



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karin Rantén

Marknadsundersökningar som
bevismedel i
marknadsföringsmål

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Ulf Maunsbach

Marknadsrätt

Vårterminen 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	6
1.5 Disposition	8
2 RELEVANT LAGSTIFTNING	9
2.1 Direktivet om otillbörliga affärsmetoder	9
2.2 Marknadsföringslagen	10
2.2.1 Allmänt om marknadsföringslagen	10
2.2.2 Förhållandet till immaterialrätten	10
2.2.3 Transaktionstest och genomsnittskonsument	11
2.2.4 Generalklausulen om vilseledande marknadsföring, 10 § MFL	12
2.2.5 Vilseledande om ursprung	13
2.2.6 Vilseledande efterbildningar, 14 § MFL	14
2.2.6.1 Originalproduktens kändhet och särprägel	14
2.2.6.2 Förväxlingsrisk	18
3 MARKNADSUNDERSÖKNINGAR	19
3.1 Marknadsundersökningar i allmänhet	19
3.1.1 Vad en marknadsundersökning är	19
3.1.2 Regler och aktörer	19
3.2 Genomförandet av en marknadsundersökning	21
3.2.1 Steg 1: Att identifiera problemet och fastställa syftet	21
3.2.2 Steg 2: Val av undersökningsmetod	22
3.2.3 Steg 3: Identifiering av målpopulationen	23
3.2.4 Steg 4: Urvalsprocessen	24
3.2.5 Steg 5: Val av datainsamlingsteknik	25
3.2.6 Steg 6: Frågeutformningen	27
3.2.6.1 Frågeutformning i allmänhet	27

3.2.6.2	Frågeutformningen i inarbetsstudier och förväxlingsstudier	29
3.2.7	Steg 7: Undersökningsrapporten	30

4 MARKNADSUNDERSÖKNINGAR I MARKNADSFÖRINGSMÅL31

4.1	MD 2000:25 Hästens	31
4.2	MD 2003:25 Ullared	32
4.3	MD 2004:13 RESIDENCE	34
4.4	MD 2004:23 LEGO	35
4.5	MD 2005:12 Gustavus	36
4.6	MD 2005:13 Whiskas	37
4.7	MD 2005:19 OLKA	38
4.8	MD 2005:20 <i>Live!</i>	39
4.9	MD 2005:26 Taxi Göteborg	42
4.10	MD 2005:33 Puma	42
4.11	MD 2006:19 Tidningen Vi	43
4.12	MD 2007:18 Taxi Stockholm	45
4.13	MD 2008:15 Mag	46
4.14	MD 2009:1 Elko	47
4.15	MD 2009:12 Xanté	48
4.16	MD 2009:23 Pewag	50
4.17	MD 2010:22 Gate Rehab	51
4.18	MD 2010:29 M&M	52
4.19	MD 2011:1 WE	52

5 ANALYS 56

5.1	Vilken betydelse har marknadsundersökningar som bevismedel i marknadsföringsmål?	56
5.1.1	Marknadsundersökningarnas betydelse i de refererade målen	56
5.1.2	Marknadsundersökningar i förhållande till indirekt bevisning	59
5.2	Vad krävs för att en marknadsundersökning ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel?	61
5.2.1	Undersökningsrapporten	62
5.2.2	Omsättningskrets och urval	63
5.2.3	Frågeställningarna	64
5.2.4	Övriga slutsatser	66

5.2.5	Sammanfattning av slutsatserna	66
5.2.6	Domstolens bedömning och värdering av marknadsundersökningar	67

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	69
--	-----------

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	71
------------------------------	-----------

Summary

Market surveys are used as evidence both in cases relating to marketing law and trademark law. This essay will discuss market surveys used as evidence within marketing law, and specifically in cases concerning misleading imitations according to 14 § MFL (The Swedish Marketing Act). A misleading imitation means that a trader in its marketing uses imitations that are misleading, as they can easily be confused with another trader's products that are known and have distinctive character. There are two different types of market surveys: (i) studies of trade acceptance, which show whether a product has got distinctive character and is known amongst the relevant class of persons, and (ii) studies of confusion which indicate the likelihood of confusion. In the past five years market surveys has been referred to in two thirds of all cases relating to misleading imitations. Although market surveys often are referred to, they rarely seem to have a major impact on the outcome of a case, at least that is what it appears like based on Marknadsdomstolen's (The Swedish Market Court) grounds for the decisions. The court makes an overall assessment of the evidence in the case and the importance and the evaluation of the market surveys rarely appear in the grounds for the decisions. In those cases where the court's assessment of the market surveys is expressed, it seems that the court sometimes considered market surveys to have low evidential value, and in other cases it seems that the market surveys had a decisive impact. Because of that, the use of market surveys as evidence is subject to great uncertainty. The purpose of this essay is to investigate and analyze the importance of market surveys as evidence and also to investigate how a market survey shall be conducted and designed to acquire a high evidential value. I have examined a number of cases and their associated market surveys. Based on these cases, I intend to clarify the use of market surveys as evidence. The cases show that the importance of market surveys differs to a great extent. The decisive factor is if the court considers the market surveys to be reliable or not. Low reliability leads to a low evidential value. The most common shortcomings of a market survey are that the relevant class of persons is not defined correctly, that the selection has not been made properly or that the questions are leading. If a market survey has any of these or other shortcomings the reliability decreases. Of great importance for the reliability is also that the research report contains all relevant information and that both the report and the market survey is imbued with objectivity. Due to the brief grounds for the decisions, there are no clear criteria and guidelines for how a market survey should be conducted and designed, which leads to uncertainty. I hope that the development will go towards more detailed descriptions of the evaluation of the market surveys, as this could facilitate both for the interested parties, the research companies and for the court.

Sammanfattning

Marknadsundersökningar används som bevismedel, både i marknadsrättsliga och i varumärkesrättsliga tvister. I denna uppsats behandlas marknadsundersökningar inom marknadsföringsrätten i mål som rör vilseledande efterbildningar enligt 14 § MFL. En vilseledande efterbildning innebär att en näringsidkare i sin marknadsföring använder efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. En marknadsundersökning kan genomföras antingen som en inarbetsstudie för att påvisa kändhet och särprägel, eller som en förväxlingsstudie för att påvisa en förväxlingsrisk. De senaste fem åren har marknadsundersökningar åberopats i ungefär två tredjedelar av alla mål som handlat om vilseledande efterbildningar. Trots att marknadsundersökningar används så pass ofta verkar de i de flesta fallen inte ha någon större betydelse för målets utgång, i alla fall inte av Marknadsdomstolens domskäl att döma. Domstolen gör en samlad bedömning av vad som framkommit i målet. Hur stor vikt domstolen lagt vid marknadsundersökningarna och hur värderingen av dessa har gått till framgår oftast inte av domskälen. I de mål där domstolens bedömning av marknadsundersökningarna framgår har det i vissa fall hänt att MD tillmätt marknadsundersökningarna ett lågt bevisvärde och i andra fall verkar det som om marknadsundersökningarna haft avgörande betydelse. Användandet av marknadsundersökningar som bevismedel är därför förenat med stor ovisshet. Syftet med denna uppsats är därför att utreda och analysera vilken betydelse marknadsundersökningar har som bevismedel, samt att utreda hur en marknadsundersökning bör genomföras och utformas för att domstolen ska tillmäta den ett högt bevisvärde. Jag har undersökt flera rättsfall med tillhörande marknadsundersökningar. Med utgångspunkt i dessa rättsfall avser jag att bringa klarhet i användandet av marknadsundersökningar som bevismedel. Av rättsfallen att döma skiljer det sig i stor grad vilken betydelse marknadsundersökningarna har för målens utgång. Avgörande är om domstolen anser att undersökningarna är tillförlitliga eller inte. Låg tillförlitlighet leder till ett lågt bevisvärde. De vanligaste bristerna en marknadsundersökning kan ha är att omsättningskretsen inte är rätt definierad, att urvalet inte har skett på rätt sätt eller att frågeställningarna är ledande. Om en undersökning har någon av dessa brister, eller andra brister, sjunker tillförlitligheten. Att undersökningsrapporten innehåller all relevant information och att både rapporten och själva undersökningen genomsyras av objektivitet har också stor betydelse för tillförlitligheten. På grund av de kortfattade domskälen saknas det klara kriterier och riktlinjer för hur en marknadsundersökning bör genomföras och utformas, vilket medför osäkerhet. Jag hoppas på att utvecklingen ska gå mot mer ingående redogörelser av marknadsundersökningarnas värdering, då detta skulle kunna underlätta både för parterna, undersökningsföretagen samt för domstolen.

Förord

Studietiden börjar nu lida mot sitt slut och nya äventyr står för dörren. Åren i Lund har framförallt varit fantastiskt roliga och intressanta, men även tidvis krävande och stressiga. Jag vill tacka min familj för stöd och uppmuntran under hela utbildningen och jag vill tacka mina vänner för att ni har förgyllt min vardag och gjort lundatiden till ett minne för livet.

Jag vill framföra ett stort tack till alla på Marknadsdomstolen för att jag fick besöka er under två veckors tid och för all den hjälp jag fick. Det var till mycket stor nytta i mitt uppsatsskrivande. Framförallt vill jag tacka ordförande Per Carlson och f.d. ordförande Christer Fallenius för mycket givande och intressanta intervjuer samt bra tips och idéer. Jag vill även tacka Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, samt Martin Elsässer och Toivo Sjören på TSN SIFO för mycket givande intervjuer. Jag vill även framföra ett tack till advokat Fredrik Engfeldt på Advokatbyrån Gulliksson för inspiration till uppsatsämnet. Slutligen vill jag tacka min handledare Ulf Maunsbach för stöd och råd under mitt uppsatsskrivande.

Lund, maj 2012

Karin Rantén

Förkortningar

CATI	Computer Assisted Telephone Interviewing
ERM	Etiska Rådet för Marknadsundersökningar
ESOMAR	European Society for Opinion and Marketing Research
ICC	International Chamber of Commerce (Internationella Handelskammaren)
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (2008:846)
PRV	Patent- och registreringsverket
PUL	Personuppgiftslag (1998:204)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SMIF	Svenska Marknadsundersökningsföretag
SPAR	Statens personadressregister
Svarta listan	Bilaga 1 till direktiv (2005/29/EG), Affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga
VmL	Varumärkeslag (2010:1877)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Att åberopa marknadsundersökningar som bevismedel är en företeelse som blir allt vanligare. Marknadsundersökningar används flitigt både i mål i Marknadsdomstolen och i Patentbesvärsträtten. Inom marknadsföringsrätten används marknadsundersökningar som bevismedel framförallt i mål som handlar om vilseledande efterbildningar, men även i mål som handlar om renommésnyltning. I denna uppsats behandlar jag marknadsundersökningar som åberopats i mål om vilseledande efterbildningar. Marknadsundersökningarna syftar därmed antingen till att visa att en produkt är känd och särpräglad, eller till att visa att det föreligger en förväxlingsrisk. De senaste fem åren har marknadsundersökningar åberopats i ungefär två tredjedelar av alla marknadsföringsmål som berört vilseledande efterbildningar. Det är med andra ord ett verktyg som används i stor utsträckning när frågan om det föreligger en vilseledande efterbildning ska utredas. Trots att marknadsundersökningar är så pass vanliga framgår det ofta inte av domskälen om en marknadsundersökning har haft någon betydelse för målets utgång eller ej. I de avgöranden detta faktiskt framgår, är domskälen oftast mycket kortfattade rörande hur domstolen värderat marknadsundersökningen och hur stor betydelse den faktiskt har haft. Domstolen har flera gånger uttalat sig om att marknadsundersökningar utgör ett osäkert bevismedel som ska bedömas med försiktighet. Samtidigt finns det mål där marknadsundersökningar verkar ha haft relativt stor betydelse. Användandet av marknadsundersökningar som bevismedel är med andra ord förenat med stor ovisshet, vilket jag i denna uppsats ska försöka bringa klarhet i.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att utreda och analysera vilken betydelse marknadsundersökningar har som bevismedel i marknadsföringsmål när de syftar till att bevisa antingen att en vara är känd och särpräglad eller att det föreligger en förväxlingsrisk. Uppsatsen syftar även till att utreda hur en marknadsundersökning bör genomföras och utformas för att Marknadsdomstolen ska tillmäta den ett högt bevisvärde.

Mina frågeställningar är:

- *Vilken betydelse har marknadsundersökningar som bevismedel i marknadsföringsmål?*
- *Vad krävs för att en marknadsundersökning ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel?*

1.3 Avgränsningar

I denna uppsats fokuserar jag på användningen av marknadsundersökningar i mål som berör vilseledande efterbildningar inom marknadsföringsrätten. Jag tar inte upp renommésnyltning i någon större utsträckning eftersom materialet skulle bli allt för omfattande. Det är dock vanligt att målen handlar om både vilseledande efterbildning och om renommésnyltning. Immaterialrättsliga mål såsom intrångsmål m.m. behandlas inte, eftersom immaterialrätten och marknadsföringsrätten är två skilda rättsområden. Jag har främst valt att använda mig av nyare rättsfall eftersom marknadsundersökningsområdet är i ständig förändring. Rättsfall från tiden före lagändringen av MFL år 1995, behandlas endast i begränsad utsträckning. Utvecklingen har gått från att marknadsundersökningar tidigare oftast genomfördes via besöksomnibus, vilket är en undersökningsform som äger rum hemma hos respondenten och där flera uppdragsgivare deltar med sina frågor, till att numera vanligen genomförs via webben eller per telefon. Undersökningsmetodiken skiljer sig åt i ganska stor utsträckning, varför jag har valt att fokusera på nyare rättsfall. Jag har valt att enbart undersöka mål där marknadsundersökningarna på något sätt kommenterats i domskälen, oavsett om undersökningarna haft betydelse för avgörandet eller ej. De mål där MD inte ens nämner undersökningarna i domskälen har jag valt att inte ta upp eftersom de ändå inte går att analysera eller att dra några slutsatser från. Jag berör inte domstolsprocessen eller följderna av avgörandena därför att detta inte är relevant för uppsatsens syfte. Den undersökningstekniska biten såsom statistik, kodning av svar, beräkning av bortfall och felmarginaler m.m. har jag valt att inte behandla i särskilt stor utsträckning eftersom jag anser att detta är frågor som är mer intressanta ur ett ekonomiskt och statistiskt perspektiv än ur ett juridiskt perspektiv.

1.4 Metod och material

Vid författandet av min uppsats har jag använt mig av olika metoder och därmed även av olika typer av material för att på bästa sätt försöka svara på mina frågeställningar. En metod som jag har använt mig av är den rättsvetenskapliga metoden för att kunna beskriva och tolka gällande rätt. Denna metod lämpade sig bäst för kapitel två där jag redogör för just gällande rätt. Jag har då främst använt mig av de traditionella rättskällorna lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin.

Den juridiska litteraturen om marknadsundersökningar är mycket begränsad, speciellt inom marknadsföringsrätten. Inom varumärkesrätten finns det lite mer skrivet. Jag har använt mig av *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* av Karin Synnerstad. Trots att boken skrevs för tjugo år sedan är den fortfarande aktuell eftersom den än idag är den svenska bok som bäst redogör för användandet av marknadsundersökningar som bevismedel. Visserligen behandlar boken

marknadsundersökningar inom varumärkesrätten, inte inom marknadsföringsrätten, men undersökningsmetoder, frågeställningar etc. skiljer sig inte åt nämnvärt mellan rättsområdena. Jag har även använt mig av avhandlingen *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett* av Monica Viken, som behandlar användandet av marknadsundersökningar som bevismedel i Norge, Sverige och Danmark, både inom marknadsföringsrätten och inom immaterialrätten. Avhandlingen kom ut nu under våren 2012 och är därför högst aktuell. Förutom de två ovanstående böckerna har jag använt mig av samhällsvetenskaplig litteratur som behandlar marknadsundersökningar. Inom samhällsvetenskapen finns det ett stort utbud av litteratur som berör marknadsundersökningar. Problemet med den samhällsvetenskapliga litteraturen är att den inte berör marknadsundersökningar som har till syfte att användas som bevismedel, utan snarare marknadsundersökningar som syftar till att åtgärda ett marknadsföringsproblem eller utreda ett företags marknadsföringsmöjligheter. Övergripande principer om bl.a. hur metoden väljs, vilka datainsamlingstekniker som kan användas och hur undersökningen genomförs skiljer sig däremot inte åt i särskilt stor utsträckning, oavsett vad syftet är med marknadsundersökningen.

Den största delen av mitt material utgörs dock av rättsfall från Marknadsdomstolen, eftersom detta material lämpar sig bäst för att kunna uppnå syftet med min uppsats och för att kunna svara på mina frågeställningar. Jag åkte upp till Stockholm och besökte Marknadsdomstolen under två veckors tid. På plats gick jag igenom akterna till de nitton rättsfall som finns refererade i kapitel fyra.¹ Syftet var att gå igenom alla marknadsundersökningar som parterna åberopat, för att få en djupare förståelse för hur domstolen resonerat och värderat dessa. Jag gick även igenom alla partsinlagor som behandlar marknadsundersökningarna. Speciellt i de fall där domskälen hänvisar till motpartens kritik ansåg jag att detta vara extra viktigt för att få en större insikt om vad kritiken bestod i.

På plats i Stockholm genomförde jag även fyra stycken intervjuer för att få fler perspektiv på mitt ämne. Jag intervjuade Marknadsdomstolens nuvarande ordförande Per Carlson som tillträdde posten 1 mars 2012. Carlson var tidigare ordförande i Patentbesvärslagen och har stor erfarenhet av marknadsundersökningar därifrån. Jag intervjuade även Marknadsdomstolens förre ordförande Christer Fallenius som var ordförande mellan åren 2001 och 2012 och därför innehade ordförandeskapet under nästan alla de rättsfall jag har undersökt. Dessutom intervjuade jag Kurt Helle och Per Sahlqvist från Brand Eye AB samt Toivi Sjören och Martin Elsässer från TSN SIFO. Brand Eye är ett företag som har specialiserat sig på marknadsundersökningar med juridisk inriktning och TSN SIFO är Sveriges ledande marknadsundersökningsföretag. Inför intervjuerna förberedde jag mig genom att läsa boken *Kvalitativa intervjuer* av Jan Trost. Jag hade i förväg skrivit ner de frågor jag ville ha svar på, men anpassade dessa till hur intervjuerna förlöpte. Alla intervjuer genomfördes personligen. Jag har valt

¹ Med undantag för de rättsfall som var sekretessbelagda.

att använda mig av relevanta delar av intervjuerna löpande i texten istället för att presentera dessa i ett eget avsnitt. Både för att undvika att skriva om samma sak mer än en gång men även för att svaren från intervjuerna har varit mycket användbara under skrivandets gång.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med kapitel två där jag redogör för relevant lagstiftning avseende vilseledande efterbildningar, för att få en bakgrund till vad det är marknadsundersökningarna syftar till att bevisa. Jag redogör för vad som krävs för att en produkt ska vara känd och särpräglad, samt vad som krävs för att det ska föreligga en förväxlingsrisk. Kapitel tre handlar om marknadsundersökningar. Där går jag bl.a. igenom alla steg i genomförandet av en marknadsundersökning, från att fastställa syftet med undersökningen till författandet av undersökningsrapporten. I kapitel fyra presenterar jag de rättsfall som jag undersökte hos Marknadsdomstolen. Jag har skrivit ett kort referat av varje fall och jag presenterar även relevanta delar av marknadsundersökningarna som åberopats i fallen. Det femte kapitlet är analysen, där jag diskuterar och analyserar vad jag kommit fram till och försöker svara på mina frågeställningar i så stor utsträckning som möjligt.

2 Relevant lagstiftning

I Sverige finns den huvudsakliga regleringen av marknadsföring i MFL. Lagen gäller generellt och kompletteras av särskilda marknadsrättsliga regler om bl.a. läkemedelsreklam, alkohol- och tobaksreklam, reklam i radio och TV m.m. År 2005 antogs EU-direktivet om otillbörliga affärsmetoder.² Direktivet syftar till att bidra till att den inre marknaden fungerar korrekt och att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå. Avsikten är att reglerna om otillbörliga affärsmetoder ska harmoniseras inom EU. Det är med anledning av detta direktiv som Sverige fick en ny marknadsföringslag år 2008. I den nya MFL är direktivets bestämmelser implementerade.³

2.1 Direktivet om otillbörliga affärsmetoder

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder togs fram med anledning av att medlemsstaternas lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder skiljde sig åt i stor utsträckning. Skillnaderna skapade osäkerhet om vad som faktiskt gällde avseende otillbörliga affärsmetoder, något som både skadade konsumenternas ekonomiska intressen samt skapade hinder i form av ökade kostnader för näringsidkarna.⁴

Direktivet påminner i stora drag om de tidigare svenska reglerna om marknadsföring, men det finns två viktiga undantag. Direktivet är endast tillämpligt på otillbörliga affärsmetoder som näringsidkare företar gentemot konsumenterna. Däremot omfattar det även näringsidkarens affärsmetoder gentemot konsumenterna efter köptillfället. För att en näringsidkarens affärsmetoder ska omfattas krävs det att de har direkt påverkat konsumentkollektivets ekonomiska intressen. Detta innebär att talan som väcks av enskilda konsumenterna som skadats av en otillbörlig affärsmetod inte omfattas av direktivet, samt att icke-ekonomiska konsumentintressen inte heller omfattas av direktivet.^{5,6}

I artikel 5.1 i direktivet finns generalklausulen som förbjuder otillbörliga affärsmetoder. Enligt artikel 5.2 är en affärsmetod otillbörlig om den

² 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 och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004.

³ Melin, *Marknadsrätt*, 2009, s. 38-39. Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam, behandlas inte i uppsatsen eftersom direktivet inte reglerar vilseledande efterbildningar.

⁴ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, 2010, s. 116.

⁵ Svensson m.fl., 2010, s. 117. Direktivet innehåller ytterligare undantag från näringsidkarens affärsmetoder omfattas, men dessa har ingen betydelse för denna uppsats.

⁶ Transaktionstest och genomsnittskonsument behandlas mer i avsnitt 2.2.3.

”strider mot god yrkessed och innebär, eller sannolikt kommer att innebära, avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet i förhållande till produkten hos den genomsnittskonsumert som affärsmetoden riktar sig till eller som nås av metoden, eller den genomsnittliga gruppmedlemmen om affärsmetoden riktar sig till en viss konsumentgrupp”. Vidare stadgas det i artikel 5.4 att en affärsmetod ska anses vara otillbörlig om den är vilseledande eller aggressiv. Därtill finns den s.k. svarta listan i Bilaga 1 till direktivet som innehåller en förteckning av affärsmetoder som under alla omständigheter ska beaktas som otillbörliga. Detta innebär att affärsmetoderna anses olagliga oavsett den ekonomiska effekten på konsumenten.⁷ I enlighet med artikel 5.5 ska svarta listan gälla i alla medlemsstater och gäller därför som lag i Sverige, 4 § MFL.

2.2 Marknadsföringslagen

2.2.1 Allmänt om marknadsföringslagen

År 2008 fick Sverige en ny marknadsföringslag. Likt 1995 års lag syftar lagen till att skapa ett skydd för konsumenter och näringsidkare mot otillbörlig marknadsföring. Det är aktörernas ekonomiska intressen som skyddas. Näringsidkare skyddas även mot illojal konkurrens från andra näringsidkare. Bestämmelserna gäller i huvudsak även näringsidkare emellan.⁸ MFL omfattar alla former av media och täcker allt utbud och all efterfrågan på marknaden så länge det handlar om kommersiell marknadsföring. Lagen är en ramlag och kompletteras av diverse speciallagar inom det marknadsrättsliga området.⁹

Den nya lagen är uppbyggd på samma sätt som 1995 års lag. Den centrala bestämmelsen är generalklausulen i 5 § MFL som stadgar att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed. Enligt 6 § MFL framgår att marknadsföringen inte får vara otillbörlig, vilket den är när den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Lagen innehåller även särskilda förbud mot aggressiv marknadsföring, 7 § MFL, samt vilseledande marknadsföring, 8-17 §§ MFL. Därtill finns den svarta listan.¹⁰

2.2.2 Förhållandet till immaterialrätten

Marknadsföringsrätten och immaterialrätten är två skilda rättsområden.¹¹ Immaterialrätten behandlar det rättsliga skyddet för intellektuella prestationer och för kännetecken. Reglerna är konstruerade som ensamrätter

⁷ Svensson m.fl., 2010, s. 128.

⁸ Svensson m.fl., 2010, s. 115.

⁹ Prop 2007/08:115, s. 61, Svensson m.fl., 2010, s. 119.

¹⁰ Prop 2007/08:115, s. 61.

¹¹ Svensson m.fl. 2010, s. 331.

och skyddar mot kopiering, efterbildning och andra former av obehörigt utnyttjande. Det som skyddas är konstnärliga och litterära verk, formgivning, uppfinningar, varumärken och firma.¹² Marknadsföringslagen reglerar enbart marknadsföringen av produkter. Den immaterialrättsliga intrångsbedömningen och den marknadsföringsrättsliga bedömningen sker alltså åtskilt.¹³ Dock finns det bestämmelser i MFL som innebär likartade bedömningar som de som sker inom immaterialrätten. Exempelvis för vilseledande efterbildningar i 14 § MFL, sker det en bedömning om en produkt är känd och särpräglad. Detta kan jämföras med varumärkesrätten där det sker en bedömning av om ett varumärke är inarbetat och har särskiljningsförmåga, 1 kap 5 och 7 §§ VmL.

Både Fallenius och Carlsson anser att det i viss mån är möjligt att dra paralleller mellan marknadsföringsrätten och varumärkesrätten.¹⁴ Däremot menar Fallenius att det även är viktigt att komma ihåg att det är skilda rättsområden och därmed även skilda bedömningar.¹⁵ Carlson anförde dock att efter tillkomsten av direktivet om otillbörliga affärsmetoder har varumärkesrätten och marknadsföringsrätten närmast sig varandra. EU-domstolen tittar på båda rättsområdena och kan ta vägledning av vad de kommit fram till inom varumärkesrätten vid en marknadsrättslig bedömning och vice versa.¹⁶

2.2.3 Transaktionstest och genomsnittsnittskonsument

I direktivet om otillbörliga affärsmetoder uppställs det ett krav på att en åtgärd ska ha en sannolik ekonomisk effekt på konsumenten för att generalklausulen och bestämmelserna om vilseledande eller aggressiva marknadsföringsåtgärder ska bli tillämpliga. En affärsmetod som strider mot god marknadsföringssed men som inte påverkar konsumentens ekonomiska handlingsmönster ska därmed inte anses otillbörlig. Genom ett införande av direktivet var det även nödvändigt att införa bestämmelserna om ekonomisk påverkan i MFL. Dessa bestämmelser återfinns i 6,7 och 8 §§ MFL, i anslutning till generalklausulen samt i anslutning till bestämmelserna om aggressiv och vilseledande marknadsföring. Den ekonomiska påverkan bedöms olika beroende på vilken otillbörlig åtgärd som avses. Av lagtexten framgår detta genom att det vid tillämpning av generalklausulen eller bestämmelsen om aggressiv marknadsföring krävs att åtgärden i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Om marknadsföringen däremot är vilseledande räcker det att åtgärden påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹⁷

¹² Svensson m.fl., 2010, s. 725-726.

¹³ Svensson m.fl., 2010, s. 331.

¹⁴ Intervju med Christer Fallenius, 2012-03-23 och intervju med Per Carlson, 2012-03-22.

¹⁵ Intervju med Christer Fallenius, 2012-03-23.

¹⁶ Intervju med Per Carlson, 2012-03-22.

¹⁷ Prop 2007/08:115, s. 109-110.

Införandet av de nya bestämmelserna innebär att en prövning bör ske i två steg. Först ska en bedömning ske huruvida åtgärden strider mot god marknadsföringssed, är aggressiv eller vilseledande. Därefter sker en bedömning av i vilken grad åtgärden har påverkat konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. I de flesta fall borde det dock vara möjligt att göra en helhetsbedömning. Redan innan införandet av den nya MFL uppställdes det enligt rättspraxis krav på att vilseledande marknadsföring skulle påverka konsumentens ekonomiska beteende. Den nya regeln stämmer därför överens med gällande rätt.¹⁸ Den nya MFL innebär inte att skyddsnivån för konsumenter eller näringsidkare avseende vilseledande efterbildningar försämras. Bedömningen av förväxlingsrisk sker utifrån näringsidkarens eller konsumentens perspektiv. Det ligger i sakens natur att om en produkt anses vara en efterbildning av en annan näringsidkares kända och särpräglade produkt kommer efterbildningen sannolikt att påverka konsumentens ekonomiska handlingsmönster. Kravet om ekonomisk påverkan blir därmed uppfyllt. Rättspraxis från tiden före införandet av den nya MFL är därför fortfarande aktuell.¹⁹

Innan det går att avgöra om marknadsföringen är otillbörlig måste marknadsföringens målgrupp definieras. Otillbörlighetsbedömningen ska ske med en representativ konsument ur målgruppen som referensram. Denna konsument kallas för genomsnittskonsumenten. Genomsnittskonsumenten har definierats i skäl 18 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder och ska vara en konsument som är *”normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst, med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer”*. Genomsnittskonsumenten varierar från fall till fall, exempelvis beroende på vilken vara eller tjänst det är fråga om, vilken som är målgruppen, eller vilket språk som använts i marknadsföringen. Om det är klart att en marknadsföringsåtgärd är otillbörlig och påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, oavsett vilken konsumentgrupp marknadsföringen riktar sig till, behöver inte genomsnittskonsumenten definieras.²⁰

2.2.4 Generalklausulen om vilseledande marknadsföring, 10 § MFL

Det generella förbudet mot vilseledande marknadsföring återfinns i 10 § MFL. 1995 års lag innehöll i huvudsak samma bestämmelser. Dessa har med vissa ändringar överförts till den nya MFL. Vilseledande påståenden och framställningar är den vanligaste typen av otillbörliga ageranden. Begreppet framställning är brett och täcker ord, bild, tecken, ljud m.m. Det omfattar både skriftliga och muntliga budskap, broschyrer, annonser,

¹⁸ Prop 2007/08:115, s. 110-111.

¹⁹ Prop 2007/08:115, s. 102.

²⁰ Prop 2007/08:115, s. 66-67, se även bl.a. MD 2008:13 (AstraZeneca), MD 2008:15 (Mag), MD 2010:8 (Volvo), MD 2010:30 (Northmill).

elektroniska meddelanden, säljsamtal, förpackningsdekor m.m. Förpackningen i sig regleras däremot i 13 § MFL.²¹

Förbudet mot vilseledande marknadsföring är inte enbart tillämpligt när informationen är oriktig, utan det räcker att utformningen är ägnad att vilseleda konsumenten. Informationen i sig kan alltså vara helt korrekt. Det krävs inte heller att någon konsument faktiskt har förletts till ett köp. Vilseledandet i sig är förbjudet och bedömningen sker utifrån om vilseledandet sannolikt inverkar på genomsnittskonsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Det görs en helhetsbedömning av marknadsföringen för att utröna om den anses vara vilseledande. Ett exempel på marknadsföring som anses vilseledande trots korrekt information kan vara att den skriftliga informationen är korrekt, men den tillhörande bilden ger sken av att erbjudandet är mer förmånligt. Det föreligger även vilseledande när informationen som lämnas är korrekt, men väsentlig konsumentinformation utelämnas.²² I 10 § 2 st. MFL finns en uppräknning av situationer när framställningar kan vara vilseledande. Uppräkningen är inte uttömmande utan tar upp de vanligaste fallen av vilseledande marknadsföring.²³

2.2.5 Vilseledande om ursprung

Marknadsföringslagen innehåller inte några regler som förbjuder efterbildning av produkter eller alster, utan detta regleras inom den immaterialrättsliga speciallagstiftningen. Många produkter och alster saknar immaterialrättsligt skydd eftersom skyddet exempelvis har löpt ut eller aldrig söktes. Enligt MFL finns det då inget hinder mot efterbildning av andras produkter. Däremot är det förbjudet att använda en efterbildning i marknadsföringen som är vilseledande genom att det uppstår en förväxlingsrisk med en annan näringsidkares produkt eller verksamhet. Det är i detta fall oväsentligt huruvida efterbildningen gör intrång i någon ensamrätt. Vilseledandet kan även utgöras av att det framstår som om det finns en kommersiell koppling till företaget som marknadsför originalprodukten, exempelvis ett ägarsamband eller ett samverkansavtal.²⁴ Marknadsföring som oriktigt antyder att det finns samhörighet med en annan näringsidkare innebär vilseledande om ursprung vilket regleras i 10 § 2 st. 2 p MFL. Bestämmelsen omfattar även vilseledande om geografiskt ursprung.²⁵ Om vilseledandet består i att näringsidkaren ger sken av att produkten kommer från ett annat företag än som är fallet har vi att göra med ett vilseledande om det kommersiella ursprunget. Ett sådant vilseledande föreligger om det finns en förväxlingsrisk med det andra företagets kända

²¹ Svensson m.fl., 2010, s. 230.

²² Prop 2007/08:115, s. 85, Svensson m.fl., 2010, s. 231.

²³ Svensson m.fl., 2010, s. 231.

²⁴ Svensson m.fl., 2010, s. 331.

²⁵ Levin, lagkommentar till 10 § 2 st. 2 p. MFL i Karnov.

och särpräglade produkter. Sådana vilseledande efterbildningar regleras i 14 § MFL.²⁶

2.2.6 Vilseledande efterbildningar, 14 § MFL

14 § MFL tar sikte på att förbjuda marknadsföring av efterbildningar av kända originalprodukter. För att marknadsföringen ska anses vara vilseledande krävs det att originalprodukten är både känd och särpräglad samt att det finns en risk för att förväxling ska uppstå. Förväxlingsrisken innebär att en konsument kan missta den efterbildade produkten för originalet. Förbudet syftar främst till att skydda näringsidkare mot illojal konkurrens. Konsumenterna skyddas även av bestämmelsen. Skulle de förväxlade produkterna vara likvärdiga lider konsumenten ringa skada. Dock har det visat sig att så är sällan fallet. Se exempelvis MD 1977:25 där en kopia av marknadens mest sålda sax saknade viktiga funktionella egenskaper.²⁷ Regeln i 14 § MFL om vilseledande efterbildningar kompletteras av punkt 13 i svarta listan. Bestämmelsen förbjuder marknadsföring av rena plagiat som avsiktligt får konsumenten att tro att produkten är gjord av samma tillverkare som originalprodukten.

2.2.6.1 Originalproduktens kändhet och särprägel

Särprägel

Att en produkt är särpräglad innebär att den har en särskiljande funktion vilken ger produkten ett utseende som estetiskt skiljer den från andra varor. Av lagtexten följer att utformningar som är huvudsakligen tekniska eller funktionellt betingande inte omfattas av skyddet i 14 § MFL.²⁸ I MD 1981:2 (Conex), som handlade om Conex' klämringskopplingar, uttalade sig domstolen om att en varuutformning som huvudsakligen tjänar att göra en vara ändamålsenlig inte kan betraktas som särpräglad. En sådan utformning ska vara tillgänglig för envar, även om det finns alternativa tekniska lösningar. MD anförde att det inte bör resas marknadsrättsliga hinder mot näringsidkare som utnyttjar tekniska och funktionella företeelser som är allmänt tillgängliga, även om detta kan leda till en produktlikhet som kan medföra en förväxlingsrisk.²⁹

I LEGO-fallet, MD 2004:23 kom domstolen dock fram till att även funktionellt betingade produkter kan förvärva särprägel. Domstolen konstaterade i målet att LEGO:s byggklossar har en i grunden funktionell utformning, med vissa designmässiga och godtyckliga formgivningsmoment. Trots detta kom domstolen fram till att byggklossarna förvärvat särprägel genom inarbetning. Anledningen till detta var att de funnits på marknaden under lång tid, varit föremål för en omfattande och systematisk

²⁶ Svensson m.fl., 2010, s. 333-334.

²⁷ SOU 2006:76, s. 239.

²⁸ Prop 2007/08:115, s. 101.

²⁹ Se även bl.a. MD 2009:1 (Elko) där domstolen bekräftar att dess uttalanden i MD 1981:2 (Conex) fortfarande är vägledande.

marknadsbearbetning, att de erhållit flera design- och formpriser, samt att 95 % av omsättningskretsen förknippade en avidentifierad byggkloss med LEGO. Även i MD 2009:1 (Elko) uttalade sig domstolen om att funktionellt betingade produkter kan förvärva särprägel om de blivit så kända att de förknippas med en viss näringsidkare.

Vid bedömningen av om en produkt har särprägel görs det en helhetsbedömning av produkten. I MD 1985:5 (Perstorps ättika) som handlade om huruvida Skåneättikan var en vilseledande efterbildning av Perstorps ättika kom domstolen fram till att glasflaskan med skruvkork i sig var helt funktionellt betingad. Däremot hade etiketten en särskiljande funktion. Etiketten hade en gammaldags stil vilket i sig inte gav den särprägel. Kombinationen av en gammaldags stil, texten, bilderna, färgerna och utformningen gjorde dock att förpackningen som helhet hade särprägel. Även i MD 1988:6 (Klorin) som berörde om Nordtends allrengöringsmedel kunde förväxlas med KLORIN gjordes en helhetsbedömning av om förpackningen hade särprägel. Endast plastflaskornas form och färg gav inte produkten särprägel. I kombination med namnet och etikettens färgskala fick förpackningen särprägel. I både MD 1985:5 (Perstorps ättika) och MD 1988:6 (Klorin) hade alltså produkterna en grundform som var funktionellt betingad, men vissa särskiljande drag gjorde att helheten ansågs ha särprägel. Domstolen gjorde även en liknande helhetsbedömning i MD 2005:12 (Gustavus) där varken form, färger, text eller symboler sedda var för sig kunde ge Swedish Matches snusdosor särprägel. Men sammantaget gav de olika komponenterna förpackningarna särskiljningsförmåga och särprägel.

Kännedom

Kravet på kännedom innebär att produktens form eller utstyrelse är så pass känd på marknaden att den förknippas med ett visst kommersiellt ursprung. Däremot krävs det inte att konsumenterna vet vilken näringsidkare som produkten härrör från utan det räcker att produkten förknippas med ett visst anonymt kommersiellt ursprung. Kännedomskravet är strängt och måste uppfyllas.³⁰

Kännedomskravet omfattar inte hela marknaden, utan endast den för produkten aktuella marknaden, d.v.s. omsättningskretsen.³¹ Samma sak gäller inom varumärkesrätten där ett varumärke anses inarbetat när det är känt inom en betydande del av omsättningskretsen, 1 kap 7 § VmL. Inom marknadsföringsrätten utgörs omsättningskretsen vanligtvis av enskilda konsumenter som efterfrågar produkten,³² men även fackmän kan ingå. I MD 2009:1 (Elko), som handlade om marknadsföring av dimrar, kom domstolen fram till att omsättningskretsen bestod både av konsumenter och av fackmän. En jämförelse kan göras med varumärkesrätten där omsättningskretsen kan delas in i två huvudgrupper. I den ena gruppen ingår de personer som normalt kan tänkas köpa den aktuella sortens produkt och i

³⁰ Svensson m.fl., 2010, s. 346, MD 2006:19 (Tidningen Vi).

³¹ Se bl.a. MD 2005:20 (*Live!*), MD 2009:1 (Elko) och MD 2011:1 (WE).

³² MD 2007:28 (Mecmaster).

den andra gruppen ingår de personer som är verksamma inom den bransch som handlar med produkten. De personer som ingår i omsättningskretsen kan variera mycket beroende på vilken typ av varor det är fråga om. För dagligvaror såsom livsmedel kan omsättningskretsen utgöras av i princip hela befolkningen, men om det exempelvis handlar om röntgenkontrastmedel utgörs omsättningskretsen endast av viss sjukvårdspersonal och andra personer inom branschen.³³ Mer om hur omsättningskretsen definieras återfinns i avsnitt 3.2.3.

Det finns olika omständigheter som visar om en produkt är känd, exempelvis konsumenternas kännedom, hur omfattande produkten har marknadsförts, hur länge produkten har funnits på marknaden, försäljningssiffror, marknadsinvesteringar och hur hög marknadsandel som produkten har.³⁴ Kännedomen hos konsumenterna kan visas med hjälp av marknadsundersökningar.

Det finns inget krav på att uppmäta den faktiska kännedomen hos konsumenterna. I MD 2007:27 (Twiner) gjorde domstolen en helhetsbedömning av olika omständigheter. Stor uppmärksamhet i media, omfattande marknadsföring, höga försäljningssiffror samt hög marknadsandel gjorde att domstolens sammantagna bedömning blev att TWINNER var känd på marknaden. Även om parterna åberopat marknadsundersökningar kan domstolen bortse från dessa om undersökningarna är behäftade med brister. Istället sker en helhetsbedömning av den övriga utredningen.³⁵

Kändhetskravet i MFL kan jämföras med kravet på inarbetning inom varumärkesrätten, 1 kap 7 § VmL. Att en produkt är känd innebär i princip att den är inarbetad.³⁶ Ett varukännetecken är inarbetat om det här i landet, eller inom en betydande del av omsättningskretsen, är känt som beteckning för de varor eller tjänster som tillhandahålls under kännetecknet, 1 kap 7 § VmL. I inarbetningskravet ingår även kravet på särskiljningsförmåga enligt 1 kap 5 § VmL.³⁷ Särskiljningsförmågan är uppnådd om ett varukännetecken kan skilja varor eller tjänster som tillhandahålls i en näringsverksamhet från dem som tillhandahålls i en annan, 1 kap 5 § VmL. Vid avgörandet av om ett varumärke har särskiljningsförmåga görs det en helhetsbedömning. Det viktigaste i bedömningen är om varukännetecknet kan fungera som ett individualiseringsmedel för avsedda varor och för den enskilda varumärkesinnehavaren inom omsättningskretsen.³⁸

³³ Bernitz m.fl., *”Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens”*, 2011, s. 255.

³⁴ Svensson m.fl., 2010, s. 346, se även bl.a. MD 2001:22 (Red Bull), MD 2007:16 (Mini Maglite) och MD 2007:27 (Twiner).

³⁵ Se exempelvis MD 2011:1 (WE) och MD 2009:12 (Xanté).

³⁶ Levin, lagkommentar till 14 § MFL i Karnov

³⁷ Prop 2009/10:225, s. 401.

³⁸ Per Carlsson, lagkommentar till 1 kap 5 § VmL i Karnov.

Gränsvärden

Det finns ingen given gräns för hur stor del av omsättningskretsen som måste känna till en produkt för att denna ska anses vara känd, men det normala är att produkten måste vara känd hos ungefär en tredjedel av omsättningskretsen.³⁹ Denna gräns har dock aldrig fastställts i praxis. I Chiemseemålet slog EG-domstolen fast att ”om den behöriga myndigheten anser att en betydande andel av den berörda omsättningskretsen tack vare varumärket kan ange att varan kommer från ett visst företag, skall den under alla omständigheter fastställa att kravet för registrering av varumärket är uppfyllt.”⁴⁰ Gränsen inom varumärkesrätten är således satt till en ”betydande del”. Motsvarande bestämmelse finns i 1 kap 7 § VmL där det stadgas att ett varukännetecken ska anses inarbetat om det är känt inom en betydande del av omsättningskretsen. Vad som avses med en ”betydande del” finns det ingen generell gräns för utan det beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Om det exempelvis är många personer som uppfattar märket som en beskrivande beteckning ska kravet på antal personer som uppfattar märket som ett kännetecken ställas högre.⁴¹ Tidigare krävdes det att ett kännetecken var ”allmänt känt” som beteckning för innehavarens varor. Bestämmelsen tillämpades mycket strängt och det krävdes hög kännedom inom omsättningskretsen. Stockholms Handelskammars varumärkesnämnd⁴² krävde i regel att ett kännetecken var känt inom 50 % av omsättningskretsen för att det skulle vara inarbetat. På grund av att den allmänna uppfattningen var att kravet var för högt satt ändrades inarbetningskriteriet från ”allmänt känt” till ”betydande del” fr.o.m. 1 januari 1995. Efter det att kriteriet sänktes ansåg Varumärkesnämnden att ett kännetecken var inarbetat om det var känt av åtminstone en tredjedel av omsättningskretsen under förutsättning att märket hade ursprunglig särskiljningsförmåga.⁴³

Fallenius menar att kännedom inom en tredjedel av omsättningskretsen brukar ses som ett riktmärke, men att det inte går att säga någon exakt gräns.⁴⁴ Carlson tycker att gränsvärdena för kännedom inom varumärkesrätten och inom marknadsföringsrätten borde vara lika höga, men han poängterade även att detta inte är något som har blivit fastställt.⁴⁵

I MD 2005:20 (*Live!*) bedömde domstolen att *live!* var känt inom omsättningskretsen. Fyra stycken marknadsundersökningar hade genomförts där kännedomen vid spontan erinran⁴⁶ uppgick till 22 %, 45 %, 49 % och 42 %. Därtill hade det skett en omfattande marknadsföring. I MD 2005:19 (OLKA), ansåg däremot inte domstolen att tillräckligt hög kännedom hade uppnåtts. En marknadsundersökning visade att kännedomen uppgick till

³⁹ Svensson m.fl., 2010, s. 346.

⁴⁰ Förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee).

⁴¹ Prop 1994/95:59, s. 45.

⁴² Nämnden bedömde många frågor om inarbetning, men är sedan 1 januari 2011 nedlagd.

⁴³ SOU 2001:26, s. 220-222.

⁴⁴ Intervju med Christer Fallenius, 2012-03-23.

⁴⁵ Intervju med Per Carlson, 2012-03-22.

⁴⁶ Spontan erinran innebär att respondenterna får associera helt fritt utan någon vägledning om vad det är som undersöks eller efterfrågas.

20 %. Domstolen ansåg inte att undersökningen gav tillräckligt stöd för att OLKA var känt. Undersökningen hade blivit kritiserad av motparten vilket även kan ha påverkat domstolens bedömning. De två målen tyder ändå på att det verkar rimligt att det krävs kännedom hos ungefär en tredjedel av omsättningskretsen. Som jag tidigare skrev finns det olika omständigheter som kan visa att en produkt är känd och marknadsundersökningar är ett sätt att visa kännedom på. Marknadsdomstolen gör en helhetsbedömning av de olika omständigheterna.

2.2.6.2 Förväxlingsrisk

Bedömningen om en produkt är en efterbildning avgörs i första hand av helhetsintrycket, inte likheter på detaljnivå. Likheten måste vara så pass påtaglig att det uppstår en förväxlingsrisk. Det är inte enbart exakta plagiat och kopior som bedöms vara efterbildningar, utan det avgörande är om efterbildningen skapar väsentligen samma minnesbild⁴⁷ hos konsumenten. Uttrycket brukar kallas ”den bleknande minnesbilden”. Det är inte lika viktigt om produkterna kan skiljas åt när de är placerade intill varandra.

Vilken likhetsgrad som måste uppnås för att en produkt bedöms vara en efterbildning påverkas av köpsituationen och av varuslaget. För dagligvaror, som säljs genom självbetjäning och väljs ut utan närmre eftertanke, är helhetsintrycket av bl.a. förpackningens färg och form vid ett flyktigt påseende avgörande för val av vara. Det är därför av mindre betydelse om förpackningarna sedda samtidigt kan skiljas åt. Risken för förväxling ska bedömas utifrån en normal inköpssituation.⁴⁸

I MD 2003:7 (Digestive) gjorde LU gällande att Göteborgs Kex marknadsfört digestivekex som var förväxlingsbara med LU:s digestivekex. Kexförpackningarna skiljde sig åt på detaljnivå men gav ett likartat helhetsintryck vid en hastig jämförelse. Trots att Göteborgs Kex' förpackning var försedd mer varumärket Göteborgs Kex mitt på förpackningen bedömde MD att det förelåg en förväxlingsrisk.

Köp av dyrare varor föregås normalt av en grundligare undersökning, vilket leder till att förväxlingsrisken minskar. I MD 2000:25 (Hästens) påstod Hästens att rutmönstret på Solebosängen skapade en risk för förväxling med Hästens rutmönster. Trots likhet mellan sängarna ansåg inte MD att det förelåg någon förväxlingsrisk eftersom en konsument antas skaffa sig information om sängar och sängmarknaden samt ta priset och andra faktorer i beaktande.

Förväxling sker oftast av varor av samma slag, s.k. substitut. Möjligheten finns dock att det kan uppstå en indirekt förväxling även om den efterbildade varan har ett annat användningsområde.⁴⁹

⁴⁷ Se bl.a. MD 1988:6 (Klorin).

⁴⁸ Svensson m.fl., 2010, s. 346, se även bl.a. MD 2005:12 (Gustavus).

⁴⁹ Svensson m.fl., 2010, s. 346-347.

3 Marknadsundersökningar

3.1 Marknadsundersökningar i allmänhet

3.1.1 Vad en marknadsundersökning är

ICC och ESOMAR definierar marknadsundersökningar som ”*ett systematiskt insamlande och tolkande av information om individer eller organisationer med hjälp av statistiska och analytiska metoder och tekniker från tillämpad beteendevetenskap som används för att få insikter eller för att stödja beslutsfattande*”.⁵⁰

Marknadsundersökningar kan genomföras i olika syften. Det övergripande syftet är oftast utveckling inom organisationen för att kunna fatta ledningsmässiga eller marknadsföringsmässiga beslut, något som är viktigt för alla organisationer såväl kommersiella som ideella och offentliga. Vanligtvis genomförs marknadsundersökningar i kommersiella syften, exempelvis mätning av kundtillfredställelsen, marknadssegmentering, att effektivisera marknadsföringen, utformning av kommunikationsstrategier, anpassning av produkter etc.⁵¹

3.1.2 Regler och aktörer

Förutom Personuppgiftslagen finns det inga lagar som direkt reglerar marknadsundersökningar. PUL reglerar hur register med personuppgifter får hanteras för att säkerställa den personliga integriteten, 1 och 5 §§ PUL. Exempelvis ska respondenterna i en marknadsundersökning bli informerade om på vilka grunder de valts ut, samt att den koppling som finns mellan en identifierbar person och dennes svar inte får finnas längre tid än vad det tar att kontrollera datainsamlingens kvalitet.⁵²

Eftersom tillämplig lagstiftning är mycket knapphändig har olika branschorganisationer arbetat fram riktlinjer för att upprätthålla en god affärsetik. Den viktigaste och mest omfattande av dessa är ICC/ESOMAR:s Internationella regler för marknads- och samhällsundersökningar.⁵³ Reglerna är utformade för att fungera som ett ramverk för självreglering. Syftet med reglerna är att sätta upp etiska regler som marknadsundersökare ska följa, att främja allmänhetens förtroende för marknadsundersökningar, påvisa det särskilda ansvar som krävs vid intervjuer med barn och

⁵⁰ Definition hämtad från ICC/ESOMAR Internationella Regler för Marknadsundersökningar.

⁵¹ Faarup & Hansen, *Marknadsundersökningar i teori och praktik*, 2011, s. 14-15.

⁵² Christensen m.fl., 2010, s. 38-39.

⁵³ Christensen m.fl., 2010, s. 39.

ungdomar, säkerställa marknadsundersökarens frihet att söka, ta emot och sprida information, samt att minimera behovet av lagstiftning.⁵⁴

Reglerna omfattar alla marknads- och samhällsundersökningar. Tolkning av reglerna ska ske i samverkan med andra regelverk, riktlinjer och principer från ESOMAR och ICC. ESOMAR har bl.a. tagit fram fler specifika koder för olika typer av marknadsundersökningar som exempelvis opinionsmätningar, intervjuer med barn och undersökningar via internet. ICC/ESOMAR:s regler anger miniminivåer för etiskt uppträdande och ska tillämpas mot bakgrund av nationell lagstiftning. Det är ett krav att acceptera och följa reglerna för att få bli medlem i ESOMAR eller andra organisationer som officiellt antagit reglerna.⁵⁵

I Sverige är SMIF den största branschorganisationen för undersökningsföretag. SMIF verkar bl.a. för en enhetlig etik och kvalitet i marknadsundersökningsfrågor, för en ökad användning av marknadsundersökningar, för en aktiv, positiv och stimulerande konkurrens etc.⁵⁶ SMIF ställer upp flera villkor för medlemskap. Ett av dem är att medlemmen förbinder sig att följa ICC/ESOMAR:s etiska regler.⁵⁷

År 1995 bildades ERM av ESOMAR och SMIF.⁵⁸ ERM:s uppgift är att övervaka att ICC/ESOMAR:s etiska regler följs. ERM verkar för god etik och moral avseende marknadsundersökningar och gör uttalanden huruvida marknadsundersökningar är förenliga med ICC/ESOMAR:s etiska regler.⁵⁹

Tidigare hade Stockholms Handelskammars Varumärkesnämnd en viktig ställning som marknadsundersökningsinstitut. Varumärkesnämnden bestod av juridisk och kommersiell expertis på kännetecken samt experter på marknadsföring, reklam och marknadsundersökningar. På uppdrag av näringsidkare, PRV och domstolar tillhandahöll Varumärkesnämnden utredningar som användes vid bedömning av inarbetningsfrågor. Varumärkesnämnden samarbetade med ett begränsat antal marknadsundersökningsinstitut som genomförde undersökningarna, men det var Varumärkesnämnden som beslutade om undersökningens upplägg, utformade frågeställningarna och bestämde omsättningskretsen.⁶⁰ Sedan den 1 januari 2011 är Varumärkesnämnden nedlagd, men de riktlinjer som nämnden har arbetat fram har ändå betydelse vid bedömningen av marknadsundersökningar.⁶¹

⁵⁴ Inledningen till ICC/ESOMAR International Code On Market And Social Research, 2008.

⁵⁵ Inledningen till ICC/ESOMAR International Code On Market And Social Research, 2008.

⁵⁶ <http://www.smif.org/om-smif>, hämtat 2012-02-07.

⁵⁷ <http://www.smif.org/medlemsskap>, hämtat 2012-02-07.

⁵⁸ <http://www.smif.org/lagar-a-etik/etiska-radet>, hämtat 2012-02-07.

⁵⁹ <http://www.etiskaradet-erm.se/>, hämtat 2012-02-07.

⁶⁰ Synnerstad, *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden*, 1992, s. 14-17.

⁶¹ Viken, Monica, *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett*, 2011, s. 218.

3.2 Genomförandet av en marknadsundersökning

3.2.1 Steg 1: Att identifiera problemet och fastställa syftet

Det första steget i undersökningsprocessen är att identifiera det marknadsföringsproblem som företaget ska lösa med hjälp av en marknadsundersökning. Därefter genomförs en grundlig problemanalys för att få en övergripande bild av problemet, för att sedan avgränsa problemet, fokusera undersökningen och formulera syftet. Det ska fastställas vad företaget vill uppnå med undersökningen och vad undersökningen ska användas till.⁶² Därefter avgränsas marknadsföringsproblemet så att det blir så relevant som möjligt, får ett högt förklaringsvärde samt är praktiskt genomförbart.⁶³

I den här uppsatsen behandlas huvudsakligen två bevisteman för marknadsundersökningar. För att bevisa att en produkt (inte) är känd och särpräglad,⁶⁴ eller för att bevisa att en produkt (inte) är förväxlingsbar.⁶⁵ Ofta görs det en eller flera marknadsundersökningar för att visa att en produkt både är känd och särpräglad, eftersom båda rekvisiten måste vara uppfyllda för att det ska kunna föreligga en förväxlingsrisk. Det är även vanligt förekommande att i ett mål åberopa marknadsundersökningar avseende både kändhet och särprägel, samt förväxlingsrisk. Exempelvis i MD 2005:12 (Gustavus) hade Swedish Match låtit genomföra sju inarbetsundersökningar och fem förväxlingsundersökningar.

Inom varumärkesrätten finns det tre olika typer av marknadsundersökningar:

- inarbetsstudier med vilka registrerbarhet, inarbetning och degeneration kan visas,
- förväxlingsstudier som kan visa förväxlingsbarhet och vilseledande om det kommersiella ursprunget,
- vilseledandestudier där vilseledande om varans egenskaper etc. kan visas.⁶⁶

Motsvarande undersökningar kan göras inom marknadsföringsrätten. Enligt Per Sahlqvist och Kurt Helle på Brand Eye är det i princip ingen skillnad på de undersökningar som genomförs inom varumärkesrätten jämfört med de undersökningar som genomförs inom marknadsföringsrätten.⁶⁷ De för uppsatsen aktuella typerna av marknadsundersökningar är inarbetsstudier för att påvisa kändhet och särprägel, samt förväxlingsstudier för att

⁶² Christensen m.fl., 2010, s.50.

⁶³ Christensen m.fl., 2010, s.54-55.

⁶⁴ se exempelvis MD 2009:12 (Xanté), MD 2004:23 (LEGO) och MD 2010:4 (Red Bull).

⁶⁵ se exempelvis MD 2005:12 (Gustavus) och MD 2003:25 (Ullared).

⁶⁶ Synnerstad, 1992, s. 46.

⁶⁷ Intervju med Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, 2012-03-22.

påvisa en förväxlingsrisk och vilseledande om det kommersiella ursprunget. Inarbetsundersökningar och förväxlingsundersökningar skiljer sig åt avseende hur väl det som ska bevisas korresponderar med vad som kan mätas. Inarbetsstudier syftar i första hand till att mäta hur känd en produkt är. Detta är ett faktiskt förhållande som är möjligt att mäta med en marknadsundersökning. Förväxlingsrisk är däremot svårare att mäta. Genom förväxlingsstudier får man fram konsumenternas normalreaktioner. Förväxlingsrisk i juridisk mening är ett tekniskt begrepp som inte alltid motsvarar omsättningskretsens uppfattning eller om förväxlingar faktiskt har skett. Att det föreligger en risk för förväxling behöver inte innebära att någon förväxling egentligen har ägt rum. Skulle en marknadsundersökning visa att förväxling faktiskt äger rum i omsättningskretsen är detta givetvis ett tecken på att förväxlingsrisk föreligger även i juridisk mening.⁶⁸

En marknadsundersökning måste vara genomförd i rätt syfte för att kunna ligga till grund för ett avgörande. Undersökningen ska alltså ha till syfte att visa att en produkt antingen är känd och särpräglad eller att det föreligger en förväxlingsrisk. Dessutom ska undersökningen vara avsedd att användas som bevismedel i den aktuella tvisten. Om en marknadsundersökning inte är genomförd i rätt syfte finns det enligt Carlson en risk för att fel frågor har ställts i undersökningen.⁶⁹ Enligt Sahlqvist och Helle kan undersökningar som inte syftar till att användas som bevismedel ha ledande frågor samt ge respondenterna inledande information om vad undersökningen behandlar.⁷⁰

3.2.2 Steg 2: Val av undersökningsmetod

Undersökningsproblemet lägger grunden för hur undersökningen ska utformas. Metoden skiljer sig åt beroende på vilket undersökningsproblem man står inför. Det finns ingen metod som är lämplig för alla typer av undersökningar utan metoden anpassas utifrån det specifika undersökningsproblemet.⁷¹

Det finns två huvudtyper av metoder: kvalitativa och kvantitativa metoder. De olika metoderna genererar olika typer av data. Kvantitativ data är mätbar på så sätt att den anger hur många som har valt varje svarsalternativ. Kvantitativ data kallas även hård data och redovisas som ett siffervärde.⁷² Datainsamlingen är strukturerad och grundar sig på stora och representativa stickprov. Kvalitativa undersökningar går djupare än kvantitativa och syftar till att ge insikt och förståelse för målgruppens preferenser, motiv, attityder, beteendemönster och uppfattningar. Stickprovets storlek och representativitet har ingen avgörande betydelse.⁷³ Skillnaden mellan

⁶⁸ Synnerstad, 1992, s. 47.

⁶⁹ Intervju med Per Carlson, 2012-03-22.

⁷⁰ Intervju med Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, 2012-03-22.

⁷¹ Christensen m.fl., 2010, s. 64.

⁷² Larsen, *Metod helt enkelt*, 2007, s. 22.

⁷³ Faarup och Hansen, 2011, s. 222.

kvantitativa och kvalitativa undersökningar kan klargöras med ett exempel: En kvantitativ undersökning kan ge svar på hur stor del av målgruppen som föredrar ett visst varumärke. Medan en kvalitativ undersökning kan berätta varför målgruppen föredrar eller inte föredrar ett visst varumärke.⁷⁴ Den undersökningsmetod som är aktuell för inarbetsstudier och förväxlingsstudier är således den kvantitativa metoden, eftersom undersökningarna måste grunda sig på stora och representativa stickprov samt resultatet måste vara mätbart. Undersökningsmetodiken måste även vara anpassad till undersökningens syfte, d.v.s. att fungera som bevismedel.

3.2.3 Steg 3: Identifiering av målpopulationen

Målpopulationen utgörs av alla enheter som man vill ha kunskap om. Det kan exempelvis röra sig om alla svenska medborgare, ensamstående i Stockholm eller patienter med en viss sjukdom.⁷⁵ Målpopulationen kan definieras med hjälp av olika variabler. I de fall enheterna består av individer finns det fem övergripande variabler som kan användas för att definiera målpopulationen:

- Demografi, exempelvis kön, ålder, civilstånd och boendeyta,
- Socioekonomi, exempelvis utbildning, inkomst och samhällsgrupp,
- Psykografi, exempelvis värderingar och attityder,
- Livsstil, exempelvis aktiviteter och intressen,
- Köpmönster, d.v.s. innehav och behov av produkter och tjänster.

Det är sällan alla variablerna används samtidigt eftersom detta skulle innebära att målpopulationen blir allt för snävt definierad. Demografiska variabler är de vanligaste därför att de är lättillgängliga samt enkla att kvantifiera.⁷⁶

Marknadsundersökningens syfte ligger till grund för bestämmandet av målpopulationens omfattning och storlek.⁷⁷ Eftersom det är omsättningskretsen som är intressant att undersöka ska den därför sammanfalla med målpopulationen. Det är undersökningsföretaget och uppdragsgivaren som vid utformningen av marknadsundersökningen bestämmer sammansättningen av målpopulationen. Enligt Martin Elsässer och Toivo Sjören på TSN SIFO skiljer det sig åt hur klar bild olika företag har av sin målpopulation och det finns ofta olika perspektiv på hur målpopulationen kan definieras. Vilken typ av vara det handlar om spelar också in för hur lätt eller svårt det är att definiera målpopulationen.⁷⁸ Enligt Sahlqvist och Helle är det dock undersökningsföretaget som i slutänden definierar målpopulationen för undersökningen med hjälp av information

⁷⁴ Faarup och Hansen, 2011, s. 221.

⁷⁵ Lisper och Lisper, *Statistik för samhällsvetare*, 2005, s. 206-207.

⁷⁶ Faarup och Hansen, 2011, s. 29-30.

⁷⁷ Farrahi, *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten*, 2006, s. 440.

⁷⁸ Intervju med Martin Elsässer och Toivo Sjören på TSN SIFO, 2012-03-22.

från uppdragsgivaren.⁷⁹ Däremot är det domstolen som avgör omsättningskretsens sammansättning. Ifall domstolen inte anser att målpopulationen motsvarar omsättningskretsen eller om målpopulationen är för snävt definierad, kan inte marknadsundersökningen ligga till grund för ett avgörande. Beroende på hur målpopulationen avgränsas går det att styra resultatet av undersökningen. Genom att göra en snäv avgränsning till exempelvis heavy users kan undersökningsresultatet visa på en högre kännedomsggrad. Detta skulle däremot innebära att målpopulationen inte stämmer överens med omsättningskretsen och undersökningen kan därmed inte ligga till grund för ett rättsligt avgörande.⁸⁰

3.2.4 Steg 4: Urvalsprocessen

Eftersom målpopulationen ofta är väldigt omfattande är det inte praktiskt eller kostnadsmässigt möjligt att undersöka hela denna. Istället genomförs undersökningen på ett urval ur målpopulationen. Resultatet av undersökningen kan sedan användas för att dra slutsatser om hela målpopulationen. Undersökningens problem och syfte ligger till grund för valet av undersökningsmetod. Det finns två övergripande urvalsmetoder, sannolikhetsurval och icke-sannolikhetsurval. Genom ett sannolikhetsurval väljs enheterna ut slumpmässigt och alla har en känd chans att komma med i urvalet. Med hjälp av ett icke-sannolikhetsurval väljs inte enheterna ut slumpmässigt och chansen att enheterna blir utvalda kan inte förutses.⁸¹

För kvantitativa undersökningsmetoder är sannolikhetsurval lämpligast. Sannolikhetsurvalet möjliggör generalisering. Syftet med marknadsundersökningar som ska användas som bevismedel, är att visa på att ett visst förhållande gäller för hela omsättningskretsen och inte enbart för enheterna som deltagit i undersökningen. Generaliseringsmöjligheten har därför avgörande betydelse vid valet av urvalsmetod.⁸² Enligt Carlson krävs det att en undersökning har ett slumpmässigt representativt urval för att den ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel.⁸³ Sannolikhetsurval kan ske på flera olika sätt: obundet slumpmässigt urval, systematiskt urval, stratifierat urval, klusterurval och flerstegsurval. Enheterna slumpas på olika sätt fram från listor över respondenterna i målgruppen.⁸⁴

Oavsett urvalsmetod kommer enheterna i urvalet ej exakt att motsvara målpopulationen. Detta påverkar undersökningens resultat, generaliserbarhet och representativitet. Urvalet kan ha fel och brister, varav de två vanligaste är ramfel och bortfallsfel. Ramfel är att urvalsramen inte stämmer överens med målpopulationen. Ramfel kan delas in i två typer, övertäckning och undertäckning. Övertäckning betyder att antalet enheter i

⁷⁹ Intervju med Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, 2012-03-22.

⁸⁰ Synnerstad, 1992, s. 53.

⁸¹ Christensen m.fl., 2010, s. 110.

⁸² Larsen, 2007, s. 38.

⁸³ Intervju med Per Carlson, 2012-03-22.

⁸⁴ Christensen m.fl., 2010, s. 115-119.

urvalsramen överskrids.⁸⁵ Detta kan i efterhand motverkas genom att använda filter- eller gallringsfrågor. Filterfrågorna får inte avslöja för respondenten vad undersökningen handlar om eftersom det kan påverka vad respondenten svarar. Lämpligen ställs därför filterfrågor i slutet av intervjun. Tyvärr kan detta innebära att flera intervjuer gjorts i onödan.⁸⁶ Undertäckning innebär att det saknas enheter som ska vara med i urvalsramen vilket betyder att registret får för få personer. Både övertäckning och undertäckning leder till att resultatet av undersökningen snedvrids. Genom att se till att använda ett register som är uppdaterat kan detta motverkas.⁸⁷

Bortfall innebär att alla utvalda enheter inte väljer att delta i undersökningen. Risken finns att bortfallet inte är slumpmässigt så att de som valt att avstå från att delta skiljer sig från de som deltagit. De som deltagit blir därmed inte representativa för hela målgruppen vilket kan leda till ett missvisande resultat.⁸⁸

Förutom att bestämma urvalsmetod är det även viktigt att bestämma en lämplig urvalsstorlek. Ett större urval innebär en ökad överrensstämelse mellan undersökningsresultatet och verkligheten. Ju högre säkerhet som eftersträvas desto större måste urvalet vara.⁸⁹ Däremot bör inte urvalsstorleken vara större än nödvändigt eftersom ett större urval medför ökade kostnader samt en ökad risk för andra felkällor.⁹⁰ Enligt Elsässer och Sjören finns det inget givet svar på hur stort urvalet bör vara, utan det varierar från fall till fall. Ju större och bredare målgruppen är, desto större urval kan behövas för att täcka upp hela målgruppen. Om åsikterna ser olika ut i olika undergrupper är det viktigt att alla blir representerade.⁹¹ Enligt Sahlqvist och Helle är det vid konsumentundersökningar lämpligt med ett urval på ungefär 500 respondenter, men lämplig urvalsstorlek kan ändå variera från fall till fall. Felmarginalerna påverkas inte i så stor utsträckning även om antalet respondenter fördubblas, varför det ofta inte är motiverat att ha ett större urval. För undersökningar som riktar sig till näringsidkare brukar 100-200 respondenter vara lagom, men det beror på branschen.⁹²

3.2.5 Steg 5: Val av datainsamlingsteknik

Data kan delas upp i primärdata och sekundärdata. Primärdata är nya data som är särskilt insamlad för att lösa det aktuella marknadsföringsproblemet. Sekundärdata är data som redan finns tillgängligt, främst forskningsdata.⁹³ Marknadsundersökningar kan användas för att samla in primärdata. Då vi är

⁸⁵ Christensen m.fl., 2010, s. 110-111.

⁸⁶ Synnerstad, 1992, s. 61.

⁸⁷ Christensen m.fl., 2010, s. 111.

⁸⁸ Christensen m.fl., 2010, s. 112.

⁸⁹ Christensen m.fl., 2010, s. 121.

⁹⁰ Synnerstad, 1992, s. 69.

⁹¹ Intervju med Martin Elsässer och Toivo Sjören på TSN SIFO, 2012-03-22.

⁹² Intervju med Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, 2012-03-22.

⁹³ Larsen, 2007, s. 45.

intresserade av primärdata, som samlas in med en kvantitativ metod, finns det i huvudsak fem datainsamlingstekniker: telefonbaserade intervjuer, personliga intervjuer, enkäter via post, enkäter via internet och omnibusundersökningar.⁹⁴

Både enligt Sahlqvist och Helle samt enligt Elsässer och Sjören blir internetbaserade undersökningar allt vanligare.⁹⁵ Enkäterna kan förmedlas antingen via en hemsida, via e-post eller med hjälp av mobiltelefonen och sms.⁹⁶ Oftast har undersökningsinstitutet i förväg rekryterat potentiella respondenter utifrån exempelvis yrkestillhörighet eller demografiska faktorer. Genom att undersökningsinstitutet har samlat in information om varje respondent är det sedan lätt att välja ut rätt målpopulation.⁹⁷ Vid användandet av paneler måste dock beaktas att dessa inte alltid är representativa eftersom personer med vissa demografiska kännetecken har en större tendens än andra att gå med i en panel. Hur rekryteringen av medlemmarna till panelen har gått till påverkar resultatets generaliserbarhet. Rekrytering som har skett genom sannolikhetsurval är att föredra, eftersom sannolikhetsurval möjliggör generalisering.⁹⁸

Det finns många fördelar med internetenkäter. De går snabbt och enkelt att genomföra samt är kostnadseffektiva. För webbundersökningar är omkostnaderna oberoende av antalet respondenter, vilket gör att stora undersökningar kan genomföras utan att kostnaderna rusar iväg. En annan fördel är de tekniska möjligheterna. Det går att infoga bilder, ljud och filmklipp i enkäterna samt bearbetningen av data kan ske automatiskt. Geografiska avstånd är inget hinder eftersom internet möjliggör att skicka undersökningar världen över utan att det kostar extra eller tar längre tid.⁹⁹

Den största nackdelen med webbundersökningar är att det krävs att respondenten har tillgång till en dator med internet samt har tillräckliga kunskaper för att kunna använda sig av denna. Även om internetanvändningen är väldigt utbredd finns det fortfarande vissa målgrupper, främst äldre, där inte webbundersökningar är lämpliga.¹⁰⁰ En annan nackdel är att det inte finns någon kontroll över intervjusituationen, vilket även gäller för postenkäter. Det går inte att säkerställa att det faktiskt är den utvalde respondenter som ensam svarar på frågorna.¹⁰¹

Sahlqvist och Helle berättade att för några år sedan var telefonintervjuer den vanligaste datainsamlingstekniken. Vad det är som ska undersökas är avgörande för vilken metod som är lämpligast. Om det är rena ordmärken som ska undersökas är telefonintervjuer fortfarande vanligast, såvida det

⁹⁴ Faarup och Hansen, 2011, s. 46.

⁹⁵ Intervju med Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, 2012-03-22 och Intervju med Martin Elsässer och Toivo Sjören på TSN SIFO, 2012-03-22.

⁹⁶ Christensen m.fl., 2010, s. 144.

⁹⁷ Faarup och Hansen, 2011, s. 51.

⁹⁸ Dahmström, Karin, *Från datainsamling till rapport*, 2011, s. 332-333.

⁹⁹ Christensen m.fl., 2010 s. 144-145.

¹⁰⁰ Faarup och Hansen, 2011, s. 52.

¹⁰¹ Dahmström, Karin, 2011, s. 87.

inte handlar om svåruttalade ord.¹⁰² Fördelarna med telefonintervjuer är att de går förhållandevis snabbt att genomföra och är relativt billiga, dock dyrare än internetbaserade intervjuer. Det är även lätt att ta fram ett slumpmässigt urval av telefonnummer. Nackdelarna är att det ökande antalet mobiltelefoner gör det svårare att ta fram ett representativt urval och det går inte att visa bilder etc. för respondenterna. Telefonintervjuer lämpar sig bäst för korta intervjuer med okomplicerade frågor eftersom respondenterna inte kan fundera och reflektera över frågorna i lugn och ro. Det är vanligt att telefonintervjuer genomförs med CATI-stöd, vilket står för ”Computer Assisted Telephone Interviewing”. Frågeschemat är då datorstyrt och intervjuaren ser bara de relevanta frågorna och svarsalternativen. CATI-stöd kan även användas för att bygga upp logiska filter som nekar uppenbart felaktiga svarskombinationer.¹⁰³

En annan datainsamlingsteknik är ”på-stan-intervjuer”. Intervjuaren väljer då ut de respondenter som ska svara på frågorna. Denna metod är inte lämplig eftersom urvalet aldrig blir slumpmässigt. Det går inte i förväg att förutsäga sannolikheten för att de intervjuade personerna blir utvalda.¹⁰⁴ Trots det används ändå tekniken ibland.¹⁰⁵

Även omnibusundersökningar används i viss utsträckning, fast numera är det inte lika vanligt för undersökningar som syftar till att användas som bevismedel. En omnibusundersökning är en stor gemensam undersökning där flera uppdragsgivare deltar med sina frågor. Denna typ av undersökning är kostnadseffektiv, men har flera nackdelar. De tar lång tid att genomföra vilket både leder till högt bortfall och sämre svarskvalitet.¹⁰⁶ Ett annat problem när flera intressenter är inblandade är att målgruppen för undersökningen inte alltid korresponderar med den relevanta omsättningskretsen.¹⁰⁷

3.2.6 Steg 6: Frågeutformningen

3.2.6.1 Frågeutformning i allmänhet

När datainsamlingsteknik valts sker frågeutformningen. Frågorna väljs och formuleras utefter undersökningens syfte. Vilka frågor som ställs och i vilken ordning dessa ställs har stor betydelse för undersökningens resultat.¹⁰⁸ Det har även betydelse för hur stor risken är för mätfel. Därför är det viktigt att ha detta i åtanke redan innan frågorna konstrueras. De två mätfelen är låg validitet och låg reliabilitet.¹⁰⁹ Validiteten anger värdet av

¹⁰² Intervju med Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, 2012-03-22.

¹⁰³ Faarup och Hansen, 2011, s. 46-47.

¹⁰⁴ Dahmström, 2011, s. 98.

¹⁰⁵ Se bl.a. MD 2004:23 (LEGO), MD 2005:19 (OLKA) och MD 2007:18 (Taxi Stockholm).

¹⁰⁶ Synnerstad, 1992, s. 64-65.

¹⁰⁷ Viken, 2011, s. 241.

¹⁰⁸ Christensen m.fl., 2010, s. 138.

¹⁰⁹ Synnerstad, 1992, s. 72.

och relevansen hos insamlad data, om undersökningen uppfyller sitt syfte och om resultaten är användbara. Öppna frågor leder oftare till högre validitet än i förväg givna svarsalternativ eftersom respondenterna då kan svara fritt och förklara sina svar.¹¹⁰ Genom att använda kontrollfrågor går det att säkerställa att respondenten svarat sanningsenligt.¹¹¹ Validiteten och reliabiliteten är till viss del varandras motpoler. En hög reliabilitet innebär en hög tillförlitlighet och säkerhet i svaren. Sannolikheten att få en hög reliabilitet ökar ju mer strukturerade metoder som använts.¹¹² Om respondenten trötts ut eller är ointresserad av ämnet sjunker reliabiliteten. Reliabiliteten kan kontrolleras genom att ställa samma fråga flera gånger. Om svaret är oförändrat har undersökningen hög reliabilitet.¹¹³

Frågorna måste vara lätta att förstå för respondenterna och inte vara onödigt långa eller komplicerade. Svåra ord bör undvikas eftersom de kan missuppfattas. Subjektiva ord såsom ”ibland” och ”ofta” bör även undvikas eftersom de kan tolkas olika. Negationer kan vara förvirrande och bör också undvikas. Varje fråga bör bara innehålla en frågeställning, eftersom det är lättare att svara på en fråga i taget.¹¹⁴ Ordningsföljden bör vara naturlig och logisk. Det är lämpligt att börja med kunskapsfrågor och avsluta med åsiktsfrågor. Om känsliga frågor förekommer bör dessa placeras i slutet.¹¹⁵

Enligt Carlson är ett av de vanligaste felen en marknadsundersökning är behäftad med att frågorna är ledande.¹¹⁶ En fråga är ledande om respondenten får en indikation på vilket svar han eller hon bör välja. Ledande frågor resulterar i låg validitet eftersom de styr undersökningsresultaten. Ett exempel på en ledande fråga kan vara: Vilket varumärke förknippar du med den här bilden? Respondenterna blir därmed informerade om att det är ett varumärke som efterfrågas.¹¹⁷ För att undvika risken för att frågorna blir ledande bör inte värdeladdade ord eller formuleringar användas.¹¹⁸ Prestigeladdade frågor där ett svar kan anses bättre än ett annat bör också undvikas.¹¹⁹ Även frågeordningen kan göra att frågor uppfattas som ledande.¹²⁰

Frågor kan antingen ha fasta svarsalternativ eller öppna svarsalternativ. Frågor med fasta svarsalternativ är lättare att besvara, koda och analysera.¹²¹ Däremot innebär fasta svarsalternativ att frågorna blir ledande, dels på grund av att respondenterna kanske får associationer de annars inte hade fått och dels för att de är bundna av svarsalternativen och inte kan svara med

¹¹⁰ Kylén, Jan Axel, *Att få svar*, 2004, s. 140-142.

¹¹¹ Synnerstad, 1992, s. 73.

¹¹² Kylén, 2004, s. 142.

¹¹³ Synnerstad, 1992, s. 73.

¹¹⁴ Christensen m.fl., 2010, s. 152.

¹¹⁵ Synnerstad 1992, s. 75.

¹¹⁶ Intervju med Per Carlson, 2012-03-22.

¹¹⁷ Viken, 2011, s. 266.

¹¹⁸ Synnerstad, 1992, s. 76.

¹¹⁹ Dahmström, 2011, s. 154.

¹²⁰ Synnerstad, 1992, s. 78.

¹²¹ Dahmström, 2011, s. 158.

sina egna ord. Om fasta svarsalternativ används är det viktigt att tänka på s.k. positionseffekter, d.v.s. att respondenter tenderar att välja svarsalternativ som står i början av en uppräknings framför de som står längre ner. För att motverka positionseffekter bör ordningen på svarsalternativen roteras.¹²² En annan viktig sak att tänka på när fasta svarsalternativ används är att det ska finnas ett "vet ej/ingen åsikt/tveksam" alternativ. Respondenterna kommer annars att avge svar som inte motsvarar deras åsikt eller inte svara alls vilket leder till ett ökat bortfall.¹²³

Öppna svarsalternativ innebär att respondenterna får associera fritt och svara med egna ord. Eftersom respondenterna därmed inte blir påverkade av några svarsalternativ minskar risken för att frågan skulle vara ledande. Däremot tar det längre tid att bearbeta och sammanställa svaren från öppna frågor. Svaren kan vara svårtydda och därmed även svåra att koda.¹²⁴ Enligt Sahlqvist och Helle bör frågorna i en marknadsundersökning som ska användas som bevismedel alltid ha öppna svar eftersom fasta svarsalternativ blir ledande vilket gör att bevisvärdet sjunker.¹²⁵ Varumärkesnämnden använde sig också främst av öppna svarsalternativ.¹²⁶

3.2.6.2 Frågeutformningen i inarbetningsstudier och förväxlingsstudier

Inarbetningsstudier handlar om både kännedom och särskiljningsförmåga. Kännedom är lätt att mäta eftersom det handlar om vetande. Det kan mätas med spontan erinran och med hjälpt erinran. Vid spontan erinran får respondenterna associera helt fritt utan någon hjälp om vad det är som efterfrågas. Vid hjälpt erinran blir respondenterna vägleda om exempelvis vilken typ av produkt det handlar om.¹²⁷ Särskiljningsförmåga är däremot svårare att mäta eftersom det inte är något en genomsnittskonsument reflekterar över. För att mäta särskiljningsförmåga ställs varumärkesfrågor/ensamrättsfrågor. Respondenterna får då svara på om namnet/förpackningen/utstyrelsen etc. hör till ett särskilt företag eller kan komma från vilket företag som helst. Därmed utreds om namnet/förpackningen/utstyrelsen etc. förknippas med ett visst kommersiellt ursprung eller om det står envar fritt att använda. För dessa frågor lämpar sig fasta svarsalternativ bäst för att kunna erhålla relevant information.¹²⁸

Förväxlingsrisken mäts vanligen genom att respondenterna får identifiera neutraliserade förpackningar och varor.¹²⁹ Problemet med detta är att i en verklig köpsituation är inte förpackningar och varor neutraliserade utan försedda med märkesnamn. Om namnolikheten skulle förhindra förväxling

¹²² Synnerstad, 1992, s. 78-79.

¹²³ Dahmström, 2011, s. 159.

¹²⁴ Synnerstad, 1992, s. 78-79.

¹²⁵ Intervju med Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, 2012-03-22.

¹²⁶ Synnerstad, 1992, s. 79.

¹²⁷ Synnerstad, 1992, s. 80-81.

¹²⁸ Synnerstad, 1992, s. 84.

¹²⁹ Se bl.a. MD 2009:12 (Xanté) och MD 2004:23 (LEGO).

går därmed inte att veta. För varor som kännetecknas av låg märkesmedvetenhet och som köps snabbt och rutinmässigt innebär inte neutraliseringen något större problem eftersom undersökningssituationen liknar den verkliga köpsituationen. För varor med hög märkeskänedom kommer däremot undersökningssituationen avvika från den verkliga köpsituationen i hög grad. Maskering av förpackningar ökar även risken för gissningar. Respondenter tenderar att svara med det marknadsledande märket. För att kontrollera om respondenterna gissat eller har verklig kunskap kan kontrollfrågor ställas.¹³⁰

3.2.7 Steg 7: Undersökningsrapporten

Efter att undersökningen har genomförts analyseras och tolkas informationen och sammanställs i en rapport.¹³¹ För att domstolen ska kunna göra en bedömning av undersökningen måste det med tydlighet framgå hur denna är utförd. Utan dokumentation om hur undersökningen genomförts kan inte domstolen bedöma undersökningens bevisvärde. Ett allmänt krav är att undersökningsrapporten ska innehålla all väsentlig information samtidigt som den ska vara lätt att läsa. Syftet med undersökningen ska framgå, vilket innebär att bevistemat ska specificeras och definieras. Hela frågeformuläret ska finnas med för att domstolen ska kunna kontrollera att frågeställningarna är förankrade i bevistemat.¹³² Vidare ska rapporten innehålla en noggrann redogörelse av metoden. Definitionen av omsättningskretsen och hur urvalet har gått till samt storleken av detta ska finnas med. Hur datainsamlingen har gått till och vilken teknik som använts ska redogöras för. Rapporten ska även innehålla bakgrundsinformation där det anges i vilket syfte undersökningen har genomförts, för vems räkning undersökningen har genomförts och vem som har genomfört den. Vidare ska rapporten innehålla en presentation av de relevanta resultaten, baser för procenträkning, felmarginaler, bortfall, bildmaterial och andra relevanta dokument.¹³³ Ett grundläggande krav är att rapporten både genomförs och presenteras på ett objektivt sätt. I enlighet med artikel 1 a i ICC/ESOMAR International code on market and social research ska marknadsundersökningar vara objektiva och vetenskapligt korrekt genomförda. Detta följer av artikel 11 a som anger att även rapporten ska framställas på ett objektivt sätt med en klar distinktion mellan resultaten och undersökarens egen tolkning av dessa.

¹³⁰ Synnerstad, 1992, s. 118-119.

¹³¹ Christensen m.fl., 2010, s. 13-14.

¹³² Viken, 2011, s. 271-272.

¹³³ Synnerstad, 1992, s. 137-139.

4 Marknadsundersökningar i marknadsföringsmål

Att åberopa marknadsundersökningar som bevismedel är en företeelse som blivit allt vanligare den senaste tiden. De senaste fem åren, år 2007 till år 2011 har Marknadsdomstolen avgjort cirka trettio mål som handlat om vilseledande efterbildningar. I ungefär tjugo av målen har den ena eller båda parterna åberopat en eller flera marknadsundersökningar till stöd för sin talan. En jämförelse kan göras för tiden mellan år 1997 och år 2001 då Marknadsdomstolen endast avgjorde ungefär tio mål som handlade om vilseledande efterbildningar. I cirka åtta av målen hade marknadsundersökningar åberopats. Anledningen till att det är vanligare att åberopa marknadsundersökningar som bevismedel nu än tidigare är således en ökning av mål som handlar om vilseledande efterbildningar. De senaste fem åren har marknadsundersökningar alltså åberopats i omkring två tredjedelar av målen rörande vilseledande efterbildningar.¹³⁴ Nedan presenteras de rättsfall jag undersökt, med fokus på marknadsundersökningarna.

4.1 MD 2000:25 Hästens

Hästens Sängar AB (Hästens) tillverkar sängar och har sedan år 1978 använt sig av Gripsholmsmönstret på sängarna. Rutmönstret förekommer vanligen i blåvitt respektive gulvitt. Skeidar Möbler & Interiör AB (Skeidar) sålde och marknadsförde sängar under namnet Solebo. Skeidar hade mellan augusti 1997 och årsskiftet 1998/1999 använt sig av det blåvita och gulvita Gripsholmsmönstret på Solebosängen. Enligt Hästens utgjorde detta vilseledande efterbildning och risk för förväxling med Hästens sängar.

I samband med Hästens varumärkesregistrering utförde TEMO AB¹³⁵ (TEMO) år 1997 två marknadsundersökningar. 500 respondenter ur befolkningen mellan 15-75 år hade intervjuats. De hade valts ut genom sannolikhetsurval. I den första undersökningen hade respondenterna blivit visade en färgbild av Hästens blåvitrutiga tyg. Efter en hjälpfråga hade 80 % av respondenterna kommit att tänka på Hästens sängar. I den andra undersökningen hade respondenterna blivit visade en svartvit bild på en Hästens säng. 84 % av respondenterna hade då kommit att tänka på Hästens sängar.¹³⁶ Hästens åberopade även två marknadsundersökningar gjorda av Brand Eye AB (Brand Eye).¹³⁷

¹³⁴ Siffrorna har jag fått fram genom att söka på marknadsdomstolens avgöranden i Karnov.

¹³⁵ TEMO köptes 2005 upp av Synovate som 2012 gick ihop med Ipsos, under det gemensamma namnet Ipsos Sweden.

¹³⁶ Sammanställning av de olika undersökningarna, aktbilaga 3, Dnr C 12/99 (De fullständiga undersökningsrapporterna fanns tyvärr inte med i akterna hos Marknadsdomstolen.)

¹³⁷ Dessa undersökningar kommenterades aldrig av domstolen varför det ej är relevant att redovisa dem.

MD kom fram till att det aktuella rutmönstret förknippades med Hästens sängar samt att det var både känt och särpräglat, vilket bekräftades av TEMO-undersökningarna. MD fann inte att det förelåg någon förväxlingsrisk med beaktande av köpsituationen. Sängar är förhållandevis dyra sällanköpsvaror vilket innebär att en konsument antas skaffa sig information och överväga beslutet mer noggrant än vid köp av dagligvaror. Solebosängen befann sig även in en annan prisklass än Hästenssängen.

Vad gäller frågan om renommésnyltning så konstaterade MD däremot att utredningen visade att konsumenterna oftast uppfattade rutmönstret som ett kännetecken för Hästens sängar. Skeidars marknadsföring av sängar med ett liknande rutmönster innebar ett utnyttjande av Hästens kommersiella uppmärksamhetsvärde. MD ansåg därför att Skeidars marknadsföring innebar renommésnyltning.

4.2 MD 2003:25 Ullared

G.K. bildade lågprisaffären Ge-Kås i Ullared AB (Ge-Kås) år 1963. Sedan dess har verksamheten vuxit och är idag etablerad och väl känd för de flesta konsumenter. År 1991 sålde G.K. samtliga aktier i Ge-Kås till de nuvarande ägarna. Verksamheten omsatte då 600 miljoner kronor och var ett av de största enskilda försäljningsställena för konsumtionsvaror i Sverige. G.K. är en mycket välkänd person som förknippas med lågprishandel och Ullared. Ordet Ullared har i folkmun blivit den dominerande beteckningen för Ge-Kås' verksamhet. Även i massmedia benämns Ge-Kås företrädesvis enbart med ordet Ullared.

I november 2001 utförde GfK Sverige AB (GfK) på uppdrag av Ge-Kås en marknadsundersökning. Syftet med undersökningen var att mäta i vilken utsträckning namnet Ullared förknippades med Ge-Kås, vad de intervjuade tänkte på när de hörde namnet Ullared samt om de tyckte att ordet Ullared stod för något speciellt. Personliga intervjuer inom ramen för GfK:s Personliga Omnibus (POB) genomfördes med 1000 personer. Urvalet, som drogs ur SPAR-registret, var riksrepresentativt av män och kvinnor i åldern 15-74 år. Innan undersökningen startades genomfördes provintervjuer för att kontrollera att formuläret fungerade korrekt. Intervjuarens arbete kontrolleras genom stickprovskontroller. Rapporten innehöll en beskrivning av dataredovisningen och hur felmarginalen uppmättes.¹³⁸ Av samtliga respondenter var det 59 % som spontant svarade att de tänkte på en butik, lågprisbutik eller varuhus när de hörde ordet Ullared. Utöver detta associerade 24 % till företeelser som hade med lågprishandel att göra såsom billiga varor eller långa köer. 64 % av respondenterna ansåg att namnet Ullared hörde till en specifik ägares butik och 78 % ansåg att Ullared var namnet på en specifik butik i Halland.

¹³⁸ Namnkännedom, Ge-Kås i Ullared AB, undersökning utförd av GfK i december 2001, aktbilaga 3, Dnr C 8/02.

ullared2.se AB (SEAB) startade år 1999 som en internethandel med ett liknande sortiment som Ge-Kås. SEAB ägs till 40 % av G.K. Verksamheten var inte lönsam och år 2000 etablerades istället en varuhusverksamhet i Veddinge. Verksamheten bedrevs av Verktygsboden i Veddinge AB (VAB) under beteckningen "Verktygsboden med ullared 2". SEAB expanderade till flera orter och etablerades i Morgongåva under beteckningen "ullared2.se". Efter att marknadsdomstolen meddelat ett interimistiskt förbud marknadsförde sig istället SEAB under beteckningen "karlsson från ullared". Enligt Ge-Kås innebar SEAB:s och VAB:s nyttjande av kännetecknet "Ullared" och SEAB:s nyttjande av kännetecknet "karlsson från ullared" ett vilseledande på så sätt att allmänheten trodde att Ge-Kås stod bakom varuhusetableringarna.

GfK genomförde ytterligare två undersökningar. Båda undersökningarna utfördes på samma sätt. Telefonintervjuer via CATI genomfördes med slumpvis utvalda hushåll i Sverige med riksrepresentativ spridning. Sammanlagt genomfördes 500 intervjuer och respondenterna var män och kvinnor i åldern 16-84 år. Undersökningen var en personlig telefonomnibus. Urvalet togs fram med hjälp av GfK:s *Master Sample*¹³⁹ som genererar ett representativt urval för hela riket. Precis som för den förra undersökningen genomfördes provintervjuer för att kontrollera att frågeformuläret fungerade. Det redogjordes för dataredovisning och tillförlitlighet. Den första undersökningen syftade till att kartlägga vad konsumenter förknippade med namnet Ullared 2. 74 % av respondenterna associerade Ullared 2 med varuhus, lågprisbutik, billig handel, långa köer eller liknande. Av samtliga respondenter trodde 44 % att Ullared 2 var en butik i samma kedja som Ge-Kås i Ullared.¹⁴⁰ Den andra undersökningen hade till syfte att visa vad konsumenter förknippade med namnet "karlsson från ullared". 52 % avgav svar som på något sätt relaterade "karlsson från ullared" med Ge-Kås. 26 % av de intervjuade trodde att "karlsson från ullared" var en butik i samma kedja som Ge-Kås.¹⁴¹

Svaranden framförde viss kritik mot undersökningarna, bl.a. att även om Ullared blivit mer känt sedan varuhuset Ge-Kås startade är det fortfarande ett Ortsnamn och den utökade betydelsen tillkommer inte Ge-Kås. Svaranden anförde även att flera av frågorna i marknadsundersökningen var felaktiga eftersom svarsalternativen vilseledde respondenterna.

Domstolen ansåg att marknadsundersökningen från 2001 framstod som mycket vederhäftig. Av undersökningen och av vad som framkommit i övrigt kunde domstolen dra slutsatsen att Ge-Kås var ytterst väl känt under beteckningen "Ullared". Domstolen kom även fram till att "Ullared" hade

¹³⁹ En mer utförlig beskrivning av *Master Sample* finns för den intresserade att tillgå i undersökningsrapporten i aktbilaga 4.

¹⁴⁰ Marknadsundersökning Ullared 2, Ge-Kås i Ullared AB, utförd av GfK i april 2002, aktbilaga 4, Dnr C 8/02.

¹⁴¹ Marknadsundersökning "Karlsson från Ullared", Ge-Kås i Ullared AB, utförd av GfK i maj 2003, aktbilaga 315, Dnr C 8/02.

sådan särskiljningsförmåga att beteckningen även ansågs ha särprägel. Förväxlingsundersökningarna mellan å ena sidan Ge-Kås och å andra sidan SEAB:s och VAB:s verksamheter ansågs också vara vederhäftiga. Av undersökningarna framgick det att marknadsföringen var vilseledande om det kommersiella ursprunget. Slutsatsen styrktes även av övrig bevisning. MD kom således fram till att SEAB:s och VAB:s användande av beteckningen "Ullared" utgjorde vilseledande om det kommersiella ursprunget.

4.3 MD 2004:13 RESIDENCE

TTG Sverige AB (TTG) ger ut tidningen RESIDENCE. RESIDENCE är ett inredningsmagasin som riktar sig till höginkomsttagare. Residence Fastighetsmäklari Stockholm Aktiebolag (RFAB) startade i oktober 2002 och förmedlar kvalitetsbostäder i Stockholm samt villor, fritidsställen och lantbruksegendomar. TTG yrkade att RFAB skulle förbjudas att använda ordet "Residence" i sin marknadsföring eftersom det utgjorde vilseledande om rörelsens kommersiella ursprung och snyltade på det renommé RESIDENCE hade.

TTG lät i januari 2003 Ipsos-Eureka AB genomföra en marknadsundersökning för att visa att RESIDENCE var ett väl inarbetat och väl ansett varumärke i målgruppen fastighetsmäklare och att målgruppen förknippade benämningen RESIDENCE med tidskriften. Intervjuerna genomfördes via telefon med ett representativt urval av fastighetsmäklare i hela landet, både med fastighetsmäklare som annonserat i tidningen och fastighetsmäklare som inte annonserat i tidningen. Urvalet gjordes ut TTG:s eget kund- och prospektregister. Totalt intervjuades 50 personer. Av dessa associerade 41 st. spontant till enbart tidskriften och 5 st. till både tidskriften och RFAB.

RFAB framförde kritik mot undersökningen. Kritiken rörde främst urvalet. Detta hade skett utifrån TTG:s eget kund- och prospektregister vilket innebar att respondenterna sannolikt haft kontakt med TTG. Urvalet var även för litet för att kunna bedöma kännedomen inom resten av fastighetsmäklarkåren. Kännedomen hos övriga målgrupper framgick inte heller. Dessutom framgick det inte hur frågorna ställts.

RFAB lät Brand Eye genomföra en marknadsundersökning för att utröna vad konsumenterna förknippade med ordet RESIDENCE. Målgruppen var tidningens egen målgrupp, d.v.s. interiörintresserade män och kvinnor i åldern 30 – 55 år som är bosatta i stora och mellanstora städer och med högre inkomst än genomsnittet. 102 konsumenter intervjuades via telefon. Undersökningen hade bara en fråga: Kan du säga vad du kommer att tänka på när du hör ordet RESIDENCE? Inga svarsalternativ lästes upp. Totalt

11 % svarade spontant tidning. En större andel associerade ordet till dess generiska betydelse.¹⁴²

TTG framförde kritik mot svarandens undersökning. Eftersom intervjuerna skedde via telefon kunde inte respondenterna se ordet Residence i skrift. Enligt undersökningsprotokollet skulle ordet ha uttalats felaktigt. Urvalet hade inte heller skett utifrån kriteriet interiörsintresse och var därför för brett. Dessutom var undersökningen enbart en pilotundersökning.

I domskälen uttalade sig MD om att båda parter hade åberopat varsin marknadsundersökning samt kritiserat motpartens undersökning. Domstolen ansåg att kritiken avseende båda undersökningarna i väsentliga delar var befogad. Parterna hade inte heller åberopat någon bevisning till styrkande av att undersökningarna utförts på så sätt att de kunde anses vara tillförlitliga. Detta medförde att domstolen ansåg att marknadsundersökningarna hade ett lågt bevisvärde. Inte heller den övriga utredningen gav tillräckligt underlag för att dra några säkra slutsatser om namnet RESIDENCE var ett väl känt och inarbetat kännetecken för tidskriften.

4.4 MD 2004:23 LEGO

LEGO System A/S (LEGO) har sedan 1953 tillverkat och marknadsfört byggklossar i plast. Vanligen säljs byggklossarna i kartonger med bilder på vad som går att bygga med de medföljande klossarna. LEGO säljer även standardklossar i olika färger. Biltema Sweden AB (Biltema) marknadsförde byggklossar av märket COKO. COKO-klossarna var utformade så att de kunde byggas ihop med LEGO-klossarna och hade samma färger som dessa. I likhet med LEGO-klossarna såldes COKO-klossarna i kartonger med bilder som visade vad som kunde byggas av de medföljande klossarna. LEGO yrkade att MD skulle förbjuda Biltema att marknadsföra byggklossar med samma eller väsentligen likartat utseende som LEGO:s byggklossar, eftersom det fanns en risk för vilseledande och förväxling. Enligt LEGO hade Biltema även utnyttjat LEGO:s renommé.

Brand Eye utförde på uppdrag av LEGO en inarbetsundersökning för att undersöka om en viss varuutstyrsel kunde kopplas till ett visst kommersiellt ursprung. Det intervjuades ett slumpvis urval av konsumenter i åldrarna 18-74 år. Totalt intervjuades 365 personer i Stockholms-Göteborgs- och Eskilstunaområdet. Urvalet skedde bland besökarna på köpcenter och förbipasserande på allmän plats. Varannan förbipasserande intervjuades. De intervjuade fick se en bild av en byggkloss av märket LEGO. De första tre frågorna hade öppna svar. Spontant förknippade 88 % av respondenterna bilden av byggklossen med LEGO. Efter hjälpt erinran

¹⁴² Pilotundersökning RESIDENCE 102 Konsumentintervjuer, 2004-02-05, aktbilaga 65, Dnr, C 13/03.

uppgick siffran till 95 % och 81 % förväntade sig att en sådan byggkloss alltid kom från företaget LEGO.¹⁴³

Brand Eye genomförde även en förväxlingsundersökning där 390 personer intervjuades. Marknadsundersökningen genomfördes på samma vis som inarbetsundersökningen med den skillnaden att respondenterna istället fick se en bild på en byggkloss av märket COKO. Spontant tänkte 85 % av respondenterna på LEGO när de fick se en bild av COKO-klossen, ingen av respondenterna svarade COKO. Vidare förväntade sig 79 % av respondenterna att en sådan kloss alltid kom från LEGO.¹⁴⁴

Biltema framförde viss kritik mot undersökningarna. De ansåg att dessa inte hade något bevisvärde eftersom de endast avsåg ett enskilt byggelement med 2x4 knoppar. Därför kunde inte slutsatser dras om kännedomen avseende LEGO:s byggelement i stort, eventuell renommé eller förväxlingsrisk.¹⁴⁵

MD anförde att inarbetsundersökningen visade att hela 95 % av omsättningskretsen förknippade en oidentifierad baskloss med LEGO. På grund av detta och med hänsyn till vad som i övrigt framkommit fann domstolen att LEGO:s samtliga byggklossar var typiska, speciella och karaktäristiska på så sätt att de förknippades med LEGO. LEGO:s byggklossar hade alltså förvärvat särprägel genom inarbetning och ansågs vara väl kända. Domstolen sa vidare att det inte bara var lätt att förväxla byggklossarna, det var även svårt att särskilja dem. Detta framgick av förväxlingsundersökningen där 84 % av respondenterna spontant förknippade en COKO-kloss med LEGO. Även den omständigheten att COKO-klossarna såldes med motiv och i förpackningar som liknade LEGO:s bidrog till bedömningen att det förelåg vilseledande efterbildning.

4.5 MD 2005:12 Gustavus

Swedish Match North Europe AB (Swedish Match) tillverkar och säljer snus som funnits på marknaden under lång tid och som varit föremål för omfattande marknadsbearbetning och butiksexponering. Swedish Match anförde att deras förpackningar för fyra olika snussorter var särpräglade och genom inarbetning blivit kända och mycket starkt förknippade med Swedish Match. Gallaher Snus Aktiebolag och Gallaher Sweden AB (Gallaher) lanserade 2001 fyra snussorter under varumärket Gustavus. Enligt Swedish Match var Gallahers förpackningar förväxlingsbara med Swedish Matchs förpackningar. Swedish Match lät göra sju inarbetsundersökningar och fem förväxlingsundersökningar samt undersökningar avseende renommé-

¹⁴³ Inarbetsundersökning LEGO Byggkloss, utförd av Brand Eye, 2002-12-11, aktbilaga 12, Dnr C 14/03.

¹⁴⁴ Förväxlingsundersökning, COKO Byggkloss, utförd av Brand Eye, 2002-12-11, aktbilaga 19, Dnr C 14/03.

¹⁴⁵ Yttrande från svaranden 2004-05-24, aktbilaga 144, Dnr C 14/03.

och renommésnyltning.¹⁴⁶ Enligt Swedish Match visade inarbetningsundersökningarna att Swedish Matches fyra förpackningar var väl kända och särpräglade. Förväxlingsundersökningarna visade enligt kändanden att det förelåg en hög risk för förväxling. Gallaher framförde kritik mot Swedish Matches undersökningar. Även Gallaher åberopade marknadsundersökningar till stöd för sin talan. Dessa kritiserades av kändanden. MD anförde: ” *Enligt Marknadsdomstolens mening har den anförda kritiken inte till fullo bemötts från någondera sidan. Vad som förekommit leder till att undersökningarnas bevisvärde kan ifrågasättas och de får därför bedömas med viss försiktighet.*” Domstolens sammantagna bedömning var att de olika dekorelementen på Swedish Matches dosor tillsammans gav förpackningarna särprägel. Lång och dominerande närvaro på marknaden gjorde att dosorna även var väl kända så att de förknippades med ett kommersiellt ursprung. Gallahers och Swedish Matches dosor gav väsentligen samma helhetsintryck vilket skapade en förväxlingsrisk.

4.6 MD 2005:13 Whiskas

Masterfoods AB (Masterfoods) marknadsför och säljer kattmat på den svenska marknaden. En av Masterfoods viktigaste produkter är WHISKAS kattmat. WHISKAS har sedan 1992 haft en lila färg. Enligt Masterfoods var den lila färgen ett kännetecken för WHISKAS. VPG Sweden AB (VPG) har marknadsfört kattmat i förpackningar som domineras av en lila bakgrundsfärg och bilden av en grå katt. Enligt Masterfoods var marknadsföringen vilseledande om det kommersiella ursprunget och innebar även renommésnyltning.

Masterfoods hade tidigare låtit TEMO utföra en marknadsundersökning i samband med en planerad varumärkesregistrering. Undersökningen gick ut på att se hur många som förknippade färgen djuplila med WHISKAS. Totalt intervjuades 1005 personer slumpmässigt utvalda ur den svenska allmänheten. Intervjuerna skedde genom en telefonomnibus. Resultatet vägdes i efterhand för att representera ett snitt ur den svenska befolkningen.

Frågorna som ställdes var:

1. Vilken/vilka produkter eller varumärken förknippar du med färgen djuplila?
2. Vilken/vilka djurmatsprodukter /- varumärken förknippar du med färgen djuplila?
3. Vilken/vilka kattmatsprodukter /-varumärken förknippar du med färgen djuplila?
4. Har ni katt hemma?

¹⁴⁶ Marknadsundersökningarna är sekretessbelagda.

Hälften av alla tillfrågade uppgav Lövbergs Lila som den produkt / varumärke de förknippade med färgen djuplila. Av kvinnorna så uppgav 1 % WHISKAS som den produkt /varumärke som de förknippade med djuplila. Totalt förknippade 27 % färgen djuplila med WHISKAS kopplat till djurmatsprodukt /-varumärke och 39 % förknippade färgen djuplila med WHISKAS kopplat till kattmatsprodukt/-varumärke. Bland de som har katt förknippade 55 % färgen djuplila med WHISKAS kopplat till kattmatsprodukt/-varumärke.¹⁴⁷

VPG framförde kritik mot marknadsundersökningen. Undersökningen var inte framtagen för att användas som bevis i den pågående tvisten, utan för att Masterfoods hade planer på att registrera den djuplila färgen som ett varumärke. Eftersom undersökningen genomförts via telefon och de intervjuade inte hade fått se den djuplila färgen går det inte heller att avgöra vilken färg de egentligen tagit ställning till. Formuleringen av första frågan var anmärkningsvärd eftersom det angavs i frågan att det var en produkt eller ett varumärke som efterfrågades. På första frågan var det dessutom bara 1 % som förknippade WHISKAS med djuplila. Fråga tre ansåg VPG vara en ledande fråga och att 55 % av kattägarna svarade WHISKAS kunde lika gärna bero på att WHISKAS var marknadsledande.¹⁴⁸

Även svaranden åberopade Masterfoods marknadsundersökning och hävdade med stöd av denna att endast en procent av dem som har katt i hushållet förknippade färgen djuplila med WHISKAS, samt till styrkande av att färgen djuplila inte närmare definierats för respondenterna.

Domstolen ansåg inte att det framgick av undersökningen att konsumenter förknippade lila färg med WHISKAS eller Masterfoods i särskilt hög grad. Masterfoods hade inte heller låtit genomföra någon undersökning avseende förpackningarna. Masterfoods lyckades inte heller med övrig bevisning visa att WHISKAS förpackningar eller den lila färgen var känd på så sätt som krävs för att vilseledande förpackningsefterbildning, vilseledande om kommersiellt ursprung eller renommésnyltning skulle bli aktuellt.

4.7 MD 2005:19 OLKA

Olka AB grundades på 1970-talet. År 1995 delades Olka AB upp i två bolag, OLKA Golf & Konferens (OLKA Golf) med inriktning på golf och konferens samt OLKA Sport med inriktning på träningsläger och andra idrottsresor. Sedan uppdelningen har OLKA Golf bedrivit försäljning av golfresor till i huvudsak Danmark. År 2003 började OLKA Sport sälja golfresor till Danmark i större skala. OLKA Golf ansåg att OLKA Sports

¹⁴⁷ Associationer till färgen djuplila, Marknadsundersökning för Master Foods, mars 2002, aktbilaga 10, Dnr C 9/04.

¹⁴⁸ Svaromål C 9/04 Masterfoods AB ./ VPG Sweden AB, 2004-06-29, aktbilaga 30, Dnr C 9/04.

marknadsföring av golfresor till Danmark innebar ett vilseledande om tjänstens kommersiella ursprung.

OLKA Golf lät genomföra en marknadsundersökning för att undersöka hur känt varumärket OLKA var i Västra Götalands län som beteckning på golfresor och om det kunde ske någon förväxling. Målgruppen för undersökningen var golfare i Göteborgsområdet. Intervjuerna ägde rum vid två drivingrange-banor i Göteborgsområdet. Svarefrekvensen uppgick till 94 % och sammanlagt genomfördes 151 intervjuer i mars 2004. Spontant svarade 11 % av respondenterna OLKA på frågan om vilka researrangörer de kände till. Ungefär 20 % av respondenterna förknippade ordet OLKA med golf eller golfresor. Vidare uppgav 44 % av respondenterna att de kände till en resebyrå som hette OLKA och av dessa förknippade 65 % OLKA med golfresor och 24 % OLKA med sportresor. Endast 2 % av respondenterna visse att det fanns två olika OLKA-resebyråer.¹⁴⁹

OLKA Sport ifrågasatte värdet av marknadsundersökningen och återopade ett yttrande av J. S. som kritiserade urvalet på så sätt att det inte var representativt för golfare i allmänhet, utan bara för de golfare som besökte de två drivingrange-banorna i slutet av mars. Han hade även synpunkter på frågekonstruktionen.¹⁵⁰

Käranden hade påstått att nästan hälften av respondenterna kände till OLKA. Dock var det en väldigt liten andel som nämnde tilläggsnamnen. Frågan gav därför inget svar på hur stor kännedomen var för just OLKA Golf eller OLKA Sport. Domstolen ansåg inte att den skriftliga bevisningen gav tillräckligt underlag för några säkra slutsatser beträffande kännedomen om OLKA. Övriga lämnade uppgifter och muntlig bevisning kunde inte heller med tillräcklig grad av säkerhet visa att OLKA var ett kännetecken som var känt på marknaden på så sätt att det förknippades med just OLKA Golfs verksamhet. Därför bedömde MD att det saknades grund för att anse att den påtalade marknadsföringen utgjorde vilseledande efterbildning.

4.8 MD 2005:20 Live!

Vodafone etablerade *live!* både ensamt och i kombination med en röd färg som ett kännetecken för portaltjänster. Tele 2 har sedan i sin tur använt begreppet ”COMVIQ GO LIVE” i kombination med färgen röd för att marknadsföra sina portaltjänster. Enligt Vodafone drog Tele 2 på ett otillbörligt sätt fördel av och snyltade på Vodafones kommersiella anseende. Vodafone presenterade fyra olika marknadsundersökningar för att visa att *live!* med utropstecken och röd färg var väl känt och hade förvärvat ett kommersiellt renommé.

¹⁴⁹ Undersökning av märkeskännedom resebyråer/researrangörer, utförd av Detector 2004-04-05, aktbilaga 7, Dnr C 19/04.

¹⁵⁰ Yttrande av J. S., mars 2005, aktbilaga 93, Dnr C 19/04. Kritiken mot frågekonstruktionen var enligt mig ganska märklig. Jag tycker även att det fanns mer relevant kritik att framföra än vad J. S. hade gjort.

De tre första undersökningarna genomfördes alla i december 2003. Omsättningskretsen definierades till personer i åldern 16-40 år som hade tillgång till en e-postadress. Undersökningarna genomfördes via TEMO:s internetpanel. Svarsfrekvensen var ca 50 % för alla undersökningarna.¹⁵¹ Den första undersökningen avsåg att undersöka *Live!* symbolen. Det genomfördes 224 intervjuer.¹⁵² Undersökning nummer två handlade om den röda färgen samt den röda färgen i kombination med *Live!* symbolen. Det genomfördes 155 intervjuer och de intervjuade delades in i två grupper som fick svara på frågorna i olika ordning.¹⁵³ Den tredje undersökningen handlade om det röda simkortet och det röda simkortet i kombination med *Live!*. Undersökningen genomfördes på samma sätt som undersökning nummer två med olika grupper som fick olika frågeordning och fick se olika bilder. Sammanlagt intervjuades 148 personer.¹⁵⁴ Vodafone lät även genomföra en fjärde undersökning i augusti 2004 avseende *Live!* symbolen. Undersökningen genomfördes på samma sätt och riktade sig till samma omsättningskrets som tidigare undersökningar. 358 personer intervjuades och bortfallet var 38 %. Det ställdes samma frågor som i den första undersökningen, fast den här gången på engelska.¹⁵⁵ De fem första frågorna i samtliga undersökningar var öppna.

Alla undersökningar använde sig av samma frågeställningar, förutom att enskilda ord byttes ut.

1. Känner du igen den här symbolen/färgen/bilden, och vad förknippar du den i så fall med?
2. Förknippar du den med något mer?
3. Om vi säger att det gäller mobiltelefoni. Känner du då igen symbolen/färgen/bilden i det sammanhanget och vad förknippar du den med?
4. Förknippar du den med något mer?
5. Om du i dina tidigare svar inte angav något företagsnamn. Förknippar du symbolen/färgen/bilden med något visst företag?
6. Om du vill ha tjänsten "Live" till en mobiltelefon, förväntar du dig då...
 - a. ... att du behöver ha mobilabonnemang hos en viss mobiltelefonoperatör
 - b. ... att du kan ha mobilabonnemang hos vilken mobiltelefonoperatör som helst

¹⁵¹ *Live!* –Symbolen, aktbilaga 6, Dnr C 5/04, Röd färg samt Röd färg + *Live!*, aktbilaga 7, Dnr C 5/04, Rött simkort samt Rött simkort + *Live!*, aktbilaga 8, Dnr C 5/04.

¹⁵² *Live!* –Symbolen, undersökning av TEMO AB, december 2003, aktbilaga 6, Dnr C 5/04.

¹⁵³ Röd färg samt Röd färg + *Live!*, undersökning av TEMO AB, december 2003, aktbilaga 7, Dnr C 5/04.

¹⁵⁴ Rött simkort samt Rött simkort + *Live!*, undersökning av TEMO AB, december 2003, aktbilaga 8, Dnr C 5/04.

¹⁵⁵ *The Symbol Live!*, undersökning av TEMO AB, augusti 2004, aktbilaga 43, Dnr C 5/04.

- c. Vet ej
- 7. Anser du att "Live" ...
 - a. ... är en symbol som bara en viss mobiltelefonoperatör får använda
 - b. ... är en symbol som vilken mobiltelefonoperatör som helst får använda
 - c. Vet ej

Vid spontan erinran var det 22 % av respondenterna som förknippade *Live!* med Vodafone, 45 % av respondenterna förknippade den röda färgen samt den röda färgen i kombination med *Live!* symbolen med Vodafone, 49 % förknippade röda simkortet och det röda simkortet i kombination med *Live!* symbolen med Vodafone och i den sista undersökningen var det 42 % av respondenterna som förknippade *Live!* symbolen med Vodafone. I de olika undersökningarna ansåg hälften eller drygt hälften av respondenterna att man måste ha mobilabonnemang hos en viss mobiloperatör för att få tillgång till tjänsten *Live!* och mellan 37 % och 54 % av respondenterna ansåg att *Live!* var en symbol som bara en viss mobiltelefonoperatör fick använda. Samtliga svar fanns bifogade i alla undersökningsrapporterna.¹⁵⁶

Tele 2 framförde kritik mot undersökningarna. Kritiken bestod i att det saknades väsentliga uppgifter om undersökningarnas upplägg och genomförande samt att omsättningskretsen var för snävt definierad och anpassad efter datainsamlingstekniken istället för tvärt om. Dessutom medförde undersökningsmetoden att någon annan än den avsedda respondenten kunde ha besvarat frågorna. Det faktum att tre av undersökningarna genomfördes strax före jul kunde ha påverkat resultatet. Bortfallen var även stora, omkring 50 % vilket medför en stor osäkerhet.¹⁵⁷

Marknadsdomstolen gjorde bedömningen att Vodafone hade bedrivit en omfattande och intensiv marknadsföring av sin portaltjänst *live!* Angående marknadsundersökningarna sa domstolen att "*Sådana marknadsundersökningar får ofta bedömas med viss försiktighet. I förevarande fall är dock resultaten av marknadsundersökningarna förhållandevis samstämmiga.*" MD:s sammantagna bedömning blev att marknadsundersökningarna, den omfattande marknadsföringen och exponeringen av *live!* klargjorde att *live!* med utropstecken och i kombination med röd färg var väl känt inom omsättningskretsen och förknippades med Vodafone och dess portaltjänst. *Live!* ansågs även ha ett sådant positivt uppmärksamhetsvärde att det medförde renommé för Vodafone. MD ansåg att Tele 2 utformat marknadsföringen av sin portaltjänst så att den på ett

¹⁵⁶ *Live!* –Symbolen, aktbilaga 6, Dnr C 5/04, Röd färg samt Röd färg + *Live!*, aktbilaga 7, Dnr C 5/04, Rött simkort samt Rött simkort + *Live!*, aktbilaga 8, Dnr C 5/04, *The Symbol Live!*, aktbilaga 43, Dnr C 5/04

¹⁵⁷ B. S., professor emeritus i statistik, Granskning av tre inarbetsstudier utförda av TEMO samt kommentarer till Yttrande av Grundén & Gozzo (2004-05-24) till Marknadsdomstolen, aktbilaga 40, Dnr C 5/04.

tydligt sätt anknöt till Vodafones portaltjänst och därmed utnyttjade Vodafones renommé.

4.9 MD 2005:26 Taxi Göteborg

Taxi Göteborg bedriver taxiverksamhet i Göteborg med omnejd. Alla bilar är vita och har gul och svart dekor med texten Taxi Göteborg på dörrarna. R. K. med enskild firma Allan Taxi bedriver taxiverksamhet med en taxibil. Bilen är vit och har ett figurmärke med orden Taxi och Göteborg som är mycket lik Taxi Göteborgs dekor. R. K:s marknadsföring var enligt Taxi Göteborg ägnat att framkalla förväxling med Taxi Göteborgs välkända och välrenommerade fordon. På uppdrag av Taxi Göteborg utförde Brand Eye år 1997 en inarbetsundersökning. Undersökningen visade att 41 % av respondenterna oftast åkte med Taxi Göteborg när de åkt taxi senaste året. 53 % kunde uppge telefonnumret till Taxi Göteborg och 68 % associerade "Taxi Göteborg" med ett visst taxibolag. Undersökningen syftade till att undersöka hur inarbetad en benämning var för en viss näringsidkare. 300 personer i åldern 18-74 år intervjuades per telefon.¹⁵⁸

R. K. medgav käromålet, men hade tidigare bestridit riktigheten i ett flertal av Taxi Göteborgs påståenden. Däremot framförde inte R.K. någon konkret invändning mot de sakomständigheter som Taxi Göteborg åberopade. MD ansåg därför att uppgifterna skulle godtas och läggas till grund för bedömningen. Marknadsdomstolen kom fram till att Taxi Göteborgs bilar var särpräglade p.g.a. det helhetsintryck som bilarna gav med hänsyn till färgval, dekor och kännetecken. Avseende kändhet konstaterade domstolen att Taxi Göteborg funnits under lång tid och är ett stort företag med stor omsättning. Dessa omständigheter sammantaget med marknadsundersökningen visade att Taxi Göteborg med bilar var väl kända inom omsättningskretsen. MD anförde vidare att helhetsintrycket av R. K:s bil och Taxi Göteborgs bilar skapade väsentligen samma minnesbild hos konsumenterna. Domstolen tog hänsyn till inköpsituationen när konsumenten vinkar in en bil på gatan och kom fram till att vid en sådan situation är möjligheterna att upptäcka någon skillnad mellan bilarna ytterst liten.

4.10 MD 2005:33 Puma

PUMA Aktiengesellschaft (PUMA) designar och tillverkar skor, främst sportskor. Svexico AB (Svexico) bedriver grossisthandel med skor och har flera egna varumärken. Svexico marknadsförde Network-skon, som enligt PUMA var en vilseledande efterbildning av PUMA:s kända och särpräglade sko Repli Cat. Enligt PUMA förelåg det en förväxlingsrisk mellan skorna.

¹⁵⁸ Inarbetsundersökning, Taxi Göteborg, utförd av Brand Eye, 97-01-22, aktbilaga 4, Dnr C 11/04.

PUMA yrkade att Svexico skulle förbjudas att sälja och marknadsföra Network-skon eller annan liknande sko som var förväxlingsbar med Repli Cat. Svexico medgav Pumas yrkande.

PUMA lanserade Repli Cat skon på den svenska marknaden år 2002 och fick stora kommersiella framgångar med skon. Utformningen av skon kännetecknas bl.a. av en vågformad rand som är PUMA:s logotyp. Enligt PUMA var Network-skon nästan identisk med Repli Cat-skon, skorna var bl.a. försedda med den vågformade randen.

Domstolen kom fram till att Repli Cat var både känd och särpräglad. Bedömningen grundade sig på att Puma använt samma kännetecken under lång tid och alltid använt sig av omfattande marknadsföring. Repli Cat-skon hade dessutom varit föremål för en intensiv marknadsföringskampanj och sålts i ett stort antal exemplar samt var bärare av karaktäristiska formdetaljer. Puma hade åberopat en marknadsundersökning avseende skons inarbetning där det framgick att en stor del av omsättningskretsen förknippade skon med Puma och dess verksamhet. Domstolen bedömde även att det förelåg en förväxlingsrisk. Skorna visade mycket stora likheter avseende utformning, material och färg samt en vågformad rand likt Pumas logotyp. Vid en helhetsbedömning framstod Network-skon nästan som en direkt efterbildning av Repli Cat. Puma hade dessutom låtit genomföra en marknadsundersökning avseende förväxlingsrisk som visade att en stor andel av respondenterna förknippade Network-skon med Puma eller något av Pumas varumärken. De båda marknadsundersökningarna i fallet var pilotundersökningar. Domstolen vägde ändå in undersökningarna i sin bedömning.

4.11 MD 2006:19 Tidningen Vi

Käranden bestod av både Kooperativa Förbundet (KF), som är ett förbund för landets konsumentföreningar, samt Aktiebolaget Tidningen Vi (Tidningen Vi) som är KF:s dotterbolag. Tidningen Vi har getts ut under detta namn sedan 1936. På grund av en tvist bröt sig ett antal Vivo handlare ur och startade ett eget samarbete under namnet Vi-butikerna (Vi- fria handlare i samverkan). Vivo ger ut tidningen Matextra varje vecka. På tidningen är ordet ”Vi” ett dominerande kännetecken. Enligt käranden var kännetecknet vilseledande och skapade en risk för förväxling om vem som stod bakom budskapet. Vivo hade även bedrivit ytterligare marknadsföring med ordet ”Vi” i fokus.

Käranden lät Brand Eye genomföra en förväxlingsundersökning med 300 konsumentintervjuer i de centrala delarna av Göteborg, Malmö och Västerås. Respondenterna fick se en bild av figurmärket för ”Vi”. Alla frågorna förutom en var öppna frågor. Respondenterna var i åldern 18-74 år.

Den första frågan var: Vad kommer du att tänka på när du ser den här symbolen? Av samtliga respondenter svarade 18 % spontant Tidningen Vi

och 4 % svarade tidning. De respondenter som inte uppgav Tidningen Vi eller tidning på fråga ett eller två blev även tillfrågade om de kom att tänka på något särskilt företag i samband med symbolen. Av samtliga respondenter svarade 5 % Tidningen Vi och 4 % KF, Kooperationen eller Coop. Enligt kändanden innebar resultatet av undersökningen att 31 % av respondenterna förknippade Vivos kännetecken med Tidningen Vi.¹⁵⁹

Brand Eye genomförde även en inarbetningsundersökning med 300 konsumentintervjuer via telefon. Urvalet hämtades ur registret SPAR, framtaget genom adressleverantören PAR. Alla personer som är folkbokförda i Sverige ingår i registret. Telefonintervjuerna genomfördes med CATI-stöd. De intervjuade personerna var i åldrarna 18-74 år. Alla frågorna var öppna. 63 % av respondenterna uppgav att de kände till eller hade hört talas om en tidning som heter Vi. Sammanlagt var det 39 % som förknippade Tidningen Vi med KF, Kooperationen eller Coop.¹⁶⁰

Brand Eye genomförde ytterligare en inarbetningsundersökning med 501 konsumentintervjuer via telefon. Intervjun genomfördes på samma sätt som föregående intervju. Efter en hjälpfråga svarade 29 % att de kom att tänka på en tidning när de hörde ordet "Vi". Respondenterna fick därefter frågan om de kände till något företag som använde benämningen "Vi". 9 % svarade Tidningen Vi och 2 % svarade Vivo. Efter hjälpt erinran om att det handlade om ett företag inom media uppgav ytterligare 4 % Tidningen Vi.¹⁶¹

Svaranden framförde omfattande kritik mot kändandens marknadsundersökningar, främst genom en rapport författad av Å. W. I rapporten anförde Å. W. följande; Urvalet hade inte skett genom sannolikhetsmetoden. För att göra ett sannolikhetsurval måste först målgruppen definieras. Finns det ingen urvalsram där målgruppen går att finna måste man förlita sig på annat än sannolikhetsurval. Resultaten blir då inte representativa. Genom torgintervjuer sker inget sannolikhetsurval. Resultatet återspeglade därför bara åsikterna av de personer som råkade bli utvalda och är inte generaliserbart för hela omsättningskretsen. Kritik framfördes även mot omsättningskretsen och val av platser där intervjuerna genomfördes samt att val av orter inte motsvarade omsättningskretsen och att det inte framgick var på orterna som intervjuerna genomförts. Användningen av följdfrågor och tolkningen av svaren på de öppna frågorna kritiserades även. Å. W. framhöll bl.a. att det var vilseledande att tolka svaret "tidning" likvärdigt med svaret "Tidningen Vi". Att Brand Eye använde sig av projicerande frågor kritiserades eftersom Å. W. anser att projicerande frågor saknar bevisvärde. Svaranden framhöll även att logotypen för Vi-butikerna hade avbildats fel eftersom den visats i svart/vitt när den egentligen är röd. Logotypen visades ensam utan tillägget "fria

¹⁵⁹ Förväxlingsundersökning VI 300 Konsumentintervjuer, 2005-08-25, aktbilaga 68, Dnr C 18/05.

¹⁶⁰ Inarbetningsundersökning VI 300 Konsumentintervjuer, 2005-08-25, aktbilaga 69, Dnr C 18/05.

¹⁶¹ Inarbetningsundersökning VI 501 konsumentintervjuer, 2005-08-25, aktbilaga 70, Dnr C 18/05.

handlare i samverkan”. Enligt Å. W. medförde förvanskningen en minskad association till Vi-butikerna samt f.d. Vivo. Metoden att använda telefonintervjuer kritiserades också på grund av att respondenterna inte kunnat se figurmärket.¹⁶²

MD konstaterade att det inte var fråga om någon förväxling av produkter eftersom det handlade om produkter som inte kan ersätta varandra. Frågan rörde istället om det förelåg vilseledande om en produkts kommersiella ursprung på så sätt att ett kännetecken förknippas med en viss näringsidkares verksamhet. Avseende kärandens marknadsundersökningar ansåg MD att svarandens kritik till stor del var befogad. Speciellt den omständigheten att tolkningen av de svar som respondenterna lämnat verkade ge en alltför fördelaktig bild av konsumenternas kännedom av kännetecknet ”Vi”. Undersökningarna bedömdes därför med försiktighet. Men hänsyn till övriga omständigheter och med visst stöd av marknadsundersökningarna kom domstolen ändå fram till att kännetecknet ”Vi” var väl känt på marknaden. Avseende vilseledande om det kommersiella ursprunget skiljde sig kännetecknen åt i betydande grad. Det fanns inte heller något annat i Vivos marknadsföring som anknöt till Tidningen Vi. Därför förelåg inget vilseledande om det kommersiella ursprunget.

4.12 MD 2007:18 Taxi Stockholm

Målet är ett överklagat avgörande från Stockholms tingsrätt.¹⁶³ Taxi trafikförening u.p.a. (Taxi Stockholm) yrkade att S. K. A. skulle förbjudas att använda en taklykta som kunde förväxlas med Taxi Stockholms taklykta.

Taxi Stockholm åberopade en förväxlingsundersökning utförd av Exquiro Market Research. Målgruppen för undersökningen var privatpersoner i åldern 18-74 år boende i Stockholms län. Datainsamlingsmetoden var ”på-stan-intervjuer” och totalt intervjuades 686 personer. Intervjuerna genomfördes i centrala Stockholm samt i närförorter söder om och norr om Stockholm. Respondenterna fick se en taxibil med en taklykta som var i det närmaste identisk med svarandens lykta. Spontant förknippade 15 % av de tillfrågade bilden med Taxi Stockholm. Av de övriga svaren var 60 % på något sätt relaterade till taxiverksamhet. Efter en hjälpfråga var det sammanlagt 43 % som förknippade bilden med Taxi Stockholm.

MD har i flera tidigare avgöranden funnit att Taxi Stockholms taklykta är både känd och särpräglad. Avseende förväxlingsrisken bedömdes bilarna i sin helhet, inte enbart taklyktan för sig. Taklyktan har dock oftast avgörande betydelse. S. K. A. hade använt en taklykta som var av en annan modell än Taxi Stockholms taklykta. För att en vilseledande efterbildning skulle

¹⁶² Utlåtande om undersökningar av Brand Eye AB angående tidningen Vi, Å. W., 2005-11-04, aktilaga 47, Dnr C 18/05.

¹⁶³ Mål nr T 11702-05, 2006-10-26.

föreligga krävdes det enligt MD att taklyktan försetts med kännetecken som mycket nära anknöt till Taxi Stockholms kännetecken. S. K. A:s taklykta saknade sådana kännetecken vilket talade för att det inte förelåg någon förväxlingsrisk. MD hade även att bedöma den åberopade undersökningen avseende förväxlingsrisk. I undersökningen hade respondenterna valts ut genom ett icke slumpmässigt urval, vilket enligt MD gjorde att undersökningen skulle bedömas med försiktighet. Resultatet av undersökningen blev inte generaliserbart utan kunde därför enbart gälla de personer som ingått i undersökningen. Det saknades även information om hur intervjuerna genomförts. Hur respondenterna valts ut och eventuellt bortfall framgick inte heller. Det var även oklart om respondenterna fått någon inledande information om avsikten med undersökningen. Endast 15 % av respondenterna gjorde en direkt association till Taxi Stockholm. Efter en ledande följdfråga ökade andelen. Alla dessa brister gjorde att undersökningen inte kunde ligga till grund för MD:s bedömning. Domstolen grundade sin bedömning på den övriga utredningen och kom fram till att det inte förelåg någon förväxlingsrisk.

4.13 MD 2008:15 Mag

Målet handlar om marknadsföring av ficklampor. Mag instrument, inc. (Mag) gjorde i första hand gällande att Rusta AB (Rusta) gjorde sig skyldig till vilseledande efterbildning enligt 14 § MFL eftersom de marknadsfört de tre ficklamporna Greppa Svart, Greppa Silver och Greppa Grå, som var förväxlingsbara efterbildningar av Mags kända och särpräglade Maglite-ficklampa inklusive MagCharger-ficklampa. MD kom fram till att Mags ficklampor hade en utformning som både var funktionellt betingad och hade designmässiga formelement. Den sammantagna bedömningen blev att Mags ficklampor skilde sig i estetiskt hänseende från andra ficklampor och därför hade särprägel. MD kom fram till att Maglite-ficklamporna var kända på marknaden. Gällande förväxlingsrisken hade båda parter åberopat marknadsundersökningar till styrkande av sin talan. Parterna kritiserade varandras undersökningar. Rusta hade även kallat två vittnen som ifrågasatte undersökningarna. Domstolen kom fram till att *”Med hänsyn till vad som sålunda och i övrigt förekommit finner Marknadsdomstolen att de åberopade undersökningarna inte ger domstolen tillräckligt underlag för några bestämda slutsatser.”* Bedömningen rörande förväxlingsrisken blev att lamporna till viss del hade ett likartat formspråk men att flera av de karaktäristiska dragen hos Mag-ficklamporna inte återfanns hos Greppa-ficklamporna. Vid inköpstillfället var lamporna förpackade. Det fanns vissa likheter mellan förpackningarna, men skillnaderna var övervägande. Den samlade bedömningen blev att ficklamporna inte gav väsentligen samma minnesbild hos konsumenterna och därför förelåg ingen förväxlingsrisk.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Bevisningen inklusive marknadsundersökningarna fanns inte tillgänglig hos MD.

4.14 MD 2009:1 Elko

Elko är en tillverkare och försäljare av elinstallationsapparater. De marknadsför bl.a. Elkodimmern. Enligt Elko hade Elkodimmern särprägel eftersom dess komponenter inte enbart syftar till att göra produkten funktionell, samt att den vid introduktionen på den svenska marknaden även skiljde sig utseendemässigt från tidigare dimrar. Vadsbo marknadsförde en dimmer som enligt Elko var identisk med Elkodimmern och därför utgjorde en vilseledande efterbildning. Endast rattens storlek skilde dimrarna åt.

Elkos huvudsakliga målgrupp består av elgrossister och elinstallatörer. Marknadsföringen riktar sig nästan helt mot fackmän. Enligt Elko var Elkodimmern känd inom denna målgrupp och även hos de få konsumenter som ingår i målgruppen. GfK genomförde en undersökning på uppdrag av Elko. Undersökningen gjordes i två steg, dels via en inledande telefonscreening av certifierade elektriker från ett av PAR slumpmässigt inköpt urval bland elinstallationsföretag och därefter via en webbaserad enkät. Två produktbilder visades för respondenterna (vadsbodimmer/ WAP scandinavias vippbrytare). Ordningen roterades. Varje fråga och bild visades i 20 sekunder. 107 intervjuer samlades in. Samma frågor ställdes i kombination med de olika produktbilderna:

1. Vad tänker du på när du ser den här bilden?
2. Kommer du att tänka på något mer?
3. Tänker du på något särskilt företag, tillverkare eller produktnamn när du ser bilden?
4. Vilket företag, tillverkare eller produktnamn tänker du på?¹⁶⁵

Ovan presenterade frågor var öppna frågor. GfK hade i efterhand delat in svaren i kategorier för att kunna redovisa resultatet. Samtliga svar på frågorna redovisades.¹⁶⁶ När respondenterna fick se en bild av en dimmer från Vadsbo uppgav 29 % att det var en Elkodimmer. 72 % förknippade dimmern med en särskild tillverkare och av dessa svarade 77 % Elko. Sammantaget förknippade 59 % av respondenterna dimmern med Elko.

Avseende marknaden för dimrar förde Vadsbo en omfattande diskussion där de menade att konsumenter utgjorde en större del av målgruppen eftersom det ena distributionsledet vänder sig till konsumenter samt att konsumenterna är slutförbrukarna. Vadsbo menade även att undersökningen inte visade att respondenterna kopplade utseendet till ett visst kommersiellt ursprung. För detta hade det krävts ytterligare frågor. Undersökningen visade inte heller på någon förväxlingsrisk.

MD konstaterade att målet rörde bruksföremål vars formgivning i stor grad var funktionellt betingade. Det finns dock en möjlighet för bruksföremål att

¹⁶⁵ Ytterligare frågor ställdes, men jag anser inte att dessa är lika relevanta.

¹⁶⁶ Undersökning gällande igenkänning av viss dimmer och vippströmbrytare bland elektriker i Sverige, av GfK, mars 2008, aktbilaga 115, Dnr C 16/07.

vara särpräglade om de skiljer sig i estetiskt hänseende. MD ansåg att både Elkos och Vadsbos dimrar hade en standardutrustning som i grunden var funktionell. Frågan vad därför om Elkodimmern på något sätt blivit så känd på marknaden att den förknippades med ett visst kommersiellt ursprung och därigenom förvärvat särprägelse. MD konstaterade att omsättningskretsen utgjordes av både fackmän och konsumenter. Enligt Elkos marknadsundersökning var Elkodimmerns kännedom relativt stor bland fackmän. Vadsbo hade genomfört en undersökning¹⁶⁷ bland konsumenter där 89 % inte förknippade en bild av Elkodimmern med Elko. Även den övriga utredningen pekade åt olika håll. MD anförde att Elkos marknadsundersökning gav visst stöd för att dimmern var känd bland fackmän men inte bland konsumenter. Eftersom den övriga utredningen inte heller gav en entydig bild av Elkodimmerns kändhet ansåg inte domstolen att Elko visat att dess produkter var kända eller hade förvärvat särprägelse.

4.15 MD 2009:12 Xanté

The Xanté Company AB (Xanté) tillverkar och säljer päronkonjakken XANTÉ. Produkten har funnits i Sverige sedan år 1994. H Mounier SA (Mounier) är ett franskt bolag som år 2006 lanserade päronkonjakken KISMI i Sverige. Enligt Xanté var likören XANTÉ både känd och särpräglad på den relevanta marknaden, vilken de definierade som den svenska likörmarknaden. Xanté ansåg att KISMI-förpackningen uppvisade sådana likheter med XANTÉ-förpackningen att det förelåg en förväxlingsrisk. Det var Xanté som införde beteckningen päronkonjak efter lanseringen på den svenska marknaden. Enligt Xanté är päronkonjak inte en generisk benämning, utan ett kännetecken för XANTÉ, eftersom drycken egentligen är en likör. Som bevisning åberopade Xanté två marknadsundersökningar¹⁶⁸.

Brand Eye genomförde på uppdrag av Xanté en marknadsundersökning för att undersöka om en viss varuutstyrsel kopplades till ett visst kommersiellt ursprung. Urvalet skedde slumpvist av konsumenter i åldrarna 20-74 år. Totalt intervjuades 304 personer i Stockholm, Malmö och Göteborg. Varannan förbipasserande person tillfrågades om de ville bli intervjuade. Personer som inte köpt alkoholhaltiga drycker det senaste året exkluderades. I samband med intervjuerna visades en maskerad KISMI-flaska för respondenterna. En tejpbit hade satts för varumärket KISMI. Ett päron på etikettens högra hörn och texten pear & cognac var däremot synliga. Alla frågor som ställdes hade öppna svarsalternativ. Följande frågor ställdes:

1. Vad tänker du på när du ser den här (flaskan)?

¹⁶⁷ Denna diskuterades inte, varför den inte heller är relevant att presentera.

¹⁶⁸ Den ena undersökningen presenteras nedan. Den andra undersökningen var en kännedomsundersökning med anställda på systembolaget. Denna undersökning kommenterades inte av domstolen, vilket inte gör den lika relevant att presentera.

31 % svarade päronkonjak, 10 % svarade päronlikör och 1 % svarade XANTÉ.

2. Kommer du att tänka på något mer? (Alla som inte svarat päronkonjak, päronlikör eller XANTÉ på fråga ett fick frågan.)

17 % svarade päronkonjak och 5 % svarade päronlikör.

3. Kommer du att tänka på något särskilt märke? (I rapporten står det att alla som inte svarat något märke på fråga 1-2 fick frågan. Men det framgår av antalet svar att inte heller de som svarat päronkonjak eller päronlikör fick frågan.)

2 % svarade päronkonjak och 1 % svarade XANTÉ.

4. Kommer du att tänka på eller associerar du till något annat märke? (Enligt rapporten fick de som inte nämnt XANTÉ på fråga 1-3 frågan, men i själva verket fick inte heller de som svarat päronkonjak eller päronlikör frågan.)

19 % svarade vet ej/kan ej svara, 5 % svarade nej och 9 % var frisvar.¹⁶⁹¹⁷⁰

Enligt Mounier var XANTÉ-förpackningen varken känd eller särpräglad och det förelåg ingen förväxlingsrisk. Mounier hävdade att päronkonjak var en generisk betäckning och att den relevanta marknaden var hela alkoholmarknaden, inte enbart den svenska likörmarknaden.¹⁷¹ Mounier framförde även kritik mot undersökningen. De ansåg inte att svaret på frågorna var återkopplat eller relaterat till det skyddsobjekt som eventuellt utgjorde efterbildningsskyddet. Att respondenterna associerade KISMI-flaskan med päronlikör eller päronkonjak angav ingenting om det kommersiella ursprunget. Mounier kritiserade även bl.a. att det inte framgick var på orterna intervjuerna genomfördes och att de personer som inte köpt alkoholhaltiga drycker det senaste året exkluderades.¹⁷²

Marknadsdomstolen kom fram till att XANTÉ-förpackningen bestod av flera olika komponenter av estetiska överväganden som sammantaget gav förpackningen särprägel. När det gällde frågan huruvida XANTÉ var känd beaktade MD den marknadsundersökning som Xanté åberopat. Av undersökningen framgick det att 48 % av respondenterna förknippade en avidentifierad KISMI-förpackning med päronkonjak. Mycket få identifierade flaskan som XANTÉ. Det framgick inte av undersökningen

¹⁶⁹ Förväxlingsundersökning utstyrsel flaska, 2008-03-05, reviderad 2009-03-27 aktbilaga 127, Dnr C 7/08.

¹⁷⁰ Tre ytterligare frågor om alkoholinköp ställdes till respondenterna, men redovisningen av dessa är inte relevant.

¹⁷¹ Domen.

¹⁷² Svaromål, Mål C 7/08, The Xanté Company AB ./ H Mounier SA, 2008-07-16, aktbilaga 24.

varför respondenterna uppgav päronkonjak. Av undersökningen framgick det inte heller om respondenterna kände igen eller syftade på XANTÉ när det svarade päronkonjak. Marknadsundersökningen visade därför inte att XANTÉ var känd. Den övriga utredningen gav inte heller tillräckligt starkt stöd då Xantés argument om marknadsställning och marknadsföringsutgifter inte var konkretiserade eller preciserade. Dessa uppgifter ansågs därför för allmänt hållna för att kunna ligga till grund för ett avgörande.

4.16 MD 2009:23 Pewag

Pewag Schneeketten GmbH & Co KG (Pewag) är ett österrikiskt bolag som tillverkar fordonskedjor. BEMA Kättingmäster AB (Bema) är ett svenskt bolag som säljer fordonskedjor. Bema har sedan 90-talet sålt skogskejor ”Helt Perfekt” som tillverkats av Pewag. År 2006 meddelade Pewag att tillverkningen av ”Helt Perfekt” skulle upphöra. Pewag bildade år 2007 ett dotterbolag i Sverige som började marknadsföra skogskejor under beteckningen ”Helt Perfekt”. Sedan parternas samarbete upphört har Bema sålt skogskejor under namnet ”Helt Perfekt Titan” som utseendemässigt i allt väsentligt är identiska med ”Helt Perfekt”. Enligt Pewag utgjorde Bemas marknadsföring vilseledande efterbildning, vilseledande framställning samt stred mot punkt 13 i svarta listan.

Pewag lät genomföra en marknadsundersökning för att mäta marknadens kännedom om ”Helt Perfekt”.¹⁷³ Undersökningen omfattade 100 slumpvis utvalda näringsidkare. Vid spontan erinran efter en följdfråga förknippade 5 % av respondenterna ”Helt Perfekt” med Pewag (utan följdfråga var siffran bara 3 %) och 7 % tänkte på skogskejor i allmänhet. Efter hjälpt erinran om att ”Helt Perfekt” hade med skogsutrustning att göra tänkte ytterligare 6 % på skogskejor i allmänhet.¹⁷⁴ Enligt käranden förknippade 18 % av respondenterna ”Helt Perfekt” med skogskejor och Pewag. Detta var dock efter hjälpt erinran och de respondenter som svarat skogskejor i allmänhet hade även räknats med.

Bema framförde kritik mot undersökningen. Det saknades information om hur undersökningen utförts, vilka som utgjorde omsättningskretsen, vilka undersökningen riktat sig till och hur respondenterna valts ut. Bema ansåg även att antalet respondenter var för litet. Oaktat bristerna ansåg Bema att igenkänningsgraden var för låg.

Marknadsdomstolen sa att undersökningen visade att bara 3 % av respondenterna förknippade orden ”Helt Perfekt” med Pewag. Undersökningen gav inte något stöd för att kännetecknet skulle vara känt. Pewag hade inte heller i övrigt kunnat visa att fordonskejor ”Helt Perfekt” var känd eller särpräglad. Pewags talan lämnades därför utan bifall.

¹⁷³ Först genomfördes en pilotundersökning med 25 respondenter och sedan en fullskalig undersökning med 100 respondenter.

¹⁷⁴ Marknadsundersökning från Brand Eye, 2008-04-17, aktbilaga 24, Dnr C 25/08.

4.17 MD 2010:22 Gate Rehab

Gate Rehab Development AB (Gate) har i tio år varit exklusiv återförsäljare i Sverige för madrassen SoftCare 840. SoftCare 840 är en tryckavlastande madrass och används för att förebygga och behandla trycksår. Madrasserna säljs främst till diverse vårdinrättningar. Parir marknadsför antidecubitusmadrasser under benämningen PreVento. PreVento har funnits på den svenska marknaden sedan år 2007. Gate ansåg att det förelåg en förväxlingsrisk mellan SoftCare 840 och Parirs madrass PreVento Soft.

Gate lät Brand Eye utföra en inarbetsundersökning avseende SoftCare 840. Omsättningskretsen för undersökningen utgjordes av personer verksamma som inköpare på hjälpmedelscentraler, som hjälpmedelskonsulenter, distriktssköterskor samt arbetsterapeuter. Det skedde ett slumpmässigt urval av dessa personer ur PAR:s register. Det genomfördes 75 telefonintervjuer med internetstöd där de intervjuade sedan visats en sida på internet där det fanns en bild på kännetecknet som skulle undersökas. Alla frågor förutom den sista var öppna.

Enligt Gate visade undersökningen att 69 av de 75 tillfrågade förknippade bilden med SoftCare, Gate Rehab, en antidecubitusmadrass eller en madrass för trycksårsprevention, vidare förknippade 28 % madrassen med Gate och 68 % förknippade den med ett visst kommersiellt ursprung.

Den första frågan respondenterna fick var: Känner du igen den här produkten? Totalt kände 44 personer igen produkten och av dem var det 37 som visste att det var SoftCare eller en madrass för trycksårsprevention. Efter hjälpt erinran om att produkten hade med sjukvården att göra var det ytterligare 23 respondenter som svarade att det var en madrass för trycksårsprevention. 21 personer (28 %) visste att tillverkaren var SoftCare eller Gate Rehab och 51 personer (68 %) förknippade madrassen med ett visst kommersiellt ursprung.¹⁷⁵

Parir framförde kritik mot marknadsundersökningen. Kritiken avsåg urvalet, frågorna och resultatsammanställningen. Antalet respondenter var enligt Parir för begränsat. Parir kunde inte vitsorda att 28 % av respondenterna förknippade den uppvisade madrassen med just Gate. Få respondenter förknippade bilden med just SoftCare. Svaranden ifrågasatte att 68 % av respondenterna ansåg att madrassen kom från en viss tillverkare, eftersom det inte framgick att det var just Gate som respondenterna avsett.¹⁷⁶

Marknadsdomstolen ansåg att madrassernas utformning i grunden var funktionellt och tekniskt betingade. För att de skulle ha särprägel krävdes det därför att de blivit så kända att de förknippades med en viss näringsidkare och därigenom förvärvat kommersiell särprägel. Domstolen konstaterade att marknadsundersökningens tillförlitlighet ifrågasattes av

¹⁷⁵ Inarbetsundersökning, Madrass för Trycksårsprevention, utförd av Brand Eye 2009-02-27, aktbilaga 3, Dbr C 10/09.

¹⁷⁶ Svaromål Parir AB, 29 juli 2009, aktbilaga 14, Dnr C 10/09.

Parir. Vidare sa domstolen: *”Marknadsdomstolen konstaterar att marknadsundersökningar och deras resultat måste bedömas med försiktighet och får anses ha ett relativt lågt bevisvärde.”* Övrig bevisning gav inte heller tillräckligt stöd för att SoftCare 840 skulle ha förvärvat kommersiell särprägel.

4.18 MD 2010:29 M&M

Sedan år 1957 har Marabou AB som numera är uppköpt av Kraftkoncernen marknadsfört chokladdragerade jordnötter under namnet M på den svenska marknaden. Mars Sverige AB (Mars) introducerade år 2009 M&M's på den svenska marknaden. M&M's har sedan år 1941 sålts i ett flertal länder. Kraft Foods Sverige Intellectual Property AB och Kraft Foods Sverige AB (Kraft) ansåg att Mars' förpackningar var så lika Krafts förpackningar att det utgjorde vilseledande efterbildning och förelåg förväxlingsrisk om det kommersiella ursprunget. Mars anförde att det inte kunde vara fråga om någon efterbildning eftersom Mars' produkter, varumärke och förpackningsutstyrselar fanns redan innan Krafts produkt lanserades för första gången.

Domstolen kom fram till att Krafts förpackning gav ett tydligt uttryck för estetiska överväganden och därför hade särprägel. Kraft åberopade marknadsundersökningar från TEMO som visade att 80 % av chokladkonsumenterna kände till produkten M. Produkten har även funnits på marknaden under väldigt lång tid vilket gjorde att MD kom fram till att produkten M även var känd. Dock ansåg MD att förpackningarna gav så olika helhetsintryck att det inte förelåg någon förväxlingsrisk. Kraft hade även låtit göra en marknadsundersökning avseende förväxlingsrisken. Avseende den undersökningen sa domstolen: *”Marknadsdomstolen konstaterar dock att marknadsundersökningar och deras resultat måste bedömas med försiktighet och får anses ha ett relativt lågt bevisvärde.”* Mars hade även åberopat ett utlåtande som minskade bevisvärdet av undersökningen.¹⁷⁷

4.19 MD 2011:1 WE

Kärande i målet var WeSC AB (WeSC) som är ett svenskt modeföretag vilket driver grossist- och detaljverksamhet med bl.a. kläder och andra modeprodukter. Svarande KappAhl Sverige AB (KappAhl) är ett modeföretag med ca 150 butiker i Sverige. Hösten 2009 marknadsförde KappAhl kläder märkta med orden WeKids by KappAhl och WeTweens by KappAhl. Enligt WeSC innebar denna marknadsföring vilseledande om kommersiellt ursprung och/eller renommésnyltning av WeSC:s varumärke

¹⁷⁷ Tyvärr var fallet sekretessbelagt. Det hade annars varit intressant att jämföra undersökningarna eftersom MD uppenbarligen la vikt vid inarbetsundersökningen men inte vid förväxlingsundersökningen.

We och We-konceptet. WeSC hade som bevisning åberopat en inarbetsundersökning samt en förväxlingsundersökning¹⁷⁸. Inarbetsundersökningen från 1 mars 2010 utfördes av Synovate¹⁷⁹. 1325 intervjuer genomfördes med allmänheten i åldersintervallet 16-60 år. Undersökningen skedde via en webbpanel. Urvalet var baserat på ett riksrepresentativt urval. Omsättningskretsen och målgruppen bestämdes till personer mellan 16-45 år som bor i storstadsregionerna. Respondenterna fick se varumärket We.

Det ställdes tre frågor till respondenterna:

1. Känner du till denna logotyp (We)?

Kännedomen uppgick till 71 % i målgruppen, 58 % hos storstadsboende, 59 % hos personer i åldern 16-45 år samt 45 % inom hela intervjugruppen.

2. Vad förknippar du med logotypen (We)?

På fråga två förknippades We med kläder/klädmärke/mode hos 86 % av målgruppen, hos 85 % av storstadsboende, hos 84 % av personer i åldern 16-45 år samt hos 83 % av hela intervjugruppen.

3. Vilka produkter förknippar du med logotypen (We)?

På fråga tre svarade cirka 85 % av alla undersökningsgrupper att de förknippar We med kläder/klädmärke/sportkläder/accessoarer.¹⁸⁰

KappAhl framförde omfattande kritik mot WeSC:s inarbetsundersökning. Enligt KappAhl omfattade undersökningen enbart We i figurativt utförande och hade ingenting att göra med We-konceptet. Själva undersökningen hade även enligt KappAhl ett flertal brister. Redovisningen var mycket knapphändig. Det fanns alldeles för lite information om hur undersökningen genomförts, ingen information om hur urvalet skett, eller hur och i vilken ordning frågorna ställts samt om det ställts fler frågor än de som redovisats. Det saknades även kompletterande information om undersökningen avseende exempelvis hur undersökningen presenterats för respondenterna. KappAhl ifrågasatte även redovisningen av undersökningen eftersom de inte ansåg att det fanns något sakligt skäl att redovisa resultatet i olika kategorier. Det framgick inte heller vad som avsågs med begreppet storstad. I undersökningsrapporten fanns det rubriker som innehöll WeSC:s egna slutsatser. Enligt KappAhl ska resultatet visas utan subjektiva slutsatser. Omsättningskretsen var även för snävt definierad. På grund av att WeSC uttalat sig om att de har en omsättningskrets som omfattar konsumenter i alla åldrar borde detta innebära att omsättningskretsen

¹⁷⁸ Förväxlingsundersökningen fick ingen betydelse i målet och kommenterades aldrig av MD. Jag har därför valt att inte presentera undersökningen.

¹⁷⁹ Nuvarande Ipsos Sweden.

¹⁸⁰ Marknadsundersökning om WE, 2010-03-01, aktbilaga 46, Dnr C 6/10.

omfattar personer i åldrarna 16-74 år. Inte 16-60 år som har skett i undersökningen.

Vidare anförde KappAhl att frågorna i undersökningen var ledande. Den första frågan var ledande eftersom frågan innehöll ordet logotyp vilket informerade respondenterna att det var en logotyp som efterfrågades. Uttrycket "känner du till" styrde även respondenterna i en viss riktning. Av den andra frågan framgick det att 83 % av alla respondenter förknippade logotypen med kläder/mode. Detta är ytterst osannolikt när enbart 45 % faktiskt kände till logotypen. KappAhl misstänkte därför att det var 83 % av 45 %, d.v.s. 37 % som förknippade logotypen med kläder. (Misstanken bekräftades av en separat tabellbilaga till undersökningen där det vid en noggrann granskning framgick att det var 83 % av 45 % som förknippade We med kläder.¹⁸¹) Även den sista frågan var ledande därför att frågan informerade respondenterna om att logotypen förknippades med produkter. Istället borde frågan formulerats "vad förknippar du med denna symbol/bild?".¹⁸²

Efter att KappAhl framförde kritik mot undersökningen återopade WeSC en tabell som innehåller information angående undersökningen avseende We i figurativt utförande. Enligt KappAhl saknades det fortfarande relevant information om undersökningen. Däremot visade tabellen att WeSC påverkat resultatet av undersökningen till sin egen fördel. Det var stor skillnad i respondentantal i åldersspannen 16-29 år och 30-45 år jämfört med 45-60 år. WeSC hade därför använt sig av vägning. Vägning innebär att antalet respondenter för vissa grupper ökas och för vissa grupper minskas, utan att det sker något tillägg av verkliga respondenter. Istället används fiktiva respondenter som antas ha svarat på exakt samma sätt som de respondenter som faktiskt deltagit i undersökningen. Vägning innebär att undersökningens resultat blir osäkert eftersom det inte går att veta hur de fiktiva personerna skulle svarat om de hade deltagit i undersökningen. Enligt KappAhl var den vägning som skett mycket stor. I åldersspannen 16-29 år och 30-44 år var det nästan en fördubbling. För åldersspannet 45-60 år minskades svaren med ungefär 40 %. Av undersökningsrapporten framgick det att 45 % av alla respondenter kände till We. Detta var alltså resultatet efter vägning. Sammanlagt var det 453 av 1352 respondenter som uppgav att de kände till We. Kännedomsgraden innan vägning var därmed 34 %. Vägning ska enligt KappAhl ske med stor försiktighet eftersom det påverkar undersökningens resultat. Det framgick inte heller av undersökningsrapporten att vägning hade skett. Av undersökningsrapporten framgick det att 84 % av respondenterna förknippade We med kläder. Det verkliga resultatet av de som kände till varumärket och förknippade det med kläder var egentligen 84 % av 34 %, d.v.s. 28,5 %. WeSC:s inarbetsundersökning saknade även den s.k. "varumärkesfrågan", d.v.s. en fråga som ger svar på om respondenterna förknippar märket med en viss

¹⁸¹ Bilaga till undersökningen 2010-03-01, aktbilaga 108, Dnr C 6/10.

¹⁸² Mål nr C 6/10; WESC AB (WeSC) ./ KAPPAHL SVERIGE AB (KappAhl); ang. vilseledande rörande kommersiellt ursprung och renommésnyltning, 2010-09-30, aktbilaga 89, s. 7-10, Dnr C6/10.

näringsidkare eller om de uppfattar märket som en generisk beteckning som står envar fritt att använda.¹⁸³

MD tog ställning till huruvida varumärket We och We-konceptet var känt och särpräglat. Avseende inarbetningsundersökningen gjorde domstolen bedömningen att svaret på fråga två var svårtolkat. Av undersökningen framstod det som att 83 % av respondenterna förknippade logotypen med kläder, men det framkom senare att det var 83 % av de 45 % som kände igen logotypen som förknippade den med kläder. Domstolen ansåg att KappAhls kritik av inarbetningsundersökningen till stor del var befogad särskilt med hänsyn till att det inte framgick av undersökningen huruvida konsumenterna förknippade We i figurativt utförande med WeSC och att det var otydligt hur många av respondenterna som förknippade We i figurativt utseende med kläder. Det var även oklart hur vägningen hade gått till. Inarbetningsundersökningen gav därför inget stöd för att varumärket We eller We-konceptet var känt inom omsättningskretsen. Övrig bevisning ansågs inte tillräcklig och gav inte heller stöd för att så var fallet. MD lämnade därför talan utan bifall.

¹⁸³ Mål nr C 6/10; WESC AB (WeSC) ./. KAPPAHL SVERIGE AB (KappAhl); ang. vilseledande rörande kommersiellt ursprung och renommésnyltning, 2010-11-17, aktbilaga 118, s. 2-6, Dnr C 6/10.

5 Analys

I följande avsnitt är avsikten att de inledande frågeställningarna ska besvaras. Diskussionen inleds med den första frågeställningen: *Vilken betydelse har marknadsundersökningar som bevismedel i marknadsföringsmål?* Här redogör jag för hur vanligt det är att marknadsundersökningar åberopas samt hur domstolen har värderat dessa. Jag för även en diskussion om hur marknadsundersökningar förhåller sig till indirekt bevisning. I den andra delen av analysen behandlar jag den andra frågeställningen: *Vad krävs för att en marknadsundersökning ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel?* Här försöker jag utreda olika undersökningskriterier med hjälp av vad som har framkommit genom domstolens praxis. Analysen avslutas med en diskussion rörande eventuella orsaker till domstolens kortfattade domskäl samt ett möjligt behov av mer utförlig praxis.

5.1 Vilken betydelse har marknadsundersökningar som bevismedel i marknadsföringsmål?

5.1.1 Marknadsundersökningarnas betydelse i de refererade målen

Som jag tidigare nämnt har marknadsundersökningar åberopats i omkring två tredjedelar av målen rörande vilseledande efterbildningar de senaste fem åren. Även om marknadsundersökningar åberopas flitigt innebär inte detta att de alltid har någon avgörande betydelse för målens utgång. Marknadsdomstolen har mer än en gång uttalat sig om att ”*marknadsundersökningar och deras resultat måste bedömas med försiktighet och får anses ha ett relativt lågt bevisvärde.*”¹⁸⁴ Detta uttalande är mycket generellt hållet och säger egentligen ingenting om domstolens bedömning av den eller de i målet aktuella marknadsundersökningarna. Domstolen står inte heller konsekvent fast vid detta uttalande utan i flera andra fall verkar det som om marknadsundersökningar har haft betydelse för domstolens slutgiltiga bedömning.

När käranden inte har åberopat någon marknadsundersökning till stöd för sin talan har det även hänt att MD påpekat detta. I MD 2007:16 (Mini Maglite) och i MD 2007:27 (Twinner) uttalade sig domstolen om att när det saknas direkt bevisning i form av marknadsundersökningar får domstolen grunda sin bedömning på indirekta uppgifter. Uttalandet tyder på att domstolen trots allt väger in marknadsundersökningar i sin bedömning, annars hade de inte efterfrågat dem när de saknas. Enligt Fallenius går MD igenom alla undersökningar som åberopats och lägger även vikt vid alla

¹⁸⁴ Se exempelvis MD 2010:22 (Gate Rehab) och MD 2010:29 (M&M).

undersökningar, men det är väldigt olika hur mycket vikt domstolen lägger vid undersökningarna. Ofta uttalar sig MD väldigt sparsamt om hur marknadsundersökningarna har bedömts och vilken betydelse de har haft för domstolens bedömning. Detta gör det svårt att veta hur stor betydelse marknadsundersökningar har i praktiken. Det hör inte till ovanligheterna att MD inte ens nämner marknadsundersökningarna i domskälen. Av referaten ovan framgår det att jag har valt att bara behandla mål där MD på något sätt kommenterat marknadsundersökningarna i domskälen oavsett om MD lagt någon vikt vid undersökningarna eller inte. De mål där MD:s ståndpunkt inte framgår lämpar sig inte heller för en analys. Dock är det viktigt att påpeka att det finns betydligt fler mål där marknadsundersökningar åberopats än de jag behandlat ovan. Det är ännu svårare att veta om undersökningarna haft någon betydelse för målets utgång när MD inte kommenterat undersökningarna i domskälen. Bara för att undersökningen eller undersökningarna inte nämns behöver inte det innebära att domstolen inte har beaktat dem. Domstolen gör en samlad bedömning av vad som framkommit i målet, däribland eventuella marknadsundersökningar. Av den sammantagna bedömningen går det därför inte alltid att utläsa vilken betydelse just marknadsundersökningarna har haft. Som jag tidigare skrev så måste inte domstolen skriva mer i domskälen än vad som är bevisat. Domstolen är därför inte skyldig att redogöra för varje omständighet. Logiskt sett kan jag tycka att ju större betydelse marknadsundersökningarna haft i ett mål desto större utrymme borde de också få i domskälen. Om en marknadsundersökning vore av avgörande betydelse vore det märkligt om inte MD kommenterade denna. I fall där undersökningarna däremot endast haft ringa betydelse eller inte mer betydelse än någon annan omständighet synes det rimligt att MD inte heller skulle redogöra för bedömningen av dessa i lika stor utsträckning.

Ovan har jag sammanfattat nitton olika fall där marknadsundersökningar har åberopats som bevismedel. Gemensamt för alla mål är att MD kommenterat undersökningarna i domskälen. Hur utförligt MD har kommenterat undersökningarna i domskälen har däremot skilt sig åt, och det samma gäller hur stor vikt MD har lagt vid undersökningarna. Enligt min tolkning av domskälen verkar det som om det finns tre mål där undersökningarna har haft stor eller relativt stor betydelse, nämligen MD 2003:25 (Ullared), MD 2004:23 (LEGO) och MD 2005:20 (*Live!*). I Ullaredmålet ansåg MD att inarbetningsundersökningen som Ge-Kås lät genomföra var mycket vederhäftig. ”Av utredningen i målet – främst den av Gfk Sverige AB utförda marknadsundersökningen från december 2001 som, mot bakgrund av de uppgifter vittnet K. N. lämnat om dess utförande, framstår som mycket vederhäftig – framgår att Ge-Kås i konsumentledet är ytterst väl känt under beteckningen 'Ullared'.” Marknadsundersökningen verkade alltså vara det främsta bevismedlet MD byggde sin slutsats på. De två förväxlingsundersökningarna Ge-Kås lät genomföra ansåg MD vara vederhäftiga. ”Av de av Ge-Kås åberopade marknadsundersökningarna beträffande risken för förväxling mellan å ena sidan Ge-Kås verksamhet och å andra sidan SEAB:s och VAB:s verksamhet – som även i dessa delar framstår som vederhäftiga... – framgår att den nu aktuella marknadsföringen är ägnad

att vilseleda om kommersiellt ursprung. Denna slutsats styrks vidare av de uppgifter B. L. och I. D. lämnat... Även förväxlingsundersökningarna verkade av detta uttalande att döma vara de viktigaste bevismedlen för bedömningen av förväxlingsrisken. Ullaredmålet är speciellt på det sättet att MD faktiskt uttalade sig om att de ansåg att marknadsundersökningarna var vederhäftiga eller till och med mycket vederhäftiga. I de flesta mål där marknadsundersökningar verkar ha haft betydelse brukar MD ändå inte uttrycka sig så explicit. Även i LEGO-målet hade marknadsundersökningarna betydelse, speciellt på grund av att dessa visade på en väldigt hög kännedomsggrad och förväxlingsrisk. Dock verkar inte betydelsen ha varit lika avgörande som i Ullaredmålet eftersom även övriga omständigheter tydligt visade att LEGO var känt och särpräglad samt att det förelåg en förväxlingsrisk. Även i Live!-målet hade marknadsundersökningarna betydelse. MD uttryckte att ” *Sådana marknadsundersökningar får ofta bedömas med viss försiktighet. I förevarande fall är dock resultaten av marknadsundersökningarna förhållandevis samstämmiga. Marknadsdomstolen finner att det genom undersökningarna, sammantagna med den mycket omfattande marknadsföringen och exponeringen av Vodafone live! på marknaden, får anses klarlagt att uttrycket live! med utropstecken i kombination med röd färg är väl känt inom omsättningskretsen*” Det framgår inte uttryckligen hur stor betydelse just marknadsundersökningarna hade eftersom MD gjorde en samlad bedömning. Jag tycker ändå det verkar som om undersökningarna var betydelsefulla eftersom MD valde att göra ett undantag från att marknadsundersökningar ofta bedöms med försiktighet. Mer om vad det är som gjorde att marknadsundersökningarna kan ha haft stor betydelse i just de här målen återkommer jag till längre fram i analysen.

Av de i kapitel fyra refererade målen, har jag funnit fyra fall där de åberopade marknadsundersökningarna har vägts in i domstolens bedömning utan att de verkar ha haft någon avgörande betydelse eller där det inte framgår om de har haft någon stor betydelse eller ej. Dessa fall är MD 2000:25 (Hästens), MD 2005:26 (Taxi Göteborg), MD 2005:33 (Puma) och MD 2009:1 (Elko). I Hästensmålet kom MD fram till att Hästens rutmönster hade särskiljningsförmåga. Detta bekräftades av marknadsundersökningarna. I Taxi Göteborgfallet kom MD fram till att övriga omständigheter sammantaget med marknadsundersökningen visade att Taxi Göteborg och dess bilar vara väl kända. I Pumafallet var inarbetsundersökningen en av omständigheterna som gjorde att MD ansåg att Repli Cat-skön var särpräglad och känd. Avseende förväxlingsrisken gjorde MD en samlad bedömning, vari det verkar som om förväxlingsundersökningen vägts in. I Elkomålet gav marknadsundersökningen ett visst stöd för att Elkodimmern var känd i en omsättningskrets av fackmän men i hela omsättningskretsen som omfattade även konsumenter gav inte utredningen en enhetlig bild avseende kännedomen.

Av de nitton fall som jag har undersökt har det alltså i sju av dessa åberopats marknadsundersökningar som har inverkat på domstolens slutgiltiga bedömning. För de resterande tolv fallen jag har redogjort för finns det i

huvudsak tre olika anledningar till att domstolen valde att inte lägga någon vikt vid undersökningarna. Den största anledningen är att undersökningarna på diverse sätt var behäftade med fel och därför ansågs ha ett lågt bevisvärde. Så var fallet i MD 2006:19 (Tidningen Vi), MD 2007:18 (Taxi Stockholm), MD 2009:12 (Xanté), MD 2010:22 (Gate Rehab), MD 2010:29 (M&M) och i MD 2011:1 (WE). En annan anledning är att parterna åberopat motstridiga undersökningar och att MD inte lagt vikt vid någon av parternas undersökningar. Detta skedde i MD 2004:13 (RESIDENCE), MD 2005:12 (Gustavus) och i MD 2008:15 (Mag). Den sista anledningen är att undersökningarna inte gav tillräckligt starkt stöd för vad de syftade till att bevisa. Detta var orsaken i MD 2005:13 (Whiskas)¹⁸⁵, MD 2005:19 (OLKA) och i MD 2009:23 (Pewag).

5.1.2 Marknadsundersökningar i förhållande till indirekt bevisning

Enligt Fallenius kan en marknadsundersökning vara ett betydelsefullt bevismedel om den med tydliga resultat visar det parten anför. En förutsättning är att undersökningen är så tillförlitlig som möjlig. Om en marknadsundersökning inte är tillförlitlig försämras bevisvärdet avsevärt. I sådana fall är det viktigt att även ha åberopat relevant indirekt bevisning. Det kan vara farligt att endast förlita sig på en marknadsundersökning eftersom det finns risk att MD inte anser att den är tillräckligt tillförlitlig. Är även övrig bevisning bristfällig kommer domstolen med stor sannolikhet komma fram till att parten exempelvis inte lyckats visa att produkten är känd. Så skedde i Xantéfallet där MD inte ansåg att marknadsundersökningen gav tillräckligt stöd för att XANTÉ-förpackningen var känd. Övriga uppgifter Xanté lämnat var inte konkretiserade och preciserade. Eftersom uppgifterna enligt MD var för allmänt hållna fick de ett relativt lågt bevisvärde. Med hänsyn till detta och till övriga omständigheter ansåg inte MD att XANTÉ-förpackningen var känd på marknaden.

Trots att indirekt bevisning oftast är viktig anser ändå både Fallenius och Carlson att det skulle vara möjligt att grunda ett avgörande enbart på en marknadsundersökning om denna kan anses utgöra ett tillförlitligt bevismedel. Vad som krävs för att lyckas med den ”perfekta undersökningen” verkar dock vara osäkert, men jag återkommer till detta längre fram.

Efter att jag har gått igenom akterna till de ovan refererade fallen kan jag konstatera att marknadsundersökningar behandlas väldigt olika från fall till fall. Ibland framför motparten inte särskilt mycket kritik mot undersökningarna medan de i andra fall diskuteras flitigt. I LEGO-fallet

¹⁸⁵ Undersökningen blev skarpt kritiserad av motparten och MD hade antagligen bedömt undersökningen som icke tillförlitlig om det inte vore så att den föll redan av den anledningen att den inte gav tillräckligt stöd.

hade LEGO låtit genomföra två marknadsundersökningar med väldigt starka resultat både avseende inarbetning och förväxlingsrisk. Den enda kritiken Biltema (svaranden) framförde mot undersökningarna var att det endast var ett enskilt byggelement med 2x4 knoppar som undersökts och att det därför inte gick att dra några slutsatser avseende kännedomen om LEGO:s byggelement i stort eller en eventuell förväxlingsrisk med COKO. Jag kan tycka att det borde ligga i svarandens intresse att försöka få undersökningarna att framstå som icke tillförlitliga, speciellt när undersökningarna visade på så starka resultat. Enligt mig synes det därför en aning märkligt att inte mer omfattande kritik framfördes. Exempelvis hade intervjuerna genomförts på köpcentra och på allmän plats, vilket innebär att urvalet inte kan ha skett enligt sannolikhetsmetoden. Man kan fråga sig om MD hade lagt lika stor vikt vid marknadsundersökningarna om svaranden hade framfört mer omfattande kritik mot dessa.

I andra fall framför motparten väldigt omfattande kritik mot marknadsundersökningarna, vilket skedde i bl.a. Tidningen Vi-fallet och WE-fallet. Det är inte ovanligt att motparten anlitar statistiker som framför sin kritik i långa rapporter och att undersökningarna och kritiken sedan diskuteras fram och tillbaka. Det är svårt att veta i förväg hur motparten kommer att agera och därmed bemöta undersökningen/undersökningarna. Likaså kan det vara svårt att veta hur stor vikt domstolen kommer att lägga vid undersökningen samt vid kritiken av denna. Inte sällan skriver MD i domskälen att "svarandens kritik var till stor del befogad" eller motsvarande. Så skedde bl.a. i de två ovan nämnda målen. Exakt vilken del av kritiken som domstolen håller med om och eventuellt inte håller med om vid detta eller liknande uttalanden framgår däremot inte, eftersom domstolen som jag tidigare nämnt gör en samlad bedömning. Så länge praxis inte ger någon entydig bild av vad som krävs för att en marknadsundersökning ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel anser jag att det är viktigt att även åberopa bra indirekt bevisning så att ens talan inte står och faller beroende på hur MD kommer att värdera marknadsundersökningen. Om motparten skulle framföra omfattande kritik mot en marknadsundersökning för att MD inte ska anse att den utgör ett tillförlitligt bevismedel, kan det synas extra viktigt att marknadsundersökningen täcks upp av bra indirekt bevisning.

En annan fråga är hur lämpligt det faktiskt är att tillmäta marknadsundersökningar en avgörande betydelse. Fördelen är att marknadsundersökningar direkt mäter omsättningskretsens reella kännedom och att avgörandena därmed kan bli mer korrekta än om de enbart skulle baseras på indirekt bevisning som egentligen inte mäter konsumenternas kännedom om en viss produkt. Varken marknadsandelar, marknadsföringskostnader, hur länge en produkt har funnits på marknaden eller försäljningssiffror visar faktiskt hur känd en viss vara är inom den relevanta omsättningskretsen. En stor marknadsandel kan vara ett viktigt indicium på att en vara är känd, men precis som vid definitionen av omsättningskretsen uppstår problemet om hur marknaden ska definieras och avgränsas. Beroende på hur marknaden definieras kan ett företag eller produkt med en väldigt liten marknadsandel ändå vara mycket känt. Så är det ofta för olika

lyxvaror. Höga marknadsföringskostnader behöver däremot inte innebära att en produkt har blivit känd. Bara för att ett företag lagt ner stora kostnader på marknadsföring är det inte säkert att denna fick den önskade effekten. På samma sätt kan en produkt finnas på marknaden under lång tid utan att vara känd inom en betydande del av omsättningskretsen. Höga försäljningssiffror tyder visserligen på stor kännedom, men däremot säger de ingenting om en produkts särskiljningsförmåga. En samlad bedömning av all indirekt bevisning ger givetvis en tydligare bild av marknads uppfattning.

Marknadsundersökningar verkar ändå vara det enda bevismedlet som direkt kan mäta omsättningskretsens uppfattning. Om marknadsundersökningar ska tillmätas stor betydelse bör det däremot ställas höga krav på undersökningarnas kvalitet så att inte ett avgörande grundas sig på en felaktig bild av marknads uppfattning. Det är viktigt att komma ihåg att marknadsundersökningar enbart är en ögonblicksbild av verkligheten och bara ger ett stickprov på marknads faktiska uppfattning vid en viss tidpunkt. Detta är en begränsning eftersom marknaden inte är statisk utan i ständig förändring.¹⁸⁶ En annan begränsning marknadsundersökningar har är att de inte är någon exakt vetenskap eftersom de är baserade på subjektiva uppfattningar.

5.2 Vad krävs för att en marknadsundersökning ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel?

Eftersom MD:s domskäl avseende marknadsundersökningars bedömning oftast är mycket kortfattade kan det synas svårt att dra några slutsatser om vad som egentligen krävs av en marknadsundersökning för att den ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel. En sammantagen analys av ovan refererade fall ger dock en ganska klar bild av vad MD tar fasta på i sin värdering av olika marknadsundersökningar och vad som faktiskt krävs för att en undersökning ska kunna utgöra ett tillförlitligt bevismedel. Som jag tidigare anfört kan inte alla marknadsundersökningar genomföras på samma sätt, utan metoden måste alltid anpassas till syftet. Detta innebär exempelvis att en marknadsundersökning med syfte att visa att en förpackning är inarbetad inte nödvändigtvis behöver genomföras på samma sätt som en marknadsundersökning som har till syfte att visa att ett ordmärke är inarbetat. Några exakta slutsatser som alltid gäller är därför svåra att dra. Däremot går det att komma fram till vissa riktlinjer som i så stor utsträckning som möjligt bör följas.

Med beaktande av de rättsfall jag ingående undersökt samt de intervjuer jag genomfört är det främst omsättningskretsen, urvalet och frågeställningarna som har betydelse för hur vederhäftig en marknadsundersökning är. Dessa punkter är även de som motparten tenderar att framföra mest kritik mot. Av

¹⁸⁶ Viken, 2011, s. 316.

stor betydelse är även presentationen av undersökningens resultat och hur den har genomförts. Inte sällan riktas det kritik mot att det saknas relevant information av något slag.

5.2.1 Undersökningsrapporten

En marknadsundersökning bör vara så noggrant och så tydligt beskriven som möjligt. Det bör tydligt framgå av rapporten hur undersökningen genomförts, hur urvalet har skett, hur undersökningen presenterats för respondenterna och hur frågorna har ställts. I Taxi Stockholm-fallet bedömde MD marknadsundersökningen med försiktighet bl.a. för att det saknades information om hur intervjuerna hade genomförts, hur respondenterna hade valts ut, om dessa hade fått någon inledande information samt eventuellt bortfall framgick inte heller. Även i WE-fallet saknades det relevant information om undersökningens genomförande vilket gjorde att denna inte kunde ligga till grund för ett avgörande. I RESIDENCE-fallet blev kärandens marknadsundersökning kritiserad för att det inte framgick hur frågorna hade ställts. I Ullaredmålet innehöll undersökningsrapporterna noggranna beskrivningar av hur undersökningarna hade genomförts, vilket borde varit en bidragande faktor till att MD bedömde att undersökningarna var vederhäftiga. Att MD tenderar att värdera en noggrann författad undersökningsrapport innehållande all relevant information högre än en knapphändig författad rapport stämmer bra överens med vad jag tidigare beskrivit i avsnitt 3.2.7 om undersökningsrapporten. Jag anser att detta är helt logiskt eftersom ju mer utförlig information om undersökningen som finns att tillgå, desto färre blir osäkerhetsmomenten som kan sänka bevisvärdet. Förutom att undersökningsrapporten bör innehålla all relevant information så ska informationen presenteras på ett objektivet sätt och det är lika viktigt att även själva undersökningen är genomförd på ett objektivet sätt. Detta är även ett av de grundläggande kraven för marknadsundersökningar som återfinns i ICC/ESOMAR International code on market and social research. I WE-fallet innehöll undersökningsrapporten partens egna slutsatser som rubriker, vilket kritiserades av motparten. Enligt ICC/ESOMAR:s regler ska det finnas en klar distinktion mellan undersökningens resultat och tolkningen av resultaten. Resultaten hade dessutom presenterats på ett missvisande sätt eftersom det framstod som om 83 % av alla respondenter förknippade WE med kläder, när det i själva verket var 83 % av 45 %, d.v.s. 37 % av respondenterna som förknippade WE med kläder. Resultaten var svårtolkade. I både Xantémålet och i Tidningen Vi-målet blev undersökningarna kritiserade för att ha presenterat allt för fördelaktiga slutsatser. I Xantémålet hade käranden utgått från att päronkonjak och XANTÉ varit samma sak trots att detta inte kunde visas med undersökningen. Både svaranden och MD kritiserade undersökningen för att svaren som lämnats i undersökningen inte sa något om det kommersiella ursprunget, utan endast vad det var för produkt. I Tidningen Vi-målet hade käranden utgått från att de som svarat tidning i undersökningen syftat på Tidningen Vi, trots att detta inte framgick. Svaret gav därför en för fördelaktig bild enligt MD.

5.2.2 Omsättningskrets och urval

Som jag tidigare skrivit får inte omsättningskretsen vara för snävt definierad, för då kan inte marknadsundersökningen ligga till grund för ett avgörande. Hur omsättningskretsen ska definieras skiljer sig från fall till fall och beror framförallt av vilken typ av varor det rör sig om. I WE-fallet hade WeSC definierat omsättningskretsen till personer i åldern 16-60 år. Samtidigt hade WeSC uttalat sig om att de hade en omsättningskrets som omfattade konsumenter i alla åldrar. Detta kritiserades av KappAhl som därför ansåg att omsättningskretsen borde utgöras av personer i åldern 16-74 år. I målet framförde KappAhl mycket omfattande kritik mot marknadsundersökningen på flera punkter och MD ansåg att kritiken till stor del var befogad. Om kritiken särskilt avseende omsättningskretsen var befogad framgår däremot inte. Oavsett om MD höll med om kritiken av omsättningskretsen eller inte så innebär åtminstone kritiken att MD blev uppmärksam på att omsättningskretsen kunde vara för snävt definierad. All kritik som framförs bidrar till att en marknadsundersökningens tillförlitlighet kan ifrågasättas. Eftersom MD gör en samlad bedömning borde alla osäkerhetsmoment sammantaget kunna innebära att bevisvärdet sjunker. Två andra fall där definitionen av omsättningskretsen blev kritiserade var Elkofallet och RESIDENCE-fallet. I båda målen hade käranden genomfört inarbetningsundersökningar där omsättningskretsen hade begränsats till fackmän. Undersökningarna blev kritiserade av svaranden, som ansåg att omsättningskretsen var för snävt definierad eftersom den även borde omfatta konsumenter. I båda fallen höll MD med om svarandens kritik av undersökningarna. Eftersom en produkt måste vara känd inom omsättningskretsen för att det över huvud taget ska kunna föreligga en vilseledande efterbildning är det av yttersta vikt att definitionen av omsättningskretsen i marknadsundersökningen motsvarar domstolens definition av omsättningskretsen. Är omsättningskretsen för snävt definierad visar inte heller undersökningen om en produkt/förpackning etc. faktiskt är känd.

Hur urvalet bör ske framgår med större tydlighet än hur omsättningskretsen bör definieras. Urvalet bör ske genom sannolikhetsmetoden med en i förväg definierad målgrupp. I Tidningen Vi-målet hade käranden genomfört en marknadsundersökning med ”på-stan-intervjuer”. Svaranden kritiserade undersökningen och framförde bl.a. att resultaten inte var representativa eller generaliserbara. MD konstaterade att svarandens kritik till stor del var befogad. Som i de flesta fall framgick det inte om MD höll med om kritiken avseende just urvalet. Däremot uttalade sig MD i Taxi Stockholm-målet att förväxlingsundersökningen som åberopats skulle bedömas med försiktighet eftersom respondenterna hade valts ut genom ett icke slumpmässigt urval. Precis som i Tidningen Vi-målet utgjordes datainsamlingstekniken av ”på-stan-intervjuer”. Praxis tyder alltså på att det krävs ett slumpmässigt representativt urval för att en marknadsundersökning ska utgöra ett tillförlitligt bevismedel. Slutsatsen förstärks av Carlson som bekräftade betydelsen av ett slumpmässigt urval under intervjun. Trots detta har det hänt att MD lagt vikt vid undersökningar med icke slumpmässigt urval. I

LEGO-fallet genomfördes ”på-stan-intervjuer”, men domskälen tyder ändå på att MD la vikt vid undersökningarna. Urvalsprocessen blev dock aldrig kritiserad av motparten vilket möjligen kan vara anledningen till att inte heller MD uppmärksammade urvalet. Eftersom senare praxis visar på att urval ska ske enligt sannolikhetsmetoden borde detta innebära att sannolikhetsmetoden är den urvalsmetod som bör användas. Avseende urvalet verkar det inte vara lämpligt att använda sitt eget kundregister i urvalsprocessen. Så skedde i RESIDENCE-fallet, vilket motparten kritiserade.

5.2.3 Frågeställningarna

Ett av de vanligaste felen en marknadsundersökning är behäftad med är att frågorna är ledande. Vilka frågor som ställs, i vilken ordning frågorna ställs, hur frågorna ställs och hur frågorna är formulerade har stor betydelse för vilka svar respondenterna kommer att avge. Öppna frågor används näst intill alltid, förutom till ensamrättsfrågorna, eftersom fasta svarsalternativ kan vara ledande. Att inte frågorna får vara ledande hänger samman med att marknadsundersökningar alltid ska genomföras på ett objektivt sätt. I WE-fallet var den första frågan som ställdes: ”Känner du till denna logotyp (WE)?” Svaranden kritiserade undersökningen för att ha ledande frågor och anförde att respondenterna genom formuleringen blev informerade om att det var en logotyp som efterfrågades. Som jag tidigare skrivit ansåg MD att svarandens kritik av marknadsundersökningen till stor del var befogad. I Whiskasfallet var den första frågan i marknadsundersökningen: ”Vilken/vilka produkter eller varumärken förknippar du med färgen djuplila?” Även i detta mål kritiserade svarande undersökningen för att ha ledande frågor. Redan i första frågan blev respondenterna informerade om att det var ett varumärke som efterfrågades. MD kommenterade dock aldrig kritiken eftersom undersökningen ändå inte visade att konsumenter förknippade lila färg med WHISKAS eller Masterfoods. Att ställa helt objektiva frågor som inte på något sätt kan kritiseras för att vara ledande verkar dock inte vara helt lätt. Ofta framställer motparten någon form av kritik avseende frågeställningarna. I *Live!*-fallet framförde varken motparten eller domstolen någon kritik mot frågeställningarna. Motparten framförde annan kritik avseende marknadsundersökningen, varför även frågeställningarna borde angripas om parten ansåg att dessa var behäftade med fel. I Xanté-målet eller Elko-målet blev inte heller frågeställningarna kritiserade, förutom att båda undersökningarna saknade en ensamrättsfråga. Förutom att undersökningarna handlar om olika sorters produkter är uppbyggnaden av frågeformuläret och formuleringen av frågorna förhållandevis lika. De första två frågorna i alla tre undersökningarna avser spontan erinran. Frågeställningarna avslöjade inte vad som efterfrågades för respondenterna, utan dessa fick associera fritt. Följande formuleringar avseende spontan erinran borde därför vara lämpliga:

Vad tänker du på när du ser den här [bilden/symbolen/färgen]?
alternativt,

Känner du igen den här [bilden/symbolen/färgen] och vad förknippar du den i så fall med?

Förknippar du den med något mer?

alternativt,

Kommer du att tänka på något mer?

Respondenterna fick i *Live*-målet härefter vägledning om vilken sorts vara, d.v.s. mobiltelefoni som efterfrågades. Liknande vägledning fanns inte med i de två övriga undersökningarna. Motsvarande fråga borde vara möjlig att ställa även i andra sammanhang än mobiltelefoni.

Om vi säger att det gäller [varuslag], känner du då igen [symbolen/färgen/bilden] i det sammanhanget och vad förknippar du den med?

Förknippar du den med något mer?

Härefter blev respondenterna i alla tre undersökningarna tillfrågade om de kom att tänka på något särskilt märke, företag eller tillverkare, beroende på vad som undersöktes.

Om du i dina tidigare svar inte angav något företagsnamn, förknippar du [symbolen/färgen/bilden] med något visst företag?

alternativt,

Kommer du att tänka på något särskilt företag, tillverkare eller produktnamn när du ser [symbolen/färgen/bilden]?

Undersökningen i *Live*-målet avslutades med två ensamrättsfrågor, något som saknades i de andra två målen. Det måste framgå om en produkt/märke/logotyp etc. förknippas med en viss näringsidkare eller om den/det står envar fritt att använda. MD poängterade detta i WE-fallet där det inte framgick av marknadsundersökningen huruvida konsumenterna förknippade WE i figurativt utförande med WeSC.

Om en fråga avser en logotyp, förpackning eller något annat som respondenterna får se en bild på kan respondenternas svar påverkas av hur logotypen m.m. är avbildad och hur den visas upp för respondenterna. Återigen handlar det om att marknadsundersökningar ska vara objektiva, varför inte heller bilder bör vara ledande på något vis. I Tidningen Vi-målet blev undersökningen kritiserad för att ha avbildat logotypen fel. Logotypen för Vi-butikerna var röd, men i undersökningen hade den visats i svart/vitt. Den saknade även tillägget ”fria handlare i samverkan”

5.2.4 Övriga slutsatser

I övrigt bör datainsamlingstekniken anpassas till undersökningsobjektet. Om det är en färg eller ett figurmärke som ska undersökas lämpar sig exempelvis inte telefonintervjuer särskilt bra. Telefonintervjuer är inte heller lämpliga om det är ett ordmärke i skrift som ska undersökas, speciellt om ordet kan uttalas på olika sätt. Kritik av datainsamlingstekniken framfördes mot marknadsundersökningarna i Tidningen Vi-målet, Whiskasmålet och RESIDENCE-målet.

Vägning av undersökningsresultatet bör undvikas. I WE-målet hade WeSC tillämpat vägning. Både motparten och domstolen var kritiska mot detta, speciellt eftersom det inte framgick av undersökningsrapporten hur vägningen hade gått till. Vägning bidrar till att göra undersökningens resultat osäkert, vilket inte är något att eftersträva om man vill att domstolen ska bedöma marknadsundersökningen som tillförlitlig.

5.2.5 Sammanfattning av slutsatserna

Av diskussionen ovan har jag sammanfattat några punkter avseende vad som är viktigt att tänka på om en marknadsundersökning ska kunna utgöra ett tillförlitligt bevismedel.

- Objektivitet verkar vara grunden till en bra marknadsundersökning. Hela undersökningen och undersökningsprocessen bör genomsyras av objektivitet. När omsättningskretsen definieras ska detta ske objektivt, inte utefter vad som kan ge det eftersträvade resultatet. Frågorna ska vara objektiva och ställas på ett objektivt sätt, annars kan de lätt uppfattas som ledande. Presentationen av undersökningen och resultaten ska ske på ett objektivt sätt utan att färgas av partens subjektiva slutsatser.
- Alla osäkerhetsmoment bör elimineras. Detta innebär att rapporten bör innehålla all relevant information och att resultaten inte får vara svårtolkade eller missvisande. Vägning bör på samma grund undvikas.
- Omsättningskretsen får inte vara för snävt definierad.
- Urvalet bör ske genom sannolikhetsmetoden för att resultaten ska bli generaliserbara. ”på-stan-intervjuer” eller motsvarande bör därför undvikas.
- Frågorna får inte på något sätt vara ledande. Ord som varumärke och logotyp bör därför undvikas åtminstone i de första frågorna där respondenterna ska få associera fritt. Frågeformuläret bör innehålla en ensamrättsfråga så att det framgår om kännetecknet förknippas med en viss näringsidkare eller inte.
- Om bilder på logtyper, förpackningar etc. visas för respondenterna bör dessa avbildas på ett korrekt och objektivt sätt.
- Datainsamlingstekniken bör anpassas efter undersökningsobjektet.

5.2.6 Domstolens bedömning och värdering av marknadsundersökningar

Som Marknadsdomstolen har uttalat flera gånger brukar marknadsundersökningar bedömas med viss försiktighet. I *Live!*-målet hade käranden presenterat fyra marknadsundersökningar med förhållandevis samstämmiga resultat. Domstolen verkade i detta fall lägga större vikt vid undersökningarnas resultat än om enbart en marknadsundersökning hade presenterats. I LEGO-fallet visade marknadsundersökningarna på en mycket stor kännedom och förväxlingsrisk. Även i detta fall verkade MD lägga vikt vid undersökningarna även om de enligt min mening var behäftade med brister. Flera samstämmiga resultat eller mycket starka resultat verkar alltså göra MD mer benägen att lägga vikt vid de återopade undersökningarna.

Om det däremot finns motstridiga undersökningar, vilket kan hända om både svaranden och käranden återopat marknadsundersökningar, har domstolen en benägenhet att inte lägga vikt vid någon av undersökningarna. Både i RESIDENCE-fallet och i Gustavus-fallet hade båda parter låtit genomföra och återopat marknadsundersökningar till stöd för sin talan. Parterna hade dessutom kritiserat varandras undersökningar. Kritiken hade inte till fullo bemötts av någondera sidan. Detta gjorde att MD ifrågasatte bevisvärdet och bedömde undersökningarna med försiktighet. Frågan är om domstolen verkligen gjorde en ordentlig analys och bedömning av undersökningarna eller tog den enkla utvägen att låta undersökningarna ta ut varandra. Eventuellt så hade bedömningen kunnat bli mer utförlig om parterna hade bemött kritiken och framlagt bevisning till styrkande av att undersökningarna var tillförlitliga.

Detta leder oss till en annan viktig aspekt som handlar om huruvida domstolen faktiskt besitter tillräckligt stor undersökningsteknisk kunskap för att kunna göra en korrekt och grundläggande värdering av en marknadsundersökning. För att bedöma en marknadsundersökning räcker det inte med en omfattande juridisk kunskap utan det krävs även kunskap om samhällsvetenskapliga metoder, vilket det inte är självklart att domstolen besitter. Eftersom domskälen avseende marknadsundersökningar oftast är mycket kortfattade går det inte att veta hur domstolen faktiskt har resonerat och hur de har gått till väga vid värderingen av en marknadsundersökning. I de fallen MD ansett att en undersökning har haft ett lågt bevisvärde, har detta oftast skett med en hänvisning till motpartens kritik av undersökningen, utan närmre definition av vilken del av kritiken som domstolen särskilt tagit fasta vid. Av domskälen att döma verkar sällan domstolen göra en egen djupgående kritisk bedömning av en undersökning om inte motparten dessförinnan framfört kritik. Det är mycket möjligt att detta sker, men i varje fall är det ingenting som återspeglas i domskälen i särskilt stor utsträckning. Möjligtvis kan det även vara så att domstolen faktiskt gör en grundlig värdering av marknadsundersökningarna, men att de ändå väljer att inte skriva ut hur värderingen har gått till i domskälen. På så vis slipper domstolen bli bunden av sin egen praxis. Eftersom varje mål är unikt är därmed även varje marknadsundersökning unik av den orsaken att

undersökningsmetoden måste anpassas till undersökningens syfte. Så länge det inte finns någon bindande praxis avseende hur MD ska gå till väga vid värderingen av en undersökning behåller domstolen en större frihet vid värderingen och sin bedömning.

I Taxi Stockholm-fallet gjorde MD däremot en mer grundläggande bedömning och konstaterade bl.a. att undersökningen skulle bedömas med försiktighet på grund av att respondenterna hade valts ut genom ett icke slumpmässigt urval. Mer konkreta bedömningar så som denna skulle kunna leda till att det skapas mer allmänna riktlinjer och praxis kring marknadsundersökningar, vilket har efterfrågats.¹⁸⁷ Nu förhåller det sig dock så att MD är en aning inkonsekvent i sin bedömning av marknadsundersökningar. Även om MD numera verkar kräva att det sker ett sannolikhetsurval har det ändå hänt att tidigare undersökningar med icke slumpmässiga urval godtagits. De kortfattade domskälen och emellanåt inkonsekventa bedömningarna skapar en osäkerhet om hur en marknadsundersökning egentligen bör utformas. Enligt min mening vore det önskvärt med klarare kriterier och riktlinjer för vad som krävs för att genomföra en bra marknadsundersökning. Detta hade underlättat både för parterna, undersökningsföretagen samt för domstolen själv när de ska värdera en undersökning. Givetvis går det inte att sätta upp generella kriterier som alltid ska gälla eftersom undersökningsmetoden är beroende av vad det är som ska undersökas. Exempelvis så är definitionen av omsättningskretsen beroende av vad det är för vara. Om domstolen hade skapat en mer utförlig praxis och därmed riktlinjer att gå efter vid värderingen av marknadsundersökningar skulle detta kunna underlätta domstolens egen värdering av framtida marknadsundersökningar. Detta hade sannolikt även lett till större konsekvens i värderingen av dessa. Klarare riktlinjer hade även underlättat för undersökningsföretagen som ska genomföra undersökningarna eftersom de då i större grad hade kunnat förutse hur en marknadsundersökning ska genomföras för att domstolen ska anse att den är ett tillförlitligt bevismedel. För parterna i målet skulle detta innebära att de inte i lika stor utsträckning riskerar att lägga ner stora summor på marknadsundersökningar som ändå kommer att underkännas av domstolen. En förutsättning för att domstolen ska kunna skapa lämpliga riktlinjer och bedömningskriterier genom praxis är givetvis att de besitter tillräckligt stor kunskap om samhällsvetenskapliga metoder och undersökningsteknik, annars finns det risk att de juridiska kriterierna inte sammanfaller med de vetenskapliga principerna. Kanske är just detta anledningen till att domstolen är relativt restriktiv i sina uttalanden avseende marknadsundersökningar. Jag hoppas på att utvecklingen ska gå från kortfattade och generellt hållna domskäl till mer ingående redogörelser av marknadsundersökningarnas betydelse som bevismedel.

¹⁸⁷ Farrahi, 2006, s. 462.

Käll- och litteraturförteckning

Artiklar

Farrahi, Nina, *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten*, NIR 5/2006, s. 436-462.

Litteratur

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars, Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Jure AB, Stockholm, 2011, 12.uppl. ISBN 978-91-7223-464-2

Christensen, Lars, Engdahl, Nina, Gräas, Carin, Haglund, Lars, *Marknadsundersökning en handbok*, Studentlitteratur AB, Lund, 2010, 3.uppl. ISBN 978-91-44-05529-9

Dahmström, Karin, *Från datainsamling till rapport*, Studentlitteratur AB, Lund, 2011, 5.uppl. ISBN 978-91-44-06027-9

Faarup, Poul K. och Hansen, Kenneth, *Marknadsundersökningar i teori och praktik*, Liber AB, Malmö, 2011, 1.uppl. ISBN 978-91-47-09440-0

Kylén, Jan Axel, *Att få svar*, Bonnier Utbildning AB, Stockholm, 2004, 1.uppl. ISBN 91-622-6577-6

Larsen, Ann Kristin, *Metod helt enkelt*, Gleerups Utbildning AB, Malmö, 2007, 1.uppl. ISBN 978-91-40-66479-2

Lisper, Hans Olof och Lisper, Stefan, *Statistik för samhällsvetare*, Liber AB, Malmö, 2005, 1 uppl. ISBN 91-47-07363-2

Melin, Stefan, *Marknadsrätt*, Liber AB, Malmö, 2009, 1.uppl. ISBN 978-91-47-08945-1

Svensson, Carl Anders, Stenlund, Anders, Brink, Torsten, Ström, Lars-Erik, Carlén-Wendels, Thomas, *Praktisk marknadsrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010, 8.uppl. ISBN 978-91-39-10872-6

Synnerstad, Karin *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden*, Juristförlaget, Stockholm, 1992, 1.uppl. ISBN 91-7598-311-7

Trost, Jan, *Kvalitativa intervjuer*, Studentlitteratur, Lund, 2010, 4.uppl. ISBN 978-91-44-06216-7

Viken, Monica, *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett*, 2011, 1.uppl., ISBN 978-87-92842-16-9

Offentligt tryck

Prop 1994/95:59 *Översyn av varumärkeslagen m.m. Madridsystemet*

Prop 2007/08:115 *Ny marknadsföringslag*

Prop 2009/10:225 *Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen*

SOU 2001:26 *Ny varumärkeslag*

SOU 2006:76 *Otillbörliga affärsmetoder*

Elektroniska källor

Carlson, Per, lagkommentar till 1 kap 5 § VmL i Karnov,
http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/1005397/1?versid=146-1-2005#SFS2010-1877_N21, hämtat 2012-05-07

Levin, Marianne, lagkommentar till 10 § 2 st. 2 p. MFL i Karnov,
http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/853411/1?versid=146-1-2005#SFS2008-0486_N65, hämtat 2012-05-07

Levin, Marianne, lagkommentar till 14 § MFL i Karnov,
http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/853411/1?versid=146-1-2005#SFS2008-0486_N95, hämtat 2012-05-07

<http://www.smif.org/om-smif>, hämtat 2012-02-07

<http://www.smif.org/medlemsskap>, hämtat 2012-02-07

<http://www.smif.org/lagar-a-etik/etiska-radet>, hämtat 2012-02-07

<http://www.etiskaradet-erm.se/>, hämtat 2012-02-07

Intervjuer

Intervju med Per Carlson, Marknadsdomstolen, Stockholm, 2012-03-22

Intervju med Christer Fallenius, Marknadsdomstolen Stockholm, 2012-03-23

Intervju med Martin Elsässer och Toivo Sjören på TSN SIFO, Stockholm, 2012-03-22

Intervju med Kurt Helle och Per Sahlqvist på Brand Eye, Stockholm, 2012-03-22.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee)

Marknadsdomstolen

MD 1977:25

MD 1981:2 (Conex)

MD 1985:5 (Perstorps ättika)

MD 1988:6 (Klorin)

MD 2000:25 (Hästens), hela akten, Dnr C 12/99

MD 2001:22 (Red Bull)

MD 2003:7 (Digestive)

MD 2003:25 (Ullared), hela akten, Dnr C 8/02

MD 2004:13 (RESIDENCE), hela akten, Dnr C 13/03

MD 2004:23 (LEGO), hela akten Dnr C 14/03

MD 2005:12 (Gustavus)

MD 2005:13 (Whiskas), hela akten, Dnr C 9/04

MD 2005:19 (OLKA), hela akten, C 19/04

MD 2005:20 (*Live!*), hela akten Dnr C 5/04

MD 2005:33 (Puma)

MD 2006:3 (LEGO II)

MD 2006:19 (Tidningen Vi), hela akten, Dnr C 18/09

MD 2006:26 (Taxi Göteborg), hela akten, Dnr C 11/04

MD 2007:16 (Mini Maglite)

MD 2007:18 (Taxi Stockholm), hela akten, Dnr C 34/06

MD 2007:27 (Twinner)

MD 2007:28 (Mecmaster)

MD 2008:13 (AstraZeneca)

MD 2008:15 (Mag)

MD 2009:1 (Elko), hela akten, Dnr C 16/07

MD 2009:12 (Xanté), hela akten, Dnr C 7/08

MD 2009:23 (Pewag), hela akten Dnr C 25/08

MD 2010:4 (Red Bull)

MD 2010:8 (Volvo)

MD 2010:22 (Gate Rehab), hela akten, Dnr C 10/09

MD 2010:29 (M&M)

MD 2010:30 (Northmill)

MD 2011:1 (WE), hela akten, Dnr C 6/10