



Karlstad Business School
Handelshögskolan vid Karlstads universitet

Hanna Aceberg och Matilda Mattiasson

Marknadsundersökningar som bevis i marknadsföringsmål

- en undersökning om bevisvärde och tillförlitlighet.

Market surveys as evidence in The Swedish Market Court

- a study of evidence value and reliability.

Rättsvetenskap
C-uppsats

Termin: VT 2016
Handledare: Andreas Prochazka

Sammanfattning

Inom marknadsrätten förekommer det att näringsidkare använder olika former av otillbörliga affärsmetoder för att nå framgång på marknaden. Det kan bl.a. röra sig om renommésnyltning som innebär att företag obehörigen anknyter till ett annat företags produkt, logotyp, kännetecken eller liknande för att på sådant sätt göra en ekonomisk vinning. En annan form av metod är att företag använder efterbildningar som är vilseledande för konsumenter och som lätt kan förväxlas med ett annat företags kända och särpräglade produkter. Ett liknande förfarande är vilseledande om det kommersiella ursprunget som innebär att en konsument får uppfattning om att en viss produkt är en annan än den från början avsett att köpa på grund av produktens kända ursprung, kvalitet eller liknande.

En näringsidkare som blivit utsatt för någon av dessa otillbörlighetsgrunder är i behov av att visa hur stor kännedom en relevant omsättningskrets har om företagets produkter eller kännetecken. Ett lämpligt hjälpmedel för att uppnå detta är att använda en marknadsundersökning, då det genom en sådan undersökning blir möjligt att mäta ett direkt vetande om en produkt eller ett kännetecken.

Det saknas lagstiftning som reglerar hur en marknadsundersökning bör utformas för att utgöra ett tillförlitligt bevis. Det blir därmed Marknadsdomstolens uppgift att bedöma undersökningarnas bevisvärde i de mål sådana åberopats. Utifrån domstolens bedömningar kan det konstateras att det råder en oklarhet om vilket bevisvärde en marknadsundersökning har. I flertalet fall har undersökningar bedömts ha antingen ett lågt bevisvärde eller inget bevisvärde alls på grund av att de främst varit behäftade med brister. De vanligaste bristerna har visat sig vara i marknadsundersökningens metod, rapport och urval. För företagen kan detta skapa problem då det kan bli en ekonomisk börda att de fått lägga ner stora summor pengar på att låta genomföra undersökningarna, som senare inte tas hänsyn till av domstolen. Eftersom det råder ett oklart läge kan det uppstå osäkerhet för företagen vad som gäller angående marknadsundersökningar. Det är därmed av betydelse att undersöka hur en marknadsundersökning bör utformas för att kunna utgöra ett tillförlitligt bevis i marknadsföringsmål. Detta genom att undersöka vilket bevisvärde domstolen tillmäter marknadsundersökningar i sina bedömningar. För att möjliggöra denna undersökning har den rättsdogmatiska metoden använts, med rättspolitiska inslag, tillsammans med juridisk och samhällsvetenskaplig litteratur, samt intervjuer med praktiker på området.

En tillförlitlig marknadsundersökning kräver att undersökningens resultatet återspeglar vad den relevanta omsättningskretsen har för uppfattning om det som är föremål för undersökningen. Det behöver även framgå vad marknadsundersökningen har för syfte och att syftet faktiskt uppnås genom undersökningen. Det bör undvikas att ställa ledande frågor till respondenterna då ett tillförlitligt resultat kräver spontana svar. I marknadsrättsliga tvister kan med fördel en personlig intervju eller postal intervju användas då dessa möjliggör användandet av visuella hjälpmedel. Avslutningsvis bör nämnas att det är viktigt att domstolen får ta del av hur hela marknadsundersökningsprocessen gått till.

Innehållsförteckning

1 Inledning	6
1.1 Problembakgrund.....	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Metod	7
1.3.1 Rättsdogmatisk metod	7
1.3.2 Empiriskt material.....	9
1.4 Material	10
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Disposition	11
2 Marknadsrätt	12
2.1 Reglering	12
2.2 God marknadsföringssed.....	12
2.3 Renommésnyltning.....	13
2.3.1 Om renommésnyltning	13
2.3.2 Obehörig anknytning	14
2.3.3 Väl känd	15
2.4 Vilsedande marknadsföring.....	16
2.5 Vilsedande efterbildning	17
2.5.1 Om vilsedande efterbildning	17
2.5.2 Särprägel.....	18
2.5.3 Kändhet.....	19
2.5.4 Förväxling	19
2.6 Vilsedande om kommersiellt ursprung.....	20
3 Marknadsundersökningar	22
3.1 Allmänt	22
3.2 Reglering	22
3.3 Marknadsundersökningens problemanalys.....	23
3.4 Marknadsundersökningens syfte	23
3.5 Marknadsundersökningens metod.....	24
3.5.1 Val av metod	24
3.5.2 Metod för datainsamling	25
3.6 Marknadsundersökningens urval	26
3.6.1 Allmänt om urvalet.....	26
3.6.2 Hur omsättningskretsen väljs ut	27
3.6.3 Fel som kan uppstå	27
3.7 Frågornas utformning.....	27
3.8 Marknadsundersökningsrapport.....	28
4 Marknadsundersökning - bedömning i praxis	29
4.1 Marknadsundersökning som utgjort ett tydligt bevis.....	29
4.2 Brister i marknadsundersökningar	29
4.2.1 Brist i datainsamling	29
4.2.2 Brist i urval	30
4.2.3 Brist i metod och rapport	30
4.2.4 Brist i syfte	32
4.3 Marknadsundersökningar som komplement till indirekt bevisning	33
4.3.1 Komplement till omsättning, marknadsandelar och marknadsföringskostnader	33
4.3.2 Komplement till vittnesmål.....	34
4.3.3 Komplement till försäljningssiffror	34
4.4 Hänvisning till tidigare avgöranden	35
4.5 Marknadsundersökningar som beaktas med försiktighet.....	35

5 Analys	37
5.1 Marknadsundersökningars bevisvärde i marknadsföringsmål	37
5.1.1 <i>Brister</i>	37
5.1.2 <i>Marknadsundersökning i förhållande till indirekt bevisning</i>	39
5.1.3 <i>Domstolens hänvisning till tidigare avgöranden</i>	41
5.1.4 <i>Marknadsundersökningar beaktas med försiktighet</i>	41
5.2 Hur en marknadsundersökning bör utformas	42
5.3 Sammanfattande kommentarer	43
Käll- och litteraturförteckning	44
Rättsfallsförteckning	46
Bilaga 1	48
Bilaga 2	49

Förkortningslista

B2B	Business-to-business
B2C	Business-to-consumer
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
ICC	International Chamber of Commerce
JT	Juridisk Tidskrift
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
NiR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
Prop.	Proposition
PUL	Personuppgiftslag (1998:204)
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

Marknadsrätten förbjuder olika former av otillbörliga affärsmetoder. Renommésnyltning, vilseledande efterbildning och vilseledande om kommersiellt ursprung är tre sådana metoder. Renommésnyltning innebär att företag obehörigen anknyter till ett annat företags produkt, logotyp, kännetecken eller liknande.¹ Med vilseledande efterbildning menas att ett företag i sin marknadsföring använder efterbildningar som är vilseledande för konsumenter och lätt kan förväxlas med ett annat företags kända och särpräglade produkter.² Vilseledande om kommersiellt ursprung innebär att en konsument får uppfattning om att en viss produkt är en annan än den från början avsett att köpa på grund av produktens kända ursprung, kvalitet eller liknande.³

I samtliga ovan nämnda otillbörlighetsgrunder är näringsidkare i behov av att bevisa att deras produkter har en hög kännedom inom en relevant omsättningskrets för att på sådant sätt kunna visa att deras produkter är särpräglade och väl kända. De kan även vara i behov av att visa att det föreligger förväxlingsrisk med eller association till ett annat företags produkter.⁴ Det enda sättet att få veta hur stor kännedom omsättningskretsen har om en produkt eller ett kännetecken är att fråga den relevanta omsättningskretsen. Ett lämpligt hjälpmedel för att uppnå detta är att använda en marknadsundersökning, då det genom en sådan undersökning blir möjligt att mäta ett direkt vetande om en produkt eller ett kännetecken.⁵ En marknadsundersökning kan utgöra en tydlig indikation om huruvida det anses föreligga kändhet, särprägel, förväxlingsrisk eller association.

Marknadsdomstolen (MD) har dock konstaterat att marknadsundersökningar ofta är ett osäkert bevismedel.⁶ Trots denna osäkerhet förekommer undersökningar i marknadsföringsmål, vilket innebär att domstolen måste avgöra vilket bevisvärde undersökningarna ska tillmätas för att kunna läggas till grund som bevis.⁷ Utifrån domstolens bedömningar av marknadsundersökningar kan det konstateras att det råder en oklarhet kring vilket värde en marknadsundersökning utgör som bevis.

Trots att marknadsundersökningar anses vara ett osäkert bevismedel är det generellt sett vanligt förekommande att företag använder dessa som bevis på grund av att de ibland är det viktigaste, och kanske det enda, som kan styrka en produkts kändhet, särprägel, förväxlingsrisk eller association.⁸ Ett problem är att det för företagen kan bli en ekonomisk börda att lägga ner stora summor pengar på att låta genomföra marknadsundersökningarna, men att de i flertalet fall tillmätts en låg eller ingen betydelse alls. Trots att det tidigare gjorts en under-

¹ Nordell, Marknadsrätten - en introduktion, s. 60.

² Se 14 § marknadsföringslagen (2008:486).

³ MD 2004:23, *Lego*.

⁴ Engström, Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005, NiR 2006, s. 463.

⁵ Engström, Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005, NiR 2006, s. 463.

⁶ MD 2006:19, *Tidningen Vi*.

⁷ Se bl.a. MD 2005:13, *Whiskas*, MD 2009:12, *Xanté*, MD 2015:20, *Flora Smör*.

⁸ Påståendet grundar sig på en undersökning vi genomfört av samtliga avgöranden i MD, mellan åren 2005-2015, innehållande marknadsundersökningar som återopats i samband med de tre aktuella otillbörlighetsgrunderna.

sökning⁹ av marknadsundersökningars bevisvärde i marknadsföringsmål är det av betydelse att undersöka eventuella förändringar.¹⁰

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att analysera vilket bevisvärde MD tillmätt marknadsundersökningar som bevis i marknadsföringsmål. Vidare är syftet att analysera hur en marknadsundersökning bör utformas för att utgöra ett tillförlitligt bevismedel i marknadsföringsmål.

För att uppnå syftet har följande frågor utarbetats:

- Vilket bevisvärde har MD tillmätt marknadsundersökningar som bevis i marknadsföringsmål?
- Hur bör en marknadsundersökning utformas för att MD ska ta hänsyn till den i sin bedömning?

1.3 Metod

1.3.1 Rättsdogmatisk metod

Vid författandet av denna uppsats har den rättsdogmatiska metoden använts, vars uppgift är att finna en lösning på ett rättsligt problem med hjälp av att tillämpa en rättsregel på problemet. Detta genom att försöka finna svar i lagstiftning, rättspraxis, förarbeten samt den juridiska litteraturen.¹¹

Enligt Aleksander Peczenik har rättskällor en särställning i juridisk argumentation, dvs. att de tas för givet. De är av så pass stor vikt att det krävs en mycket ingående och omfattande argumentation för att "*sätta dem ur spel*".¹² Rättsdogmatik har som huvuduppgift att tolka och systematisera gällande rätt.¹³ Peczenik menar att det är en vetenskaplig disciplin som baseras på olika grundantaganden. Dessa grundantaganden är; gällande rätt, rättskällor, argumentationsnormer och materiell rättssäkerhet.¹⁴

Det finns enligt Peczenik en rangordning för hur rättskällorna ska användas vid tillämpning av den rättsdogmatiska metoden.¹⁵ De ska beaktas som auktoritetsskäl, dvs. att de ska anses mer betydelsefulla än andra källor i den juridiska argumentationen.¹⁶ En juridisk argumentation skall i första hand ta hänsyn till lagar, föreskrifter och sedvanerättsliga regler. De är bindande med grund i att de anses vara nödvändiga för den juridiska argumentationen. Att således dra en slutsats som saknar stöd av varken lag, föreskrift eller sedvana är enligt Peczeniks mening inte att anse som en juridisk slutsats. Prejudikat och förarbeten bör beaktas,

⁹ Engström, Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005, NiR 2006.

¹⁰ Förevarande undersökning grundar sig på avgöranden från MD mellan åren 2005-2015.

¹¹ Korling, Zamboni, Juridisk metodlära, s. 21.

¹² Peczenik, Vad är rätt? - om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 206.

¹³ Peczenik, Juridikens teori och metod - en introduktion till allmän rättslära, s. 33.

¹⁴ Peczenik, Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, FT 1990, s. 44-45.

¹⁵ Peczenik, Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, FT 1990, s. 47-48.

¹⁶ Peczenik, Juridikens teori och metod - en introduktion till allmän rättslära, s. 31.

vilka anses vara av högre rang än de rättskällor som får beaktas. De rättskällor som får beaktas är något mer omfattande, vilka är rekommendationer av olika slag, domstolsbeslut som inte är prejudicerande, dvs. domar från exempelvis tingsrätt och hovrätt, juridisk litteratur, utländsk rätt etc. De olika bör- och får källorna är inte bindande i den juridiska argumentationen.¹⁷

Vår uppfattning om Aleksander Peczeniks syn på rättsdogmatik är att den framstår som statisk. Med detta menar vi att uppdelningen av rättskällorna på det sätt Peczenik gör, dvs. skall- bör och får källor, leder till att det kan uppfattas som att metoden ska följas slaviskt. Jan Hellner är av en annan uppfattning och menar att prejudikat ofta väger tyngre än lagförarbeten då domstolarnas tolkning av lagen är mer färsk än vad lagförarbeten är. Hellner anger vidare att rättsdogmatiken, i sin definition av att framställa gällande rätt, gör att metoden blir relativt strikt om det uteslutande antas att rättsdogmatikens huvuduppgift är att beskriva gällande rätt vid en särskild tidpunkt. Det kan i sådant fall leda till att det inte finns utrymme för annan rättsutveckling än sådan som sker genom rättspraxis, vilket bidrar till att rättsdogmatiken blir mer statisk än dynamisk.¹⁸

I motsats till Peczeniks uppfattning har vi valt att använda metoden på ett mer dynamiskt sätt genom att försöka frångå den "klassiska" rangordning Peczenik håller fast vid. Vi har istället valt att följa Hellners ståndpunkt och låtit avgöranden från MD fått företräde framför lagförarbeten och sedvana då prejudikat kan anses ha ett mer färskt värde. Det saknas även lagstiftning på området om marknadsundersökningar, varför den juridiska litteraturen har getts en högre rangordning än vad Peczenik möjligtvis hade ansett. Vi har även valt att föra in vissa rättspolitiska resonemang. Detta för att undersöka vad som krävs för att marknadsundersökningar ska kunna utgöra ett tillförlitligt bevis i marknadsföringsmål.¹⁹

Enligt Claes Sandgren råder en enighet inom juridiken om vad rättsdogmatik är men att det vid en närmare granskning kan konstateras att innebörden är relativt oklar. Något som är karaktäristiskt för rättsdogmatik och som det enligt Sandgren råder en någorlunda allmän uppfattning om är att det är rättskällorna som skall användas vid tillämpningen, i enlighet med rättskälleläran. Vidare anses syftet med rättsdogmatik vara att fastslå vad som är gällande rätt, men även att tolka och systematisera den. Funktionen anses vara att reglera vad som är en godtagbar juridisk argumentation. Rättsdogmatik anses vidare ha ett inifrånperspektiv, vilket betyder att en rättsdogmatiker i sin tillämpning håller sig inom ramen för gällande rätt.²⁰ Enligt Sandgren delar många uppfattningen att rättsdogmatik till största delen handlar om gällande rätt. Han poängterar dock att det inte är omöjligt för rättsdogmatikern att söka sig utanför den gällande rätten.²¹ En rättsvetenskaplig argumentation är inte så bunden av gällande rätt som den kan framstå att vara. Det är enligt Sandgren tillåtet att föra en relativt fri argumentation som kan kombineras med dels olika ändamålssynpunkter och dels externa specialkunskaper av olika slag, exempelvis andra discipliners teorier. Det kan även vara

¹⁷ Peczenik, Juridikens teori och metod - en introduktion till allmän rättslära, s. 36.

¹⁸ Hellner, Rättsteori - en introduktion, s. 85.

¹⁹ Med rättspolitisk argumentation menas att undersöka om rätten är i behov av förändring (de lege ferenda), med grund i att den gällande rätten (de lege lata) anses bristfällig. Se Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare - ämne material, metod och argumentation, s. 48.

²⁰ Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, TfR 2005, s. 648 ff.

²¹ Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, TfR 2005, s. 650.

forskarens egna erfarenheter, värderingar och kunskap på det särskilda området.²² Nils Jareborg delar denna uppfattning och anger att vid en rättsdogmatisk argumentation är det tillåtet att gå utanför ramen för gällande rätt. Det ideala är att hitta nya lösningar, vilket endast är möjligt genom att utvidga perspektivet.²³

I användandet av den rättsdogmatiska metoden har vi valt att gå utanför ramen för gällande rätt och därmed kombinerat användandet av juridisk litteratur med viss samhällsvetenskaplig litteratur. Detta på grund av att det inom den juridiska litteraturen inte finns tillräckligt material för en mer ingående förståelse om marknadsundersökningar.

Det ovan anförda visar enligt vår mening att det råder delade meningar om vad rättsdogmatik är och att definitionen därmed är oklar. Genom vår jämförelse av de olika författarnas synsätt på vad rättsdogmatik är kan vi urskilja ett nytänkande för användandet av metoden. Vår uppfattning är att metoden idag inte är så strikt som Peczenik får den att framstå utan att det är legitimt att vidga sitt perspektiv, vilket vi finner stöd i hos både Sandgren, Jareborg och Hellner.

1.3.2 Empiriskt material

För att knyta an till föregående avsnitt har vi försökt utvidga vårt rättsdogmatiska perspektiv genom att föra in empiriskt material i vår juridiska argumentation. Detta med grund i att det, som tidigare nämnts, saknas lagstiftning om marknadsundersökningar. Vi tror att praktikers erfarenheter kan ha betydelse för uppsatsen genom att de besitter sådan kunskap som rättskällorna i det här fallet saknar. Vi har därför valt att genomföra intervjuer med praktiker som arbetar på området. Avsikten med användandet av empiriskt material är inte att frångå den rättsdogmatiska metoden utan att materialet ska fungera som ett komplement till de avsnitt där den rättsdogmatiska metoden inte blir tillräcklig.

Claes Sandgren har analyserat behovet av ett ökat bruk av empiriskt material inom rättsvetenskapen. Enligt Sandgren hävdas det inom rättsvetenskapen att om rättsvetenskapliga undersökningar använde sig mer av faktiska förhållanden, problem, teorier och andra föreställningar än att endast utgå från rättsreglerna hade rättsvetenskapens trovärdighet och relevans ökat mer än om endast rättsregler använts. Detta hade i sådant fall kunnat leda till att empiriskt material använts mer. En kombination av juridisk analys och empiriskt material skulle därmed tillsammans kunna komplettera rättsvetenskapen. Det empiriska material som används i rättsvetenskapen är ofta annat material än rättskällor.²⁴ Materialet kan användas för att säkerställa relevans hos problemet och har till syfte att visa hur det behandlade problemet förekommer i praktiken.²⁵

Sandgren nämner att ett syfte med att använda empiriskt material kan vara att ge bakgrundsinformation, t.ex. genom att visa hur ofta förekommande något är eller att granska innehållet på ett närmare sätt. Empiriska inslag i rättsvetenskapen är så begränsade att det enligt Sandgren vanligtvis inte uppstår några metodologiska problem vid användandet av sådant material. Det kan även vara så att syftet är att visa hur relevant problemet som

²² Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, TfR 2005, s. 652.

²³ Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004, s. 4.

²⁴ Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap - Del I, JT 1995/96, s. 726 och 732.

²⁵ Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap - Del I, JT 1995/96, s. 736.

behandlas är, exempelvis genom att låta det empiriska materialet visa att det aktuella problemet faktiskt är ett verkligt problem som behöver utredas.²⁶

En form av empiriskt material som kan användas inom rättsvetenskapen är intervjuer och enkäter, vilka kan vara användbara för flera olika syften. I flertalet fall är intervjuer och enkäter det enda sättet att visa rättsreglernas faktiska användning och effekter. På detta sätt är det möjligt att få del av olika berörda aktörers syn på ett visst rättsligt problem.²⁷ Ett problem som dock är förankrat med användandet av empiriskt material, och som måste beaktas, är hur det empiriska materialet samlats in. Det kan här röra sig om exempelvis hur intervjufrågor formulerats då det är viktigt att avsikten med frågorna inte snedvrids.²⁸

1.4 Material

Det material som används i uppsatsen utgörs främst av praxis och litteratur, men även lagstiftning, lagförarbeten och empiriskt material.

Den marknadsrättsliga delen av uppsatsen grundas på lagstiftning i form av marknadsföringslagen (2008:486) (MFL), förarbetet till lagen och direktivet om otillbörliga affärsmetoder.²⁹ Detta i syfte att redogöra för de i inledningen presenterade otillbörlighetsgrunderna. Här används även praxis från MD för att visa hur den marknadsrättsliga lagstiftningen tillämpas i praktiken. Som komplement till de använda rättskällorna har även etiska regler³⁰ på området använts, samt juridisk litteratur.

För att få en vidare förståelse för vilket bevisvärde marknadsundersökningar tillmäts som bevis i marknadsföringsmål har främst praxis från MD använts. Vi är medvetna om att domstolens praxis inte anses ha lika hög rang i den juridiska argumentationen som vissa andra rättskällor, men eftersom det saknas lagstiftning på området anser vi praxis vara den mest relevanta rättskällan för att uppfylla uppsatsens syfte. För att komplettera domstolens praxis har även både juridisk och samhällsvetenskaplig litteratur använts, i syfte att få en ökad förståelse om marknadsundersökningar. Vi har även valt att använda empiriskt material i form av intervjuer med olika praktiker på området för att få en ökad förståelse om hur marknadsundersökningar genomförs och hur de används i marknadsföringsmål. Intervjuerna har genomförts dels via personligt möte med Per Sahlqvist på Brand Eye AB samt genom e-postkommunikation med Advokatfirman Vinge.

1.5 Avgränsningar

Vi har valt att undersöka MD:s avgöranden mellan åren 2005 och 2015. Urvalet har gjorts med bakgrund av en tidigare artikel som behandlar marknadsundersökningar som bevis i marknadsföringsmål. Artikeln syftar till att redogöra för de ärenden i MD där marknadsundersökningar använts som bevis mellan åren 1974 och 2005 samt att undersöka vilket bevisvärde undersökningarna tillmäts. Efter artikelns publicerande har det dock kommit flera avgöranden från MD där marknadsundersökningar använts som bevis. Det är därför relevant

²⁶ Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap - Del I, JT 1995/96, s. 736-737.

²⁷ Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap - Del II, JT 1995/96, s. 1042.

²⁸ Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap - Del II, JT 1995/96, s. 1046.

²⁹ Prop. 2007/8:115 samt 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

³⁰ ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation.

att undersöka domstolens bedömningar av marknadsundersökningar i marknadsföringsmål från 2005-2015.

1.6 Disposition

Uppsatsen är uppdelad på fem kapitel. I kapitel två finns en kort bakgrund till MFL som följs av en redogörelse för de tre otillbörliga affärsmetoderna; renommésnyltning, vilseledande efterbildning och vilseledande om kommersiellt ursprung. I kapitel tre följer en redogörelse för vad marknadsundersökningar är och hur det går till att genomföra en sådan undersökning. I kapitel fyra görs en sammanfattning av MD:s avgöranden för att undersöka hur domstolen tagit hänsyn till marknadsundersökningar och vilket bevisvärde de tillmätts. I kapitel fem görs en analys av det material som presenterats i föregående tre kapitel i försök att komma fram till hur en marknadsundersökning bör vara utformad för att utgöra ett tillförlitligt bevismedel i marknadsföringsmål. Analysen avslutas med sammanfattande kommentarer.

2 Marknadsrätt

2.1 Reglering

På marknadsrättens område är EU-direktivet om otillbörliga affärsmetoder det mest centrala. Syftet med direktivet är att säkerställa den inre marknads funktion och en hög konsumentskyddsnivå. Detta för att medlemsstaternas lagar och författningar rörande otillbörliga affärsmetoder, som kan skada konsumenters ekonomiska intressen, ska närma sig varandra.³¹

Direktivet tillämpas på otillbörliga affärsmetoder av näringsidkare mot konsumenterna på den inre marknaden och avser all marknadsföring som riktas mot konsumenterna av näringsidkare (B2C). Direktivet riktar dock även indirekt in sig på näringsidkarens intresse av att motverka otillbörlig konkurrens (B2B).³²

Begreppet affärsmetoder har en betydande roll i direktivet och omfattar alla former av annonsering och annan kommersiell kommunikation som riktas till konsumenterna vid marknadsföring, försäljning eller leverans.³³

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder har gett upphov till en ombildning av den svenska marknadsrätten och ligger därmed till grund för 2008 års nya marknadsföringslag.³⁴ Den svenska marknadsföringslagen har sedan införandet 1970 genomgått ett antal förändringar, varav 2008 års marknadsföringslag är den senaste.³⁵

Den svenska marknadsrätten har till syfte att dels utgöra ett skydd för konsumentkollektivet men även ett skydd för konkurrenter och näringsidkare. MFL ska bidra till ett främjande av både konsumenters och näringsidkarens intressen vad gäller marknadsföring av olika produkter, samt försöka motverka otillbörliga affärsmetoder. Lagen riktar främst in sig på marknadsföring av varor och tjänster men även på fast egendom, arbetstillfällen och andra diverse nyttigheter. Det är av betydelse att den som mottar olika former av marknadsföring direkt kan urskilja att det rör sig om marknadsföring.³⁶ Det stadgas därför i 9 § 1 st. MFL att *“all marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring”*. Det måste även framgå vem det är som står bakom marknadsföringen.

2.2 God marknadsföringssed

MFL innehåller tre generalklausuler som reglerar lagens yttre område.³⁷ Med detta menas att om en näringsidkare hamnar inom detta område riskerar den att drabbas av antingen ett förbud eller ett åläggande.³⁸ Generalklausuler är relativt allmänt hållna och syftet med en lagstiftning som bygger på sådana klausuler är att det är upp till domstolen att närmare avgöra innehållet och gränserna för dem, som sedan kan bli vägledande för framtida avgöranden.³⁹ I 5 § MFL återfinns den stora generalklausulen som stadgar att marknadsföring ska överens-

³¹ Direktivet om otillbörliga affärsmetoder 2005/29/EG, artikel 1.

³² Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 27-29.

³³ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 30.

³⁴ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 29.

³⁵ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 37.

³⁶ Nordell, Marknadsrätt för Juridisk översikt kurs, s. 23-24.

³⁷ Generalklausulerna återfinns i 5-6, 7 och 8 §§ MFL. Se Nordell, Marknadsrätten – en introduktion, s. 57.

³⁸ Nordell, Marknadsrätten - en introduktion, s. 17.

³⁹ Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 31.

stämma med god marknadsföringssed, vilket innebär att marknadsföringen ska vara tillbörlig.⁴⁰ Med god marknadsföringssed ska förstås ”god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter”.⁴¹ God affärssed innefattar ett normsystem som arbetats fram inom näringslivet där Internationella handelskammarens (ICC)⁴² grundregler för reklam utgör en central del, samt andra uppförande- och branschkode. Ett exempel är de etiska krav som ställs på näringsidkare att följa god yrkessed i sitt uppförande.⁴³ Andra vedertagna normer kan vara speciallagstiftning, Konsumentverkets föreskrifter och allmänna råd, normer som skapats genom MD:s praxis samt andra olika internationellt accepterade normer som faller innanför MFL:s syfte. Här bör även nämnas den s.k. lagstridighetsprincipen, vilken innebär att all form av marknadsföring som står i strid med annan lagstiftning eller som är anpassad för att överträda andra lagar strider mot god marknadsföringssed.⁴⁴ Syftet med bestämmelsen i 5 § MFL är att den ska vara gällande både för marknadsföring och andra affärsmetoder som är riktade till konsumenter och näringsidkare.⁴⁵

I 6 § MFL stadgas att marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed enligt 5 § är otillbörlig ”om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut”, även kallat transaktionstestet. Med affärsbeslut förstås, i enlighet med 3 § MFL, “ett beslut som fattas av en konsument eller en näringsidkare om huruvida, hur och under vilka förutsättningar en produkt ska köpas, om hela eller delar av köpesumman ska betalas, om produkten ska behållas eller överlåtas, eller om avtalsenlig rättighet i samband med produkten ska utnyttjas, oavsett om konsumenten eller näringsidkaren beslutar att handla eller att avstå från att handla”.

Generalklausulen i 5 § MFL omfattar ett antal otillbörliga affärsmetoder som inte uttryckligen anges förbjudna enligt övriga bestämmelser i MFL. En av de vanligaste formerna av otillbörliga affärsmetoder som ingår i denna klausul är renommésnyltning.⁴⁶

2.3 Renommésnyltning

2.3.1 Om renommésnyltning

Med renommé menas att en näringsidkare eller dennes produkter “har ett gott anseende, en positiv image, ett kommersiellt uppmärksamhetsvärde eller goodwill”. Det krävs att ett renommé är känt på marknaden, t.ex. genom att det anknyter direkt till själva verksamheten eller till verksamhetens varor. Det kan även vara tjänster och andra nyttigheter som utmärker sig på ett visst sätt. För att MFL ska bli tillämplig i fråga om renommé krävs att det rör sig om ett s.k. kommersiellt goodwill, vilket betyder att ett renommé ska kunna förknippas med en särskild näringsverksamhet eller dennes marknadsförda produkter.⁴⁷

⁴⁰ Prop. 2007/8:115, s. 61.

⁴¹ Prop. 2007/8:115, s. 69.

⁴² Internationella Handelskammaren (ICC) är en världsorganisation som ger företag vägledning om reklam och marknadsföring.

⁴³ Prop. 2007/8:115, s. 69-70.

⁴⁴ Prop. 2007/8:115, s. 70.

⁴⁵ Prop. 2007/8:115, s. 68.

⁴⁶ Nordell, Marknadsrätten - en introduktion, s. 59.

⁴⁷ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, s. 436.

För att en näringsidkare ska lyckas få ett gott renommé, men även för att kunna bevara det, krävs ofta både omfattande insatser och kostnader från dennes sida. Det kan leda till att det för andra, framför allt näringsidkare, lockar att utnyttja ett redan välkänt och etablerat renommé. Detta för att på sådant sätt kunna stärka sina egna produkters image. Det handlar med andra ord om att åka snålskjuts på någon annans bekostnad. Det snyltande företaget får på sådant sätt en ekonomisk vinning medan företaget som blir utsatt för snyltningen kan skadas genom att dennes renommé riskerar att urvattnas. Detta förfarande kallas renommésnyltning och är som tidigare nämnts en otillbörlig form av marknadsföring i enlighet med 5 och 6 §§ MFL.⁴⁸

För att renommésnyltning ska anses föreligga krävs att en näringsidkare i sin marknadsföring "*obehörigen anknyter till någon annan näringsidkares välkända verksamhet, produkter eller kommersiella symboler*".⁴⁹ Det otillbörliga i detta hänseende är att en näringsidkare snyltar på någon annan näringsidkares produkter eller liknande och på detta sätt gör en ekonomisk vinning. Den snyltande näringsidkaren utnyttjar på sådant sätt värdet i konsumenternas positiva föreställning om en viss produkt, som ursprungligen framkallats av en annan näringsidkare. Ett utnyttjande av nyss nämnda slag anses vara ett försök att skada den utnyttjade näringsidkaren och på sådant sätt påverka och försämra konsumenternas marknadsöverblick.⁵⁰ I propositionen till den nya marknadsföringslagen uttalade regeringen att renommésnyltning kan leda till både allvarliga och negativa konsekvenser för genomsnittskonsumenten.⁵¹ Vidare uttalade regeringen att om det skulle föreligga en ökad tolerans kring renommésnyltning skulle det finnas en risk för att den som mottar marknadsföringen får svårt att skilja mellan produkter som har olika kvalitet eller ursprung. Det skulle även kunna leda till att konkurrensen mellan näringsidkare snedvrids.⁵²

2.3.2 Obehörig anknytning

Som nämndes i tidigare avsnitt innebär renommésnyltning att en näringsidkare i sin marknadsföring "*obehörigen anknyter till någon annan näringsidkares välkända verksamhet, produkter eller kommersiella symboler*". Snyltningen anses otillbörlig endast i de situationer då utnyttjandet sker *obehörigt*, dvs. att det snyltande företaget inte har tillstånd varken i form av medgivande, licens, samarbetsavtal eller liknande att utnyttja ett annat företags välkända renommé. Det är därför av betydelse att den som påstår sig ha rätt att använda sig av en annan näringsidkares renommé kan styrka det.⁵³ En vidare förklaring återfinns i ICC:s grundregler, artikel 15, där det stadgas att det är förbjudet för all typ av marknadskommunikation att på ett obehörigt sätt utnyttja namn, namnförkortning, logotyp och/eller varukännetecken som ägs av ett annat företag, organisation eller institution.⁵⁴

⁴⁸ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, s. 436.

⁴⁹ Innebörden fastslogs av MD i det s.k. Robinsonmålet (MD 1999:21).

⁵⁰ MD 1999:21, *Robinson*.

⁵¹ Med genomsnittskonsument menas en person "*som är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst, med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer och i enlighet med domstolens tolkning*". Se direktivet om otillbörliga affärsmetoder 2005/29/EG, p. 18.

⁵² Prop. 2007/08:115 s. 112.

⁵³ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, s. 439.

⁵⁴ ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation, s. 10.

I MD 2008:8 ansåg MD att namnet Villa Villekulla, för allmänheten, förknippades med Astrid Lindgren och hennes produktion. Domstolen fastslog att namnet var bärare av ett renommé och att Hotell Villa Villekulla därmed, som påstod att Astrid Lindgren givit ett muntligt samtycke till att hotellet använde namnet, obehörigen anknöt till Astrid Lindgren genom sitt val av namn.

I MD 1996:3 uttalade domstolen att ”*en marknadsföringsåtgärd kan anses otillbörlig om den innebär att en näringsidkare utan samtycke anknyter till en annan näringsidkares välkända varumärke eller symbol*”. Målet rörde marknadsföring av liköressens där företaget Remy Finance B.V (Remy) väckt talan mot företaget Partyman AB (Partyman) för att de i sin marknadsföring använt uttrycket Liquore Galanto, termen Galliano och en etikett som liknade Remys produkter. Remy var innehavare av varumärkesregistreringarna Liquore Galliano, Galliano och Galliano Hot Shot och ansåg därmed att Partymans marknadsföring både snyltade på Remys produkter och vilseledde om det kommersiella ursprunget. MD ansåg att både namnet Galliano och de etiketter Remy använde sig av var kända på den svenska marknaden. Partyman hade inte heller lyckats visa att Remy samtyckt till den påtalade marknadsföringen. Med grund i detta fastslog MD att Partymans marknadsföring av sina produkter obehörigen anknöt till Remys produkter.

Det krävs således även att ett utnyttjande av någon annans renommé *anknyter* till originalet. Det kan här röra sig om att det snyltande företaget och det utnyttjade företaget marknadsför produkter under exempelvis samma namn. Det snyltande företaget anknyter då sina produkter till det andra företaget och därmed det goda renommé som kan förknippas med det gemensamma namnet.⁵⁵

I MD 1993:9 ansågs företaget RKA ha snyltat på Hugo Boss välkända renommé i en tidningsannons i Veckans Affärer. I sin bedömning fastslog MD att det stod klart att RKA genom sin utformning av annonsen utnyttjat det förhållandet att både RKA och Hugo Boss marknadsförde produkter under märket Boss och att det därigenom på ett påtagligt sätt anknöt till marknadsföringen av BOSS herrkläder och på sådant sätt det renommé som kunde förknippas med denna produkt. MD ansåg att det blev tydligt i och med annonsbildens utformning och införande i Veckans Affärer, samt att det var en iögonfallande placering av ordet BOSS på klädesplagget som visades. Vidare förklarade domstolen att när två företag använder samma varumärke ska det kunna ställas krav på att det iaktas särskild försiktighet i marknadsföringsåtgärder som kan innebära ett utnyttjande av det uppbyggda goodwill som Hugo Boss gjort i detta fall. Om det snyltande företaget istället utformar sin marknadsföring på motsatt vis, dvs. att marknadsföringen på ett påtagligt sätt anknyter till det andra företags marknadsföring och goda renommé, bör marknadsföringsåtgärden anses otillbörlig.

2.3.3 Väl känd

Förutom obehörig anknytning till originalet krävs även att det utnyttjade företaget har en *välkänd* verksamhet, välkända produkter eller kommersiella symboler. EU-domstolen har fastslagit att för att ett varumärke ska kunna vara bärare av ett renommé krävs att det är tillräckligt känt “*för en betydande andel av den allmänhet som berörs av de varor eller tjänster som täcks av varumärket*”.⁵⁶ Omständigheter som enligt MD kan visa att en produkt är känd på marknaden är bl.a. hur länge den funnits på marknaden eller genom indirekt bevisning så som företags försäljningssiffror, omsättning, marknadsandelar eller

⁵⁵ MD 1993:9, *Hugo Boss*.

⁵⁶ Mål C-375/97, *General Motors*.

marknadsföringskostnader. Det är främst i dessa sammanhang som marknadsundersökningar aktualiseras.⁵⁷

Enligt Advokatfirman Vinge kan en korrekt utförd marknadsundersökning, som visar en hög kännedom inom den relevanta målgruppen, vara en stark indikation på att produkten eller kännetecknet i fråga faktiskt är känt på marknaden. Det går enligt Vinges mening i generella drag att konstatera att ett bevisunderlag i en marknadsrättslig tvist bör bestå av både direkt och indirekt bevisning för att kunna styrka ett påstående om att exempelvis en produkt är känd. En marknadsundersökning som utförts på korrekt sätt kan utgöra tillförlitlig bevisning men den indirekta bevisningen är i sådana fall vanligtvis nödvändig för att ge stöd åt den direkta bevisningen.⁵⁸

Det förekommer att den snyltande näringsidkaren använder sig av marknadsundersökningar för att visa sin kändhet eller att motbevisa att den andre näringsidkaren inte alls är så känd som denne påstår.⁵⁹

I MD 2000:25 fastslog MD att Hästens Sängars blå-vita ruttmönster var välkänt bland allmänheten. Som grund hänvisade domstolen till företagets omfattande marknadsföringsåtgärder samt företagets genomgripande användning av mönstret. Domstolen ansåg även att de av Hästens återopade marknadsundersökningar kunde styrkas detsamma.

I MD 1988:19 hade Svenska Statoil AB i sin marknadsföring annonserat ett erbjudande om ett picknickset. Annonsen utgjordes av en bild på Globen med en text som lød ”*Globen för sex personer. Hos Statoil*”. MD ansåg att det stod klart att byggnaden Globen var mycket väl känd. Det ansågs naturligt att ett byggnadsprojekt av detta slag dragit till sig uppmärksamhet, dels genom sin storlek och dels genom projektet i sig. Utredningen i målet hade dock inte lyckats visa att byggnadsprojektet hade ett kommersiellt renommé i lagens mening, varför det inte heller kunde anses föreligga någon otillbörlig renommésnyltning i strid med MFL.

2.4 Vilseledande marknadsföring

I 8 § MFL återfinns den generalklausul som reglerar vilseledande marknadsföring. Enligt denna bestämmelse är marknadsföring som är vilseledande enligt någon av bestämmelserna i 9, 10 eller 12-17 §§ MFL att anse som otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, det s.k. transaktionstestet. Det är dock inte så att den vilseledande marknadsföringen per automatik strider mot MFL utan det krävs en sannolikhet att det i och med den vilseledande marknadsföringen uppkommit en kommersiell effekt på konsumentens, eller annan mottagares, ekonomiska handlingsmönster.⁶⁰ Vilseledande marknadsföring är den form av otillbörlig marknadsföring som vanligast förekommer.⁶¹ Begreppet vilseleda kan dels förstås som att en konsument luras att tro att en produkt är både bättre och billigare än vad den egentligen är.⁶² Det kan även vara en underlåtenhet från en näringsidkares sida att informera en konsument om väsentliga

⁵⁷ MD 2004:23, *LEGO*.

⁵⁸ Intervju med Advokatfirman Vinge, 160523. Se bilaga 2.

⁵⁹ Se MD 2013:16, *BYGGmax*.

⁶⁰ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 72.

⁶¹ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 72.

⁶² Nordell, Marknadsrätten - en introduktion, s. 67.

upplysningar som är nödvändiga för att konsumenten ska kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁶³

Enligt ICC:s grundregler, artikel 5, framkommer att marknads kommunikation måste vara vederhäftig och inte får vilseleda. Den får inte bestå av *“påstående eller annan framställning i ord, ljud eller bild som direkt eller indirekt - genom antydning, utelämnande, oklarhet eller överdrift - är ägnad att vilseleda konsumenten”*. Detta är särskilt viktigt vid fråga om vissa grundläggande egenskaper som olika produkter besitter då sådana typer av egenskaper är ägnade att påverka konsumentens val. Det kan röra sig om produktens beskaffenhet, sammansättning, mängd, tillverkningsätt etc. Det är även av betydelse vid fråga om produktens värde och pris, garantivillkor, standard, leveranssätt etc.

Huvudbestämmelsen för vilseledande marknadsföring återfinns i 10 § MFL. Enligt 10 § 1 st. MFL får en näringsidkare i sin marknadsföring inte använda felaktiga påståenden eller andra framställningar som kan anses vilseledande när det är fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares verksamhet. I andra stycket räknas en lista upp på vad som kan utgöra vilseledande marknadsföring. I tredje stycket stadgas att en näringsidkare inte heller får utelämna väsentlig information i sin marknadsföring, varken om sin egen eller någon annans näringsverksamhet. Begreppet utelämna innefattar även att information ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller annat olämpligt sätt.

2.5 Vilseledande efterbildning

2.5.1 Om vilseledande efterbildning

I flertalet fall när marknadsundersökningar använts som bevismedel i MD har parterna åberopat vilseledande efterbildning.⁶⁴ Enligt 14 § MFL föreligger vilseledande efterbildning då en marknadsföring lätt kan förväxlas med någon känd näringsidkares produkt som anses vara särpräglad. Dessa tre rekvisit kan som ovan nämndes styrkas genom en marknadsundersökning. Genom marknadsundersökningen framkommer det om en näringsidkare är känd på marknaden, om deras produkt har särprägel eller om en marknadsföring lätt kan förväxlas med någon annans näringsidkares marknadsföring.⁶⁵ Det finns en snävare förbudsbestämmelse i den s.k. svarta listan⁶⁶ där dessa former av efterbildningar är helt förbjudna. Det handlar om avsiktliga efterbildningar, rena plagiat eller mycket närgångna efterbildningar.⁶⁷

Att ha ett förbud mot vilseledande efterbildning är viktigt gällande konsumenternas intresse. Förbudet finns för att skydda konsumenterna på sådant sätt att de inte ska vilseledas och därmed förväxla liknande produkter med andra näringsidkares produkter. Skyddet får dock inte bli allt för omfattande på grund av att det fortfarande ska finnas en rörelsefrihet för

⁶³ Direktivet om otillbörliga affärsmetoder 2005/29/EG, p. 14.

⁶⁴ Påståendet grundar sig på en undersökning vi genomfört av samtliga avgöranden i MD, mellan åren 2005-2015, innehållande marknadsundersökningar som åberopats i samband med de tre aktuella otillbörlighetsgrunderna. Vi har därmed kunnat konstatera att vilseledande efterbildning åberopats i flertalet fall.

⁶⁵ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 110.

⁶⁶ Direktivbilagan i MFL om förfaranden som under alla omständigheter är otillbörliga och förbjudna. Prövning av de 31 otillbörliga förfaranden i s.k. svarta listan ska ske med tillämpning av 4 § MFL. Alla förfaranden i svarta listan är direkt förbjudna. Transaktionstestet ska inte tillämpas om åtgärden överensstämmer med någon utav punkterna i listan. Se Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, s. 161.

⁶⁷ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 111.

konkurrenterna. Ett allt för omfattande skydd kan leda till konkurrensbegränsningar. Det gäller grundläggande att undersöka hur stora skadeverkningar en efterbildning kan bidra till. Genom lagstiftning ska marknadsföring av vilseledande efterbildning förbjuda de som efterbildar ett kännetecken eller produktutformning som är ägnade att verka vilseledande för konsumenten.⁶⁸

2.5.2 Särprägel

Det första rekvisitet för att vilseledande efterbildning ska förekomma är att företagets produkt har *särprägel*. Produkten som efterbildas, dvs. originalet, måste ha särprägel. Det innebär att produkten ska vara särskiljande i sin utformning, den ska kunna identifieras och ha en egen form och färg och den ska sticka ut från resterande liknande produkter på marknaden. För att produkten ska kunna få särprägel måste den vara estetiskt utformad. Detta med grund i att produkter vars utformning huvudsakligen är funktionellt betingat inte kan utge särprägel.⁶⁹

I MD 2005:12 ansåg Swedish Match att deras snusförpackningar hade särprägel och att Gallaher Snus AB:s snusförpackningar var förväxlingsbara med Swedish Match. Den runda snusförpackningen gav associationer till Swedish Match, vilket kunde förklaras genom Swedish Match långvariga ensamställning på marknaden. MD förklarade att en rund snusdosa har sina praktiska fördelar både i tillverkning och distribution. Formen på den aktuella snusdosan var huvudsakligen funktionell och kunde därmed inte medföra att Swedish Match ansågs ha särprägel på snusförpackningens utformning.

Allmänt kända utformningar, namn, fenomen eller motiv kan inte ge särprägel då det är fritt att använda.⁷⁰ En färg eller form på en produkt utgör inte ensamt särprägel, men tillsammans som helhet kan sådana olika utformningar utgöra särprägel.⁷¹

MD 1993:26 är ett exempel som visar svårigheten i att få igenom vilseledande efterbildning för ett helt marknadsföringskoncept. Det är svårt att visa att en marknadsföring är vilseledande efterbildning om de olika delarna var för sig inte är utstickande och utger särprägel. I det aktuella fallet hade Glassbilen i Sverige AB i stort sett samma marknadsföring som Hemglass AB. Målet rörde direktförsäljning av glass där näringsidkarnas glassbilar åkte ut till konsumenter och sålde glass. Hemglass bilar var ljusblå med reklam av deras produkter på baksidan av bilen. Deras kännetecken och varumärke fanns tydligt på bilarna och tillsammans med bilarnas ankomst till ett försäljningsställe spelades en särskild melodi. Glassbilen i Sverige AB inledde sin verksamhet några år senare än Hemglass med i stort sett samma affärsidé och upplägg. MD bedömde först de olika framträdandena var för sig och kom fram till att de inte utgjorde särprägel. Detta med grund i att endast en viss färg inte kan utge särprägel. Trots att helheten av Glassbilens marknadsföringskoncept var anmärkningsvärt lik Hemglass fann MD att Hemglass bilar inte hade särprägel.

I MD 2010:4 har MD konstaterat att en viss färg⁷² eller ett visst tynsnitt på en dricksburk inte kan ge särprägel i sig, men att helheten kan leda till att dricksburken anses ha särprägel. I detta fall var det Red Bulls röda text på den blå/silvriga burken tillsammans med deras kännetecken under texten som utgjorde särprägel.⁷³

⁶⁸ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 109.

⁶⁹ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 – marknadsföringsrätten, s. 114.

⁷⁰ MD 2010:21, *California White*.

⁷¹ MD 2001:22, *Red Bull*, MD 2009:12, *Xanté*.

⁷² Se även MD 1993:26, *Hemglass*.

⁷³ Se även MD 2001:22, *Red Bull*.

2.5.3 Kändhet

För att vilseledande efterbildning ska anses föreligga krävs även att originalet är *känt* inom omsättningskretsen, dvs. känd hos genomsnittskonsumenten. Produkten behöver således inte vara känd hos allmänheten utan det är tillräckligt att produkten är känd hos de konsumenter som vanligtvis efterfrågar produkten eller på annat sätt är i kontakt med produkten. Den konsumentgrupp som produkten vänder sig till ska även vara den konsumentgrupp som vilseleds. Om produkten vänder sig mot en specifik målgrupp ska den även vara känd hos samma målgrupp. Uppfylls inte kravet på kändhet kan vilseledande efterbildning inte föreligga.⁷⁴

I MD 2009:12 fastslog MD att även om ett original utger särprägel krävs även kändhet hos produkten. Målet rörde marknadsföring av päronlikör där företaget The Xanté Company AB ansåg att företaget Mouniers marknadsföring av päronlikör utgjorde vilseledande efterbildning av Xantés förpackningar. MD ansåg att Xantés flaska utgjorde särprägel men att den inte blivit väl känd på marknaden och att vilseledande efterbildning därmed inte ansågs föreligga.

I MD 1983:3 ansåg domstolen att Ajax-förpackningen avseende allrengöring var väl känd på den svenska marknaden. Målet rörde marknadsföring av allrengöringsmedel där företaget Soilax Zak sålt sin rengöringsflaska i liknande utstyrsel som Colgates Ajaxflaska. De båda produkterna såldes i vita plastflaskor med röda skruvkorkar samt liknande etiketter i färgkombinationen vitt, ljusblått och mörkblått. Colgate hävdade att Ajax-förpackningen som helhet hade särprägel och att flaskan var väl känd på marknaden. MD ansåg att Ajax-förpackningen uppenbart, i och med sin helhet, var särskiljande. Domstolen påpekade dock att det på marknaden skapats ett visst typ av mönster beträffande formen på de i målet aktuella allrengöringsflaskorna och att det fanns ca ett tiotal liknande flaskor på marknaden. Trots den rådande likheten med andra flaskor ansåg domstolen att etiketten på Ajax-förpackningen i sin helhet utgjorde särprägel och att förpackningen var väl känd på den svenska marknaden.

2.5.4 Förväxling

Det sista rekvisitet som behöver vara uppfyllt för att vilseledande efterbildning ska anses föreligga är att marknadsföringen lätt kan *förväxlas* med en annan produkt. Det är tillräckligt att marknadsföringen är ägnad att vilseleda. Att konsumenter faktiskt har blivit vilseledda av marknadsföringen behöver inte ha skett utan det väsentliga är hur stor sannolikheten är att det kan ske. För att komma fram till huruvida det föreligger förväxlingsrisk tillämpas transaktionstestet i enlighet med 8 § MFL.⁷⁵ En bedömning om huruvida förväxlingsrisk föreligger ska utgå från genomsnittskonsumenten och hur denne uppfattar helhetsintrycket. Det är vid ett flyktigt betraktande som förväxling anses föreligga och inte vid en närmare detaljerad jämförelse av produkterna.⁷⁶ Om efterbildningen skapar väsentligen samma minnesbild hos konsumenten som originalet anses det föreligga förväxlingsrisk.⁷⁷ Bedömningen är anpassad efter försäljningssituationen. MD ska här ta hänsyn till i vilken situation konsumenten köper produkten. Det kan vara rutinmässigt där flera varor köps samtidigt och det går snabbt, dvs. att konsumenten inte ger någon närmare fundering utan tror

⁷⁴ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 115.

⁷⁵ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 110-111.

⁷⁶ MD 1995:9, *CPC Foods*.

⁷⁷ MD 1996:1, *Colgate Palmolive*, MD 2010:4, *Red Bull*.

direkt att det är originalet. Ofta är det vid dagligvaruhandel eller varuhus. Det krävs också att originalet och den efterbildade produkten är av samma kategori eller att konsumenten kan anta att det har samma kommersiella ursprung.⁷⁸

I MD 1974:5 konstaterade domstolen att förväxlingsrisk tillsammans med en särpräglad och en väl känd produkt måste föreligga för att vilseledande efterbildning ska anses vara uppfyllt. Vid bedömning om förväxlingsrisk föreligger ska helhetsintrycket vara avgörande och inte en jämförelse när de båda produkterna ses samtidigt. Avgörande är huruvida likheterna skapar en väsentligen samma bestående minnesbild hos konsumenten. I detta fall var förväxlingsrisken uppenbar då de särskiljande detaljerna på de olika produkterna var för små för att konsumenten skulle lägga det på minnet. En helhetsbedömning utgjorde därmed att förväxlingsrisk ansågs föreligga.

2.6 Vilseledande om kommersiellt ursprung

En annan typ av otillbörlig marknadsföring som vanligen åberopas i samband med marknadsundersökningar är vilseledande om kommersiellt ursprung.⁷⁹ Förfarandet innebär att en konsument får uppfattning om att en viss produkt härrör från ett annat företag än vad det egentligen gör. För att vilseledande om kommersiellt ursprung ska föreligga krävs inte att produkterna är av samma kategori. Det förutsätter dock att produkten eller det som marknadsförs är *särpräglad* och *känt*. Det är viktigt att den utmärker ett kommersiellt ursprung.⁸⁰ Ofta är det så att företag använder sig av identiska eller snarlika namn på företaget, produkten eller kännetecknet för att konsumenten ska få uppfattningen om att det finns ett samarbete eller koppling mellan företagen.⁸¹ För att bedöma huruvida det föreligger *förväxlingsrisk* görs en jämförelse av det helhetsintryck som de aktuella produkterna ger. Det anses vara risk för förväxling om produkterna i stort sett ger samma minnesbild hos konsumenten. Bedömningen görs även utifrån en vanlig inköpssituation.⁸²

I MD 2006:1 marknadsförde Shoppingguiden Svensk E-handel HB en företagskatalog med benämningen "Gula Sidona". Trots att benämningen var felstavad ansåg MD att det uppenbart fanns en risk att mottagarna skulle anknyta Shoppingguidens företagskatalog med företaget Eniro och deras väl kända produkt Gula Sidorna till det kommersiella ursprunget. I det aktuella målet försökte Shoppingguiden få mottagarna att tro att deras produkt hade ett samarbete eller koppling med Eniro och därmed vilseleda mottagarna om det kommersiella ursprunget.

MD 2001:6 är ett exempel på när vilseledande om det kommersiella ursprunget inte ansetts föreligga. Målet rörde marknadsföring av ostbågar där OLW i Sverige AB hävdade att AB Estrellas förpackningar av ostbågar utgjorde efterbildningar av OLW:s förpackningar. Domstolen fann att de båda förpackningarna liknade varandra i färgsättningarna gult, vitt och rött. Dock ansågs båda företagen ha använt färgsättningarna under en lång tid för sina förpackningar. Domstolen gjorde bedömningen att den av Estrella använda förpackningen, utifrån ett helhetsintryck, inte utgjorde någon grund för förväxlingsrisk. Det hade inte heller någon avgörande betydelse att ostbågar var en typ av

⁷⁸ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten, s. 116-117.

⁷⁹ Påståendet grundar sig på en undersökning vi genomfört av samtliga avgöranden i MD, mellan åren 2005-2015, innehållande marknadsundersökningar som åberopats i samband med de tre aktuella otillbörlighetsgrunderna. Vi har därmed kunnat konstatera att vilseledande om kommersiellt ursprung åberopats i flertalet fall.

⁸⁰ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, s. 333.

⁸¹ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, s. 334.

⁸² MD 2004:23, *LEGO*.

vara som ”ofta säljs i självbetjäningbutiker, där konsumenterna snabbt och rutinmässigt plockar till sig varor från hyllorna i butiken”. Domstolens samlade bedömning var därmed att Estrellas förpackning inte ansågs efterbilda OLW:s förpackning och att förpackningen därmed inte vilseledde om det kommersiella ursprunget.

3 Marknadsundersökningar

3.1 Allmänt

Marknadsundersökningar mäter en direkt, men inte exakt kunskap om någonting. Det kan exempelvis vara hur väl personer känner till en viss produkt vid en spontan utfrågning. Undersökningarna skiljer sig således från indirekt bevisning, som kan visa exempelvis omsättning eller eventuella kostnader som lagts ner på en marknadsföring.⁸³ Ett användande av en marknadsundersökning ger inte per automatik svar på själva problemet utan är vanligen en del av ett större beslutsunderlag.⁸⁴

I marknadsrättsliga mål används framför allt inarbetsundersökningar och förväxlingsundersökningar. En inarbetsundersökning syftar till att bevisa en omständighet, t.ex. kändhet eller särprägel, och är av betydelse för att visa att ett otillbörligt utnyttjande skett av exempelvis en produkt eller ett kännetecken.⁸⁵ Ett kännetecken måste vara inarbetat på marknaden, vilket innebär att konsumenter eller annan omsättningskrets måste känna till produkten i fråga.⁸⁶ Förväxlingsundersökningar är mer omfattande och används vanligtvis för att bevisa att det föreligger risk för förväxling vid fråga om vilseledande efterbildning.⁸⁷

Enligt Per Sahlqvist på Brand Eye AB har marknadsundersökningar fått en ökad betydelse som bevis under de senaste 25 åren.⁸⁸

3.2 Reglering

Det finns ingen särskild lagstiftning som reglerar marknadsundersökningar utan det som är närmast till hands är Personuppgiftslagen (1998:204) (PUL). Lagen reglerar hur register med personuppgifter ska hanteras för att garantera att den personliga integriteten inte inskränks.⁸⁹ En viktig förutsättning är att den enskilde individen själv får avgöra hur och om dennes personuppgifter ska hanteras.⁹⁰ En marknadsundersökare, som använder informationen i PUL:s register, måste upplysa de respondenter som valts ut till undersökningen angående på vilka grunder urvalet gjorts.⁹¹

Förutom PUL finns olika riktlinjer från branschorganisationer som ska upprätthållas för att följa god affärsetik.⁹² En av dessa är ICC:s grundregler som stadgar att respondenter i en marknadsundersökning uttryckligen måste givit sitt medgivande till beställaren vid utlämnande av identitetsuppgifter. Säljbudskap får inte rikta sig till respondenter som lämnat sina uppgifter.⁹³ Den som genomför en marknadsundersökning är även bunden av vissa etiska

⁸³ Engström, Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005, NiR 2006, s. 470.

⁸⁴ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 12.

⁸⁵ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

⁸⁶ Engström, Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005, NiR 2006, s. 468.

⁸⁷ Engström, Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005, NiR 2006, s. 468-469.

⁸⁸ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

⁸⁹ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 38.

⁹⁰ Ejlerthsson, Enkäten i praktiken - en handbok i enkätmetodik, s. 28.

⁹¹ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 38.

⁹² Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 38-39.

⁹³ ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation, s. 5.

aspekter.⁹⁴ Detta eftersom många marknadsundersökningar är i behov av allmänhetens medverkan och det är därför angeläget att upprätthålla allmänhetens förtroende.⁹⁵

3.3 Marknadsundersökningens problemanalys

För att det ska vara möjligt att genomföra en marknadsundersökning är det av betydelse att marknadsföringsproblemet avgränsas. I och med detta kan den del av hela problemet som anses mest relevant att undersöka ramas in. Marknadsföringsproblemet måste även vara praktiskt genomförbart. Det vanligaste här är att det inte finns tillräckliga resurser för genomförandet, exempelvis tidsbrist eller höga kostnader. Det kan vara så att marknadsundersökaren i och med problemanalysen upptäcker att kostnaden för genomförandet av undersökningen antas vara högre än värdet av informationen som undersökningen kommer ge upphov till, varför det då vanligtvis inte anses nödvändigt att låta genomföra undersökningen.⁹⁶ Det kan här vara till fördel att först utföra en s.k. pilotundersökning, vilket är ett mindre förtest som kan användas för att undersöka om ändamålet med undersökningen kan uppnås. Här kan en riktlinje vara att fråga ca 100 respondenter. Om det visar sig att ändamålet inte kan uppnås är det inte lönsamt att gå vidare och göra en fullskalig undersökning. Om det däremot visar sig vara möjligt bör ca 500 respondenter tillfrågas.⁹⁷

3.4 Marknadsundersökningens syfte

En marknadsundersökning behöver även ha ett syfte. Syftet utgörs vanligtvis av att undersökningsproblemet identifieras och beskriver därefter vilken inriktning och målsättning undersökningen förväntas ha. Syftet kan delas in i tre olika delar; explorativt, beskrivande och förklarande.⁹⁸

Med explorativt syfte menas att marknadsundersökaren eller dennes uppdragsgivare inte har tillräcklig kunskap om problemet. Syftet används vanligtvis för att få förståelse och en uppfattning om en särskild marknad, bransch eller speciella kundbehov. En undersökning av detta slag ger inga konkreta svar utan är istället till för att centrera och avgränsa problemet. Det rör sig här om ”Vad-frågor”, som exempelvis ”*Vad är det som händer när en kund köper en produkt?*”. Funktionen av en explorativ undersökning utgörs vanligtvis av en förstudie till en senare mer ingående och systematisk undersökning, för att klargöra vilka frågor som ska besvaras.⁹⁹

Ett beskrivande syfte används när undersökaren har bra kunskap men inte en helt tydlig uppfattning om problemet eller en marknadssituation. Här handlar det om ”Hur-frågor”, som

⁹⁴ De etiska aspekterna regleras i lag (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor. Lagen innehåller regler beträffande vissa etiska frågeställningar i samband med forskning rörande människor. Även om det inte rör sig om en undersökning för forskningsändamål bör lagen användas som en riktlinje för hur undersökningen på lämpligast sätt bör genomföras. Se Eljertsson, Enkäten i praktiken - en handbok i enkätmetodik, s. 31.

⁹⁵ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 38.

⁹⁶ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 54-55.

⁹⁷ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

⁹⁸ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 56.

⁹⁹ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 58.

exempelvis ”Hur ofta köper kunder denna produkt?”. Många av de marknadsundersökningar som genomförs har ett beskrivande syfte.¹⁰⁰

Förklarande syfte innebär att undersökaren är väl känd med det som är föremål för undersökningen och därmed vill få vetskap om föremålets funktion. En sådan här undersökning grundar sig ofta på explorativa och beskrivande undersökningar men är mer omfattande på sådant sätt att den försöker påvisa grunden för varför något sker. Här rör det sig således om ”Varför-frågor”. Dessa typer av undersökningar eftersträvar kausala orsakssamband, exempelvis genom att undersöka om lojala kunder har någon påverkan för lönsamhet.¹⁰¹

3.5 Marknadsundersökningens metod

3.5.1 Val av metod

Metodvalet är beroende av det aktuella marknadsföringsproblemet, vilket medför att det inte finns någon karakteristisk metod för alla problem. Det är dock möjligt att anpassa val av metod med utgångspunkt i varje problem.¹⁰² Val av metod kan grunda sig på olika situationer. När en marknadsundersökning exempelvis används i domstol är det vanligt att det föreligger tidspress, vilket medför att det inte alltid finns utrymme för att använda en grundlig undersökningsmetod och eventuell efterforskning. Det kan även vara så att processen att låta genomföra en undersökning blir kostsam, vilket kan utgöra en begränsning i metodvalet. Hur en marknadsundersökning är konstruerad kan, ur ett rättsligt perspektiv, ha en viktig betydelse för vilken kvalitet undersökningen tillmäts. Det är marknadsundersökarens ansvar att säkerställa att undersökningen grundar sig på en riktig samhällsvetenskaplig metod.¹⁰³

Vid val av metod finns två alternativ, antingen en kvalitativ eller kvantitativ metod. En kvalitativ metod används vanligtvis i de situationer då marknadsundersökaren vill få en förståelse för problemet utan att redan i förväg ha formulerat särskilda frågor. Det kan här röra sig om användande av exempelvis fokusgrupper eller djupintervjuer. De personer som medverkar i en sådan marknadsundersökning har inte blivit utvalda av någon statistisk tillfällighet utan istället från ändamålet med undersökningen. De resultat som framkommer av en kvalitativ undersökning kan inte användas för att påvisa något om den grupp som de utvalda personerna tillhör. Följden av detta blir därför att sådana undersökningar inte lämpar sig för att visa den relevanta omsättningskretsens¹⁰⁴ uppfattning.¹⁰⁵

En kvantitativ metod undersöker det som är typiskt för en viss situation. Utgångspunkt och eventuella hypoteser är därför, till skillnad från en kvalitativ metod, bestämt på förhand.¹⁰⁶ Genom att endast använda ett litet urval kan en näst intill exakt bild av en större målgrupp visas. En kvantitativ metod blir därför mest lämplig för att mäta omsättningskretsens uppfattning.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 58-59.

¹⁰¹ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 59.

¹⁰² Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 64

¹⁰³ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 252.

¹⁰⁴ Se definition av omsättningskrets i avsnitt 3.5.

¹⁰⁵ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 252-253.

¹⁰⁶ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 69.

¹⁰⁷ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 252-253.

3.5.2 Metod för datainsamling

Genomförandet av datainsamling kan ske på olika sätt, med fördel så tidigt som möjligt i processen. En form av datainsamling är en s.k. postal intervju som innebär att ett frågeformulär skickas till deltagarna. En sådan intervju är till fördel för den undersökande parten då det är en billig variant av undersökning. Nackdelen är dock att det finns risk att den procentandel som svarar på frågorna blir låg. Det finns även risk för s.k. bortfall i och med att det endast är ett färre antal, troligtvis de som är mest intresserade av temat på undersökningen, som svarar på frågorna. Detta kan leda till att de som medverkar i undersökningen blir överrepresenterade i förhållande till den aktuella omsättningskretsen som därmed riskerar att inte utgöra en representativ bild av den relevanta omsättningskretsens uppfattning.¹⁰⁸

Den vanligaste formen av insamling är telefonintervjuer, vilken är en bra form av datainsamling för att det går snabbt och är billigt. Något som anses negativt med en telefonintervju är att det är osäkert på förhand vem som svarar i telefonen, vilket gör att det kan uppstå frågor kring om de som svarar kan representera den relevanta omsättningskretsen. Utifrån ett marknadsrättsligt perspektiv kan en telefonintervju bli något utmanande vid fråga om möjligheten att använda synliga hjälpmedel. Det är vanligt att en tvist i marknadsföringsmål rör en reklamkampanj eller ett varumärke. En telefonintervju kan då försvåra möjligheten för respondenterna att ge sin klara uppfattning om exempelvis igenkännighetsgraden.¹⁰⁹

En tredje form av datainsamling är personlig intervju. Nackdelen med en sådan är att de ofta är kostsamma och tar lång tid att genomföra, men till skillnad från en telefonintervju blir det här möjligt att visa en reklamkampanj eller ett varumärke. I ett marknadsföringsmål blir en personlig intervju därför mest lämplig. En fördel är att marknadsundersökaren hela tiden kan ha koll på att respondenten är införstådd med de frågor som ställs och att marknadsundersökaren därmed kan rätta till eventuella missförstånd. Intervjusituationen kan dock leda till att respondenternas svar inte ges spontant, något som vanligen blir avgörande för en intervju beträffande exempelvis vilseledande marknadsföring. Vid en spontan utfrågning, om exempelvis hur en marknadsföring uppfattas, antas en respondent ha en annan typ av fokus som kan ge ett mer tillförlitligt svar.¹¹⁰

En fjärde och sista vanligt förekommande insamlingsmetod är webbaserade undersökningar, som möjliggör genomförandet av undersökningen genom exempelvis Internet, SMS/MMS eller webbpanel. Denna form av undersökning har på senare år ökat mer och mer. Fördelarna är att de inte kostar allt för mycket och att respondenterna har möjlighet att själv bestämma tid och plats för genomförandet. Det är här även, precis som vid en personlig intervju, möjligt att använda bild och ljud i undersökningen. Nackdelarna är dock att det inte är alla som har tillgång till Internet, eller vet hur det används, vilket gör att undersökningen inte alltid lyckas nå ut till den relevanta omsättningskretsen. Det är även en nackdel att det vid användandet av internetbaserade undersökningar är svårt att avgöra om rätt person svarat på

¹⁰⁸ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 253.

¹⁰⁹ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 254.

¹¹⁰ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 254-255.

frågorna.¹¹¹ Det har diskuterats om internetbaserade undersökningar utgör ett tillförlitligt bevis i rättsliga sammanhang.¹¹²

3.6 Marknadsundersökningens urval

3.6.1 Allmänt om urvalet

Vid genomförandet av en marknadsundersökning krävs att ett urval görs. Med detta menas att marknadsundersökaren bestämmer hur stor del av målpopulationen, dvs. målgruppen, som ska ligga till grund för undersökningen.¹¹³ Ett exempel på en sådan population kan vara ”*alla studenter som under perioden 2009-2012 antagits till Karlstads universitet*”. Det blir därmed möjligt att undersöka vad den utvalda målgruppen har för uppfattning om det som är föremål för undersökningen. Fördelen med att göra på detta sätt, till skillnad från en totalundersökning där hela målpopulationen undersöks, är att det blir mindre kostsamt och tar inte lika lång tid. En annan fördel är att mer tid och fokus kan läggas på varje enskild respondent vilket bidrar till att resultatet av undersökningen kan få en mer detaljerad utformning. Det som ligger till grund för hur urvalet bör gå till är undersökningens problem och syfte.¹¹⁴

För att mäta hur en specifik marknadsföringsinsats uppfattas används vanligtvis en relevant omsättningskrets som målgrupp. En marknadsundersökning behöver vara representativ, vilket innebär att respondenterna i undersökningen behöver spegla marknadsföringens relevanta målgrupp.¹¹⁵ Omsättningskretsens uppfattning kan få betydelse i flera hänseenden, dels för huruvida en produkt eller tjänst anses ha särprägel och dels vid fråga om förväxlingsrisk. Det kan även få betydelse vid fråga huruvida en produkt eller ett kännetecken anses känd på marknaden. Till sist kan omsättningskretsens uppfattning bli användbar i renommésnyltningsfall. Omsättningskretsens uppfattning kan endast mätas när en relevant kundkrets fastställts.¹¹⁶

I de fall målgruppen inte består av allmänheten krävs att omsättningskretsen avgränsas på ett närmare plan till exempel endast den målgrupp till vilken en marknadsföring riktar sig till. Det kan här vara av betydelse att klargöra om målgruppen exempelvis ska vara konsumenter, näringsidkare, internetanvändare, bestämda åldersgrupper etc.

Omsättningskretsens uppfattning baseras vanligen på en genomsnittskonsument¹¹⁷ som anses vara representant för hela omsättningskretsen.¹¹⁸ Vid användandet av marknadsundersökningar som bevis är det genomsnittskonsumentens faktiska uppfattning som undersökaren försöker mäta och således inte endast ett förmodat antagande.¹¹⁹

¹¹¹ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 255.

¹¹² Engström, Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005, NiR 2006, s. 481.

¹¹³ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 110.

¹¹⁴ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 110.

¹¹⁵ Enligt Advokatfirman Vinge riktar MD bl.a. kritik mot detta. Intervju med Advokatfirman Vinge, 160523. Se bilaga 2.

¹¹⁶ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 47 ff.

¹¹⁷ Se närmare definition i fotnot 52.

¹¹⁸ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 49-51.

¹¹⁹ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 54.

3.6.2 Hur omsättningskretsen väljs ut

I de fall en marknadsundersökning är tänkt att användas som bevis i ett marknadsföringsmål är det viktigt att målgruppen stämmer överens med den rättsligt relevanta omsättningskretsen. Detta innebär att det är av betydelse att få in juridiskt inflytande i val av målgrupp. Frågan blir således vem som bäst lämpar sig för att bidra med detta inflytande då marknadsundersökningen ska utformas. I de fall en marknadsundersökning har beställts av en part i målet är det vanligt att det antingen är parten själv, eller dennes ombud, som fastställer målpopulationen. En nackdel med detta är dock att undersökningen senare i domstolen kan bli kritiserad för att målpopulationen riskerar att favorisera partens yttranden. Detta kan i sin tur leda till att marknadsundersökningen inte läggs till grund som bevis i målet då det vid denna tidpunkt är för sent att rädda situationen. Det kan i dessa fall därför lämpa sig bäst att domstolen redan på förhand bestämt målpopulationen. Det är dock vanligast i de skandinaviska länderna att ombudet bestämmer målpopulationen och att domstolen därefter får avgöra om den blivit avgränsad på rätt sätt.¹²⁰

3.6.3 Fel som kan uppstå

Oavsett urvalsmetod kan en del fel uppstå, varav två av dessa är ramfel och bortfallsfel. Med ramfel menas att urvalsramen i undersökningen inte stämmer överens med målpopulationen. Detta kan bero på att urvalsramen innehåller ett större antal respondenter än vad som var målet med undersökningen. Det kan även bero på att vissa respondenter saknas som ska medverka i undersökningen, vilket leder till att resultatet blir färre respondenter än vad som var tanken från början. Sådana typer av fel kan leda till att resultatet av undersökningen förvanskas.¹²¹

Med bortfallsfel menas att vissa respondenter väljer att inte delta i undersökningen. Det är därför viktigt att marknadsundersökaren analyserar bortfallet, då det kan vara oklart om bortfallsrespondenterna skiljer sig från de övriga som medverkat i undersökningen. Detta får till följd att de som valt att svara på frågorna inte anses kunna representera hela målpopulationen, vilket kan leda till att resultatet av undersökningen riskerar att bli missvisande om bortfallsantalet är högt. Resultatet av undersökningen bör med fördel överstiga 30 %.¹²² Bortfallet kan ha flera orsaker, exempelvis respondenter som inte vill svara på frågorna, har talsvårigheter eller inte förstår språket.¹²³ Enligt Per Sahlqvist på Brand Eye är bortfallsfrekvensen en viktig faktor vid fråga om kvaliteten på en marknadsundersökning.¹²⁴

3.7 Frågornas utformning

Hur frågorna i en undersökning har formulerats och vilken riktning de är tänkta att ha kan få betydelse för undersökningens giltighet och tillförlitlighet. Det behövs i detta hänseende tas hänsyn till dels vetenskapliga och dels juridiska krav, oavsett vem det är som utarbetat frågorna. För att säkerställa att frågorna har hög giltighet är det viktigt att frågorna faktiskt mäter det som är ändamålet med undersökningen. Ur rättslig synvinkel medför detta att frågor

¹²⁰ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 262-263.

¹²¹ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 111.

¹²² Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

¹²³ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 112.

¹²⁴ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

som är tydliga och klara ökar frågornas tillförlitlighet. Det är dock viktigt att se upp så att frågorna inte är alldeles för många, det kan nämligen påverka frågornas tillförlitlighet negativt genom att respondenterna inte har ork att svara tillräckligt noggrant och därmed ger felaktiga svar.¹²⁵

Stockholms Handelskammars Varumärkesnämnd har tidigare utarbetat en typ av frågeformulär vilket är en slags ram som marknadsundersökare kan följa i sitt upprättande av undersökningsfrågor. Fördelen är att undersökningsföretag kan få erfarenhet av ramen och på sådant vis anpassa den till det specifika fallet, samt att domstolarna känner igen ramen.¹²⁶

Något som bör undvikas vid utformandet av undersökningsfrågorna är ledande frågor. Sådana frågor ger undersökningen en låg giltighet i och med att de vanligtvis är utformade så att respondenterna får en antydning om vilket svar hen bör ge. Respondenternas svar ska återspegla omsättningskretsens spontana uppfattning. I de fall en marknadsundersökning ska användas som bevis i ett marknadsföringsmål är det viktigt att frågorna ställs på en så neutral grund som möjligt.¹²⁷ Frågeformuläret som används i en undersökning och som ska utgöra ett bevisunderlag i ett marknadsföringsmål bör innehålla en del om kändhet och en del som berör ensamrätt till exempelvis ett varumärke.¹²⁸

Det är viktigt att en marknadsundersökning är så objektivt utförd som möjligt. Per Sahlqvist på Brand Eye menar att resultatet bör bli detsamma oavsett vem som utför undersökningen. Han poängterar att det viktiga inte är att få ett så bra resultat som möjligt utan att få ett så *riktigt* resultat som möjligt. En marknadsundersökning bör i möjligaste mån bli så korrekt som möjligt att den undgår eventuella invändningar.¹²⁹

3.8 Marknadsundersökningsrapport

Marknadsundersökningsrapporten är ett beslutsunderlag som ska visa innehållet i den undersökning som genomförts. Innehållet ska utgöras av en riktig, objektiv och fullständig beskrivning av marknadsundersökningsprocessen. Rapporten har även funktionen av att vara ett bevis på att undersökningen är trovärdig, vilket ställer krav på rapportens form och innehåll. Det är därför en fördel om rapporten är så detaljrik som möjligt.¹³⁰ Ett bevis på hur en marknadsundersökning utförts är en viktig förutsättning för att MD ska kunna värdera vilket bevisvärde undersökningen ska tillmätas.¹³¹ Då en rapport genomförs, i samband med marknadsundersökningar, är det viktigt att ändamålet med undersökningen förklaras så utförligt som möjligt. Detta får till följd att det s.k. "juridiska bevisemat" noga måste anges och definieras i processbeskrivningen. Det är även viktigt, för undersökningens rättsliga värde, att det i rapporten tydliggörs på vilket sätt den relevanta omsättningskretsen definierats. Detsamma gäller för val av metod.¹³²

¹²⁵ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 275.

¹²⁶ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

¹²⁷ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 282.

¹²⁸ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

¹²⁹ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

¹³⁰ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 315-316.

¹³¹ Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 288-289.

¹³² Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett, s. 288-290.

4 Marknadsundersökning - bedömning i praxis

4.1 Marknadsundersökning som utgjort ett tydligt bevis

Det har förekommit att MD bedömt att en marknadsundersökning tydligt visat en särskild omständighet, t.ex. kändhet. Så var fallet i MD 2006:1 där Eniro Sverige AB (Eniro) lät genomföra en marknadsundersökning för att bevisa att företagets telefonkatalog "Gula Sidorna" var känd bland företag på marknaden. Målet rörde marknadsföring av varor och tjänster. Eniro yrkade att företaget Shoppingguiden Svensk E-Handels användande av beteckningen "Gula Sidona" var vilseledande om det kommersiella ursprunget och kännetecknen samt att det förelåg renommésnyltning. Undersökningen visade att 96,7 procent av respondenterna som deltagit i undersökningen spontant kunde förknippa Gula Sidorna med en telefonkatalog. 75,2 procent svarade att de, vid ett erbjudande om att marknadsföra sig i Gula Sidorna, kunde förmoda att ett erbjudande kunde härledas från ett specifikt företag. MD:s bedömning av de två resultat som framkommit i undersökningen var att de tydligt visade att företagets katalog var mycket väl känd på marknaden, vilket kunde utgöra en grund för deras goda renommé.

4.2 Brister i marknadsundersökningar

4.2.1 Brist i datainsamling

En brist i genomförandet av en marknadsundersökning har enligt MD varit att den kärande parten inte visat respondenterna sin egen förpackning i utförandet av sin undersökning. Det aktuella målet rörde marknadsföring av päronlikör där The Xanté Company AB (Xanté) ansåg att företaget Mouniers produkt KISMI hade sådana tydliga likheter med Xantés förpackning att det fanns en risk för förväxling mellan produkterna. Vidare ansåg Xanté att deras förpackningar var bärare av ett gott renommé som förknippades med företagets verksamhet, vilket Mounier på ett otillbörligt sätt utnyttjade i och med att KISMI-förpackningen både ansågs anknyta och associera till Xanté-flaskan. Domstolen bedömde att marknadsundersökningen inte gav något starkt stöd för påståendet att Xantés förpackning kunde anses känd hos konsumenter beträffande alkohol. Bristen låg i att Xanté inte visat upp sin egen förpackning utan endast KISMI-förpackningen i undersökningen, samt att flaskorna inte ansågs identiska.¹³³

MD har även ansett att det är viktigt att respondenterna i en undersökning ges möjlighet att se bilder på den aktuella produkten i undersökningen. Målet rörde marknadsföring av korthållare och yoyoar där företaget ExpoGraf CardKeep International AB (ExpoGraf) ansåg att det norska företaget Contribo AS bedrev försäljning av kopior av ExpoGraf:s kända och särpräglade produkter. ExpoGraf hävdade att de, som ensam aktör på marknaden, hade exklusivitet att både marknadsföra och sälja sina CardKeep-produkter. Domstolen bedömde att en brist i genomförandet i den av ExpoGraf åberopade marknadsundersökningen var att respondenterna inte fått möjlighet att se bilder på CardKeep-produkterna. Domstolen ansåg därför att varken marknadsundersökningen eller övrig information i målet kunde bevisa

¹³³ MD 2009:12, *Xanté*. Se även MD 2015:18, *Oatly*.

CardKeep-produkternas kändhet eller att produkterna förknippades med Expografs verksamhet.¹³⁴

4.2.2 Brist i urval

En tillförlitlig marknadsundersökning måste, enligt MD:s mening, "*rikta sig till ett slumpmässigt urval av en representativ del av konsumenterna*". Det är således av betydelse att urvalet gjorts på ett tillförlitligt sätt. MD 2012:7 är ett exempel på att så inte alltid är fallet. Målet rörde marknadsföring av blöjor där företaget Procter & Gamble ansåg att företaget SCA Hygiene Products (SCA) marknadsföring av olika påståenden och framställningar för sina blöjor var otillbörliga. Ett av påståendena var "*Vi vill att blöjorna ska vara så naturliga som möjligt. Då allergier ökar bland barn, tycker vi att det är onödigt med fler tillsatser i form av parfymer eller lotioner. En åsikt vi delar med 3 av 4 föräldrar.*". För att bevisa påståendets riktighet hade SCA, på sin webbplats, låtit genomföra en konsumentundersökning. MD:s bedömning av undersökningen var att den inte utgjorde ett tillförlitligt bevis på grund av att undersökningen genomförts bland besökare på SCA:s egen hemsida. Undersökningen hade därmed inte riktats till ett slumpmässigt urval av en representativ del av konsumenterna och kunde därför inte visa att ovan nämnda påstående varit riktig

4.2.3 Brist i metod och rapport

Som framgick i tidigare avsnitt är marknadsundersökningsrapporten en viktig del i marknadsundersökningsprocessen.¹³⁵ En typisk brist i undersökningarna är att det av rapporten inte framgår viktiga led i processen, vilket kan leda till att undersökningen inte anses tillförlitlig. Exempel kan här vara att det inte framgår vilken geografisk marknad som undersökningen åsyftar.¹³⁶

I MD 2013:16 ansåg BYGGmax AB (BYGGmax) att Bauhaus skulle förbjudas att, vid marknadsföring av byggvaror eller liknande, använda uttrycket "*där bättre produkter kostar mindre*" eller andra uttryck som kunde anses ha liknande innebörd. BYGGmax ansåg att marknadsföringen var vilseledande och att den stred mot god marknadsföringssed. Bauhaus hade i målet låtit genomföra en marknadsundersökning genom en panelundersökning på webben. Syftet var att motbevisa BYGGmax yrkande och därmed visa att uttrycket inte påverkat genomsnittskonsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. MD:s bedömning av undersökningen var att det inte fanns någon rapport eller beskrivning, signerad av marknadsundersökaren, innehållande undersökningens syfte, uppgift om hur den genomförts samt stöd för bedömningen av undersökningens statistiska betydelse. Domstolens samlade bedömning blev därför att marknadsundersökningen förlorat sitt bevisvärde.

Ett annat exempel på bristfällig marknadsundersökningsrapport är MD 2015:18. I målet hade Svensk Mjölks väckt talan mot Oatly angående marknadsföring av havrebaserade livsmedel och därmed Oatlys användande av olika otillbörliga formuleringar. Svensk Mjölks ansåg att marknadsföringen dels utgjorde vilseledande och/eller misskrediterande marknadsföring och dels att marknadsföringen stred mot god marknadsföringssed. Oatly hade som

¹³⁴ MD 2010:2, *CardKeep*.

¹³⁵ Se avsnitt 3.7.

¹³⁶ MD 2015:6, *Lokaldelen*.

bevisning låtit genomföra fyra webbaserade marknadsundersökningar beträffande påståendena *“No milk. No soy. No badness”*, *“No milk, No soy, No nonsense”*, *“No nothing that isn’t necessary”* och *“No milk, No soy, No craziness”*. Oatly hävdade att påståendena, utifrån en genomsnittskonsumentens uppfattning, var en referens till Oatlys egna produkter och därmed inte ett utpekade av varken mjölk eller mejeribranschen. MD:s bedömning var att det inte på ett tydligt sätt framgick någon uppgift om hur de webbaserade frågeformulären varit utformade när det visades för respondenterna. Det framgick inte heller i vilken följd frågorna ställts. Domstolens sammantagna bedömning var att marknadsundersökningen inte uppfyllde de krav som en marknadsundersökning måste uppfylla för en marknadsundersökning av detta slag, varför den inte kunde läggas till grund som bevisning.

Ytterligare ett exempel på brister i marknadsundersökningsrapporten är MD 2015:11. Orkla Confectionery & Snacks Sverige AB (OLW) hade väckt åtal mot Fredagsmys AB med grund i att Fredagsmys i sin marknadsföring av snacks använt sig av uttrycket *“fredagsmys”*, samt använt uttrycket så att det anknöt till OLW:s goda renommé. OLW lät genomföra en marknadsundersökning för att mäta på vilket sätt målgruppen associerade uttrycket *“fredagsmys”* med OLW. MD:s bedömning av undersökningen var att det inte framgick av rapporten att syftet med undersökningen varit att göra en mätning av konsumenternas koppling mellan *“fredagsmys”* och OLW. Andra brister som domstolen påpekade var att det inte framkommit någon information om hur undersökningen genomförts eller att det inte fanns någon information om vilka frågor som använts samt i vilken följd de ställts. Domstolen lade vikt vid att det måste framkomma hur frågorna i en undersökning utformats och ordnats, därför att detta utgör en grund för tillförlitligheten i de svar som lämnats. Bristerna medförde att det enligt domstolens mening inte gick att visa att begreppet *“fredagsmys”* var känt för OLW och deras produkter.

I MD 2007:18 hade Taxi Stockholm väckt talan mot företaget S. K. A, med grund i att S. K. A:s marknadsföring av taxitjänster ansågs utgöra vilseledande efterbildning genom användandet av en specifik taklykta. Taxi Stockholm hade låtit genomföra en marknadsundersökning beträffande taklyktan för att visa att det förelåg förväxlingsrisk. MD gjorde bl.a. bedömningen att det inte framgick någon information om hur intervjuerna i undersökningen genomförts och att det därmed inte framgick hur urvalet gått till och om det eventuellt förelegat något bortfall. Ytterligare en brist var att det inte framgick någon information om respondenterna fått veta avsikten med undersökningen. Domstolen bedömde att undersökningen var behäftad med för många brister för att den skulle kunna läggas till grund för bedömningen.

MD 2007:13 rörde marknadsföring av godiset *“Fizzy Bubbleflaskor”* där företaget Konfekta väckte talan gentemot Leaf Sverige med grund i att Leafs marknadsföring ansågs utgöra både vilseledande efterbildning och renommésnyltning. Som stöd för sina påståenden åberopade Konfekta en marknadsundersökning. Marknadsundersökningens syfte var att undersöka allmänhetens kännedom om produkten *“Fizzy Bubbleflaskor”*. MD gjorde bedömningen att någon hänsyn inte kunde tas till den åberopade marknadsundersökningen på grund av att det genom marknadsundersökningen endast framgick att produkten förknippades med ett företag, men inte vilket företag. Med grund i detta, och övrig bevisning i målet,

kunde domstolen inte fastslå att "Fizzy Bubbleflaskan" var känd på sådant sätt att den kunde förknippas med Konfekta.

Ett sista exempel på fall då det funnits brister i marknadsundersökningsrapporten är MD 2011:1. Målet rörde marknadsföring av kläder, där företaget WeSC åberopat en marknadsundersökning för att bevisa sina produkters kändhet. WeSC hävdade att KappAhl's marknadsföring av kläder, vid benämningen WeKids by KappAhl och WeTweens by KappAhl, var vilseledande om det kommersiella ursprunget samt ett snyltande på det goodwill och renommé som förknippades med WeSC och märket We. Även KappAhl hade låtit genomföra en marknadsundersökning för att motbevisa WeSC:s kändhet och påståendet att det förelåg förväxlingsrisk. Av undersökningen framgick att det endast var ca tre procent av omsättningskretsen som tänkte på WeSC i de sammanhang de såg ordet We, vilket enligt KappAhl påvisade brister i WeSC:s undersökning, varför den inte kunde anses tillförlitlig. Vidare hävdade KappAhl att WeSC:s marknadsundersökning utförts på felaktigt sätt och att den inte avsåg det då aktuella användandet av begreppen.

MD var av uppfattningen att de resultat som framkommit av WeSC:s undersökning var svårtolkat, särskilt på frågan vad respondenterna förknippade med logotypen We. Domstolen ansåg att KappAhl's kritik som riktats mot WeSC:s undersökning var befogad. Detta med grund i att det av undersökningen inte framgick om respondenterna förknippade We i figurativt utförande med WeSC. Det framgick inte heller hur stort antal av respondenterna som förknippade We i figurativt utförande med kläder, vilket domstolen nämnde som önskvärt. Domstolen ansåg därför att det saknades information om hur vägning hade gått till. Med grund i detta kunde marknadsundersökningen, enligt domstolens mening, inte ge stöd för det påståendet att varken märket We eller We-konceptet var känt bland omsättningskretsen.¹³⁷

4.2.4 Brist i syfte

Det har förekommit att en marknadsundersökning som varit ägnad att visa en särskild omständighet, enligt domstolens bedömning, inte kunnat visa det. MD 2013:18 rörde marknadsföring av vägbommar där företaget SMEKAB ansåg att företaget QR International bedrivit otillbörlig marknadsföring i form av renommésnyltning och vilseledande efterbildning. SMEKAB lät genomföra en marknadsundersökning beträffande företagets bilspärr, "Bilspärr BIX", som utgjorde en betydande del av SMEKAB:s marknadsföring och försäljning. Undersökningen gjordes i syfte att undersöka om marknadsföringen haft någon genomslagskraft beträffande utformningen av "Bilspärr BIX" samt om formen på beteckningen kunde anses inarbetad i omsättningskretsen. Domstolens bedömning av marknadsundersökningen var att den åberopade undersökningen haft till syfte att visa om SMEKAB:s bilspärr kunde anses inarbetad, dvs. om den förvärvat särprägel. Domstolen bedömde dock att undersökningen inte varit ägnad att visa om bilspärren haft ursprunglig särprägel. Den kunde inte heller anses ägnad att visa att utformningen varit funktionellt betingad.

¹³⁷ Se även MD 2005:13, *Whiskas*, MD 2005:19, *OLKA*, MD 2007:34, *Poolia*, MD 2009:23, *Pewag*, MD 2011:23, *Poolia*, MD 2012:10, *Semic*, MD 2012:11, *Apoteket*, MD 2013:13, *Bayer*, MD 2015:13, *Swedish Match*, MD 2015:20, *Flora Smör*, MD 2015:22, *Specsavers*.

4.3 Marknadsundersökningar som komplement till indirekt bevisning

4.3.1 Komplement till omsättning, marknadsandelar och marknadsföringskostnader

Det förekommer att en marknadsundersökning utgör ett komplement till den övriga bevisningen i marknadsföringsmål.¹³⁸ Olika faktorer kan bevisa exempelvis ett företags kändhet och med hjälp av en marknadsundersökning kan företaget få marknadsens syn på en viss omständighet. Även företagets omsättning och marknadsandelar kan vara tydliga aspekter som kan bevisa kändhet.¹³⁹ En marknadsundersökning kan därför vara bra som komplement i den åberopade bevisningen när endast exempelvis marknadsandelar inte utgör ett tillräckligt bevis.¹⁴⁰

I MD 2005:26 använde sig Taxi Göteborg av en inarbetsundersökning gjord av företaget Brand Eye AB för att styrka påståendet om företagets kändhet och att konsumenterna tänkte på Taxi Göteborg och deras företag när de såg beteckningen ”Taxi Göteborg”. MD gjorde bedömningen att Taxi Göteborg och deras taxibilar var väl kända, vilket kunde bevisas med hjälp av uppgifter om Taxi Göteborgs omsättning och företagets storlek på marknaden. Marknadsundersökningen kunde bevisa att konsumenterna kände till företaget och att de kopplade samman Taxi Göteborgs vita taxibilar med deras verksamhet.¹⁴¹

I MD 2005:20 hade Vodafone åberopat fyra olika marknadsundersökningar till stöd för att visa att deras kännetecken *live!* var väl känt i Sverige samt att det förvärvat ett kommersiellt renommé. I målet hade Tele2 Sverige i sin marknadsföring av portaltjänst för mobiltelefoni använt uttrycket ”COMVIQ GO LIVE!” i kombination med färgen röd. Vodafone ansåg att Tele2s marknadsföring utgjorde ett otillbörligt snyltande och fördel av det kommersiella anseende och uppmärksamhetsvärde som kunde förknippas med Vodafone *live!*. I sin bedömning ansåg MD att de åberopade marknadsundersökningarna, tillsammans med Vodafones omfattande och exponerande marknadsföring, utgjorde stöd för att Vodafones kännetecken *live!* tillsammans med deras röda färg var väl känd på den svenska marknaden.

Ytterligare ett exempel är MD 2005:33 där företaget Puma åberopat dels en marknadsundersökning för att visa att företagets sko Repli Cat var känd och dels en undersökning för att visa att det förelåg förväxling mellan Repli Cat-skon och företaget Svexicos sko. MD konstaterade att de åberopade undersökningarna kunde visa att skon var känd, tillsammans med Pumas omfattande marknadsföringsåtgärder. Detta med grund i att det av marknadsundersökningen framgick att omsättningskretsen förknippade Repli Cat-skon med Puma och deras verksamhet. Vidare ansåg domstolen att det av förväxlingsundersökningen framgick att det var en hög andel av de som tillfrågats som spontant kunde förknippa Svexicos sko med antingen Puma eller deras varumärke.

MD grundar vanligtvis sin bedömning om exempelvis kändhet i vad som framkommit genom en åberopad marknadsundersökning tillsammans med bl.a. marknadsföringens omfattning och kostnader, försäljning och produktens marknadsandel. Därmed utger den åberopade marknadsundersökningen ett komplement till bevisningen av kändhet.¹⁴²

¹³⁸ Se bl.a. MD 2006:27, *Antula Healthcare*, MD 2007:25, *Taxi Helsingborg*, MD 2009:1, *Elko*, MD 2010:1, *Lokaldelen*, MD 2010:16 *Lokaldelen*, MD 2014:10, *Taxi Göteborg*.

¹³⁹ MD 2009:1, *Elko*.

¹⁴⁰ MD 2014:10, *Taxi Göteborg*.

¹⁴¹ Se även MD 2007:25, *Taxi Helsingborg*.

¹⁴² Se bl.a. MD 2007:28, *ComfortZone*, MD 2012:15, *Elskling*.

För att MD ska ta hänsyn till eventuell bevisning behöver den vara rimlig. En marknadsundersökning som tydligt visar ett företags kändhet, som tillsammans med övrig bevisning bekräftar resultatet i marknadsundersökningen, kan leda till att MD tar hänsyn till undersökningen vilket kan läggas till grund för bedömningen i det aktuella målet.¹⁴³ Det har förekommit att MD i sin bedömning påpekat att en bedömning om bl.a. kändhet fått göras i frånvaro av t.ex. en marknadsundersökning.¹⁴⁴

4.3.2 Komplement till vittnesmål

I MD 2006:7 använde företaget Leaf en marknadsundersökning för att bevisa företagets kändhet på marknaden samt för att visa att deras produkt lätt kunde förväxlas med företaget Toms-Webes produkt. Leaf hade, tillsammans med den italienska sportbilen Bugatti, lanserat skumgodis i form av bilar i färgerna vit, rosa och grön, något som var nytt för godis vid den tidpunkten. Skumgodiset hade kännetecknet ”A:s bilar”.

Toms-Webes var innehavare av bl.a. varumärket Ferrari som företaget började sälja och marknadsföra i skum under benämningen ”Skumbilar”. Skumbilarna var i samma smak- och färgkombination som Leafs skumbilar, med undantag från att Toms-Webes skumgodis även hade en gul godisbit. I sin bevisning åberopade Leaf en marknadsundersökning där det framgick att Leafs produkt var väl känd på den svenska marknaden och att produkten ”skumbilar” förknippades med Leafs verksamhet och deras produkter. MD kunde med hjälp av den åberopade marknadsundersökningen, samt vittnesmål, konstatera att Leafs produkt A:s bilar var väl kända på den svenska marknaden och att de hade ett gott renommé. Varken renomménytning eller vilseledande efterbildning ansågs föreligga då det skulle krävas att Leafs produkter ansetts ha skadats på grund av att Toms-Webes produkter varit verksamma på marknaden. Det gick inte att bevisa att så varit fallet. Det gick inte heller att visa att det förelåg någon förväxlingsrisk mellan de olika produkterna och därmed ansågs marknadsföringen inte utgöra vilseledande efterbildning.

4.3.3 Komplement till försäljningssiffror

I MD 2010:4 åberopade Red Bull en marknadsundersökning för att bevisa sin kändhet. Marknadsundersökningen kunde visa att 90 % av svenska konsumenter mellan 15-39 år spontant angav Red Bull då de svarade på frågan om vilka varumärken för energidrycker de kände till. MD gjorde bedömningen att undersökningen tillsammans med försäljningssiffror och marknadsandelar kunde visa att produkten Red Bull var en väl känd produkt på den svenska marknaden. Red Bull använde sig även av en marknadsundersökning för att bevisa att deras produkt hade särprägel. Undersökningen kunde bekräfta att en neutraliserad blå/silver förpackningsdesign uppfattades av allmänheten som ett kännetecken för energidrycken Red Bull. I detta fall tog MD i sin bedömning hänsyn till tidigare avgöranden gällande Red Bull. Domstolen konstaterade att det inte fanns någon anledning att frånga den bedömning domstolen tidigare gjort.¹⁴⁵

¹⁴³ MD 2009:22, *Lokaldelen*.

¹⁴⁴ Se bl.a. MD 2007:16, *Mag Instrument*, MD 2007:27, *Tvinnovation*, MD 2011:11, *Guldbrev*, MD 2012:12,

Ifö.

¹⁴⁵ Se även MD 2001:22, *Red Bull*.

Ett annat exempel är MD 2010:21 där företaget V&S Vin och Sprit åberopat en marknadsundersökning för att visa att sin vinprodukt California White var känd på marknaden samt att deras produkter lätt kunde förväxlas med ett annat vin med liknande etikett. Av marknadsundersökningen framgick att när vinet beskrevs med en bro på etiketten för personal på olika Systembolag nämnde personalen någon gång under samtalet Golden Gate, vilket var utformningen på produkten California Whites etikett. V&S ansåg att det därmed var tydligt att det rådde förväxlingsrisk mellan de olika vinerna och deras förpackningar. Den åberopade marknadsundersökningen kunde enligt domstolens bedömning, tillsammans med att V&S under lång tid haft höga försäljningssiffror, styrka påståendet att California White var känt på marknaden.

4.4 Hänvisning till tidigare avgöranden

I flertalet av MD:s avgöranden har domstolen bedömt att en produkt eller ett varumärke varit känt på marknaden genom att hänvisa till tidigare avgöranden som berört företaget i det aktuella målet. I MD 2007:20 ansåg Eniro att företaget Millivanilli på ett otillbörligt sätt marknadsfört sin telefonkatalog Gula Sidorna, vilket snyltade på Eniros goda renommé och vilseledde om det kommersiella ursprunget till Eniros etablerade telefonkatalog Gula Sidorna. Det marknadsförda kännetecknet Millivanilli använde sig av var identiskt med Eniros telefonkatalog. Eniro utförde regelbundet undersökningar gällande allmänhetens kännedom om Gula Sidorna. År 2004 gjordes en undersökning bland företag i Sverige där det framkom att 96,7 % av de tillfrågade förknippade Gula Sidorna med en telefonkatalog. 75,2 % svarade att om de skulle få möjligheten att annonsera i Gula Sidorna skulle de tro att erbjudandet avsåg en telefonkatalog av ett visst företag. MD hade i ett tidigare avgörande uttalat att Gula Sidorna var väl känt på den svenska marknaden och att det medförde ett renommé.¹⁴⁶ Utifrån denna bedömning fann MD därmed ingen anledning att frångå den tidigare bedömningen, något som vanligt förekommer om företaget i tidigare avgörande redan konstaterats vara exempelvis kända av MD.¹⁴⁷

4.5 Marknadsundersökningar som beaktas med försiktighet

MD har i ett flertal avgöranden gjort bedömningen att marknadsundersökningar är ett osäkert bevismedel som måste beaktas med försiktighet. Ett exempel på detta är MD 2005:12 där Swedish Match låtit genomföra en marknadsundersökning för att undersöka om förväxlingsrisk mellan deras egna och konkurrenterna Gallahers snusprodukter förelåg. Enligt marknadsundersökningen framkom att det fanns en hög risk för förväxling samt att de utseendemässiga elementen var avgörande för konsumentens val av produkt. Även Gallaher åberopade en marknadsundersökning till stöd för sina påståenden. De båda parterna åberopade även expertutlåtanden, vilka kritiserade det andra företags marknadsundersökning. Utifrån dessa omständigheter anförde domstolen följande, "Marknads-

¹⁴⁶ MD 2006:1, *Eniro*.

¹⁴⁷ Se även MD 2006:3, *LEGO*, MD 2006:9, *Lokaldelen*, MD 2006:25, *Lokaldelen*, MD 2008:15, *Rusta*, MD 2008:20, *Taxi Stockholm*, MD 2010:17, *Eniro*, MD 2010:25, *Eniro*, MD 2011:16, *Taxi Göteborg*, MD 2011:17, *Taxi Göteborg*, MD 2015:9, *Taxi Göteborg*.

undersökningarnas bevisvärde kan ifrågasättas och de får därför bedömas med viss försiktighet".¹⁴⁸

I MD 2006:19 konstaterade domstolen att "*marknadsundersökningar ofta är ett osäkert bevismedel*". De marknadsundersökningar som åberopats som bevismedel av KF och AB Tidningen Vi fick kritik av Vivo då utformningen av undersökningarna varit bristfällig, vilket MD till stor del ansåg befogat. MD menade därmed att de åberopade marknadsundersökningarna skulle bedömas med försiktighet.

MD har även i flertalet fall konstaterat att marknadsundersökningar har ett relativt lågt bevisvärde och att resultaten av undersökningarna därmed ska bedömas med viss försiktighet.¹⁴⁹ Kritik från olika expertutlåtanden av den åberopade marknadsundersökningen är någonting som MD ser ytterligare minskar bevisvärdet av marknadsundersökningar.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Se bl.a. MD 2009:25, *Svenska spel*.

¹⁴⁹ Se bl.a. MD 2010:22, *SofCare*.

¹⁵⁰ Se bl.a. MD 2010:29, *M&M*.

5 Analys

Utifrån den redogörelse som ovan gjorts av MD:s bedömningar av marknadsundersökningar som bevis i marknadsföringsmål kan det konstateras att det råder en viss oklarhet om hur en tillförlitlig marknadsundersökning bör utformas. Det föreligger en del frågetecken kring orsaken till domstolens bedömningar vilket detta kapitel ska försöka bringa klarhet i.

5.1 Marknadsundersökningars bevisvärde i marknadsföringsmål

5.1.1 Brister

Av ovan framförda redogörelse av MD:s bedömningar av marknadsundersökningar som bevis i marknadsföringsmål framgår att det mest förekommande felet i marknadsundersökningar är att de är behäftade med brister. Det rör sig här om olika typer av brister där de vanligaste är i undersökningens genomförande och rapport.

Det har förekommit att den part som använt en marknadsundersökning i sin bevisning frågat respondenterna om de förknippat ett varumärke med en viss produkt för att bevisa att renommésnyltning förelegat. För att renommésnyltning ska anses föreligga krävs att det har skett en obehörig anknytning till ett välkänt företag eller deras produkter.¹⁵¹ I MD 2010:2 hade företaget ExpoGraf åberopat en marknadsundersökning för att visa att deras produkt CardKeep var både känd och särpräglad. MD uttalade att ”respondenterna har dock inte förevisats bilder på CardKeep-produkterna” varför marknadsundersökningen ansågs bristfällig. Domstolen var därmed av uppfattningen att det inte visats att de i målet aktuella produkterna var kända och att den påtalade marknadsföringen inte ansågs utgöra renommésnyltning, varken utifrån marknadsundersökningen eller övrig bevisning i målet. Det kan således konstateras att en marknadsundersökning anses mer tillförlitlig om respondenterna förevisats den aktuella produkten i fråga, antingen på bild eller i verkligheten. Genomförandet av datainsamling kan ske på olika sätt t.ex. genom telefonintervju, postal eller personlig intervju. Det kan vidare konstateras att den insamlade data som ligger till grund för undersökningens resultat är av betydelse för marknadsundersökningens bevisvärde.¹⁵²

Enligt MD:s mening måste en marknadsundersökning ”rikta sig till ett slumpmässigt urval av en representativ del av konsumenterna”.¹⁵³ Som visades i tidigare avsnitt är urvalet viktigt för att få fram omsättningskretsens uppfattning.¹⁵⁴ Genom att göra ett urval kan det bli möjligt att undersöka vad den relevanta omsättningskretsen har för uppfattning om det som är föremål för undersökning. I marknadsföringsmål är omsättningskretsens uppfattning av betydelse för frågor rörande bl.a. särprägel, förväxlingsrisk och kändhet, varför det är viktigt att urvalet genomförs på rätt sätt.¹⁵⁵ I MD 2012:7 hade företaget SCA åberopat en marknadsundersökning, utförd på företagets hemsida, för att visa att vissa påståenden om blöjor var riktiga. MD gjorde bedömningen att eftersom undersökningen genomförts på SCA:s egen hemsida ansågs den inte utgöra ett tillförlitligt bevis för att visa att påståendena var riktiga. Följden av detta blev således att marknadsundersökningen ansågs ha ett lågt bevisvärde.

¹⁵¹ Se avsnitt 2.2.1.

¹⁵² Se bl.a. MD 2007:18, *Taxi Stockholm*, MD 2015: 18, *Oatly*.

¹⁵³ MD 2012:7, *Libero*.

¹⁵⁴ Se avsnitt 3.5.

¹⁵⁵ Se avsnitt 3.5.

En slutsats som härmed kan dras är att om urvalet inte genomförts på rätt sätt riskerar undersökningsresultatet att förlora sin neutralitet. Det gynnar marknadsundersökningens bevisvärde att använda ett så spontant undersökningstillfälle som möjligt. En undersökning som används som bevis som genomförts på den egna hemsidan visar inte den ”spontanitet” som krävs eftersom respondenterna självmant besökt företagets hemsida. Enligt Per Sahlqvist på Brand Eye är ett så riktigt resultat som möjligt avgörande för undersökningens tillförlitlighet. Det ska inte ha någon betydelse vem som genomfört undersökningen, utan resultatet ska alltid bli detsamma.¹⁵⁶

Enligt Advokatfirman Vinge riktas kritik ofta mot marknadsundersökningar på grund av att undersökningens respondenter inte speglar marknadsföringens relevanta målgrupp, dvs. att undersökningen inte ansetts representativ.¹⁵⁷ Det kan diskuteras om detta kan ha sin grund i att rapporten saknar information om eventuellt bortfall.¹⁵⁸ Om sådan information inte framgår anses det inte visat att de respondenter som valt att svara på frågorna i undersökningen kan representera hela målpopulationen. Detta kan i sin tur riskera att resultatet av undersökningen blir missvisande.¹⁵⁹ Respondenterna som medverkat i en undersökning behöver även fått veta avsikten med den aktuella marknadsundersökningen för att den ska anses tillförlitlig. Det kan således konstateras att den relevanta målgruppens uppfattning kan ha avgörande betydelse för marknadsundersökningens bevisvärde.

Det har visat sig att för att MD ska kunna bedöma vilket bevisvärde en undersökning ska tillmätas krävs att det av marknadsundersökningsrapporten framgår information om hur processen gått till.¹⁶⁰ Den vanligaste bristen i detta hänseende är att viktig information om undersökningens genomförande inte framgått, dvs. vilken metod som använts. Exempel här har varit att det inte visats hur respondenterna förknippat den aktuella produkten med det aktuella företaget eller att det kunnat visas att respondenterna förknippat en produkt med ett företag, men inte med vilket företag. Det har även saknats information om hur både genomförandet av intervjuer och urvalet gått till. Utifrån MD:s bedömningar kan det konstateras att detta kan leda till att undersökningen förlorar sitt bevisvärde och därmed sin tillförlitlighet. Det är av betydelse för undersökningens kvalitet att det framgår hur en marknadsundersökning genomförts, vilket ställer krav på marknadsundersökaren då det är denne som ska se till att undersökningen grundar sig på en riktig samhällsvetenskaplig metod.¹⁶¹

En brist har, enligt domstolens bedömning, varit att det inte framkommit någon information om vilka frågor som använts i undersökningen samt i vilken följd de ställts. Det har även ansetts saknats information om hur webbaserade frågeformulär utformats. Som visats tidigare är det viktigt att undersökningsfrågorna mäter det som är ändamålet med undersökningen för att säkerställa frågornas giltighet.¹⁶² I MD 2015:11 lade domstolen vikt vid att det måste framkomma hur frågorna i en undersökning utformats och ordnats,

¹⁵⁶ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

¹⁵⁷ Intervju med Advokatfirman Vinge, 160523. Se bilaga 2.

¹⁵⁸ MD 2007:18, *Taxi Stockholm*.

¹⁵⁹ Christensen m.fl., *Marknadsundersökning – en handbok*, s. 112.

¹⁶⁰ Viken, *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett*, s. 288-289.

¹⁶¹ Se avsnitt 3.4.

¹⁶² Viken, *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett*, s. 275.

därför att detta utgör en grund för tillförlitligheten i de svar som lämnats. Det får i och med detta anses rimligt att undersökningen bedöms få ett lägre bevisvärde i de fall sådan information saknas då det är av betydelse för frågornas giltighet och därmed marknadsundersökningens tillförlitlighet.

Ytterligare en brist i rapporten har varit att det saknats information om undersökningens syfte vilket inneburit att det inte framgått information om det identifierade undersökningsproblemet, vilken inriktning undersökningen avsett att ha och vad undersökningen förväntats få för resultat.¹⁶³ Det är viktigt att undersökningsresultatet återspeglar syftet med marknadsundersökningen. En brist har varit att resultatet visat omständigheter som inte varit syftet med undersökningen, varför domstolen tillmätt marknadsundersökningen ett lågt bevisvärde.

Marknadsundersökningsrapporten ska grunda sig på en riktig, objektiv och fullständig beskrivning av marknadsundersökningsprocessen. Rapporten ska även utgöra ett bevis för att undersökningen är trovärdig, vilket ställer krav på rapportens form och innehåll. Det är därför en fördel om rapporten är så detaljrik som möjligt. Det kan härmed fastställas att det är av väsentlig betydelse för bevisvärdet av en marknadsundersökning att det företag som åberopat undersökningen tydligt kan visa hur samtliga delar i processen gått till.

Det är anmärkningsvärt att viktig information om en marknadsundersökning inte framgår, trots att marknadsundersökningsrapporten är viktig för tillförlitligheten av undersökningen. Det går att ifrågasätta om detta kan bero på att de som genomför marknadsundersökningar inte har tillräcklig kännedom om vilken information av processen som behöver framgå, eller om den metod för datainsamling som använts inte lyckats få fram den efterfrågade information som är nödvändig för underlaget i rapporten. Utifrån MD:s bedömningar kan det dock konstateras att det är till nackdel för de parter som åberopat en marknadsundersökning att inte förevisa domstolen viktig information om undersökningsprocessen. Förutom att undersökningen ges ett lågt bevisvärde har företagen troligtvis även lagt ned förhållandevis stora summor pengar och tid på att låta genomföra en undersökning. Tid och pengar som förgäves inte blir till någon nytta då marknadsundersökningen varken blir giltig eller tillförlitlig.

5.1.2 Marknadsundersökning i förhållande till indirekt bevisning

Det är vanligt förekommande att indirekt bevisning, som t.ex. uppgifter om omsättning och marknadsföringskostnader, används som bevis i marknadsföringsmål.¹⁶⁴ MD har tidigare uttalat att, "*följande faktorer har betydelse för bedömningen av om en förpackning skall anses väl känd på marknaden: stor kännedom hos konsumenter, längre tids marknadsföring i likartad förpackning, höga försäljningssiffror och höga marknadsföringskostnader samt stor marknadsandel*".¹⁶⁵ Utifrån den redogörelse som gjorts hittills har det visats att det är vanligt att använda marknadsundersökningar för att visa hur stor kännedom den relevanta omsättningskretsen har om en viss produkt eller ett kännetecken. Detta för att visa att det föreligger särprägel, kändhet, förväxlingsrisk eller association. Det enda sättet att få kunskap om denna uppfattning är att fråga respondenterna. Ett lämpligt hjälpmedel för att uppnå detta

¹⁶³ Christensen m.fl., Marknadsundersökning – en handbok, s. 56.

¹⁶⁴ Se avsnitt 4.3.

¹⁶⁵ MD 2005:13, *Whiskas*.

är att använda en marknadsundersökning, då det genom en sådan undersökning blir möjligt att mäta ett direkt vetande om en produkt eller ett kännetecken. Enligt Advokatfirman Vinge kan en korrekt utförd marknadsundersökning, som visar en hög kännedom inom den relevanta målgruppen, vara en stark indikation på att produkten eller kännetecknet i fråga faktiskt är känt på marknaden. Det kan härmed konstateras att marknadsundersökningar har betydelse för bevisunderlaget i förhållande till indirekt bevisning.

Det kan i sammanhanget vara intressant att diskutera huruvida marknadsundersökningar ensamt kan utgöra ett tillräckligt bevisunderlag för att visa att exempelvis kändhet eller förväxlingsrisk föreligger. MD har i ett senare avgörande uttalat att en bedömning om kändhet kan göras *“utifrån vad som framkommit genom marknadsundersökningar, i de fall sådana har gjorts, och annars genom marknadsföringens omfattning och kostnader, försäljning, övrig produktexponering, bolagets/produktens marknadsandel, tid som kännetecknet funnits på marknaden samt vittnesuppgifter”*.¹⁶⁶ Uttalandet ger en indikation om att marknadsundersökningar tycks ha en betydande roll som bevis i marknadsföringsmål. Det har även förekommit att MD efterfrågat marknadsundersökningar som bevis i de fall sådana inte lämnats in som grund för att visa exempelvis kändhet. Detta utgör även det en indikation om att marknadsundersökningar har betydelse för domstolens bedömningar. Det är dock endast i ett avgörande under en tioårsperiod som domstolen ansett att en marknadsundersökning utgjort ett tydligt bevis för att kunna fastställa att en produkt varit mycket väl känd på marknaden.¹⁶⁷

Enligt Advokatfirman Vinge går det att i generella drag konstatera att ett bevisunderlag i en marknadsrättslig tvist bör bestå av både direkt och indirekt bevisning för att kunna styrka ett påstående om att exempelvis en produkt är känd eller har särprägel. En marknadsundersökning som utförts på korrekt sätt kan utgöra tillförlitlig bevisning, men den indirekta bevisningen är i sådana fall vanligtvis nödvändig för att ge stöd åt den direkta bevisningen. Fördelen med indirekt bevisning är att den är mer lättillgänglig än en marknadsundersökning.¹⁶⁸ Även om indirekt bevisning är lättillgänglig att använda finns det inget som direkt kan säkerställa hur framgångsrikt eller känt ett företag eller deras produkter är. Det finns inget som kan garantera att exempelvis höga marknadsföringskostnader lett till att den aktuella produkten blivit känd hos omsättningskretsen, då en marknadsföringskampanj likväl kan lyckas som misslyckas. Detsamma gäller antalet höga marknadsandelar. Ett företag kan fortfarande vara känt trots att det endast utgör en liten del av marknaden.

Av det som framgått ovan förefaller det vara så att direkt bevisning i form av marknadsundersökningar är beroende av indirekt bevisning för att kunna utgöra ett tillförlitligt bevisunderlag. Om en marknadsundersökning anses vara korrekt genomförd är behovet av indirekt bevisning som stöd för resultatet i marknadsundersökningen inte lika stort. I de fall det är svårt att framföra en tillförlitlig marknadsundersökning som bevisunderlag är behovet av indirekt bevisning större. Med detta som grund och utifrån de bedömningar som MD gjort av direkt och indirekt bevisning som tillsammans åberopats i marknadsrättsliga tvister kan det

¹⁶⁶ MD 2011:1, *WeSC*.

¹⁶⁷ MD 2006:1, *Eniro*.

¹⁶⁸ Intervju med Advokatfirman Vinge, 160523. Se bilaga 2.

konstateras att det är svårt för en marknadsundersökning att ensamt styrka en viss omständighet. Det krävs att indirekt bevisning kompletterar underlaget.

5.1.3 Domstolens hänvisning till tidigare avgöranden

Utifrån domstolens bedömningar framgår att det är vanligt förekommande att i de fall MD ska avgöra huruvida en omständighet föreligger, exempelvis kändhet, hänvisar de till tidigare avgöranden där den aktuella parten bedömts vara känd. För den part som bedömningen gäller är detta endast till fördel då inte förefaller vara nödvändigt med annan bevisning än att de tidigare bedömts vara kända. Det kan dock ifrågasättas hur pass tillförlitlig en sådan bedömning är. Det beror här givetvis på vilken tidsram som råder mellan avgörandena. Sannolikheten att ett företag fortfarande är känt på marknaden när endast exempelvis ett eller två år förflutit sedan domstolens avgörande får anses rimligt. Det kan dock antas att det blir mer osäkert om det rör sig om en betydligt större tidsram då marknaden ständigt är i förändring, vilket kan medföra att det inte är självklart att ett företag som ansetts känd för flera år sedan är det än idag.

5.1.4 Marknadsundersökningar beaktas med försiktighet

I flertalet avgöranden där marknadsundersökningar åberopats som bevis har MD uttalat att marknadsundersökningar ofta är ett osäkert bevismedel och att de därmed måste beaktas med försiktighet.¹⁶⁹ Det kan utifrån domstolens bedömningar konstateras att det råder en oklarhet kring vilket bevisvärde en marknadsundersökning anses ha. Detta med grund i att det är en variation i domstolens uttalanden. Det är anmärkningsvärt att MD trots denna osäkerhet påvisat att det med hjälp av en marknadsundersökning är möjligt att bevisa en särskild omständighet och att resultatet av undersökningen kan utgöra ett tydligt bevis.¹⁷⁰

I och med att det råder en oklarhet kring hur betydelsefullt bevismedel en marknadsundersökning är kan det för de parter som är i behov av att visa kändhet eller andra omständigheter bli något problematiskt. Det är för parterna betydelsefullt att kunna använda sig av omsättningskretsens uppfattning om hur pass väl känt en produkt eller ett kännetecken är. En marknadsundersökning är vanligtvis en förutsättning för att direkt kunna mäta omsättningskretsens uppfattning som därmed kan utgöra ett stöd för ett påstående. Det kan härmed diskuteras om den oklarhet som råder kring marknadsundersökningar är en bidragande faktor till att de undersökningar som åberopas i marknadsföringsmål anses vara behäftade med både fel och brister. Detta kan leda till att det för parterna uppstår en osäkerhet då de är i behov av att förlita sig på en marknadsundersökning som bevis.

MD har även beaktat undersökningar med försiktighet i de fall parterna i målet kritiserat varandras undersökningar. Så var fallet i MD 2009:25 där domstolen anförde att ”*parterna har kritiserat varandras undersökningar i olika avseenden. MD anser att marknadsundersökningarna måste bedömas med försiktighet*”. Det är här anmärkningsvärt att vad parterna uttryckt om varandras marknadsundersökningar tycks ha ett inflytande på domstolens bedömning av undersökningarna. I MD:s bedömning konstaterar de endast att undersökningarna måste beaktas med försiktighet men gör ingen mer ingående bedömning av

¹⁶⁹ MD 2006:19, *Tidningen Vi*.

¹⁷⁰ Se avsnitt 4.1.

undersökningarna var för sig. Enligt Per Sahlqvist på Brand Eye bör domstolen göra en så rimlig bedömning som möjligt. Det kan här diskuteras hur det kan komma sig att domstolen endast nöjer sig med att ta hänsyn till parternas kritik av undersökningarna och inte gör sin egen bedömning. Det går härmed att ifrågasätta om domstolen besitter den kunskap som krävs för att kunna bedöma en marknadsundersökning på ett objektivet och korrekt sätt.

Att domstolen endast väljer att bedöma en undersökning med försiktighet kan vara till nackdel för båda parter. Detta för att genomförandet av marknadsundersökningarna riskerar att bli en onödigt hög kostnad för företagen, i förhållande till den onyttan de har som bevismedel. Det kan därför ifrågasättas om det inte är till alla parter förmån att domstolen beaktar all framlagd bevisning på ett mer ingående och korrekt sätt.

5.2 Hur en marknadsundersökning bör utformas

Utifrån vad som framkommit hittills kan det konstateras att det råder en oklarhet kring hur en marknadsundersökning bör utformas för att den ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel i marknadsföringsmål. I sina avgöranden har MD funnit att flertalet marknadsundersökningar varit behäftade med olika typer av fel och brister. Vi anser därför att det kan vara av betydelse att utifrån domstolens bedömningar bringa klarhet i hur en tillförlitlig marknadsundersökning bör vara utformad för att MD ska ta hänsyn till den i sin bedömning. Nedan följer en sammanfattning av de slutsatser vi kan dra av de domstolsavgöranden som varit föremål för undersökning.

Vid genomförandet av en marknadsundersökning är det bra om insamlingen av den data som ska ingå i undersökningsresultatet utförs på ett så lämpligt sätt som möjligt i förhållande till det problem och syfte undersökningen grundar sig på. I de fall syftet med marknadsundersökningen är att exempelvis bevisa förväxling eller association är det bra om respondenterna antingen visas bilder på produkten eller varumärket i fråga eller fått se dem i verkligheten. I dessa situationer kan det vara till fördel att i första hand genomföra en personlig intervju. Denna form av datainsamling lämpar sig nämligen bäst för marknadsföringstvister. Det kan även vara till fördel i dessa sammanhang att genomföra en webbaserad undersökning eller en undersökning via SMS/MMS, då det även här går att använda visuella hjälpmedel.

Det är viktigt att en marknadsundersökning riktar sig till ett slumpmässigt urval av en representativ del av målpopulationen och därmed den relevanta omsättningskretsen. Den som genomför marknadsundersökningen behöver således göra ett urval som stämmer överens med undersökningens problem och syfte. Det är på detta sätt möjligt att få veta omsättningskretsens uppfattning som därmed kan utgöra ett bevis för att något är särpräglat, känt, eller att det föreligger förväxlingsrisk eller association.

Beträffande marknadsundersökningsrapporten har det visat sig att det är viktigt att det framgår hur marknadsundersökningsprocessen genomförts, dvs. visa vilken metod som använts. För att lyckas få en tillförlitlig och giltig undersökning är det av betydelse att domstolen får en så detaljerad beskrivning som möjligt. Det behöver bl.a. framgå vad syftet med marknadsundersökningen är, vilka frågor som ställts och i vilken följd, hur urvalet gått till, uppgifter om bortfall etc. Ju mer information som framgår av rapporten desto mer tillförlitlig blir marknadsundersökningen. Om syftet är att visa att respondenterna förknippar en produkt

eller ett kännetecken med ett företag är det viktigt att det framgår på vilket sätt de förknippar det samt med vilket företag de förknippar det med.

Det är viktigt att de frågor som ska ingå i undersökningen är tydligt utformade. Ledande frågor bör därför undvikas. För att få ett så tillförlitligt resultat som möjligt är det viktigt att inte ställa fler frågor än nödvändigt, detta kan nämligen leda till bortfall. Frågorna bör ställas på en så neutral grund som möjligt, vilket innebär att frågorna inte bör innehålla information om produkten eller varumärket i fråga. Vidare bör resultatet inte grunda sig på svarsalternativ utan istället på omsättningskretsens spontana uppfattning. För att undvika höga kostnader och mycket tid kan med fördel en pilotundersökning genomföras. En bra riktlinje är då att fråga ca 100 personer, för att undersöka om det ens är möjligt och värt att låta genomföra en fullskalig undersökning. Om en sådan undersökning blir aktuell bör ca 500 respondenter utfrågas.¹⁷¹ All information om frågorna, samt övrig information om undersökningen, måste framgå av rapporten.

En marknadsundersökning med en hög svarsfrekvens har visat sig utgöra ett tillförlitligt bevis. En bra utgångspunkt är att resultatet med fördel bör överstiga 30 %. Ju högre andel desto mer tillförlitlig har resultatet visat sig vara. Det bör här undvikas att genomföra en postal intervju, då en sådan intervju riskerar att ge ett lågt resultat och ett högt bortfall.

5.3 Sammanfattande kommentarer

Utifrån ovan nämnda redogörelse kan det konstateras att det råder en oklarhet om marknadsundersökningars betydelse i marknadsrättsliga tvister. MD bedömer undersökningar med variation vilket leder till att det inte klart går att fastställa vilket värde en marknadsundersökning har som bevismedel. Det kan konstateras att det är möjligt för en marknadsundersökning att ensamt utgöra ett tillräckligt tillförlitligt bevis för att nå framgång i en marknadsrättslig tvist. Det är dock utifrån MD:s bedömningar relativt sällsynt. Det vanligaste förefaller vara att en marknadsundersökning tillsammans med indirekt bevisning har större genomslagskraft. Enligt Englund är det angeläget att komma ihåg att en marknadsundersökning har som funktion att utgöra endast en del av ett bevisunderlag. Indirekt bevisning kommer således alltid vara nödvändigt för att komplettera resultatet i en marknadsundersökning.¹⁷² Enligt Advokatfirman Vingens mening är en marknadsundersökning ofta nödvändig för att nå framgång med en marknadsrättslig eller varumärkesrättslig talan, men det kan inte påstås att så alltid är fallet. Det krävs ofta ytterligare indirekt bevisning och utredning som stödjer marknadsundersökningens resultat för att undersökningen ska få full effekt som bevismedel.¹⁷³

¹⁷¹ Intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 160429. Se bilaga 1.

¹⁷² Engström, Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005, NiR 2006, s. 488.

¹⁷³ Intervju med Advokatfirman Vinge, 160523. Se bilaga 2.

Käll- och litteraturförteckning

1. Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2007/08:115

Ny marknadsföringslag.

Direktiv

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

2. Litteratur

Böcker

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 2 - marknadsföringsrätten*, Upplaga 1, Norstedts Juridik, Stockholm 2013.

Christensen, Lars, Engdahl, Nina, Gräas, Carin, Haglund, Lars, *Marknadsundersökning - en handbok*, Upplaga 3, Studentlitteratur, Lund 2010.

Ejlertsson, Göran, *Enkäten i praktiken - en handbok i enkätmetodik*, Upplaga 3, Studentlitteratur, Lund 2014.

Hellner, Jan, *Rättsteori - en introduktion*, Upplaga 2, Norstedts Juridik, Stockholm 2009.

Korling, Fredric, Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Upplaga 1, Studentlitteratur, Lund 2013.

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrättens goodwillskydd*, Upplaga 1, Norstedts Juridik, Stockholm 2003.

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätt för Juridisk översiktscurs*, Upplaga 3, Norstedts Juridik, Stockholm 2011.

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten - en introduktion*, Upplaga 6, Norstedts Juridik, Stockholm 2014.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod - en introduktion till allmän rättslära*, Upplaga 1, Norstedts Juridik, Stockholm 1995.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? - om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Upplaga 1, Norstedts Juridik, Stockholm 1995.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare - ämne, material, metod och argumentation*, Upplaga 3, Norstedts Juridik, Stockholm 2015.

Svensson, Carl Anders, Stenlund, Anders, Brink, Torsten, Ström, Lars-Erik, Carlén-Wendels, Thomas, *Praktisk marknadsrätt*, Upplaga 8, Norstedts Juridik, Stockholm 2010.

Viken, Monica, *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett*, Upplaga 1, Gyldendal Akademisk, Oslo 2012.

Tidskrift

Engström, Catharina, *Från Blomin till Puma – om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005*, NiR 2006, s. 463-488.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 1-10.

Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, FT 1990, s. 41-52.

Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap - Del I*, JT 1995/96, s. 726-748.

Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap - Del II*, JT 1995/96, s. 1035-1059.

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tfr 2005, s. 648-656.

3. Intervjuer

Advokatfirman Vinge (e-postkommunikation), 2016-05-23.

Sahlqvist, Per, Brand Eye AB (personlig intervju), 2016-04-29.

4. Övrigt

ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation.

Rättsfallsförteckning

Marknadsdomstolen

MD 1974:5, *Blomin*.
MD 1983:3, *Ajax*.
MD 1988:19, *Globen*.
MD 1993:9, *Hugo Boss*.
MD 1993:26, *Hemglass*.
MD 1995:9, *CPC Foods*.
MD 1996:1, *Colgate Palmolive*.
MD 1996:3, *Galliano*.
MD 1999:21, *Robinson*.
MD 2000:25, *Hästens*.
MD 2001:22, *Red Bull*.
MD 2001:6, *OLW*.
MD 2004:23, *LEGO*.
MD 2005:12, *Swedish Match*.
MD 2005:13, *Whiskas*.
MD 2005:19, *OLKA*.
MD 2005:20, *Vodafone*.
MD 2005:26, *Taxi Göteborg*.
MD 2005:33, *Puma*.
MD 2006:1, *Eniro*.
MD 2006:3, *LEGO*.
MD 2006:7, *Ahlgrens bilar*.
MD 2006:9, *Lokaldelen*.
MD 2006:19, *Tidningen Vi*.
MD 2006:25, *Lokaldelen*.
MD 2006:27, *Antula Healthcare*.
MD 2007:13, *Leaf Konfekta*.
MD 2007:16, *Mag Instrument*.
MD 2007:18, *Taxi Stockholm*.
MD 2007:20, *Eniro*.
MD 2007:25, *Taxi Helsingborg*.
MD 2007:27, *Tvinnovation*.
MD 2007:28, *ComfortZone*.
MD 2007:34, *Poolia*.
MD 2008:8, *Villa Villekulla*.
MD 2008:15, *Rusta*.
MD 2008:20, *Taxi Stockholm*.
MD 2009:1, *Elko*.
MD 2009:12, *Xanté*.
MD 2009:22, *Lokaldelen*.
MD 2009:23, *Pewag*.
MD 2009:25, *Svenska Spel*.
MD 2010:1, *Lokaldelen*.

MD 2010:2, *CardKeep*.
MD 2010:4, *Red Bull*.
MD 2010:16, *Lokaldelen*.
MD 2010:17, *Eniro*.
MD 2010:21, *California White*.
MD 2010:22, *SofCare*.
MD 2010:25, *Eniro*.
MD 2010:29, *M&M*.
MD 2011:1, *WeSC*.
MD 2011:11, *Guldbrev*.
MD 2011:16, *Taxi Göteborg*.
MD 2011:17, *Taxi Göteborg*.
MD 2011:23, *Poolia*.
MD 2012:7, *Liberio*.
MD 2012:10, *Semic*.
MD 2012:11, *Apoteket*.
MD 2012:12, *Ifö*.
MD 2012:15, *Elskling*.
MD 2013:13, *Bayer*.
MD 2013:16, *BYGGmax*.
MD 2013:18, *SMEKAB*.
MD 2014:10, *Taxi Göteborg*.
MD 2015:6, *Lokaldelen*.
MD 2015:9, *Taxi Göteborg*.
MD 2015:11, *OLW*.
MD 2015:13, *Swedish Match*.
MD 2015:18, *Oatly*.
MD 2015:20, *Flora Smör*.
MD 2015:22, *Specsavers*.

EU-domstolen

Mål C-375/97, *General Motors*.

Bilaga 1

Personlig intervju med Per Sahlqvist på Brand Eye AB, 2016-04-29.

1. Hur ser processen ut generellt när ni gör en marknadsundersökning?
2. Vad anser ni krävs för att ett företag ska lyckas bevisa att en produkt är känd, att det föreligger förväxlingsrisk och särprägel? Vad är lättast/svårast att bevisa?
3. Vad tror ni att MD tycker är viktigt att ha med i en marknadsundersökning för att den ska kunna användas som bevismedel i marknadsföringsmål?
4. Hur mycket tid och pengar ligger bakom en marknadsundersökning generellt?
5. Hur väljer ni ut respondenter?
6. Har ni någon särskild strategi för hur ni utformar era frågor så att de gynnar era uppdragsgivare så bra som möjligt?
7. Har era uppdragsgivare något inflytande frågorna? På respondenterna osv?
8. Följer ni rättegångarna och vilken betydelse era marknadsundersökningar har haft för utgången i målen?
9. Om ni gör det, får ni några svar på vad som var bristfälligt/bra i marknadsundersökningen?
10. Det står på er hemsida att ni noggrant följer domstolarnas syn på marknadsundersökningar över tiden. Hur gör ni detta?
11. Hur har marknadsundersökningar förändrats över tid enligt er uppfattning? Ser ni någon förändring i antalet undersökningar man åberopar? Kan ni se någon förändring i hur man värderar dem jämfört med tidigare? Utifrån er uppfattning, är det lättare eller svårare idag att få igenom en marknadsundersökning som bevis?
12. Är det ett medvetet val av er att välja telefonintervjuer, webbaserade undersökningar och påstana undersökningar? Anser ni att någon undersökning är bättre än den andra?
13. Hur tycker ni att man ska göra för att få MD att lyssna? Dvs. att faktiskt ta hänsyn till en marknadsundersökning som åberopas som bevis i ett marknadsföringsmål.
14. Har ni någon uppfattning om vad MD uppfattar vara en typisk brist i marknadsundersökningar som gör att de inte tar hänsyn till dem?

Bilaga 2

E-postkommunikation med Advokatfirman Vinge, 2016-05-23.

1. Har ni någon uppfattning om vad Marknadsdomstolen anser vara en typisk brist i marknadsundersökningar som gör att undersökningarna inte tas hänsyn till av domstolen?
2. Hur stor del av ett bevisunderlag brukar utgöras av en marknadsundersökning?
3. Har marknadsundersökningar, enligt er uppfattning, stor betydelse för utgången av ett marknadsföringsmål?