett identisk skydd för U-21 VM i fotboll när detta anordnades i Portugal två år senare.³¹⁰

4.3.4 Nya Zeeland

Nya Zeeland har genom Major Events Management Act 2007 (MEMA) infört särskilda regler som tar sikte på alla typer av evenemang som utsetts till ”stora evenemang”³¹¹. Generalguvenören har möjlighet att utse symboler och ordkombinationer som ska utgöra evenemangssymboler respektive evenemangsord.³¹² Dessa är sedan skyddade oberoende av om de är eller kan registreras som varumärken.³¹³ Alla typer av framställningar som för en resonabel person antyder en association mellan det stora evenemanget och exempelvis någons varor, tjänster eller varumärken är förbjudna under lagen.³¹⁴ Om en framställning

³⁰⁵ MMA, kap. 15(1).

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.*, kap. 15A(2).

³⁰⁸ Soldner, André, ”Ambush Marketing and the 2010 World Cup”, *German South African Lawyers Association Newsletter* (augusti 2006).

³⁰⁹ Infördes genom förordning 86/2004 of April 17, 2004 (on the protection of the insignia of EURO 2004). Se Johnson (1), *supra* not 6, s. 26.

³¹⁰ Johnson (2), *supra* not 7, s. 141.

³¹¹ Lagen reglerar evenemang som utsetts till ett ”major event”

³¹² MEMA, del 2 p. 8.

³¹³ Ballance, Juie, och Duckworth, Kate, *The Protection of Major Sports Events and Associated Commercial Activities through Trademarks and other IPR*. Question Q210, New Zealand National Group (februati 2009). Tillgänglig på www.aippi.org/download/committees/210/GR210new_zealand.pdf. (Senast besökt 2011-10-19).

³¹⁴ MEMA, del 2 p. 10.

innehåller en evenemangssymbol eller ett evenemangsord, alternativt något som är snarlikt, presumeras lagen har brutits.³¹⁵

Vidare kan Ministern för Ekonomisk Utveckling utse s.k. ”rena zoner”.³¹⁶ Inom dessa krävs tillstånd för gatuförsäljning³¹⁷ liksom annonsering³¹⁸. Även annonsering som är klart synlig från den ”rena zonen” är förbjuden vilket således även inkluderar annonsering med hjälp av flygplan.³¹⁹

Skyddet för ett stort evenemang är temporärt och kan inte gälla längre än 30 dagar efter evenemangets slut.³²⁰ Permanent skydd har dock vissa symboler, ord och kombinationer med anknytning till de olympiska spelen och samväldesspelen.³²¹ Förutom de olika evenemangens symboler och namn skyddas ”Turin 2006”, ”Melbourne 2006” och ”Beijing 2008” liksom olika kombinationer av exempelvis ”olympic” och ”commonwealth” med ”Turin”, ”Melbourne” och ”Beijing”. Detta alltså trots att de inte har någon koppling till Nya Zeeland. Vidare åtnjuter uttryck som ”Games City”, ”Gold Games”, ”One Team One Spirit”, och ”One Team Our Team” ett permanent skydd.³²²

³¹⁵ MEMA, del 2 p. 11.

³¹⁶ *Ibid*, del 2 p. 16(1).

³¹⁷ *Ibid*, del 2 p. 17.

³¹⁸ *Ibid*, del 2 p. 18.

³¹⁹ *Ibid*, del 2 p. 19.

³²⁰ *Ibid*, del 2 p. 9.

³²¹ *Ibid*, del 3 och lagens bilaga: *Olympic Games and Commonwealth Games emblems and words*.

³²² Se bilaga: *Olympic Games and Commonwealth Games emblems and words*.

5 Analys och diskussion

Det kan konstateras att sponsringsmarknaden inom idrott är enorm och att omfattande investeringar från företag är en förutsättning för att stora idrottsevenemang ska kunna arrangeras. I vart fall om evenemangen ska vara av den storlek och ha det genomslag de idag har. Det är därför av yttersta vikt för sponsorer att de får valuta för de enorma investeringar som görs och att de på bästa möjliga sätt kan exploatera den exklusiva rätt de har att förknippas med ett specifikt evenemang. Ett bra skydd mot ambush marketing är i detta avseende ett mycket viktigt verktyg.

Ambush marketing har i detta arbete ansetts vara varje beteende med strävan, kommersiellt eller icke kommersiellt, att skapa association med eller dra nytta av ett stort evenemang, utan att ha fått tillåtelse av arrangören att göra detta. Definitionen är oerhört bred varför det kan konstateras att ett skydd som tar sikte på alla aspekter av ambush marketing skulle behöva vara oerhört vidsträckt.

Den svenska regleringen kontra regleringen i Storbritannien

Den svenska regleringen på området har sina kärnpunkter i varumärkes- och marknadsföringsrätten. Skillnader går därför att se i skyddet mot ambush marketing i Sverige och det skydd som Storbritannien genom särskild reglering ger OS i London 2012.

För att ett märke kopplat till ett stort idrottsevenemang ska få skydd i Sverige krävs som nämnts att det registreras alternativt inarbetas. Reglerna är tämligen generösa vad gäller vad som kan utgöra varumärken men det avgörande kravet är att märkena har särskiljningsförmåga i relation till de varor och tjänster de ska registreras för. I Storbritannien är den olympiska symbolen, det olympiska mottot liksom orden "olympiad", "olympiads", "olympian", "olympians", "olympic" och "olympics" särskilt skyddade genom OSPA. Något krav på särskiljningsförmåga ställs i detta sammanhang inte upp. Det är dock troligt att de flesta av symbolerna och orden skulle kunna erhålla skydd i Sverige genom registrering. Inte minst med tanke på att ett par av dem redan är registrerade.

LOAR däremot ger inte skydd för specifika ord, och således existerar inte heller i det sammangaget något krav på särskiljningsförmåga. Orden ”games”, ”two thousand and twelve”, ”2012” och ”twenty twelve” kan om de används i kombination med varandra eller orden ”gold”, ”silver”, ”bronze”, ”London”, ”medals”, ”sponsor” och ”summer” komma att innebära en överträdelse av LOAR. Dessa ordkombinationer kan i många avseenden anses vara deskriptiva och sakna särskiljningsförmåga.³²³ Exempelvis ”SUMMER GAMES” borde således inte kunna registreras på samma grunder som när varumärket ”WORLD CUP 2006” ogiltigförklarades.³²⁴ Helt självklart är dock inte detta då exempelvis ”LONDON 2012” numera är registrerat som gemenskapsvarumärke.³²⁵ Ifall denna registrering skulle stå sig vid en ogiltighetsprövning är svårt att sia sig om. Det är dock nära till hands att hävda att ett sådant märke borde hållas tillgängligt för allmänheten, inte minst för att kunna identifiera souvenirartiklar i relation till andra idrottstävlingar och evenemang. Faktumet att IOK erhållit registreringen visar i vart fall på att det finns långtgående möjligheter att skydda viktiga ord och symboler i relation till stora idrottsevenemang genom den ordinarie varumärkesrätten.

När skydd väl uppstått är intrångssituationen vad gäller registrerade och inarbetade varumärken beroende av förväxlingsrisk, medan skyddet under OSPA tar sin utgångspunkt i huruvida en association skapas hos allmänheten. Skyddet för den olympiska symbolen och mottot skiljer sig från det som rör de skyddade orden. I det första fallet får märken inte användas som är så lika att det sannolikt hos allmänheten skapas en association med symbolen eller mottot. Vad gäller de skyddade orden får ett märke inte skapa association till de olympiska spelen eller den olympiska rörelsen. Om denna distinktion kommer att få någon betydelse är oklart. Eventuellt kan den komma att var endast teoretisk. Om ett ord skapar en association till något av de skyddade orden är det sannolikt så att det även skapas en association till de olympiska spelen eller den olympiska rörelsen.³²⁶ Det står klart att begreppet förväxlingsrisk

³²³ Det tycks vara den allmänna uppfattningen att dessa kombinationer av ord kräver sui generis-skydd då de troligen inte kommer att kunna registreras. Se Colbourn, John, mfl. *The Protection of Major Sports Events and Associated Commercial Activities through Trademarks and other IPR*. Question Q210, The United Kingdom National Group. Tillgänglig på https://www.aippi.org/download/committees/210/GR210united_kingdom.pdf. (Senast besökt 2011-11-01).

³²⁴ Se avsnitt 3.1.3.1.4 *World Cup avgörandena*.

³²⁵ Se avsnitt 3.1.3.3 *Exempel på registreringar i kraft i Sverige*.

³²⁶ Johnson (2), *supra* not 7, s. 106 f.

inom varumärkesrätten inbegriper risken för att association skapas med det skyddade varumärket. I detta ligger dock endast att risken för förväxling kan påverkas av risken för association. Begreppet risk för association är inte ett alternativ till kriteriet risk för förväxling, det syftar endast till att precisera kriteriets räckvidd.³²⁷ Associationsrisk var innan varumärkesdirektivets tillkomst ett utforskat begrepp i de flesta medlemsstater. Exempelvis i Storbritannien fanns inget skydd alls.³²⁸ Hur brittiska domstolar kommer att tolka begreppet under OSPA är således inte klart. Eventuellt kan bedömningarna komma att ta sitt avstamp i förväxlingsläran inom den europeiska varumärkesrätten, dock är domstolen inte tvungen att göra det.

Inom varumärkesrätten är intrångssituationen även som utgångspunkt beroende av de varor och tjänster varumärket är registrerat för. Under OSPA finns inget motsvarande kriterium utan skyddet avser alla varor och tjänster oavsett slag. Dock ska kommas ihåg att välkända varumärken erhåller ett utökat skydd inom varumärkesrätten i Sverige om ett yngre märke – identiskt eller liknande - drar otillbörlig fördel av eller är till förfång för varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé. Denna regel kan man således hävda kompletterar huvudregeln om förväxlingsrisk. Den ger ett oberoende skydd för varumärkets egenvärde och reklamfunktion.³²⁹ Många märken med anknytning till stora evenemang borde relativt enkelt kunna uppnå status som välkänt i Sverige. Inte minst om de har god särskiljningsförmåga samt tidigt börjar användas i marknadsföring. Mer tveksamt är dock om kombinationer av mer deskriptiva ord så som exempelvis ”summer”, ”games” och ”gold” på detta sätt skulle kunna erhålla skydd för alla typer av varor och tjänster.

Genom LOAR kommer det under OS i London att vara förbjudet att använda framställningar som sannolikt antyder en association med London OS. I detta hänseende är inte den svenska varumärkesrätten tillräcklig då skyddet är avhängigt att det finns ett särskilt skyddat varumärke. Skyddet påminner snarare om marknadsföringsrätten och skyddet mot renommésnyltning. Var gränsen går mellan en ”sannolik association med London OS” och exempelvis ”marknadsföring i strid med god marknadsföringssed” går inte att säga. Vad gäller det senare fallet ska dock

³²⁷ Mål C-425/98 *Marca Mode CV mot Adidas AG och Adidas Benelux BV* [2000] ECR I-4861.

³²⁸ Wessman, *supra* not 143, s. 333 ff.

³²⁹ *Ibid* s. 368.

kommas ihåg att transaktionstestet måste vara uppfyllt. Klart är att marknadsföring som innebär renommésnyltning i strid mot kravet på god marknadsförings sed vanligtvis får anses vara av sådant slag att mottagarens förmåga att fatta välgrundade affärsbeslut påverkas i märkbar mån.³³⁰ Om detta gäller alla typer av ambush marketing är dock oklart. Eftersom ambush marketing normalt tar sikte på att skapa uppmärksamhet och inte nödvändigtvis att påverka konsumenters affärsbeslut är det troligt att vissa typer av ambush marketing faller utanför lagens tillämpningsområde. Detta till trots måste Sverige anses ha ett långtgående skydd mot snyltning av någon annans upparbetade goodwill. Inte minst framgår det direkt av ICC:s regler att marknadskommunikation inte får utformas så att den goodwill som är förknippat med exempelvis ett företag eller en organisation utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Av Robinsonmålet tycks även följa att renommé och därmed ett angripbart utnyttjande av annans goodwill kan åstadkommas även ifråga om uppmärksamhetskapande företeelser av mer obeständigt slag.³³¹ Idrottsevenemang måste i många avseenden anses vara en sådan företeelse. Det är dock tveksamt om man kan argumentera för att den goodwill som byggs upp kring ett stort idrottsevenemang innefattar exempelvis användningen av kombinationer av ord som ”2012”, ”gold”, ”medals” och ”summer”. Sådana ord och siffror är allmänna och vanligt förekommande i såväl det vanliga språkbruket som i marknadsföring. Det är därför inte troligt att ett användande skulle innebära ett intrång under rådande svensk lag.³³² I slutändan är det dock situationen och på vad sätt orden används som kommer att bli avgörande.

Av allt att döma är således OSPA och LOAR mer generösa än den svenska regleringen båda vad gäller möjligheterna att uppnå skydd liksom skyddets räckvidd. Med tanke på att en del av syftet med en sui generis lagstiftning är att ett visst skydd ska gå utöver ordinarie reglering är detta dock inte överraskande. I det stora hela påminner dock skyddet under OSPA om det ordinarie varumärkesskyddet och det är troligt att många intrångssituationer som faller in under OSPA hade kunnat lösas inom ramen för den ordinarie varumärkesrätten. Inte minst tycks varumärkesrätten i Sverige vara fullt tillräcklig för att stoppa sådana märken som är identiska eller liknar de varumärken som är viktigast för ett evenemang. Det ska dock inte uteslutas att

³³⁰ Prop. 2007/08:115, *supra* not 176, s. 145.

³³¹ Se Nordell, *supra* not 191, s. 38.

³³² Se i detta sammanhang: Bergren, Christina, mfl. *The Protection of Major Sports Events and Associated Commercial Activities through Trademarks and other IPR*. Question Q210, Sweden National Group. Tillgänglig på <http://www.sfir.se/uploads/aippi/Q210.pdf>. (Senast besökt 2011-11-14).

bedömningen av användningen av ett märke som exempelvis liknar den olympiska symbolen blir annorlunda under OSPA än under ordinarie varumärkesrätt. Vidare påminner den svenska reglering mot renommésnyltning om det skydd som ges under LOAR. Det är därför troligt att många intrångssituationer som faller in under LOAR hade kunnat lösas inom ramen för den ordinarie marknadsföringsrätten. Sammantaget tycks Sverige ha en mycket välfungerade och omfattande varumärkes- och marknadsföringsrätt genom vilka det är möjligt att komma åt många aspekter av ambush marketing.

Det ska vidare noteras att LOCOG genom ATR kommer att få nästintill oinskränkt makt att bestämma vilka som ska få rätten att annonsera i och omkring de olympiska områdena. Någon motsvarighet till denna lag finns inte i Sverige.³³³ Eftersom förbudet gäller allt som är synligt från de särskilda evenemangszonerna är det nära till hands att påstå att möjligheterna till reklamföring på allmän plats i London under sommaren 2012 kommer att påverkas markant.³³⁴

Tävling mot toppen – eller botten?

Det kan alltså konstateras att de traditionella rättsliga verktygen i Sverige kan ge ett bra skydd, men att de inte alltid är tillräckliga för att komma åt de mest sofistikerade typerna av ambush marketing. Sui generis åtgärder medför då en större säkerhet för arrangörer och sponsorer. Detta medför dock en spiral som är svår att stoppa. Desto mer pengar en exklusiv sponsor är villiga att investera, desto mer omfattande skydd kommer de att kräva. Desto mer omfattande skydd som erbjuds en exklusiv sponsor, desto mer pengar kommer de att vara villiga att investera. Desto mer pengar ett evenemang genererar desto mer långtgående skydd kommer att krävas av olika länders beslutsfattare.³³⁵

Utveckling har därmed gått mot ett allt mer långtgående och sofistikerat skydd. Även i exempelvis Nya Zeeland går skyddet längre än den vanliga immaterialrättsliga regleringen. Om ett ord eller en symbol kan ange en koppling till ett stort

³³³ Möjligheterna att begränsa annonsering och gatuhandel i Sverige har inte behandlats inom ramen för detta arbete, se avsnitt 1.3 *Avgränsningar*. Reglerna i ATR är likväl intressanta att studera då de visar på vidden i de åtgärder som vidtagits mot ambush marketing i Storbritannien.

³³⁴ Se avsnitt 4.2.4.1 *Reklamförbud i och omkring evenemangszoner*.

³³⁵ Philips, Jeremy, "Play the game, kill the competition", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2006), Vol 1, Nr 2, s.79.

idrottsevenemang kan detta komma att skyddas under MEMA. Bedömningen i dessa fall är godtycklig. Särskiljningsförmåga utgör inte en förutsättning och skydd kan således uppnås oavsett om märket skulle ha kunnat registreras under ordinarie varumärkesrätt. På samma sätt genomsyras regleringen under MMA i Sydafrika av godtycke. Handelsministern har som nämnts möjlighet att förbjuda alla typer av varumärken, ord, bokstäver eller figurer. Detta utan hänsyn till ett märkes eventuellt deskriptiva karaktär eller särskiljningsförmåga i övrigt.

Den australiensiska *sui generis* regleringen genom SGPA har ansetts som ett riktmärke i försöken att komma åt ambush marketing.³³⁶ Som nämnts gick dock skyddet aldrig så långt som att förbjuda alla typer av associationer med OS. Det första landet att ta ett sådant steg var Sydafrika i och med förändringarna i TPA och MMA.³³⁷ Det finns de som hävdar att detta krafttag mot ambush marketing var av avgörande betydelse för Sydafrikas framgångsrika ansökan om att få arrangera fotbolls-VM 2010.³³⁸ Denna reglering har sedan följts av Australien i och med införandet av MCGP liksom Portugal där det inför EM 2004 blev förbjudet att på vad sätt som helst skapa en association med turneringen. Det är således denna utveckling som lett fram till den reglering vi idag ser i Storbritannien. Vad som måste ses som det allra senaste inom evenemangsspecifik lagstiftning är dock Nya Zeelands MEMA – ett långtgående generellt skydd för särskilt designerade evenemang.

Utvecklingen på området har gjort att man mer och mer börjat diskutera vad som har kommit att kallas det horisontella kryphålet. Med detta menas att skyddet i ett land används för att legitimera skydd i ett annat.³³⁹ Den australiensiska regleringen i samband med OS i Sydney 2000 ansågs som sagt av många utgöra en balanserad avvägning mellan å ena sidan skyddet mot ambush marketing och å andra sidan den inskränkning detta innebär för annonseringsfriheten för icke-sponsorer. SGPA var således utgångspunkten när den brittiska regleringen antogs. Regleringen för OS i London ger dock ett vidare skydd än sin föregångare i Sydney. På samma sätt har OSPA och LOAR legat till grund för nyzeeländska MEMA, vilken också inneburit

³³⁶ Johnson (1), *supra* not 6, s. 26.

³³⁷ Se avsnitt 4.3.2 *Sydafrika*.

³³⁸ Owen, Dean, "Ambush Marketing and the FIFA 2010 World Cup". Tillgänglig på <http://www.spoor.com/home/index.php?ipkMenuID=&ipkArticleID=303>. (senast besökt 2011-10-28).

³³⁹ Johnson (1), *supra* not 6, s. 27.

ett ytterligare steg i kampen mot ambush marketing.³⁴⁰ Länderna har således sneplat på varandra vid införandet av de egna lagarna, ett förfarande som både är vanligt och i många fall önskvärt. Dock tycks tendenserna hittills varit att andra länders regleringar endast sätts som riktmärken och minimum, varför skyddet hela tiden trappas upp.

En liknande utveckling går att se på nationell nivå genom vad man kallar det vertikala kryphålet. Detta uppstår om ett land är värd till två olika evenemang i nära anslutning till varandra. Om ett starkt rättsligt skydd erbjuds ett visst evenemang är det nära till hands för en senare arrangör att kräva samma skydd, oavsett evenemangets dignitet. I Portugal valde man ju exempelvis efter EM i fotboll 2004 att ge U-21 turneringen två år senare samma vittgående skydd mot ambush marketing. Talande exempel är även utvecklingen i Australien. Efter OS i Sydney fick som nämnts även 2006 års samväldesspel skydd mot ambush marketing. Trots att samväldesspelen inte kan jämföras med OS vad gäller storlek och uppmärksamhet var skyddet för dessa spel långt mer omfattande. Även Australiens Grand Prix har numera ett långtgående skydd och när VM i simning avgjordes i Melbourne 2007 var skyddet näst intill identiskt med det som gällde för samväldesspelen året innan. Att VM i simning liksom U-21 EM i fotboll erhållit ett mer långtgående skydd mot ambush marketing än OS visar på var utvecklingen tycks vara på väg.

Man ska komma ihåg att merparten av de sui generis åtgärder som hittills vidtagits har varit lokala. De har tagit sikte endast på evenemang i landet för lagstiftningen. Det kommer inte i Sverige nästa sommar att vara förbjudet att associera till OS förutsatt att man håller sig inom ramarna för den ordinarie immaterial- och marknadsrättsliga regleringen. Detsamma gäller för exempelvis Australien och Nya Zeeland, dock med den skillnaden att det där även finns specifik reglering som skyddar vissa ord och symboler kopplade till OS. Risk finns dock för att, om utvecklingen fortsätter i samma takt som tidigare, det kommer att bli ett krav att alla länder som deltar i exempelvis OS måste kunna erbjuda ett fullgott skydd mot ambush marketing som en förutsättning för att få skicka representanter till tävlingarna. Det skulle alltså kunna bli ett krav att Sverige måste förbjuda varje association med OS för att vi ska få ställa upp i spelen överhuvudtaget. Det steg i

³⁴⁰ Johnson (1), *supra* not 6, s. 27.

utvecklingen som troligen ligger närmast i framtiden är dock att åtgärder liknande dem i Nya Zeeland blir standard snarare än undantag, dvs. generella lagstiftningar som kan ge evenemang av olika karaktär och dignitet ett omfattande skydd mot ambush marketing.

Avvägningar

Om utvecklingen fortsätter blir givetvis snart en viktig fråga vilka typer av evenemang som förtjänar skydd. De olympiska spelen, VM i fotboll liksom vissa andra stora mästerskap har ett stort ekonomiskt och kulturellt värde. Under en begränsad tid påverkar evenemangen ett stort antal människor, både lokalt där evenemangen arrangeras såväl som globalt, på ett helt annat sätt än andra typer av affärsrörelser eller arrangemang. Sverige är ett talande exempel där man valt att stänga av hela gator i samband med viktiga tävlingar och matcher. Att sport engagerar och cirkusen runt omkring omsätter enorma summor pengar är således ett faktum. Evenemang i form av OS och VM i fotboll kan således sägas engagera näst intill en hel värld. Men hur är det med U21-EM i fotboll och VM i simning? Hur är det med bordtennis-EM och VM i innebandy? Var går gränsen?

Mästerskap och turneringen av olika slag har det gemensamt att de ofta pågår under viss begränsad tid, på ett visst antal särskilda platser. Men hur är det med städer där idrotten är en del av vardagen, en del av stadens kultur och själ? Såväl Barcelona som Milano sluter upp kring sina fotbollslag vilket gör att idrotten är en stor del av stadens varumärke och en av anledningarna till det stora antal turister som varje år besöker städerna. Ska FC Barcelona, AC Milan och F.C Internazionale Milano (Inter), fotbollsklubbar och tillika företag med oerhört starka varumärken, i så fall också ha rätt till ett skydd som går utöver den vanliga immaterial- och marknadsrättsliga regleringen? Att enbart klubbarna själva liksom deras officiella sponsorer och samarbetspartners ska ha möjlighet att använda deras varumärken är självklart. Men ska andra aktörer på marknaden behöva klubbarnas, alternativt de olika städernas, tillstånd att associera sitt företag eller sina varor med idrott i allmänhet och fotboll i synnerhet?

När lagstiftaren tar till verktyg som går utöver de mer traditionella och etablerade inom immaterial- och marknadsrätten är det även oundvikligt att det uppstår frågor om yttrandefrihet och konkurrens. Givet är att framställningar och andra

meddelanden som är av utpräglad eller rent kommersiell natur anses falla utanför det yttrandefrihetsrättsligt skyddade området. Att marknadsföring innefattas i detta står klart. Åtgärder i stil med dem vi sett i OSPA och LOAR bör således kunna införas även i Sverige oaktat TF och YGL, dock att det i enskilda situationer kan uppstå gränsdragningsproblem. Vidare förbjuds beteenden på marknaden som annars anses normala, vilket slår negativt för vissa aktörers intressen. Var gränsen går för ett avvägt skydd vad gäller sådan typ av lagstiftning som vi sett i OSPA och LOAR är svårt att säga. Medan de flesta inte ifrågasätter legitimiteten i att stoppa stora och multinationella företag från att snylta på stora idrottsevenemang, är det enklare att ifrågasätta den oundvikliga konsekvensen att även lokala affärsverksamheter, mindre företag och allmänheten begränsas i och med en allt mer långtgående lagstiftning. Ingen småhandlare kommer någonsin ha råd att bli officiell sponsor till exempelvis OS. Av ICC:s regler framgår att sponsorer liksom sponstringstagare ska se till att åtgärder som vidtas för att stoppa ambush marketing är proportionella och inte skadar det sponsrade objektets rykte eller på ett otillbörligt sätt påverkar allmänheten.³⁴¹ Borde inte detta också gälla statliga åtgärder mot ambush marketing? Den brittiska lagstiftningen har kritiserats för att ge LOCOG mer eller mindre oinskränkt makt över förutsättningarna för marknadsföring under OS i London. Frågan man ställer sig är helt enkelt varför uttryck som ”games”, ”2012”, ”London”, ”summer”, ”gold”, ”silver” och ”bronze” ska monopoliseras.³⁴² Känslan är att det sker en överreaktion på problemet när pubar inte har möjlighet att på anslagstavlor informera sina förbigående kunder om att de visar en match eller tävling.³⁴³

Alternativa åtgärder

Många typer av ambush marketing kan stävjas på andra sätt än genom långtgående lagstiftning. Att icke-sponsorer använder sig av idrottare i samband med ambush marketing är inte ovanligt. En möjlighet är då att ställa krav på att de deltagande idrottarna ingår avtal med arrangören. Inför OS i London måste därför alla deltagare

³⁴¹ Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice, art. B4.

³⁴² Kritik har kommit från många håll. Se exempelvis Aldrick, Philip, ”Olympics Bill to blitz ‘ambush advertising’”, *Daily Telegraph*, 9 Juli 2005 och Fraser, Andrew, ”Olympics bill comes under attack”, tillgänglig på http://news.bbc.co.uk/sport1/hi/other_sports/olympics_2012/4744983.stm. (senast besökt 2011-11-01).

³⁴³ Ett agerande som förvisso kan komma att undantas om det görs i enlighet med god affärssed och inte innebär reklam eller annan kommersiell användning, men samtidigt riskerar att utgöra ett intrång om pubens namn eller varumärket för en öl står med på anslagstavlan. Se i detta sammanhang LOCOG, *supra* not 229, del B p. 4.6.3.

ingå s.k Team Member Agreements med LOCOG i vilka idrottaren åtar sig att respektera officiella sponsorer.³⁴⁴ Idrottarna får exempelvis inte figurera på bilder i reklam förutsatt att inte annonsören är en officiell sponsor. De får likaså inte utan tillåtelse bära, tatuera, raka eller måla ett namn eller logo från någon näringsidkare på sina kroppar. Genom denna typ av åtgärd kan man därför nu komma åt ambush-kampanjer liknande exempelvis den med Linford Christie vid Atlanta OS 1996.³⁴⁵

På liknande sätt går det att undvika sådana situationer som när Fuji valde att sponsra TV-sändningarna av OS istället för själva spelen, eller när Bavaria klädde åskådare med logoförsedda kläder.³⁴⁶ Genom avtalsvillkor i kontraktet med det TV-bolag som ska sköta sändningar kan en arrangör tillförsäkra att inga konkurrenter till de officiella sponsorerna ges möjlighet att sponsra sändningarna från evenemanget. På samma sätt kan man genom avtalsvillkor på biljetterna styra och inskränka vad besökare har på sig och för med sig in på evenemangsområdena.

En god planering från arrangörers och officiella sponsorerers sida kan således vara av stor betydelse och ska inte underskattas. LOCOG köpte exempelvis tidigt upp merparten av det annonseringsutrymme som finns kring de olympiska områdena i London. På så sätt kan de hindra ett liknande ambush arrangemang som det som Nike genomförde 1996. Den specifika reglering som idag förbjuder andra än officiella sponsorer att annonsera omkring de olympiska områdena kan i och med detta te sig en aning överflödig. Inte minst känns en sådan reglering främmande sett till hur liknande situationer sköts på marknaden i vanliga fall. Arrangörer och officiella sponsorer har i dessa, och i många andra situationer, ett stort försprång vad gäller aspekterna var, hur och när. Större krav kan således ställas på att arrangören själv vidtar åtgärder mot ambush marketing. Likaså kan större krav ställas på att arrangörer och sponsorer på ett effektivare sätt exploaterar sina varumärken och utnyttjar sitt samarbete, snarare än på lagstiftning som begränsar andra aktörers möjligheter att fritt annonsera. Statliga ingrepp genom lagstiftning bör vara den sista utvägen då negativa effekter oftare slår på ett mer generellt plan än när specifika åtgärder vidtas av arrangörerna själva.

³⁴⁴ Ellen, Liz, "Protecting sponsors at the London 2012 Olympics" (januari 2010), s. 13. Tillgänglig på [http://www.mishcon.com/assets/managed/docs/downloads/doc_2413/Protecting_Sponsors_at_the_London_2012_Olympics_doc_\(2\).pdf](http://www.mishcon.com/assets/managed/docs/downloads/doc_2413/Protecting_Sponsors_at_the_London_2012_Olympics_doc_(2).pdf). (senast besökt 2011-11-02).

³⁴⁵ Se avsnitt 2.2 *Exempel på ambush marketingkampanjer*.

³⁴⁶ Se även här avsnitt 2.2 *Exempel på ambush marketingkampanjer*.

6 Slutsatser

Sponsorer är av avgörande betydelse för möjligheten att arrangera stora evenemang. Stora investeringar från företag skulle således även i Sverige vara en förutsättning för att arrangera ett stort idrottsevenemang. Ambush marketing är ett reellt problem som påverkar sponserers vilja att investera. Att påstå att all form av ambush marketing, oavsett grad och typ, under alla omständigheter måste utrotas för att företag i framtiden ska vilja sponsra stora idrottsevenemang är dock att gå för långt. Med tanke på den uppmärksamhet ett stort idrottsevenemang skapar och de goda värden som ofta förknippas med idrott och idrottare är det sannolikt att sponsring ändå kommer att vara en bra investering.

Att andra än arrangören och sponsorerna inte ska kunna använda ett evenemangs varumärken är en självklarhet. En självklarhet är det även att ingen på ett otillbörligt sätt ska kunna få utnyttja den goodwill som är förknippad med ett stort idrottsevenemang. Klart är att de sui generis åtgärder som vidtagits i Storbritannien inför OS 2012 ger ett mer långtgående skydd mot ambush marketing än den svenska regleringen. Dessa åtgärder går dock utöver vad som är nödvändigt för att uppnå ett fullgott och välbalanserat skydd mot ambush marketing. Större krav kan ställas på arrangörerna och sponsorerna själva på hur de skyddar sig mot ambush marketing samt i största möjliga mån drar nytta av sitt samarbete. Klart är att den svenska regleringen på området genom främst varumärkes- och marknadsföringsrätten ger ett mycket bra skydd mot otillåten användning av ett evenemangs registrerade och inarbetade varumärken liksom snyltning av den goodwill som byggts upp kring ett idrottsevenemang. Detta skydd är fullt tillräckligt för att stävja ambush marketing samt utgör en god avvägning mellan olika intressen.

Den svenska regleringen är dock av allt att döma inte tillräckligt långtgående för att Sverige i framtiden ska kunna få arrangera de allra största idrottsevenemangen. Detta beroende på de långtgående krav som ställs från exempelvis IOK och FIFA samt den standard på skyddet som numera tycks ha blivit regel snarare än undantag i arrangörsländerna. Sett till utvecklingen på området är det även troligt att Sverige kommer att få svårare att konkurrera om sådana mindre evenemang som tidigare har kunnat förläggas i Sverige.

För att motverka de horisontella och vertikala kryphål som uppstått, och således en utveckling som bör ses som en tävling mot botten snarare än toppen, är en harmonisering på området önskvärt. Då de flesta av de allra största idrottsevenemangen är av global karaktär bör detta förslagsvis göras inom ramen för Pariskonventionen vilken genom art 10bis redan innehåller ett skydd mot illojal konkurrens. En bra balans måste då uppnås mellan å ena sidan de intressen arrangörer och sponsorer har av att skyddas mot ambush marketing och å andra sidan det intresse exempelvis lokala näringsidkare, fastighetsägare och allmänheten har av att obehindrat få fortsätta sin dagliga verksamhet samt använda egna varumärken liksom allmänna och deskriptiva uttryckssätt.

Källförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf, mfl. *Finna rätt* (Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2002), Upplaga 7

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrsson, Lars, och Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (Stockholm: Jure, 2004) Upplaga 8

Johnsson, Phillip, EIPR Practice Series, *Ambush Marketing: A Practical Guide to Protecting the Brand of a Sporting Event* (London: Sweet & Maxwell, 2008)

Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt* (Stockholm: Norstedts Juridik AB), Upplaga 10

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrättens goodwillskydd*, (Stockholm, Actor Förlag, 2003)

Melin, Stefan, *Marknadsrätt*, (Malmö, Liber AB, 2009), Upplaga 1:1

Scaria, Arul George, *Ambush Marketing: Game Within a Game* (New Delhi: Oxford University Press, 2008)

Seville, Catherine, *EU intellectual property law and policy* (Cheltenham: Edwards Elgar, 2009)

Svensson, Carl Anders, Brink, Torsten, Carlén-Wendels, Thomas, Stenlund, Anders, Ström, Lars-Erik och, *Praktisk marknadsrätt*, (Stockholm, Nordstedts Juridik AB, 2010)

Wessman, Richard, *Varumärkeskonflikter: Förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten*, (Stockholm, Nordstedts Juridik AB, 2002), Upplaga 1:1

Artiklar

Aldrick, Philip, "Olympics Bill to blitz 'ambush advertising'", *Daily Telegraph*, 9 Juli 2005 och Fraserr, Andrew, "Olympics bill comes under attack" Tillgänglig på http://news.bbc.co.uk/sport1/hi/other_sports/olympics_2012/4744983.stm.

Burton, Richard, "Organizational Power Games" (1998) 7(1), *Marketing Management* 27

Chadwick, Simon, och Burton, Nicholas, "Ambushed!", *The Wall Street Journal: Business Insight* 25 januari 2010

Curthoys, James, och Kendall Christopher, Ambush Marketing and the Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act: A Retrospective, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Volym 8 Nr 2 (2001)

Davis, Matthew, "Games' eagle-eyed sponsor police", 14 augusti 2004. Tillgänglig på <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3565616.stm>

Driscoll, Helene, Thinking of using the 2012 Olympics in your marketing? *Martinaeu IP and Technology Bulletin*, augusti (2011)

Ellen, Liz, "Protecting sponsors at the London 2012 Olympics" (januari 2010), s. 13. Tillgänglig på [http://www.mishcon.com/assets/managed/docs/downloads/doc_2413/Protecting_Sponsors_at_the_London_2012_Olympics_doc_\(2\).pdf](http://www.mishcon.com/assets/managed/docs/downloads/doc_2413/Protecting_Sponsors_at_the_London_2012_Olympics_doc_(2).pdf).

Gibson, Owen (16 June 2010). "World Cup 2010: Women arrested over 'ambush marketing' freed on bail". *The Guardian* (London). Tillgänglig på <http://www.guardian.co.uk/football/2010/jun/16/fifa-world-cup-ambush-marketing>.

Grady, John, och McKelvey, Steve, "Ambush Marketing: The Legal Battleground for Sport Marketers", *21-WTR Ent. And Sports Law*. 8 (2004)

Hellner, Gregory, och Jeffery Hechtman, "Corporate sponsorships of sports and entertainment events: considering in drafting a sponsorship management agreement", *Marquette Sports Law Review* (2000), Vol 2 Nummer 1

James, Mark och Osborn, Guy, "London 2012 and the Impact of the UK's Olympic and Paralympic Legislation: Protecting Commerce or Preserving Culture?" *The Modern Law Review* (2011) Volym 74 Nummer 3

Johnson, Phillip, "Look Out! It's an ambush", *Sweet and Maxwells International Sports Law Review* (2008) Vol 8; Uppl. 2/3

Jones, Derek, "Chicken flavoured omelettes" juli 2007. Tillgänglig på http://www.myersfletcher.com/pdf/529657_1_amended.pdf.

Meenaghan, Tony, "Ambush Marketing: Corporate Strategy and Consumer Reaction", *Psychology and Marketing* Volym 15 Nr 4, s. 305 (1998)

Oshinsky, Dan, The greatest free ad ever, *Rocky Mountains News*, 9 augusti 2008. Tillgänglig på http://blogs.rockymountainnews.com/2008_summer_olympics_blog/archives/2008/08/the-greatest-free-ad-ever.html#

Owen, Dean, "Ambush Marketing and the FIFA 2010 World Cup". Tillgänglig på <http://www.spoor.com/home/index.php?ipkMenuID=&ipkArticleID=303>

Philips, Jeremy, "Play the game, kill the competition", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2006), Volym 1, Nr 2.

Sandler, Dennis, och Shani, David, "Olympic Sponsorship v 'Ambush Marketing': Who gets the gold?" *Journal of advertising research*, 9,11. (1989)

Soldner, André, "Ambush Marketing and the 2010 World Cup", *German South African Lawyers Association Newsletter* (augusti 2006)

Vassallo, Edward, Blemaster, Kristin och Werner, Patricia, ”An international look at ambush marketing”, *The Trademark reporter* (2005)

Rapporter

Ballance, Juie, och Duckworth, Kate, *The Protection of Major Sports Events and Associated Commercial Activities through Trademarks and other IPR*. Question Q210, New Zealand National Group (februari 2009). Tillgänglig på www.aippi.org/download/committees/210/GR210new_zealand.pdf.

Bergren, Christina, mfl. *The Protection of Major Sports Events and Associated Commercial Activities through Trademarks and other IPR*. Question Q210, Sweden National Group. Tillgänglig på <http://www.sfir.se/uploads/aippi/Q210.pdf>.

IEG Sponsorship Report (4 januari 2011)

Pimenta, Joao, m.fl., *The Protection of Major Sports Events and Associated Commercial Activities through Trademarks and other IPR*. Question Q210, Portugal National Group. Tillgänglig på www.aippi.org/download/committees/210/GR210portugal.pdf

Colbourn, John, mfl. *The Protection of Major Sports Events and Associated Commercial Activities through Trademarks and other IPR*. Question Q210, The United Kingdom National Group. Tillgänglig på https://www.aippi.org/download/committees/210/GR210united_kingdom.pdf.

Offentliga tryck

Proposition 2009/10:225 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen

Proposition 2007/08:115 Ny marknadsföringslag

Internationella fördrag och överenskommelser

Pariskonventionen för industriellt rättsskydd

Protocoll Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks

Trade Related aspects of Intellectual Property rights, TRIPS

EU förordningar och direktiv

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden mm.

Rådets förordning (EG) NR 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken

Internationell lagstiftning

British Olympic Association by the Olympic Symbols etc (Protection) Act 1995

Commonwealth Games Arrangements Act 2001

London Olympics Association Right

London Olympic Games and Paralympic Games (Advertising and Trading) (England) Regulations 2011

London Olympic and Paralympics Games Act 2006

Major Events Management Act 2007

Merchandising Marks Act 1941

Olympic Arrangement Act 2000

Olympic Insignia Protection Act 1987

Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act 1996

Trade Practice Act 1976

Rättsfall och avgöranden

Sverige

NJA 2003 s. 163.

MD 1992:21

MD 2000:25

MD 2001:21

MD 2003:13

RÅ 2003 ref. 74

EU-Domstolen

14/83 Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891

C-106/89 Marleasing SA mot La Comercial Internacionale de Alimentacion SA [1990] ECR I-4135

C-251/95 Sabel BV v Puma AG och Rudolf Dassler Sport [1997] ECR I-6191.

C-375/97 General Motors Corp. mot Yplon SA [1999] ECR I-5421

C-17/06 Céline Sarl mot Céline SA [1999] ECR I-7041

C-63/97 BMW AG och BMW Nederland BV mot Ronald Karel Deenik [1999] ECR I-905

C-425/98 Marca Mode CV mot Adidas AG och Adidas Benelux BV [2000] ECR I-4861

C-383/99 P.Procter and Gamble Co mot OHIM [2001] ECR I-6251

C-206/01, Arsenal Football Club Plc mot Reed [2002] ECR I-10273

T-6/01 Matratzen Concord mot OHIM [2002] ECR II-4335

T-129/01, Jose Alejandro SL mot OHIM [2003] ECR II-2251

C-329/02 P.SAT.I SatellitenFernsehen GmbH mot OHIM [2004] ECR I-8317

T-34/04 Plus Warenhandelsgesellschaft mbH mot OHIM [2005] ECR II-2401

C-361/04 Picasso mfl. mot OHIM och Daimler Chrysler AG [2006] ECR I-0643

C-214/05 Sergio Rossi SpA mot OHIM [2006] ECR I-0013

T-202/04 Madaus AG mot OHIM [2006] ECR II-1115

T-164/06, ColArt/Americas, Inc mot OHIM [2007] ECR II-0116

OHIM

OHIM, Anulleringsenheten, beslut 972C 002152817 (World Cup 2006)

OHIM, Överklagandenämnden, R1466/2005-1 (World Cup 2006)

OHIM, Överklagandenämnden, R1467/2005-1 (Germany 2006)

OHIM, Överklagandenämnden, R1470/2005-1 (World Cup 2006 Germany)

OHIM, Överklagandenämnden, R1469/2005-1 (World Cup Germany)

Övriga källor

2012 Candidature Procedure and Questionnaire: Games of the XXXX Olympiad. Tillgänglig på www.olympic.org/Documents/Reports/EN/en_report_810.pdf.

IOC requirements on brand protection and ticket touting. Tillgänglig på http://www.culture.gov.uk/images/freedom_of_information/AnnexAforCase24489.pdf

Host City Contract: Games of the XXXX Olympiad in 2012. Tillgänglig på www.gamesmonitor.org.uk/files/Host%20City%20Contract.pdf.

2018 FIFA World Cup Host City Agreement. Tillgänglig på <http://www.scribd.com/doc/22730449/World-Cup-Host-City-Agreement>

International Olympic Committee, "Olympic Charter" (juli 2011)

The London Organising Committee of the Olympic Games and Paralympic Games Limited, "London 2012's UK statutory marketing rights".

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/madrid_marks.pdf

<http://www.wto.com/about/member-countries>

Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice

Registrerad på kursen: 2011-09-01
Examinationstillfälle: januari 2012