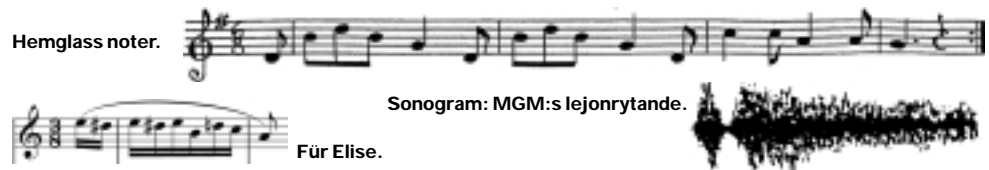


A stylized white outline of a rooster's head and neck, facing left, set against a solid red background. The outline is clean and minimalist, capturing the essential shape of the rooster's head, including its comb and wattle.

Så ser
lyudet ut

Beethovens För Elise i olika tappningar, och en tupps galande översatt till människospråk genom onomatopoetisk tolkning är huvudingredienser i denna artikel om ljudvarumärken och klurigheterna i att beskriva denna typ av märken. *Av Christer Löfgren.*



Holländare visar ofta prov på bra språkkunskaper, men så har man också genom århundradena varit ett litet land till ytan, men ack så handelsintensivt ur mängder av aspekter. Språktraditionen finns det alltså skäl för. Men det är inte bara i språksammanhang som man briljerar, nu har man visat prov på högst aktivt internationellt varumärkesagerande. Förhållandevis ofta förefaller det vara holländska företag som finns bakom lite udda och i viss mån kontroversiella varumärken som dofter och ljud på eu-nivå. I BrandNews nr 7 i år var holländska Senta i fokus i en artikel om doftvarumärken och hur lukter används i marknadsföringen som i exempelvis butiker och köpcentra. Denna gång handlar det om ljud, dels ett tyskt i form av Beethoven, dels ett internationellt i form av en galande tupp. För båda gör holländska Shield Mark gällande en ensamrätt som varumärken.

Återge ljudet grafiskt

Att ljudvarumärken är möjliga att registrera är väl de flesta medvetna om idag. Först ut här i landet var Hemglass med sin välbekanta signal. Frågan är dock vad som krävs för att få sitt ljudmärke registrerat, framförallt hur man identifierar det. Kraven i eu är lite hårdare än i usa, vilket bl a har fått till följd att ljudlåten som mgm:s lejonrytande som är registrerat i usa inte är registrerbart i enlighet med eg-rätten, även om det har kommit en öppning för lejonrytandet, läs mer i särskild ruta. I BrandNews 4/02 görs en genomgång av hur ljudmärken har behandlats i Sverige, på eu-nivå och i usa.

När Hemglass fick sin signal registrerad som ljudvarumärke förklarade Patentbesvärsträtten (pbr) utförligt varför man accepterade märket. pbr konstaterade bl a att genom att signalen var utskrivet i noter så uppfylldes det grundläggande kravet på att märket skall vara möjligt att återge grafiskt. Dessutom noterade pbr att det inte var nödvändigt men lämpligt att ansökan kompletterades med en inspelning, vilket de fick i Hemglass-fallet.

”En utgångspunkt är att ett sökt varumärke skall kunna bedömas på grundval av den grafiska återgivningen. I avsaknad av stöd i lag kan därför inte krävas att registreringsansökan kompletteras med en inspelning av melodin på band eller annat medium. Inget kan dock anses hindra att sökanden ger in t.ex. en bandinspelning av melodin och att denna beaktas vid registrerbarhetsprövningen. Det kan för övrigt vara värdefullt för sökanden att genom en sådan inspelning på ett tydligt sätt visa hur märket används i praktiken.”

När arbetet drog igång med att ändra varumärkeslagen så att fler typer av varumärken skulle bli registrerbara som sådana, var justitiedepartementet emellertid inne på att ljudmärken även skulle kunna identifieras genom ”en beskrivning av ljudet med ord. Eventuellt kan en kombination av återgivningssätten [notskrift och beskrivning, reds anm] erfordras. Självfallet bör registreringsmyndigheten kunna kräva att återgivningen åtföljs av ett ljudband som komplement till den grafiska återgivningen.” Denna syn slog alltså inte igenom och i Hemglass-fallet noterade pbr dessutom att: ”Även en tämligen enkel notskrift torde dock normalt med tillräcklig precision kunna återge märket.”

Utöver att ljudet skall vara grafiskt återgivbart skall det självfallet som alla andra varumärken ha särskiljningsförmåga, alltså kunna fungera som varumärken, för att bli registrerat.

Så ser ljudet ut

Fjorton ljudmärken

Nu har ett fall i Holland om varumärkesintrång i flera registrerade ensamrätter till ljudmärken lett till att eg-domstolen också har preciserat vad som krävs av ljudvarumärken för skydd.

Det handlar om hela fjorton ljudvarumärken som holländska Shield Mark har fått registrerat som Benelux-märken (Belgien, Holland och Luxemburg-registrering). De har fler registreringar för ljudet som dock inte aktualiseras här. Märkena gäller för bl a datorprogram, tidningar, reklamverksamhet, utbildning och juridiska tjänster. Shield är en brett satsande patentbyrå.

Det är olika typer av märken som berörs, varav elva stycken gäller Beethovens "Für Elise":

a) fyra märken består av noter för de första nio tonerna i musikstycket, se bild. Två av dem kompletteras med följande skriftliga precisering: "Ljudmärke. Varumärket består av den musikaliska återgivning av noterna som återges (grafiskt) i notsystemet." Ett av de två kompletteras med noten: "spelas på piano".

b) fyra märken saknar noter och preciseras med: "de första nio tonerna i Für Elise". Två av dessa kompletteras med: "Ljudmärke. Varumärket består av den beskrivna melodin". Varav det för ett märke noteras att det "spelas på piano".

c) tre märken beskrivs med de nio första noternas beteckning: "e, diss, e, diss, e, h, d, c, a". Två av dessa kompletteras med: "Ljudmärke. Varumärket består av den musikaliska återgivningen av de beskrivna efter varandra följande noterna." Varav det för ett märke noteras att det "spelas på piano".

Efter att ha läst domen, tittat närmare på förslaget till dom i olika språkversioner, kontrollerat med musikutbildad källa och inte minst tittat in på Shields webbsida blev svårigheterna med just ljudvarumärken uppenbara, vilket de inte alls är i exempelvis Hemglass-fallet. Läs mer om svårigheterna i intervjuer lägre fram i artikeln.

Slutligen har Shield registrerat in tre ljudmärken över en tupps galande.

d) två märken beskrivs genom det onomatopoetiska uttrycket "Kukelekuuuuu". Noterbart är att just denna stavning används på holländska. Ett av märken förtydligas med: "Ljudmärke. Varumärket är ett onomatopoetiskt uttryck för en tupps galande".

e) det sista märket som berörs består av "en tupps galande" och förtydligas med: "Ljudmärke. Varumärket består av det beskrivna galandet".

Innovativt om ljud i marknadsföringen

Shields satsning på ljud är inte alls ny. Redan 1992 kom en reklamkampanj på radio som inleddes med de nio tonerna ur Für Elise. Året efter kom man med ett reklamblad för företaget och när någon tog ett blad från de ställ man hade placerat ut hos bl.a. tidnings- och bokhandlare spelades de nio tonerna.

En annan del i Shields ljudimage är att man i sin programvara för jurister och marknadsförare har installerat ett ljud i form av en tupps galande som ljuder varje gång programvaran aktiveras.

Det som fick Shield att vända sig till holländsk domstol var när Joost Kist i sin juridiska rådgivningsverksamhet inom varumärken, upphovsrätt m m reklamjuridik, alltså samma områden som Shield är verksam inom, började använda de nio första tonerna ur Für Elise och en galande tupp i sin marknadsföring. Kists verksamhet drivs under kännetecknet Memex. Det räckte emellertid inte med likheten i ljud utan Kist hade, utöver Für Elise i telefonväxeln, även ställ för nyhetsbrev med ljud a la Shield. Tuppen hördes också i samband med ett datorprogram från Memex aktiverades hos kunderna.

Shield hävdade att Memex/Kist gjorde varumärkesintrång och ägnade sig åt illojal/otillåten marknadsföring. Shield vann visserligen ifråga om otillåten marknadsföring, men förlorade i första instans vad gäller varumärkesintrång. Motiveringen i

ONOMATOPOETISKT

Holländska: kukeleku
Svenska: kuckeliku
Finska: kukkokiekuu
Danska: kikeli-ki
Engelska: cock-a-doodle-doo
Tyska: kikeriki
Franska: cocorico
Italienska: chichirichi
Spanska: quiquiriqui
Portugisiska: cocorocó
Grekiska: kokoriko

Källa: Förslaget till dom i ljudmålet från en av EG-domstolens generaladvokater.



varumärkesdelen var att de tre regeringarna inom Benelux-samarbetet hade gjort klart i lagförarbetena att man inte såg ljud som potentiella och skyddsbara varumärken.

Målet har senare hamnat i Hollands högsta domstol Hoge Raad, som i sin tur vände sig till eg-domstolen för att få assistans med tolkningen mot bakgrund av vad eg-direktivet som harmoniserar eu-ländernas varumärkes lagar föreskriver.

Frågorna

Frågorna till eg-domstolen var först om det fanns hinder mot att ljud registrerades, en fråga som ledde till ett självklart nej från eg-domstolen. Uppfyller ljuden kraven för registrering så går det utmärkt.

Sedan frågade Hoge Raad om kravet på att varumärken måste vara grafiskt återgivbara för registrering uppfylldes av åtta skilda exempel på hur ljud kan presenteras.

- 1) musiknoter
- 2) skriftlig beskrivning genom ett onomatopoetiskt uttryck
- 3) skriftlig beskrivning i annan form
- 4) grafisk återgivning som t ex ett sonogram
- 5) ljudbärare som skickas med ansökan
- 6) digital inspelning som kan avlysnas via Internet
- 7) en kombination av dessa möjligheter
- 8) någon annan metod.

Precist nog?

DOM

eg-domstolen poängterade först i vad som de facto är mycket skarp kritik mot Hoge Raad, att man inte avger bedömningar i hypotetiska frågor, något Hoge Raad borde ha tänkt på och respekterat.

Effekten av detta blev att eg-domstolen inte brydde sig om frågorna 4 om sonogram, 5 om ljudbärare, 6 om digital inspelning och 7 om kombinationer, eftersom Shield inte hade använt sig av något av dessa sätt att återge sina ljud.

Därefter pekade domstolen på att kraven på de kännetecken som inte är visuella som dofter och ljud är att det sätt som väljs för att grafiskt återge dem skall vara: "klart, precist, i sig fullständigt, lättillgängligt, begripligt, varaktigt och objektivt."

Domstolen sa också att det i ansökan om registrering ljudmärke måste anges att det är ett ljudmärke, annars hanteras det som en annan typ av märke.

Vad gäller de skilda punkterna sa domstolen följande:

3) Skriftliga beskrivningar av ljudet kan i och för sig kanske vara tillräckligt för en fullgod grafisk precisering av ljudmärket. Men beskrivningar av de slag som "de nio första noterna i Für Elise" eller "en tuppens galande" står för är inte alls tillräckligt klara och precisa "och innebär med andra ord inte att det begärda skyddsomfånget kan fastställas".

Därmed är det fem av de fjorton Shields-registreringarna som inte uppfyller kraven för registrerbarhet.

2) Onomatopoetiska versioner av ljud är enligt domstolen inte alls precisa. Det handlar om imitationer av de verkliga ljuden och det finns skillnader mellan imitationen och originalet. Det är då inte heller möjligt att fastställa vilket skydds-

omfång en sådan registrering har så domstolen och fortsatte: "Därutöver kan onomatopoetiska uttryck uppfattas på olika sätt av olika personer och från en medlemsstat till en annan. Så är fallet beträffande det nederländska onomatopoetiska uttrycket 'kukelekuuuu', som skall återge en tuppens galande och som skiljer sig mycket från motsvarande onomatopoetiska uttryck på andra språk i Benelux medlemsstater".

Därmed är det ytterligare två av de fjorton Shields-registreringarna som inte klarar kraven.

Se tuppens galande på alla elva officiella eu-språks onomatopoetiska uttryck i särskild ruta.

Noter – acceptabla

1) Musiknoter kan beskrivas på skilda sätt, först tog domstolen upp användningen av bokstäver som i Shields registrering "e, diss, e, diss, e, h, d, c, a". Domstolens motivering var kort men tydlig: "En sådan beskrivning, som vare sig är klar, precis eller fullständig i sig, gör det bland annat inte möjligt att fastställa tonhöjden och längden hos de ljud som utgör den melodi som är föremål för registreringsansökan. Tonhöjden och längden är av avgörande betydelse för att få kännedom om denna melodi och följaktligen för att fastställa själva varumärket."

Därmed var det ytterligare tre av de fjorton Shields-registreringarna som inte klarar kraven.

Kvar blev då fyra av de fjorton registreringarna. Dessa fyra baseras alla på notsystem med de nio första noterna. Detta sätt att presentera ljudmärken föll eg-domstolen i smaken.

Men notsystemen måste nå upp till viss minimistandard: systemet skall vara uppdelat i takter, med en klav (ex G-klav), musiknoter och pauser som visar deras relativa värden (alltså om det är helnot, halvnot, sextondel osv) och, om det är aktuellt, tonförskjutningar genom kors-, eller b-förtecken samt återställningstecken. Om dessa grundkrav uppfylls kan ljudet/melodin identifieras och återges, därmed uppfylls eg-domstolens krav på den grafiska återgivningen av märken: "klart, precist, i sig fullständigt, lättillgängligt, begripligt, varaktigt och objektivt."

Sannolikt med tanke på att många inte kan läsa noter la domstolen till att "Även om en sådan grafisk återgivning inte är omedelbart begriplig, kan den dock utan svårighet bli det", och alla berörda "har möjlighet att bilda sig en exakt uppfattning av" ljudmärket.

Sammanfattning – två acceptabla sätt

Av de olika sätt att beskriva presentationen av ett ljudmärke förordade eg-domstolen notsystemet, om än med krav på att vissa minimifakta måste anges. Dessutom lämnade domstolen det öppet för att acceptera en skriftlig beskrivning av ljudet, även om Shields skriftliga beskrivningar inte höll måttet.

Därmed kan alltså Shield stödja sin kamp mot snyltaren Kist/Memex med de fyra registreringarna med notsystem, om de nu även anses ha särskiljningsförmåga.

eg-domstolen gav genom sin dom rätt till svenska pbr och de krav man där har ställt på ljudmärken för att de skall anses vara grafiskt återgivbara.

Mål nr C-283/01

Så ser ljudet ut

INTERVJU

Tuppen får bli sonogram

BrandNews kontaktade Shield Mark och delägaren Bas Kist för att få svar på några frågor kring EG-domstolens dom och om de har nya idéer för att få tuppen registrerad.

Ni "förlorade" de flesta av era registreringar genom EG-domstolens dom. Hade ni förväntat er något annat?

– Nej. Efter eg-domstolens domar i fallen med Sieckmanns doftmärke och Libertels orange färgmärke var denna dom vad vi väntade oss. Jag var faktiskt lite överraskad över att eg-domstolen även lämnade utrymme för registrering av ljudmärken som bara beskrivs skriftligt i ansökan. Men det centrala i domen är att notsystem accepteras.

Är inte era not-registreringar tillräckliga för att ni skall få ett rimligt skydd av de nio tonerna, och som går att nyttja mot snyltare?

– Jo, de är tillräckliga. En registrering av noter förefaller vara det perfekta sättet för att skydda musikljud som varumärken. Om någon annan skulle använda musikljud som kan skapa förväxlingar så blir registreringen tillräcklig för att stoppa den andre.

Det finns ett svenskt varumärke som består av en vissling som i notform har accepterats för registrering. Kommer ni att försöka få er tupp att gala i notform?

– Nej, jag tror att den galande tuppen måste bli registrerad som ett sonogram. ohim accepterade ju nyligen i fallet med mgm:s rytande lejon att sonogram också är ett fungerande sätt att registrera ett ljudmärke på. Även om ohim inte accepterade lejon-ljudet.



Notspråk

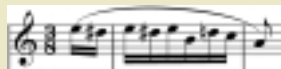
Kravet på att återge varumärken grafiskt finns för att det därigenom är möjligt att spara varumärket utan att tidens tand nöter ut det. Samtidigt blir det fullt möjligt för andra att se vad som är registrerat, alltså rättsäkerhetsskäl. Alla de som vill kunna undvika att begå intrång skall ha en rimlig chans att göra det genom att studera vad som är registrerat.

Men sedan finns dessa hemska varumärken som inte lika enkelt går att sätta på pränt grafiskt, däribland ljudmärken. Även om nu EG-domstolen har slagit fast när ljudmärken anses tillräckligt tydligt återgivna, så illustrerar fallet med Shields märken svårigheterna med ljudmärken.

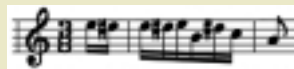
Internationellt vs svenskt notspråk

En annan liten detalj i just detta exempel illustrerar svårigheter med ljud, åtminstone för glada amatörer som skall tolka varumärket. I den av EG-domstolen refuserade versionen av *Für Elise* där noterna i notsystemet är ersatta av noterna i form av deras bokstavsnamn framgår nämligen att tonen b finns med (den sjätte noten), åtminstone i de holländska och brittiska versionerna av domen, och i Shields registrering.

Men om man då som notläskunnig, men inte djupare bevandrad i musikens värld, skall spela ett b som sjätte not så blir det helt fel, åtminstone om det är början på *Für Elise* man skall spela. Det är nämligen så att tonen som internationellt går under beteckningen "b" i Sverige, av de flesta benämns "h". I den svenska versionen av domen var översättaren uppmärksam på detta och där har det fullt korrekt



Inledningen av *Für Elise*.



Från Shields hemsida.

skrivits "h" istället för "b". Men då hände ju det underliga, nämligen att man översatte delar av ett varumärke så att märket plötsligt fick en ny bokstav!

Vida svängar

En annan sak är att den som översatte generaladvokatens förslag till dom, tog fram en helt egen och fullständigt felaktig version på bokstavsmärket. Märket lyder "e, diss, e, diss, e, b, d, c, a" i original, men i översättningen blev det "mi, utdraget re, mi, utdraget re, mi, si, re, do, la". Enligt musikkunnig källa är denna "översättning" helt fel. Utdraget re ger inte på något vis samma tonläge som ett diss och därmed blir också ljudmärket helt olikt originalet.

Åter blev kors

Shield har på sin egen webbsida, som särskilt tar upp ljudmärket, varumärket i notsystemform, men då inte det registrerade varumärket! I de noter som finns på webbsidan har man gjort ett litet fel som gör att märket ger ett annat helhetsintryck.

Det lilla felet består i att ett s k återställningstecken, vilket finns före sjunde noten, på webbsidan har blivit till ett s k korsförtecken. För att använda bokstäverna ovan så har d:et blivit ett diss. Shield har valt att inte kommentera detta.

MARIANNE LEVINS KOMMENTAR

Få förunnat att höra "rätt"

BrandNews har talat med juristprofessor **Marianne Levin** vid Stockholms universitet som har varit skeptisk till ljudmärken, eller snarast att det skall gå att återge dem grafiskt.

Du har varit kritisk till utveckling mot registrering av ljudmärken, "För mig är det obegripliga svarta plumpor på ett papper" (fritt citerat). EG-domstolen la också till i domen till att alla inte förstår märket, men att det utan svårighet kan förstås. Att ljudmärken är svårtydbara blir också uppenbart i Shield-fallet där de själva har "fel" märkesillustration på sin webbsida och där den som över-satte generaladvokatens förslag använde "do, re, mi osv, vilket inte alls motsvarar d, e, diss, e osv som anges i Shields registrering. Samtidigt accepterar fjärde besvärskammaren vid OHIM i princip sonogram som tillräckligt tydliga grafiska återgivanden. Försöker vi ta oss fram på väl snåriga vägar?

– Det är ingen tvekan om att ljudmärken kan fungera som särskiljande tecken i många sammanhang. Men ställer man krav på att en konkurrent skall kunna gå till registret och kontrollera om det finns ett identiskt eller liknande märke, så anser jag att ljudmärken med nuvarande krav på grafisk registrerbarhet är problematiska. Det är få förunnat att höra "rätt" ljud ens vid notskrift. I dagens läge blir varje grafisk återgivning en illusion, om det inte är ett bildmärke som avses i sammanhanget. Framtiden innefattar kanske andra mer effektiva dokumentationssätt som också kan återge hörselupplevelsen från pappret och då menar jag verkligen inte sonogram.

Problemet med ljudmärken har vidare stora likheter med andra "okonventionella kännetecken" som enstaka färger, lukter och även produktformer liksom vissa rent dekorativa produktelement som stripes (jfr EG-domstolens dom i mål C-408/01, Adidas). Enligt mitt synsätt fattas i registreringssituationen den grundläggande förutsättningen att det är ett tecken som kan särskilja ett företags varor eller tjänster från ett annats. Den i varumärkessammanhanget nödvändiga förutsättningen (jfr artikel 2 i direktiv 89/104/EEG) uppkommer först



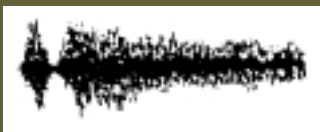
genom inarbetning, dvs. visad förmåga att just kunna fungera särskiljande. Det behövs egentligen först bevisning om att det verkligen är fråga om ett särskiljande tecken och inte "bara" en melodi, ett rytande, en produkt osv. Om inte också hänsyn tas till visad särskiljningsförmåga, så finns det risk för att sådana märken blir hämmande.

Skulle du rent av föredra att man bara accepterade skriftliga beskrivningar, vilka EG-domstolen säger principiellt ja till i domen?

– Jag är osäker på om det spelar så stor roll för hörselintrycket. Att anlägga ett mer formalistiskt synsätt bidrar marginellt till rättssäkerheten. Överföringsförlusterna kvarstår likafullt. Osäkerheten om skyddets räckvidd riskerar väl också i en sådan situation att leda till att det endast finns utrymme för ett fågelljudsmärke, en doft, en färg i det aktuella varuslagssammanhanget.

Till skillnad från ord- eller bildmärken blir de praktiska variationsmöjligheterna begränsade genom våra mindre sofistikerade och högst individuella sinnesförmågor på det aktuella området. Det riskerar att leda till alltför omfattande ensamrätter. Och det är inget som domstolarna så lätt kan hantera i en eventuell intrångssituation. Vems upplevelser av märket skall de ta fasta på?

SONOGRAM MER PRECIST ÄN NOTER



En av de frågor från Holland som EG-domstolen ratade pga av att de var hypotetiska gällde huruvida ett ljudmärke på ett acceptabelt sätt kan illustreras grafiskt med ett sonogram.

Något svar på den frågan fick vi alltså inte från EG-domstolen. Men en besvärskammare vid OHIM förklarade i somras att ett sonogram mycket väl kan räcka för att uppfylla kraven på grafisk återgivning av ett ljud. Den principiella kommentaren gjordes när kammaren tog beslut i fallet om MGM:s klassiska lejonrytande.

Kammaren noterade att noter är en framkomlig väg för ljud som vi normalt kallar musik, men för övriga ljud kan sonogram vara lämpligt. Ett sonogram är precis som vanliga musiknoter något som visar på inom vilken frekvens ljudet finns, styrkan i ljudet samt dess utvecklingen över tiden. Enligt musikexperter som kammaren har läst är sonogram t.o.m. mer exakt i ljudbeskrivningar än vad notsystem är. Att det sedan krävs personer med särskild kunskap för att tolka sonogrammet spelar ingen roll. Inte heller noter är något alla kan läsa och "översätta" till musik, poängterade kammaren.

Men någon registrering av MGM:s sonogram blev det inte. Kammaren konstaterade nämligen att sonogrammet i varumärkesansökan saknade alla kringfakta som gör sonogrammet läsbart. Det fanns inga tidsaxlar, eller frekvensaxlar, vilket är detsamma som att linjerna, notlängderna m m tas bort från ett notsystem och gör noterna oläsbara.

Målnr 781/1999-4

Not: Lejonets rytande är enligt MGM 7,5 sekunder långt och inryms i frekvensomfånget 25 till 12,5 Hz. Ryttopparna ligger 0,5 och 4 sekunder in i rytandet.