

**Renommésnyltning enligt
generalklausulen – idag jämfört
med igår**

Kajsa Djurfeldt

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

VT 20



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förord	9
Förkortningar.....	10
1. Inledning.....	13
1.1 Bakgrund.....	13
1.2 Syfte och frågeställningar	16
1.3 Avgränsningar.....	17
1.4 Metod och material	17
1.5 Disposition	20
2. Utveckling av skyddet mot renommésnyltning fram till MFL 2008.....	21
2.1 Introduktion till marknadsföringsrätten	21
2.2 Renommésnyltning enligt MFL 1995	23
2.2.1 MFL 1995	23
2.2.2 MD 1999:21 Robinson.....	24
2.2.3 Den fortsatta utvecklingen genom praxis	27
2.3 Sammanfattning gällande rätt före år 2008.....	32
3. Renommésnyltning i rättspraxis efter införandet av MFL 2008.....	33
3.1 MFL 2008 och Direktivet om otillbörliga affärsmetoder	33
3.1.1 Överföring av tidigare praxis	33
3.1.2 Generalklausulen	34
3.1.3 Transaktionstestet och genomsnittskonsumenten	35
3.2 Transaktionstestet i praxis	38
3.2.1 MD 2012:11 Datoteket	38
3.2.2 Fortsatt utveckling	40
3.3 Sammanfattning gällande rätt efter 2008.....	45
4. Sammanfattning och slutsatser.....	47
Käll- och litteraturförteckning	51
Rättsfallsförteckning	55

Summary

In marketing, unauthorized use of a mark belonging to a competitor with the intention of exploiting the good reputation, goodwill, associated with the other is used in an improper manner is called passing off reputation and goodwill. The procedure violates good marketing practices and is regulated by the General Clauses 5 and 6 in the Marketing Law (MFL).

The purpose of the thesis is to analyze and describe what constituted passing off pursuant to General Clause 4 § MFL 1995, what constitutes passing off reputation and goodwill according to General Clause 5 and 6 §§ MFL 2008, and whether the courts' assessment of reputation reporting has changed after the implementation of the EU *Unfair Commercial Practices Directive* where the transaction test was introduced. The purpose is met by answering three questions;

1. What constituted passing off according to 4 § MFL 1995?
2. What is passing off according to 5 and 6 §§ of the MFL 2008?
3. Has the introduction of the transaction test in 6 § of the MFL changed the courts' assessment of passing off?

The legal situation for the period of time for the two versions of the Marketing Law is established through examination of practice and the Market Court's assessment method according to the two versions of the law is compared. The transaction test, which has been questioned in the application for passing of, is shown to have had a relatively small impact on the Market Court's approach in assessing reputation screening according to the general clause.

Sammanfattning

Att i marknadsföring obehörigen utnyttja ett kännetecken tillhörande en annan näringsidkare så att det goda renommé, goodwill, det är förknippat med utnyttjas på ett otillbörligt sätt kallas för *renommésnyltning*. Renommésnyltning strider mot god marknadsföringssed och regleras därmed genom generalklausulen 5 och 6 §§ Marknadsföringslagen.

Syftet med uppsatsen är att beskriva och analysera vad som utgjorde renommésnyltning enligt generalklausulen 4 § MFL 1995, vad som utgör renommésnyltning enligt generalklausulen i 5 och 6 §§ MFL 2008, och om domstolarnas bedömning av renommésnyltning har förändrats efter genomförandet av Direktivet om otillbörliga affärsmetoder när transaktionstestet infördes. Syftet uppfylls genom att undersökning av praxis och tre frågeställningar besvaras;

1. Vad var renommésnyltning enligt 4 § MFL 1995?
2. Vad är renommésnyltning enligt 5 och 6 §§ MFL 2008?
3. Har införandet av transaktionstestet i 6 § MFL förändrat domstolarnas bedömning av renommésnyltning?

Gällande rätt för tidsperioden för de båda versionerna av Marknadsföringslagen fastställs genom undersökning av praxis och Marknadsdomstolens bedömningssätt enligt lagversionerna jämförs. Transaktionstestet, som varit ifrågasatt i tillämpningen för renommésnyltning, visas ha medfört relativt liten inverkan på Marknadsdomstolens tillvägagångssätt vid bedömning av renommésnyltning enligt generalklausulen.

Förord

Det här är ett examensarbete på kandidatnivå i handelsrätt vid Ekonomihögskolan i Lund. Arbetet med uppsatsen har varit intressant och lärorikt.

Jag vill tacka min handledare Johan Axhamn för givande återkoppling och värdefull hjälp längs vägen.

Jag vill även rikta ett stort tack till mina närstående som alltid hejar på mig.

Lund, 28 maj 2020,

Kajsa Djurfeldt

Förkortningar

Direktivet	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden
EU	Europeiska Unionen
ICC	International Chamber of Commerce
MFL 1995	Marknadsföringslag 1995:450
MFL 2008	Marknadsföringslag 2008:450
PMÖD	Patent- och marknadsdomstolen
Prop.	Proposition
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Vi konsumenter exponeras dagligen för ett stort antal marknadsföringsbudskap. De når oss när vi läser nyheterna på morgonen, på gatan på väg till jobbet, genom våra sociala medier och när vi tittar på TV innan vi går till sängs på kvällen. Antalet budskap och sätt att exponeras för dem ökar ständigt i takt med att marknaden expanderar och tekniken utvecklas. Dagens marknad präglas av hög konkurrens och företag tar till många olika knep för att stå ut ur bruset.¹ Varumärkesbyggande och skapande av goodwill beskriver den process företag genomför för att särskilja sig från mängden. För att skydda företag och deras uppbyggda goodwill finns det lagar som reglerar hur marknadsföring bör och inte bör utformas. Till trots finns det många företag som försöker tänja på gränserna och gå runt regleringarna.²

I Sverige regleras marknadsföring i huvudsak genom Marknadsföringslagen (2008:486) (MFL 2008) som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare från otillbörlig marknadsföring. Tillämpningsområdet ligger mellan en marknadsföringsåtgärd och ett affärsbeslut. Lagens yttre område definieras i tre generalklausuler med allmänt hållna bestämmelser vars mer precisa gränser byggs upp genom praxis. Den första generalklausulen 5-6 §§ MFL 2008 är generell och omfattar all marknadsföring och alla affärsmetoder. Den anger att all marknadsföring ska stämma överens med god affärssed. Den här klausulen kommer att utgöra huvudsakligt fokus i den här undersökningen.

De andra två generalklausulerna som finns i 7 och 8 §§ är mer specifika och behandlar aggressiv respektive vilseledande marknadsföring. Marknadsföring som strider mot någon av generalklausulerna kan vid vite förbjudas, åläggas eller vid specifika omständigheter meddelas ett så kallat interimistiskt beslut om förbud.

¹ Konsumentverket, *Rapport 2015:15 Marknadsföring, reklam och tjänstefiering i det moderna samhället*, 2015. Tillgänglig via: <https://www.konsumentverket.se/globalassets/publikationer/produkter-och-tjanster/reklam-och-marknadsforing/rapport-2015-15-marknadsforing-i-det-digitaliserade-samhallet-konsumentverket.pdf> s. 7-9. Hämtad 2020-05-01.

² Borgenhäll, 2016, s. 158.

Innanför generalklausulernas område finns en förbudskatalog med katalogbestämmelser som avser av mer preciserade förbudsbestämmelser av otillbörlig marknadsföring av olika slag. Katalogbestämmelserna är direktsanktionerade genom så kallad marknadsstörningsavgift. Förbudskatalogen utgörs av 9-20 §§ MFL 2008, med undantag för 11 och 18-19 §§ vilka anger specifika bestämmelser avseende begränsningar i marknadsföringens kommunikationsmedel samt regler för jämförande respektive obeställd reklam.³

Marknadsföringsrätten är ett område som i stor utsträckning präglas av internationell harmonisering och krav på en viss standard utifrån där Europeiska Unionen (EU) har en central roll. Syftet är att främja den fria rörligheten inom unionen och därför att minimera risken för handelshinder medlemsländerna emellan. Till grund för MFL 2008 ligger Europaparlamentets och Rådets *direktiv 2005/29 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden*, nedan Direktivet, vilket har som syfte att skydda konsumenter mot otillbörliga affärsmetoder. Direktivet bidrog till en del substantiella teoretiska förändringar för tillämpningen av MFL 2008 i svensk rätt.⁴

Den generella generalklausulen i MFL 2008, som anger att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed, fanns även i föregående Marknadsföringslag (1995:450) (MFL 1995). Den mest väsentliga förändringen av Marknadsföringslagen är genomförandet av det så kallade transaktionstestet i 6 § MFL 2008, vilket har grund i Direktivet. Uppfyllandet av transaktionstestet är en förutsättning för att en marknadsföringsåtgärd ska anses otillbörlig enligt generalklausulen. Transaktionstestet kvalificerar den sannolika påverkan en marknadsföringsåtgärd har på den genomsnittliga mottagarens ekonomiska agerande genom att identifiera genomsnittskonsumenten och dess förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

³ Nordell, 2017, s. 53 ff.

⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder), OJ L 149, 11.6.2005.

Ett problem som kan uppstå är när ett företag på en dynamisk marknad istället för att vara innovativa är reaktiva och försöker åka snålskjuts på ett annat företag som gjort något bra. Att i marknadsföring obehörigen utnyttja ett kännetecken tillhörande en annan näringsidkare så att det goda renommé, goodwill, det är förknippat med utnyttjas på ett otillbörligt sätt kallas för *renommésnyltning*. Renommésnyltning utgör illojal konkurrens och strider mot god marknadsföringssed och regleras därmed genom generalklausulen 5 och 6 §§ MFL 2008.

Begreppet renommésnyltning blev introducerat till svensk rätt efter att den internationella handelskammarens, International Chamber of Commerce (ICC), grundregler för reklam översatts till svenska år 1966.⁵ Renommésnyltning beskrivs i artikel 15 i ICC:s grundregler:

Marknadskommunikation får inte obehörigt utnyttja namn, namnförkortning, logotyp och/eller varukännetecken som tillhör ett annat företag eller en annan organisation eller institution. Marknadskommunikation får inte utformas så att det goda renommé (goodwill) som är förknippat med andra företags, organisationers, personers eller institutioners namn, kännetecken eller ensamrätt i övrigt, utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Detsamma gäller ifråga om utnyttjande, utan föregående medgivande, av renommé som andra upparbetat genom kampanjer.⁶

Marknadsdomstolen har i praxis framfört att det otillbörliga i renommésnyltning består i att den snyltande tills sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenter som en annan näringsidkare upparbetat genom marknadsinsatser.⁷ Uttalandet gjordes i MD 1999:21 Robinson vilket haft stor betydelse för rättsutvecklingen av renommésnyltning i svensk rätt. Värdet i form av positiva associationer hos konsumenter som utnyttjas, även kallat uppmärksamhetsvärde, är följaktligen det som utgör gott renommé.⁸ I företagsekonomin benämns värdet *goodwill* eller *brand equity*, med andra ord det värde varumärkesbyggande insatser genom marknadsföring resulterat i.⁹

⁵ Borgenhäll, 2016, s. 157.

⁶ ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation 2018, art. 15. s. 12.

Tillgänglig via: https://www.icc.se/wp-content/uploads/2019/07/2019-Marketing-Code_Swe-Final-wCover.pdf.

⁷ MD 1999:21 Robinson.

⁸ Bernitz, 2017, s. 365.

⁹ Borgenhäll, 2016, s. 157.

Generalklausulens generella utformning i kombination med frånvaron av en tydlig definition av renommésnyltning i MFL 1995 och 2008 gör området svårbedömt och praxis har en central roll för rättsutvecklingen och fastställandet av gällande rätt. Vidare var intentionen för genomförandet av Direktivet att begränsa förändring av MFL 1995 så långt som möjligt.¹⁰ Tack vare omfattande praxis går det att undersöka följden av de förändringar som genomförandet av Direktivet genom MFL 2008 har lett till för bedömningen av renommésnyltning i praktiken. Det är intressant att se vilken betydelse transaktionstestet har fått för bedömningen av renommésnyltning i Domstolen, särskilt med bakgrund av att Direktivet huvudsakligen ämnar skydda konsumenter och därmed inte uttryckligen reglerar renommésnyltning som i första hand berör konkurrensförhållandet mellan näringsidkare.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att beskriva och analysera vad som utgjorde renommésnyltning enligt generalklausulen 4 § MFL 1995, vad som utgör renommésnyltning enligt generalklausulen i 5 och 6 §§ MFL 2008, och om domstolarnas bedömning av renommésnyltning har förändrats efter genomförandet av Direktivet i MFL 2008 och transaktionstestet infördes. Syftet uppfylls genom att besvara tre frågeställningar;

1. Vad var renommésnyltning enligt 4 § MFL 1995?
2. Vad är renommésnyltning enligt 5 och 6 §§ MFL 2008?
3. Har införandet av transaktionstestet i 6 § MFL förändrat domstolarnas bedömning av renommésnyltning?

¹⁰ SOU 2006:76 s. 191.

1.3 Avgränsning

Renommésnyltning i samband med jämförande reklam regleras i 18 § p. 7 MFL 2008 och behandlas inte i den här undersökningen. Uppsatsen avgränsas därtill till att enbart studera svensk rättspraxis och lämnar därmed annan praxis utanför undersökningen. Det här med anledning av avsikten att undersöka hur det EU-harmoniserade transaktionstestet verkar tillsammans med svensk lagstiftning i praktiken.

1.4 Metod och material

För att uppfylla syftet och besvara frågeställningarna tillämpas huvudsakligen en rättsdogmatisk metod. Metoden är tillämplig då frågeställningarna tar sikte på att, genom att använda allmänt accepterade rättskällor så som lagstiftning, förarbeten och praxis fastställa gällande rätt. Materialet tolkas *de lege lata* för att beskriva, analysera och framställa rättsläget på ett tillförlitligt sätt.¹¹

I uppsatsen kompletteras den rättsdogmatiska metoden med en EU-rättslig metod. Den EU-rättsliga metoden är relevant för uppfyllandet av uppsatsens syfte eftersom transaktionstestet är en följs av Europaparlamentet och Rådets Direktiv 2005//29/EG som är ett fullharmoniseringsdirektiv och därmed bör tolkas efter det tänkta syftet.¹² Den rättsdogmatiska metodens styrka är dess systematiserande, vilket skapar tydlighet och överskådlighet av det undersökta rättsområdet.¹³

Den EU-rättsliga metoden å andra sidan fokuserar på att tolka en bestämmelses ordalydelse i det givna sammanhanget med intention att se lagstiftarens önskade mål och verkan med regleringen, vilket bidrar med nyans i uppfyllandet av uppsatsens syfte.¹⁴

¹¹ Kleineman, 2018, s. 36ff.

¹² Ibid. s. 36ff.

¹³ Hettne och Otken, 2011, s. 20.

¹⁴ Hettne och Otken, 2011, s. 49.

Uppsatsens material tar huvudsakligen avstamp i MFL 2008 eftersom den centrala undersökningen avser tillämpningen av lagstiftningen i svensk rättspraxis. Eftersom undersökningen kommer att vara jämförande över tid behandlas även föregående MFL 1995. Lagar *ska* åberopas och har en auktoritet som medför att de utgör en empirisk grund för uttalanden kring rättsfrågor.¹⁵

För att på djupet studera och utreda lagstiftningens avsedda användning och funktion kompletteras analysen av förarbeten och utredningar till lagstiftningen, i huvudsak Regeringens proposition 2007/08:115¹⁶ om MFL 2008 och Statens Offentliga Utredning (SOU) 2006:76¹⁷ om otillbörliga affärsmetoder. Förarbeten *bör* åberopas och anvisar hur lagtextens begrepp bör tolkas och är av särskild vikt för uppsatsen med anledning av generalklausulens generella utformning.

Med hjälp av ovan nämnda material kan bakgrund och motiv till lagtextens utformning tolkas. För att på ett trovärdigt sätt beskriva och analysera rättsläget *bör* även relevant praxis från såväl MFL 1995 som MFL 2008 åberopas. Med anledning av domstolsreformen från Marknadsdomstolen till Patent- och marknadsdomstolen (PMD) och Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) år 2016 behandlas relevant praxis från dels Marknadsdomstolen, dels PMÖD.¹⁸ Samtliga avgöranden avseende renommésnyltning från Marknadsdomstolen respektive PMÖD i tidsperioden för de båda lagstiftningarna undersöks, det här för att skapa en så rättvisande bild av gällande rätt som möjligt. Praxis redogörs för samlat och tillvägagångssättet för Domstolens bedömning har fokus. Alla avgöranden nämns med hänsyn till uppsatsens begränsning inte i löpande text där sammanhanget inte kräver det, men har stor vikt för uppfyllandet av uppsatsens syfte.

För att studera nuvarande lagstiftning och gällande rätt används även EU-rättsliga källor, med fokus på *Europaparlamentets och Rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden* samt de förarbeten som ledde fram till det.

¹⁵ Kleineman, 2018, s. 27, s. 36ff.

¹⁶ Prop. 2007/08:115.

¹⁷ SOU 2006:76.

¹⁸ Prop. 2015/16:57 Patent- och marknadsdomstol.

Därtill används ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation för att tolka, tydliggöra och kartlägga syftet bakom rådande lagstiftning. Reglerna *bör* tillämpas eftersom de, likt lagförarbeten, fungerat som ett normgivande ramverk och tolkningsverktyg för ovan nämna regleringar. Som komplement till nämnda rättskällor *får* relevant doktrin och litteratur användas för att skapa grundläggande kunskap av området samt fördjupad förståelse för de rättsliga källorna och hur de tolkas.

Renommésnyltning och transaktionstestet har ägnats förvånansvärt lite uppmärksamhet i tidigare efterforskning. Nordell berörde emellertid renommésnyltning i praxis dels före genomförandet av Direktivet¹⁹, dels efter Direktivets genomförande där transaktionstestet ägnades en del fokus.²⁰

¹⁹ Nordell, 1999-2000.

²⁰ Nordell, 2011.

1.5 Disposition

Uppsatsen består av fyra kapitel. Inledningskapitlet ger en introduktion till uppsatsens ämne, beskriver det syfte och de frågeställningar undersökningen ämnar besvara samt vilken metod och material som valts. I det andra kapitlet ges en översikt av till marknadsföringsrätten i stort och beskriver vägen till gällande rätt. Därtill beskrivs MFL 1995 med fokus på renommésnyltning enligt dess generalklausul i 4 §. Redogörelsen för lagstiftningen följs sedan upp med en kartläggning av hur gällande rätt för bedömningen av renommésnyltning fram till MFL 2008 tar form genom praxis. Utredningen tar utgångspunkt i det första uppmärksammade fallet Robinson MD 1999: som haft stor betydelse i efterföljande praxis.

Det tredje kapitlet inleds genom att MFL 2008 och Direktivet introduceras med fokus på renommésnyltning enligt generalklausulen 5-6 §§ MFL samt en utredande redogörelse för de teoretiska förändringar den nya lagstiftningen innebär för bedömning av renommésnyltning där den mest centrala är införandet av transaktionstestet. Undersökningen går därefter vidare i praxis från år 2008 och framåt för att fastställa gällande rätt och på så sätt utvärdera vilka skillnader den nya lagstiftningen och särskilt transaktionstestet i 6 § MFL har inneburit för rättspraxis av renommésnyltning enligt generalklausulen i svensk rätt.

I det fjärde och avslutande kapitlet förs en sammanfattande diskussion och uppsatsens frågeställningar besvaras tillsammans med förslag på vidare forskning.

2. Utveckling av skyddet mot renommésnyltning fram till MFL 2008

2.1 Introduktion till marknadsföringsrätten

Marknadsföringsrätten har genom historien till stor del reglerats med hjälp av så kallade egenåtgärder. Det innebär att näringslivet har självreglerat området genom att upprätta koder och normer för lojal konkurrens och uppförande på marknaden. Den egenåtgärd som haft störst inverkan är den uppförandekod som den internationella handelskammaren, ICC, införde år 1937 i form av den första versionen av ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation.²¹ ICC grundades år 1919 och är en internationell näringslivsorganisation med över 45 miljoner företag från 100 länder anslutna.²² Dessa regler har sedan år 1937 varit normgivande för marknadsföring världen över och fungerat som utgångspunkt för såväl europeisk som nationell lagstiftning. Reglerna var därtill grund för Näringslivets Opinionsnämnds arbete, vilka reglerade den svenska marknadsföringsrätten fram till år 1970 då den första versionen av Marknadsföringslagen infördes i Sverige. Sedan dess har ICC:s regler fungerat som ett viktigt komplement och tolkningsverktyg till lagstiftningen och bidragit till harmonisering länder emellan.²³

Marknadsföringsrätten präglas av harmonisering i hög grad, vilket är av särskilt stor vikt i dagens samhälle när handel mellan länder sker allt större utsträckning. Anpassningen sker i viss omfattning globalt, genom bland annat ovan nämnda regler, men är särskilt central inom EU.

²¹ Gerhard, 2016, s. 59-60.

²² ICC, *Om ICC*, 2020. Tillgänglig via: <https://www.icc.se/om-icc>.

²³ Gerhard, 2016, s. 59-60.

EU har under många år arbetat för att harmonisera medlemsländernas bestämmelser om marknadsföring med syfte att minska risken för handelshinder inom Unionen. Till följd av harmoniseringsarbetet utformades Direktivet om vilseledande och jämförande reklam²⁴ samt Direktivet om otillbörliga affärsmetoder 2005/29/EG, nedan Direktivet.²⁵

För att säkerställa elimineringen av handelshinder inom unionen är Direktivet utformat som ett fullharmoniseringsdirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna har skyldighet att genomföra reglerna och att det inte får finnas några andra regler som avviker från Direktivets bestämmelser inom dess tillämpningsområde. Det finns inget huvudsakligt formkrav på implementeringen av Direktivet i medlemsländernas lagstiftning, utan fokus ligger på att länderna ska åstadkomma det resultat Direktivet ämnar uppnå.²⁶

I Sverige genomfördes Direktivet år 2008 genom MFL 2008. Eftersom föregående svensk lagstiftning, MFL 1995, och Direktivet båda har utgångspunkt i ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation var anpassningsbehovet föga omfattande. Oundvikligen innebar genomförandet emellertid en del utvecklingar och förändringar, bland annat i form av transaktionstestet.

²⁴ Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam (kodifierad version), OJ 376, 27.12.2006.

²⁵ 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, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder), OJ L 149, 11.6.2005.

²⁶ Bengtsson och Kahn, 2008, s. 8.

2.2 Renommésnyltning enligt MFL 1995

2.2.1 MFL 1995

MFL 1995 var, som tidigare nämnt, i mångt och mycket utformad på liknande sätt som nu gällande MFL 2008. Den fungerade som en grund på vilken Direktivet sedan genomfördes.²⁷ 1995 års lags generalklausul var placerad i 4 § första stycket och angav:

4 § Marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.²⁸

Det framgick av förarbeten till lagstiftningen att bedömning av renommésnyltning skulle gå under generalklausulen. Det ansågs inte vara nödvändigt med ett uttryckligt förbud, därtill konstaterades att det inte fanns möjlighet att isolera och konkretisera de inslag som ledde till renommésnyltning i en generell förbudsregel.²⁹ Det framhölls också att det faktum att generalklausulen var utformad på det här sättet ger utrymme för framtida rättsutveckling genom domstolspraxis.³⁰

Renommésnyltning hade varit ett accepterat begrepp i svensk rätt sedan år 1966 då ICC:s grundregler för Reklam och Marknadskommunikation översattes till svenska. Trots att företeelsen introducerades tidigt är praxis knapp från den här tiden och Marknadsdomstolen visade viss skepsis till renommésnyltning som företeelse.³¹ Bland annat bedömdes i MD 1985:11 en kondomförpackning vilken visade stora likheter med en cigarettförpackning från Philip Morris inte utgöra renommésnyltning trots att det var tydligt att företaget skapade uppmärksamhet genom det tydliga efterliknandet av den välkända cigarettförpackningen.³² Utfallet hade sannolikt sett annorlunda ut idag.

²⁷ Bengtsson och Kahn, 2008, s. 7.

²⁸ 4 § 1 st. Marknadsföringslag 1995:450.

²⁹ Prop. 1994/95:123 s. 76-77.

³⁰ Prop. 1994/95:123 s.42, 91.

³¹ Borgenhäll, 2016, s. 157-161.

³² MD 1985:11 Marlboro.

Det första avgörandet som bedömde att renommésnyltning förelåg avgjordes år 1993 och avsåg ett försäkringsbolag anspelande på varumärket Hugo Boss.³³ Fallet kan anses ha banat vägen för renommésnyltning som förfarande i svensk domstol.³⁴ Därefter bedömdes under 90-talet något fall till, bland annat rörande utformningen av en likörflaska.³⁵ Det riktiga startskottet för renommésnyltningens rättsutveckling i Sverige var emellertid avgörandet avseende Robinson Chips mellan parterna OLW och SVT år 1999.³⁶ Avgörandet har utgjort grund för bedömningar av renommésnyltning i framtida avgöranden och är aktuellt än idag.

2.2.2 MD 1999:21 Robinson³⁷

Rättsfallet MD 1999:21 avsåg OLW:s marknadsföring av chips under namnet *Robinson Chips*. Den påtalade marknadsföringen genomfördes huvudsakligen genom utformningen av chipspåsen där namnet *Robinson Chips* framgick tydligt i kombination med en bild av en ö och palmmotiv mot blå bakgrund på påsens framsida. På påsens baksida fanns en text om den kända romankaraktären Robinson Crouse samt information om en tävling som OLW höll på deras hemsida med en resa till en paradiso som första pris.

Marknadsföringen skedde i nära tidsanslutning till SVT:s succéprogram Expedition: Robinson som fått mycket uppmärksamhet i media, och SVT menade till följd att OLW snyltade på det uppmärksamhetsvärde SVT byggt upp genom programserien. SVT anförde bland annat att det var uppenbart att OLW planerat kampanjen i fråga med syfte att utnyttja det kommersiella värde och anseende SVT byggt upp med programmet Expedition: Robinson som sändes på fredagskvällar när många åt snacks. OLW försvarade sig med förklaringen att kampanjen hade utgångspunkt i den kända romanen skriven av Daniel Dafoe med namnet Robinson Crouse, vilken SVT inte kunde hindra andra företag från att fritt använda utan att besitta immaterialrättsligt skydd för denna, vilket de inte gör.

³³ MD 1993:9 BOSS.

³⁴ Borgenhäll, 2016, s. 159-160.

³⁵ MD 1996:3 GALLIANO.

³⁶ MD 1999:21.

³⁷ MD 1999:21 Robinson.

Marknadsdomstolen anförde i domskälen ett antal olika resonemang som grund för domen, bland annat definierades renommésnyltning som i marknadsföring obehörig anknytning till annan näringsidkares kännetecken av något slag vilket kan vara otillbörligt enligt generalklausulen i 4 §. Därtill framhölls att:

Det otillbörliga i dessa fall består i att 'den snyltande' till sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenterna vilken skapats genom insatser av den andre näringsidkaren. Ett sådant utnyttjande är typiskt sett också ägnat att i en eller annan form skada den utsatte näringsidkaren och att försämra konsumenternas marknadsöverblick.³⁸

Det här har kommit att bli centralt för många framtida avgöranden. Det väsentliga i det citerade är dels att utnyttjandet sker till *ekonomisk fördel* för den snyltande, dels att förfarandet typiskt sett är ägnat att *skada* den utsatta parten och *försämra* konsumentens *marknadsöverblick*. Marknadsdomstolen angav därtill att en förutsättning för att otillbörlig renommésnyltning ska anses föreligga är att det utnyttjade är ”känt på marknaden så att det förknippas med en annan näringsidkares verksamhet”.³⁹ Dessa rekvisit har efter Robinsondomen varit återkommande i avgöranden för renommésnyltning och har fungerat som en form av ramverk för marknadsdomstolens tillvägagångssätt för bedömning. Det här undersöks vidare i nedan studerade fall.

Bedömningen gjordes därefter genom ställningstagande i de centrala frågorna i fallet, varav den första var huruvida ett TV-program kan vara bärare av renommé. Här framhölls tv-programs speciella karaktär i sammanhanget då de inte saluförs likt många andra produkter eller tjänster, men att ett program på kort tid kan bli mycket välkänt för en stor grupp konsumenter, varför det kan vara av kommersiellt värde att anknyta till det.

³⁸ MD 1999:21 s. 5-6.

³⁹ MD 1999:21 s. 6.

Eftersom Expedition: Robinson hade sänts i flera omgångar som en serie och varit mycket uppmärksammat och välkänt ansågs det kunna inneha ett kommersiellt uppmärksamhetsvärde som utgjorde renommé i en lite vidare mening än vad som brukat avses. Det tillades att uppmärksamhetsvärdet i fråga var tillfälligt då det endast fastnar en kort tid i konsumenters medvetande.

Det konstaterades i nästföljande bedömningsfråga att för att renommésnyltning skulle kunna föreligga måste det som utnyttjas vara känt på marknaden. Expedition: Robinson ansågs vara väl känt hos allmänheten utav av ovan nämnda skäl. Ändock var Daniel Dafoes roman också känd, varför en bedömning gjordes huruvida konsumenten kopplade chipsen i fråga till Robinson Crouse eller till SVT:s program. Det konstaterades att romanen fick anses vara allmänt känd, men att serien skapat en ny aktualitet för namnet Robinson, varför det sannolikt låg närmre till hands för konsumenten att koppla OLW:s produkt till det än till Robinson Crouse. Det konstaterades därför att namnet Robinson i kombination med den söderhavsmiljö som visades på förpackningen förde associationer till SVT:s program och innebar otillbörlig renommésnyltning.

Med det här avgörandet som utgångspunkt går det att undersöka hur Marknadsdomstolen utvecklat sin metodik i bedömning av renommésnyltning enligt generalklausulen över tid, och därmed reda ut vad som krävs för att renommésnyltning ska anses föreligga enligt generalklausulen.

2.2.3 Den fortsatta utvecklingen genom praxis

Efter Robinsonavgörandet år 1999 fram till att den nya Marknadsföringslagen trädde i kraft år 2008 var renommésnyltning en flitigt återopad grund där Marknadsdomstolen i stor utsträckning utgick från och refererade tillbaka till Robinsonavgörandet. Fallet hade satt grunden för vilka förutsättningar som krävdes för att renommésnyltning skulle anses föreligga. Dessa går att definiera genom fyra centrala kriterier:

1. En näringsidkare ska i sin marknadsföring obehörigen anknyta till en annan näringsidkares kännetecken av något slag.
2. Det utnyttjade ska vara känt på marknaden så att det förknippas med den andra näringsidkaren.
3. Det otillbörliga består i att till sin ekonomiska fördel utnyttja ett positivt uppmärksamhetsvärde vilket den andra näringsidkaren skapat genom insatser.
4. Förfarandet är typiskt sett ägnat att skada den andra näringsidkaren och att försämra konsumentens marknadsöverblick.

Med det här ramverket som grund fortsatte Marknadsdomstolen att genom praxis utveckla rättsläget för renommésnyltning enligt generalklausulen.

Det är i efterföljande praxis tydligt att Robinson satt en form av standard för bedömningens tillvägagångssätt, vilket genomsyrar samtliga fall.⁴⁰

⁴⁰ MD 2000:5 Telia, MD 2000:28 Företagskatalog, MD 2001:6 Estrella, MD 2001:15 Svenska Spel, MD 2001:16 Lagans, MD 2001:21 Guldägget, MD 2001:26 Falu Rödfärg, MD 2001:28 Telia InfoMedia II, MD 2002:10 Hygglo, MD 2002:17 Gladiatorerna, MD 2002:20 Champagne, MD 2002:22 Läke-medelsinfo, MD 2002:24 Hästens, MD 2002:27 Viennetta, MD 2002:28 Santa Maria, MD 2002:30 Poolia, MD 2002:33 Hästens, MD 2003:1 Salong Marika, MD 2003:7 Digestivekex, MD 2003:21 Gulan, MD 2003:25 Ullared, MD 2003:34 Tidningsannons, MD 2003:40 Bidé, MD 2004:3 Optiker, MD 2004:6 Lokalkatalog, MD 2004:13 Residence, MD 2004:15 Rengöringsmedel, MD 2005:3 Kulventiler, MD 2005:12 Snus, MD 2005:13 Whiskas, MD 2005:17 Lille Bill, MD 2005:20 Live, MD 2005:30 Medcinskt hjälpmedel, MD 2005:33 PUMA, MD 2006:1 Telefonkatalog, MD 2006:3 LEGO, MD 2006:7 Godisbilar, MD 2006:13 Blocket, MD 2006:19 Vivo, MD 2006:27 Plåster, MD 2007:2 Taxi, MD 2007:12 Kontaktlinser, MD 2007:13 Godisflaska, MD 2007:16 Pennlampa, MD 2007:18 Taxi II, MD 2007:20 Branschregister, MD 2007:28 Värmepump, MD 2008:4 Kosmetika, MD 2008:5 Eniro, MD 2008:8 Villa Villekulla.

Intressanta aspekter i Robinsonavgörandet är att det visar att det finns en flexibilitet i skyddsintresset och att renommésnyltning kan föreligga även mellan näringsidkare som inte är i konkurrensförhållande, varken i produktlikhet eller anseendegrad. Både OLW och SVT borde kunna antas inneha gott renommé på sina respektive marknader och konkurrerade inte direkt med snarlika produkter. Snyltningen skedde här på en rent kommunikativ resurs i form av ett uppmärksamhetsvärde som riskerar urvattnas om den används i fel sammanhang. Det visar även att det centrala inte ligger i huruvida kvalitén på produkten i fråga är god eller inte, vilket Marknadsdomstolen inte väger in i avgörandet, renommé kan således utgöras av enbart ett så kallat uppmärksamhetsvärde.⁴¹

I kölvattnet till Robinson kom avgöranden där TV-programmet *Gladiatorerna* och Svenska Spels reklamfilmskaraktärer ansågs bära renommé som utnyttjades otillbörligt utav andra näringsidkare.⁴² Det utnyttjade konceptet liknade det i Robinson, ett uppmärksammat TV-format. Kriteriet för kännedom på marknaden formulerades i *Gladiatorerna* ”väl känt” på marknaden, vilket nyanserade det tidigare utlåtandet från Robinsonavgörandet. Marknadsdomstolen har varit inkonsekvent med terminologin gällande kännedom, vilket gör att gällande rätt här går att tolka brett.⁴³ Bevisbördan för kännedom ligger på kärke part och har inga tydliga form- eller uppfyllandekrav, vilket gjort det svårt för både näringsidkare och Marknadsdomstolen att tolka kriteriet. Bevis har i praxis visats kunna utgöras av marknadsundersökningar, statistik över marknadsandelar, tid på marknaden och summor investerade i marknadsföring.⁴⁴

⁴¹ MD 1999:21 Robinson.

⁴² MD 2002:17 *Gladiatorerna* och MD 2001:15 .

⁴³ Jfr. MD 2005:13 Whiskas där *väl känt* används, MD 2003:21 Gulan och 2002:30 Poolia där *inarbetat* förekommer.

⁴⁴ Jfr. MD 2002:10 Hygglo, 2MD 002:27 Vienetta, MD 2005:26 Taxi Göteborg.

Vidare utveckling av praxis visades i ett fall där Arla lanserat en Yoggi med smak av Champagne, vilket de franska champagneproducenterna ansåg snyltade på det inarbetade kännetecknet Champagne.⁴⁵ Champagne ansågs i domstolen vara en välkänd produkt med högt renommé och som innehar ett synnerligen högt uppmärksamhetsvärde vilket Arla i sin tur drog fördel av. Centralt för avgörandet var att det visade att renommé i Marknadsföringslagens mening kunde skapas och innehas gemensamt av flera näringsidkare eller ett större, på visst sätt avgränsat kollektiv av näringsidkare, i det här fallet vinbönderna i distriktet Champagne.

Renommésnyltning är nära besläktat med vilseledande efterbildning och vilseledande av kommersiellt ursprung och grunderna återopas följaktligen ofta i samband med varandra, vilket visats genom flertalet avgöranden.⁴⁶ I MD 2000:25 Hästens hade Marknadsdomstolen att bedöma vilseledande efterbildning och renommésnyltning i anknytning till en produktstyrrel.⁴⁷ Det utsatta föremålet var i det här fallet det karaktäristiska Gripsholmsmönstret, blått och vitt rutmönster, som blivit starkt associerat med Hästens sängar.

Hästens grundade sin talan på dels vilseledande efterbildning, dels renommésnyltning och hade förlorat i tingsrätten med motivering att förväxlingsrisk, vilket är ett krav för bedömning av vilseledande efterbildning, inte förelåg. Marknadsdomstolen bekräftade att förväxlingsrisk inte ansågs föreligga trots att det påtalade mönstret var närmast identiskt med originalet. Orsaken för bedömningen var att förväxling inte ansågs sannolik eftersom köpprocessen för sängar, som är ett dyrt sällanköp, innefattar en hög grad av eftertanke tillsammans med omfattande informationshämtning för övervägandet mellan alternativ i motsats till den mer flyktiga köpprocessen för exempelvis dagligvaror. En genomsnittlig konsument ansågs därför inte löpa risk att vilseledas kring produktens kommersiella ursprung eller förväxla de olika sängarna. Här vägdes även den betydande prisskillnaden in i motiveringen som en central faktor till att konsumenter rimligen inte kommer att förväxla de olika näringsidkarna då Hästens ansågs mer exklusivt.

⁴⁵ MD 2002:20 Champagne.

⁴⁶ Jfr. MD 2002:27 Vienetta, MD 2001:6 Estrella.

⁴⁷ MD 2005:25 Hästens.

Gällande grunden renommésnyltning anförde Marknadsdomstolen däremot att Gripsholmsmönstret genom Hästens omfattande marknadsföringsåtgärder fått en ny aktualitet. Mönstret hade en stark anknytning till Hästenssångar vilket den andra näringsidkaren ansågs associera till och utnyttjade därmed det positiva kommersiella uppmärksamhetsvärde som Hästens skapat. Marknadsföringen med rutmönstret ansågs med bakgrund av det anförda därför utgöra renommésnyltning. Ett antal fall av renommésnyltning på Hästens rutmönster bedömdes i Marknadsdomstolen åren därpå.⁴⁸

Det som är väsentligt för rättsutvecklingen av renommésnyltning i Hästensavgörandena är att köpprocessen vägs in i bedömningen, något som har kommit att bli aktuellt i flertalet andra fall där vilseledande efterbildning eller vilseledande om kommersiellt ursprung åberopats tillsammans med renommésnyltning.⁴⁹ Bedömningen görs i linje med det fjärde kriteriet som identifierats ur Robinson ovan⁵⁰ och har som syfte att avgöra om förfarandet i fråga påverkar konsumentens marknadsöverblick i en normal inköpsituation.

Återkommande på det här spåret i Marknadsdomstolen har varit fall rörande efterbildning av förpackningsutstyrslar förekommande i snabbköpssituationer, ofta i dagligvaruhandeln. Köpprocessen är av betydelse i dessa fall eftersom beslutsfattandet görs mer flyktigt och utan större eftertanke, vilket bör göra risken för förväxling större. I MD 2002:28 var det fråga om efterbildning och renommésnyltning av Santa Marias förpackningar för tacoskal.⁵¹ Marknadsdomstolen konstaterade att likheterna på de anförda förpackningarna var av den grad att förväxling hade kunnat ske, men att produkterna i fråga, tacoskal och köttfärsflarn, inte var utbytbara varför det konstaterades att risk för förväxling inte förelåg. Däremot ansågs att förpackningsutformningen för köttfärsflarnen drog fördel av Santa Marias positiva föreställning hos konsumenterna och förbudstalan för renommésnyltning bifölls.

⁴⁸ MD 2001:16, MD 2002:24, MD 2002:33, MD 2002:3.

⁴⁹ Jfr. 2002:27 Vienetta.

⁵⁰ Se kriterier sid. 25.

⁵¹ MD 2002:28 Santa Maria.

Avgöranden i samma kategori har visat att det inte är en okomplicerad gränsdragning för vilka förpackningsutstyrselar som kan anses snylta på en annans renommé. Bland annat så ogillades ett fall rörande ostbågar och ett gällande glasstårter med skälet att likheterna inte var tillräckligt framträdande för att anknytning och därmed renommésnyltning skulle anses föreligga.⁵² Även gränsdragningen mellan de olika mekanismerna för förväxling och renommésnyltning blir här aktuella, vilket förstärks i MD 2002:10 där ordmärket Igloo för en isglass ansågs bli utnyttjat genom benämningen Hygglo av en likartad isglass.⁵³ I det här fallet kunde det inte finnas risk för förväxling då Igloo inte funnits på marknaden föregående två år när svaranden introducerat Hygglo. Trots det här bedömdes renommésnyltning föreligga eftersom namnligheten var så påfallande och Igloo hade bevisat en mycket stor kännedom genom en marknadsundersökning, vilket ansågs ge glassen ett gott renommé som inte bedömdes upphöra genom att produkten inte fanns på marknaden längre.

Marknadsdomstolens sista avgörande för renommésnyltning med MFL 1995 avsåg renommésnyltning och vilseledande av kommersiellt ursprung där en hotellverksamhet använde sig av namnet Villa Villekulla som blivit känt genom Astrid Lindgrens mycket uppmärksammade böcker.⁵⁴ Det här fallet sticker ut då Marknadsdomstolen efter att ha bifallit talan om vilseledande av kommersiellt ursprung fortsatte och bedömde att även renommésnyltning förelåg.

Det har i övrigt varit mer vanligt förekommande att Marknadsdomstolen när förväxlingsrisk ansetts föreligga inte tar prövningen vidare till renommésnyltning.⁵⁵ En liknande bedömning gjordes några år tidigare avseende designen på skor från PUMA där det stod klart att det var ett tydligt fall av vilseledande efterbildning och där Marknadsdomstolen ändå förde vidare prövningen för renommésnyltning och biföll även den grunden.⁵⁶

⁵² MD 2001:6 Estrella.

⁵³ MD 2002:10 Hygglo.

⁵⁴ MD 2008:8 Villa Villekulla.

⁵⁵ Se exempelvis MD 2005:12 Swedish Match.

⁵⁶ MD 2005:23 PUMA.

2.3 Sammanfattning gällande rätt före år 2008

Sammanfattningsvis är det tydligt att det största skiftet i rättsutvecklingen av renommésnyltning i svensk rätt kom genom Robinsonavgörandet år 1999. Marknadsdomstolen identifierade i domskälen de grundläggande kriterier och bedömningsfrågor som sedan kommit att bli standard för prövning av renommésnyltning enligt generalklausulen. Praxis har genom åren efter avgörandet fram till att nya MFL blev gällande följt den grund som Robinson etablerade med små utvecklingar av kriterierna. Bland annat har renommé konstaterats kunna skapas och innehas gemensamt av flera näringsidkare och det är inte en obligatorisk förutsättning att det utsatta kännetecknet är aktuellt på marknaden vid snyltningstidpunkten.⁵⁷ Sammanfattningsvis bekräftades gällande rätt när Robinsonavgörandets aktualitet upprätthölls i Regeringens proposition inför genomförandet av Direktivet i MFL 2008 och utgör även fortsättningsvis en prejudicerande grund inför framtida avgöranden genom den nya lagstiftningen vilket redogörs för i nästa avsnitt.

⁵⁷ MD 2002:20 Champagne, MD 2002:10 Hygglo.

3. Renommésnyltning i rättspraxis efter införandet av MFL 2008

3.1 MFL 2008 och Direktivet om otillbörliga affärsmetoder

3.1.1 Överföring av tidigare praxis

När Direktivet skulle genomföras i samband med den nya Marknadsföringslagen aktualiserades frågan om den omfattande praxis som utvecklats avseende renommésnyltning skulle vara möjlig att föra vidare till den nya regleringen. Regeringen uttalade i propositionen till MFL 2008 att lagändringen inte innebär någon förändring av rättsläget för renommésnyltning enligt generalklausulen och betonade att skyddet mot förfarandet gäller för såväl näringsidkare som konsumenter. Regeringen definierade renommésnyltning med hänvisning till ovan redogjorda avgöranden Robinson, Hästens och Champagne genom:

”Med renommésnyltning som anses vara i strid med god marknadsföringssed enligt generalklausulen avses t.ex. att marknadsföringen obehörigt associerar till en annan näringsidkares verksamhet, varumärke, firma eller andra kännetecken. Det kan också vara fråga om att åtgärden obehörigt förknippar den marknadsförda produkten med en ursprungsbeteckning. Det otillbörliga består i att en näringsidkare till sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenterna, vilken skapats genom insatser av en annan näringsidkare. Ett sådant utnyttjande är enligt Marknadsdomstolens praxistypiskt sett också ägnat att i en eller annan form skada den utsatte näringsidkaren och försämra konsumenternas marknadsöverblick.”⁵⁸

⁵⁸ Prop. 2007/08:15 s. 112.

Regeringen avslutade i propositionen redogörelsen av renommésnyltning genom att sammanfatta att rättsläget för renommésnyltning enligt generalklausulen inte skulle förändras, men betonade att det yttersta ansvaret för vad som rymmer inom denna faller på domstolarna i det enskilda fallet.⁵⁹ Det citerade fastställer därmed betydelsen av ovan behandlad praxis inför genomförandet av Direktivet genom MFL 2008.

3.1.2 Generalklausulen

MFL 2008 syfte beskrivs i 1 § MFL och innefattar att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Lagens syfte är således dels att motverka illojal konkurrens näringsidkare emellan, dels att skydda konsumenter mot otillbörlig marknadsföring.⁶⁰ Renommésnyltning berör båda intressenter i hög grad och faller under lagens generalklausul. Generalklausulen är uppdelad i två paragrafer, 5-6 §§ MFL. 5 § är densamma som första ledet av den föregående generalklausulen och anger att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed. 6 § är ny för den här versionen av MFL och är en direkt följd av Direktivet. I den beskrivs transaktionstestet, vilket avgör om en marknadsföringsåtgärd ska anses otillbörlig. Generalklausulen lyder:

5 § Marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed.

6 § Marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed enligt 5 § är att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁶¹

God marknadsföringssed utgår från ICC:s regler för Reklam och Marknadskommunikation och innebär att marknadsföring inte ska strida mot de regler marknaden satt upp för lojal konkurrens.⁶² Som tidigare nämnt anger artikel 15 i ICC:s regler anges ett uttryckligt förbud mot renommésnyltning.

⁵⁹ Prop. 2007/08:15 s. 112.

⁶⁰ Ibid, s. 112-113.

⁶¹ 5-6 §§ Marknadsföringslag 2008:486.

⁶² Levin, 2014, s. 69.

3.1.3 Transaktionstestet och genomsnittskonsumenten

Transaktionstestet är den mest centrala skillnaden i MFL 2008 till följd av Direktivet i förhållande till MFL 1995.⁶³ Transaktionstestet innebär en kvalificering av hur affärsmetoden i fråga uppfattas av och påverkar genomsnittskonsumenten. Bedömningen görs med grund i huruvida affärsmetoden påverkar genomsnittskonsumentens affärsbeslut, vilket är en förutsättning för att åtgärden ska anses vara otillbörlig enligt generalklausulen. Den otillbörliga affärsmetoden ska med andra ord påverka, eller sannolikt påverka, en genomsnittskonsumentens ekonomiska beteende för att bedömas som otillbörlig enligt 6 § MFL.⁶⁴ Transaktionstestet finns också i 8 § avseende vilseledande marknadsföring med en viss nyansskillnad, det räcker då med en *sannolik påverkan* på konsumenten, till skillnad från 6 § där *i märkbar mån* nyanserar den sannolika påverkan. Det ska således lite mer till för en bedömning avseende otillbörlig marknadsföring än vid vilseledande förfaranden.⁶⁵

Prövningen enligt transaktionstestet ska genomföras i två led; först görs en bedömning för huruvida den aktuella marknadsföringen strider mot god marknadsföringssed eller är vilseledande. Det andra steget undersöker därefter i vilken mån marknadsföringen har, eller sannolikt har, effekt på mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Genomsnittskonsumentens förmåga att förstå och värdera det som påstås i marknadsföringen är därmed avgörande för marknadsföringens vederhäftighet.⁶⁶ Det är således principiellt inte tillräckligt att ett förfarande sannolikt leder till konkurrensskada om inte målgruppen för marknadsföringen kan antas påverkas märkbart i fråga om förfarandets otillbörlighet.⁶⁷ Det här är en följd av att Direktivet syftar till att skydda konsumenter och dess tillämpning på renommésnyltning som illojal konkurrensmetod kan därför som tidigare nämnt ifrågasättas.

⁶³ Bengtsson och Kahn, 2008, s. 5.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Levin, 2014, s. 86 ff.

⁶⁶ Ibid. s. 86.

⁶⁷ Ibid, s. 77.

Regeringen uttalade sig kring det här i förarbeten till lagen och angav att en försämrad marknadsöversikt vanligtvis bör påverka konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, varför generalklausulen kan tillämpas på sådan otillbörlig marknadsföring. Vidare betonade Regeringen att renommésnyltning kan skapa allvarliga och negativa konsekvenser för den genomsnittliga konsumenten och gör det avsevärt svårare att skilja mellan produkter med olika kvalitet och ursprung. En ökad tolerans skulle också riskera att snedvrída konkurrensförhållanden mellan näringsidkare.⁶⁸ Regeringen betonar vidare dess allvarliga syn på renommésnyltning genom:

Som Marknadsdomstolen vid upprepade tillfällen påtalat innebär en renommésnyltning inte bara en skada för den utsatte näringsidkaren, utan även typiskt sett en försämring av konsumentens marknadsöverblick (se bl.a. MD 2000:25 och MD 2002:20). Den nya lagen medför ingen förändring i synen på renommésnyltning och den skada den åsamkar konsumenterna. En försämrad marknadsöversikt bör enligt regeringen vanligtvis innebära en sådan påverkan på mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut att generalklausulen kan tillämpas mot otillbörlig renommésnyltning.⁶⁹

Regeringen förstärker här vikten av Marknadsdomstolens tidigare praxis och förtydligar att det inte sker någon förändring av rättsläget för otillbörlig renommésnyltning till följd av Direktivets genomförande därmed transaktionstestet.

Genomsnittskonsumenten beskrivs i Direktivets ingress som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst konsument.⁷⁰ Genomsnittskonsumenten är flexibel och differentierad beroende på vilken konsumentgrupp marknadsföringen riktar sig mot och motsvarar alltså en genomsnittlig medlem av den tänkta kundgruppen. Eftersom MFL 2008 tar sikte på både konsumenter och näringsidkare som skyddsobjekt får ”genomsnittskonsumenten” i fall då det är nödvändigt ersättas med en genomsnittlig medlem i den grupp näringsidkare marknadsföringen riktas till.⁷¹

⁶⁸ Prop. 2007/8:115 s. 112.

⁶⁹ Prop. 2007/8:115, s. 113.

⁷⁰ Prop. 2007/08:115, s. 55.

⁷¹ Levin, 2014, s. 89.

Bedömning enligt transaktionstestet utgår från att marknadsföringsbudskap generellt läses flyktigt och att helhetsintrycket har störst påverkan. Vidare spelar produktslaget i fråga roll då mottagarens noggrannhet och uppmärksamhetsnivå varierar beroende på om produkten inhandlas rutinmässigt eller om det handlar om ett större inköp i form av sällanköpsvaror så som en bil då konsumenten antas överväga sitt beslut mer noggrant. Mottagarnas grad av kunskap kan också bli av vikt, mottagarna av marknadsföring för produkter som riktas till personer eller näringsidkare av viss profession antas ha större grundkunskap om produkten än genomsnittskonsumenten av en basvara med en bred kundgrupp.

Genomsnittskonsumenten identifieras först i det andra ledet av transaktionstestet. Om det är tydligt att marknadsföringsåtgärden i fråga är otillbörlig och att det finns sannolikhet att den påverkar konsumenters ekonomiska beteende, oberoende av vilken mottagargrupp den riktar sig till, behöver således inte genomsnittskonsumenten identifieras närmre.⁷² Begreppet genomsnittskonsument återfinns inte uttryckligen i MFL 2008 som istället bygger på *mottagaren*. Det framgår i förarbeten till lagen att regeringen inte ansåg att införandet av begreppet i lagen skulle vara nödvändigt för att uppfylla de krav som Direktivet ställer på bedömningen av marknadsföringens mottagare. Regeringen anförde att Marknadsdomstolen redan använder ett resonemang som motsvarar de egenskaper EU utvecklat för Direktivets genomsnittskonsument varför begreppet inte behöver lagfästas uttryckligen men ändå ligga till grund för tillämpning i praxis.⁷³ Intressant för transaktionstestet i generalklausulen är också formuleringen att genomsnittskonsumentens förmåga ska påverkas *i märkbar mån* vilket förstärker påverkanskravet.⁷⁴ Det här kan ställas i kontrast till motsvarande transaktionstest för vilseledande marknadsföring i 8 § som istället anger att marknadsföringen är otillbörlig om den *påverkar eller sannolikt påverkar* mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Regeringen har dock, som ovan nämnt, uttalat att det ligger sakens natur att det finns stor risk för att renommésnyltning har kommersiell påverkan på mottagaren.⁷⁵

⁷² Levin, 2014, s. 86.

⁷³ Prop. 2007/08:115, s. 68.

⁷⁴ Levin, 2014, s. 88-89.

⁷⁵ Prop. 2007/08:115 s. 112.

3.2 Transaktionstestet i praxis

3.2.1 MD 2012:11 Datoteket

Ett principiellt tillämpande av transaktionstestet enligt 6 § avseende renommésnyltning åskådliggörs i Marknadsdomstolens avgörande MD 2012:11 Datoteket. Fallet rörde den enskilda firman Datoteket Sweden som sålde bland annat hemelektronik och dess användande av ordet Datoteket jämte en ormskålsliknande figur med stora likheter med Apotekets logotyp, vilket Apoteket anförde innebar renommésnyltning på deras välkända kännetecken. Marknadsdomstolen inledde bedömningen genom att definiera renommésnyltning enligt 5 § och konstatera kännedomskravet enligt:

Renommésnyltning strider mot bestämmelsen om god marknadsföringssed och innebär att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter eller kännetecken m.m. Med renommé menas den goodwill eller det anseende som t.ex. en produkt av visst kommersiellt ursprung har. Den som snyltar på någon annans renommé utnyttjar alltså en redan existerande positiv föreställning hos konsumenterna om t.ex. en annan produkt eller annat kännetecken. För att ett renommé ska kunna föreligga förutsätts att det som utnyttjas är känt på marknaden.⁷⁶

Marknadsdomstolen angav därefter att de frågor som de hade att bedöma bestod i dels huruvida Apotekets logotyp var känd och bärare av renommé, dels om utnyttjandet i fråga var otillbörligt på det sätt att det stred mot god marknadsföringssed, dels om den eventuella renommésnyltningen i märkbar mån påverkade eller sannolikt påverkade mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Det vill säga om transaktionstestet uppfylldes.

Bevisbördan för kännedom ligger på den som anförde att deras renommé blir utnyttjad. Apoteket hade i det här fallet åberopat resultat från marknadsundersökningar, uppgifter om marknadsandelar och antal butiker från de egna årsredovisningarna samt fakturor som bevisade produktion och sändning av reklamfilmer.

⁷⁶ MD 2012:11 Datoteket, s. 3.

Marknadsdomstolen bedömde att den åberopade bevisningen hade ett begränsat bevisvärde och att inget av det enskilt kunde ligga till grund för ett konstaterande att Apotekets logotyp var känd på marknaden. Större vikt lades vid det faktum att Apoteket under närmre 40 år, både som monopolist på marknaden och som aktör på en konkurrensmarknad, använt sig utav det här kännetecknet och Marknadsdomstolen bedömde att det sammantaget med presenterad utredning visade att Apotekets logotyp var känd och bärare av renommé. Datotekets ormskålsfigur fastställdes vara utformad på ett sådant sätt att den starkt anknyter och skapar associationer till Apotekets logotyp, varför användandet av den innebär obehörigt utnyttjande av Apotekets renommé i strid mot god marknadsföringssed.

Marknadsdomstolen redogjorde efter ovan bedömning för transaktionstestet enligt Direktivet och MFL och diskuterar även dess tillämpning i fall där, likt här, det otillbörliga förfarandet främst var riktat mot att skada en annan näringsidkare och inte konsumenter. Avseende den problematiken hänvisas till motiven till nya MFL där Regeringen, som tidigare behandlats, angett att det inte bör bli någon skillnad från Marknadsdomstolens tidigare praxis samt att renommésnyltning typiskt sett leder till en sämre marknadsöverblick för konsumenter. Marknadsdomstolen konstaterade att påverkan på konsumenterna i det här fallet bestod i risken för att påtagligt uppvärdera Datotekets verksamhet och produkter och därmed lockas till att besöka dem tack vare att den medför associationer till Apotekets kända logotyp och att det därigenom var sannolikt att konsumenter i märkbar mån påverkades i sina affärsbeslut.

Avgörandet exemplifierar tydligt den tvåstegsbedömning som transaktionstestet innebär och är ett av få exempel där renommésnyltning enligt generalklausulen har åberopats som enda grund sedan den nya MFL infördes.⁷⁷ Det är i övrigt vanligt att renommésnyltning bedöms i samband med vilseledande, vilket i många fall har lett till att bedömningen för renommésnyltning inte gått vidare eftersom något av kriterierna inte uppfyllts i transaktionstestet i 8 § avseende vilseledande.⁷⁸

⁷⁷ Enbart MD 2015:11 Fredagsmys också.

⁷⁸ Jfr. MD 2008:15 Ficklampa, MD 2009:1 Elintstallationer, MD 2009:12 Päronlikör, MD 2010:2 Yoyo, MD 2010:3 Första hjälpen tavla, MD 2010:21 Vin, MD 2010:22 Madrasser, MD 2010:27 Fläckborttagning, MD 2010:29 Chokladdragé, MD 2011:1 Kläder, MD 2011:27 Pinnstol, MD 2012:10 Jultidningar, MD 2013:11 Golvbrunnsringar, MD 2013:12 Kvinna, MD 2013:18 Bilspärrar, MD 2015:11 Fredagsmys, MD 2016:11 Öl, PMT 5365-17 Hårvård.

3.2.2 Fortsatt utveckling

Från att MFL 2008 trädde i kraft fram till idag har den tidigare Marknadsdomstolen avgjort 21 fall, och den nuvarande Patent- och Marknadsöverdomstolen 1 fall, avseende renommésnyltning. Av totalt 22 avgöranden var även vilseledande efterbildning åberopat i 19 stycken. Datoteket är det enda fallet där talan för renommésnyltning bifallits.⁷⁹

Det första avgörandet efter införandet av nya MFL behandlade vilseledande efterbildning och renommésnyltning av en ficklampa med en speciell utformning och är intressant i flera olika avseenden.⁸⁰ Inledningsvis definierades målgruppen för marknadsföringen som dem som efterfrågar ficklampor, med andra ord konsumentkollektivet i stort. Därefter tillämpades transaktionstestet enligt 8 § MFL 2008 för att genomföra en prövning av grunden vilseledande efterbildning. Tvåstegsbedömningen gjordes genom att först bedöma om ficklampan i fråga var vilseledande, för att därefter bedöma om marknadsföringen sannolikt hade effekt på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Originalficklampan ansågs i första steget av bedömningen ha särprägel och bedömdes också ha bevisad kännedom på marknaden, något som i flertalet fall visats vara mycket svårt att bevisa på ett framgångsrikt sätt i Marknadsdomstolen.⁸¹ Till trots bifölls inte originaltillverkarens talan på någon av grunderna. Anledningen till ogillandet var att de olika ficklamporna, sett till helhetsintrycket, inte skapade samma minnesbild hos konsumenterna. Att produkter skapar samma minnesbild hos konsumenter är ett kriterium för att förväxlingsrisk ska anses vara för handen och grunden om vilseledande efterbildning ogillades härav.

⁷⁹ Eftersom vilseledande efterbildning är så vanligt förekommande i avgörandena innefattar genomgången i viss utsträckning även transaktionstesten i 8 § MFL, då de som ovan nämnt inte skiljer sig nämnvärt i är det inte av betydelse för undersökningen. Det här särskilt med tanke på att skillnaderna i nyansering genom *i märkbar mån* samt *påverkar eller sannolikt påverkar* först blir aktuell i sista steget av transaktionstestet.

⁸⁰ MD 2008:15 Ficklampa.

⁸¹ Jfr. MD 2009:12 Pärönlikör, MD 2010:2 Yoyo, 2010:27 Fläckborttagning, MD 2011:1 Kläder, MD 2012:10 Jultidningar, PMT 5365-17 Hårvård.

Av ovan anförd anledning bedömdes inte heller renommésnyltning föreligga. Ficklamporna var i och för sig lika i många avseenden, men detaljskillnader gjorde att helhetsintrycket inte ansågs vara tillräckligt lika för att den senare skulle anses dra fördel av originalet. Liknande resonemang har förts i flertalet fall med vilseledande efterbildning och renommésnyltning.⁸²

I bedömningen för ficklampornas produktlikhet diskuterade Marknadsdomstolen även i vilken utsträckning utformningen av ficklamporna var funktionellt betingad. Bedömning av vilseledande efterbildning regleras i 14 § MFL 2008 vilken anger att näringsidkare i marknadsföring inte får använda efterbildningar som är vilseledande genom att lätt kunna förväxlas med en annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Det här kriteriet gäller dock inte efterbildningar vars utformning huvudsakligen tjänar för att göra produkten funktionell.⁸³ Produkter med likheter som har funktionssyfte bedöms därmed inte utgöra vilseledande efterbildning, vilket i sin tur naturligt gör att inte heller renommésnyltning bedöms föreligga. Det här har bevisats i bland annat MD 2013:11 om design på golvbrunnsringar och i utformningen av så kallade bilspärrar i MD 2013:18. I nämnda avgöranden inledde Marknadsdomstolen transaktionstestet enligt 8 §, eftersom det rör bedömning av vilseledande efterbildning, där käranden på grund av produktens funktionellt betingade utformning inte kunnat bevisa särprägel och varför fortsatt bedömning av renommésnyltning uteblev.⁸⁴

Rekvisitet om kännedom på marknaden för att renommésnyltning ska anses föreligga har i praxis visats vara svårt att bevisa. Som tidigare nämnt har Marknadsdomstolen i viss utsträckning varit inkonsekventa i begreppsanvändningen för kännedomskravet och därtill saknas det tydliga riktlinjer för vad som kan bevisa kännedom. Det här har exemplifierats i flertalet fall där den utsatta näringsidkaren inte med framgång lyckats bevisa kännedom och där transaktionstestet därför uteblivit.

⁸² Jfr. MD 2008:15 Ficklampa, MD 2010:29 Chokladdragé, MD 2016:11 Öl, PMT 5365 Härvård.

⁸³ Jfr. MD 2009:1 Elinstallationer.

⁸⁴ Jfr. även MD 2009:1 Elinstallationer, MD 2010:22 Madrasser.

Ett avgörande som visar på det här handlar om Kappahls användning av märkningarna WeKids och WeTweens som var föremål för prövning om vilseledande efterbildning och renommésnyltning av WeSC:s varumärke We.⁸⁵ Marknadsdomstolen återgav det som anges i generalklausulen, att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed enligt 5 § och är att anse som otillbörlig om den *i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut* enligt 6 §, det vill säga om transaktionstestet visar sig vara uppfyllt. Marknadsdomstolen bedömde sedan att WeSC genom varken den marknadsundersökning eller övrig åberopad bevisning förmått styrka varumärkets kännedom och fann därför inte att transaktionstestet skulle genomföras.

Om marknadsföringen i fråga inte anses strida mot god affärssed i 5 § är den därmed automatiskt inte otillbörlig och inget test behöver genomföras. Ett liknande resonemang fördes i MD 2010:27 där det var fråga om vilseledande efterbildning och renommésnyltning av ett fläckborttagningsmedel där käranden enligt Marknadsdomstolen inte lyckats bevisa kännedom och inget test gjordes. Det har visats vara relativt vanligt att avgöranden får samma utfall, kännedomskravet uppfylls inte och transaktionstestet faller ut bedömningen.⁸⁶

Kännedom var av högsta relevans även i MD 2015:11 Fredagsmys, vilket tillsammans med Datoteket utgör de två enda fallen som varit uppe för bedömning med renommésnyltning som ensam åberopad grund i Marknadsdomstolen och PMÖD sedan MFL 2008 började gälla. OLW anförde att Fredagsmys AB snyltade på OLW:s renommé genom att använda begreppet fredagsmys på marknaden för snacksprodukter. Marknadsdomstolen definierade före bedömningen målgruppen för marknadsföringen som konsumenter i allmänhet och genomsnittskonsumenten som normalt informerad och upplyst. Bedömningen fortsatte med utredning av huruvida fredagsmys som begrepp var bärare av renommé för snacksprodukter till följd av OLW:S marknadsföringsinsatser.

⁸⁵ MD 2011:1 Kläder.

⁸⁶ Jfr. MD 2009:12 Päronlikör, MD 2012:10 Jultidningar, MD 2013:12 Kvinna.

Trots att OLW hade en mycket stark närvaro på snacksproduktmarknaden och under 6 års tid marknadsfört produkter med hjälp av begreppet fredagsmys, vilket visades genom bland annat ett högt antal streams av deras låt med samma namn på Spotify, lyckades OLW inte bevisa kännedom så att begreppet hade tillräcklig anknytning till deras produkter. Det här berodde dels på brister i de marknadsundersökningar som åberopats som bevisning, dels på att fredagsmys som begrepp inte var nytt och därför inte besatt ursprunglig kommersiell särprägel för snacksprodukter. Begreppet hade, redan innan OLW började använda det i marknadsföring, en innebörd vilken även under tiden för marknadsföringen fortsatt användas i beskrivande betydelse av OLW såväl som av andra aktörer på marknaden. Att ordet hade en annan innebörd bidrog till att tröskeln för att bevisa att konsumenterna anknyter begreppet till OLW:s produkter och inte fenomenet eller snackprodukter i allmänhet blev hög. OLW:s talan ogillades till följd av anført resonemang och transaktionstestet blev inte aktuellt. Det är således inte tillräckligt att kännedom på marknaden föreligger om inte anknytning eller renommé kan styrkas, något som visats i flertalet fall.⁸⁷

I MD 2010:4 gjordes en bedömning av vilseledande efterbildning samt renommésnyltning på Red Bulls utformning av burkar för energidryck. Marknadsdomstolen bedömde att Red Bulls burk var särpräglad och känd och att det var tydligt att det förelåg förväxlingsrisk mellan de påtalade burkarna. Marknadsdomstolen anförde följaktligen att marknadsföringen därmed var otillbörlig enligt 8 § MFL, det vill säga genom transaktionstestet för vilseledande marknadsföring. Efter konstaterandet uttryckte domstolen att det därför inte fanns någon anledning att bedöma om förfarandet utgjorde renommésnyltning, och transaktionstestet i 6 § genomfördes därmed inte.⁸⁸

⁸⁷ Jfr. MD 2010:21 Vin, MD 2011:8 Företagskatalog, MD 2013:12 Kvinna, PMT 5365-17 Hårvård.

⁸⁸ MD 2010:4 Red Bull.

I den ovan nämnda tvåstegsbedömningen för renommésnyltning bedöms i första hand om marknadsföringen anses strida mot god marknadsförings sed. Bedömningen av kriterierna i det här steget görs med utgångspunkt i målgruppen för marknadsföringen i stort. Därefter, om utredningen går vidare till transaktionstestet i 6 §, identifieras genomsnittskonsumerten för att bedöma den sannolika påverkan marknadsföringen har på denna. Flertalet av de fall av renommésnyltning som varit uppe för bedömning i Marknadsdomstolen rör marknadsföring som riktar sig till konsumentkollektivet i stort eftersom produkterna i fråga är dagligvaror.⁸⁹ Det gör att bedömningen för otillbörlighet blir mer generell och i mindre utsträckning nyanseras av konsumenters förväntade kunskapsläge jämfört med fall där målgruppen för marknadsföringen förväntas ha en högre kunskapsnivå.⁹⁰

Det här tydliggörs i bland annat MD 2010:3 om vilseledande efterbildning och renommésnyltning av första hjälpen-tavlor. Den relevanta omsättningskretsen bedömdes av Marknadsdomstolen utgöras av i första hand företagssköterskor, skyddsingenjörer och inköparansvariga för första hjälpen-utrustning vilka ansågs vara relativt väl förtrogna och informerade kring den utrustning som målet rörde. Det faktum att omsättningskretsen ansågs vara väl insatta i produktkategorin var en avgörande faktor till varför förväxlingsrisk inte ansågs föreligga i den normala inköpsituationen och varför båda grunder i fallet ogillades.⁹¹

⁸⁹ Jfr. MD 2008:15 Ficklampor, MD 2010:29 Chokladdragé, MD 2010:27 Fläckborttagning, MD 2015:11 Fredagsmys.

⁹⁰ Jfr. 2011:27 Pinnstol, 2013:11 Golvbrunnsringar, 2010:13 Första hjälpen-tavla, 2009:1 Elinstallationer, 2013:18 Bilspärrar.

⁹¹ 2010:13 Första hjälpen-tavla.

3.3 Sammanfattning gällande rätt efter 2008

Sammanfattningsvis har Marknadsdomstolen och Patent- och marknadsöverdomstolen totalt haft 22 stycken fall avseende renommésnyltning uppe för bedömning sedan den nya MFL trädde i kraft. Av dessa fall hade 19 stycken åberopat dels renommésnyltning, dels vilseledande - främst i form av vilseledande efterbildning. Det ovan redogjorda rättsfallet MD 2012:11 Datoteket är det enda avgörandet som resulterat i att renommésnyltning bedömts föreligga. Renommésnyltning var dessutom ensam åberopat grund i fallet.

Det faktum att renommésnyltning ofta åberopas i kombination med vilseledande gör att bedömningen för renommésnyltning blir beroende av utfallet i bedömningen avseende vilseledande. Det här eftersom bedömningen av vilseledande ofta görs först med anledning av att det är reglerat genom katalogbestämmelserna och därmed är direktsanktionerande, till skillnad från följderna förbud och åläggande vid vite för otillbörlig marknadsföring enligt generalklausulen. Det här gör att transaktionstestet enligt 6 § inte är lika vanlig förekommande i studerad praxis. Därtill går det att se ett mönster genom att många bedömningar avslutas efter prövningen av kännedom på marknaden eftersom det visats vara mycket svårt för näringsidkare att på ett tillförlitligt och tillräckligt sätt bevisa kännedom och många fall misslyckas. Sammantaget innebär det här att tillämpning av transaktionstestets andra steg i praxis är relativt begränsat. Det här är i sig intressant och diskuteras vidare i slutsatsen.

4. Sammanfattning och slutsatser

Renommésnyltning har i båda studerade versioner av MFL reglerats genom den generella generalklausulen med formuleringen att marknadsföring ska stämma överens med *god marknadsföringssed*. Den väsentliga skillnaden lagarna emellan består i tillägget av transaktionstestet i MFL 2008 som en följd av genomförandet av Direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Det går att ifrågasätta tillämpningen av transaktionstestet på marknadsföring i fråga om renommésnyltning eftersom förfarandet i det mest väsentliga är en illojal konkurrensmetod som drabbar näringsidkare. Direktivets syfte är att skydda konsumenter från otillbörlig marknadsföring, till skillnad från MFL som har ett dubbelt skyddsintresse och skyddar även näringsidkare.

Att otillbörligheten i ett marknadsföringsförfarande ska avgöras baserat på om marknadsföringen påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut kan verka som att näringsidkarperspektivet går förlorat. Regeringen uttalade sig kring den här problematiken i förarbeten till MFL 2008. Ett konstaterande gjordes att en sådan typ av otillbörlig marknadsföring som renommésnyltning utgör, förutom att snedvrider konkurrensförhållandena på marknaden, också leder till allvarliga konsekvenser för konsumenter. Därtill angavs att renommésnyltning typiskt sett *försämrar konsumentens marknadsöverblick vilket påverkar förmågan att fatta ett välgrundat affärsbeslut*.

Generalklausulens generella utformning har gjort att rättsutveckling genom praxis varit av särskilt stor vikt. Marknadsdomstolen utvecklade genom det karaktäristiska avgörandet i MD 1999:21 Robinson ett tydligt ramverk av kriterier som sedan bestod, med mindre kompletteringar, fram till att MFL 2008 infördes. Robinsonavgörandets betydelse för rättsläget bekräftades genom att Regeringen refererade till avgörandet i beskrivning av gällande rätt i förarbeten till nya MFL.

Fyra kriterier för bedömningen av renommésnyltning enligt generalklausulen definierades genom avgörandet i Robinson och genomsyrade påföljande avgöranden:

1. En näringsidkare ska i sin marknadsföring obehörigen anknyta till en annan näringsidkares kännetecken av något slag.
2. Det utnyttjade ska vara känt på marknaden så att det förknippas med den andra näringsidkaren.
3. Det otillbörliga består i att till sin ekonomiska fördel utnyttja ett positivt uppmärksamhetsvärde vilket den andra näringsidkaren skapat genom insatser.
4. Förfarandet är typiskt sett ägnat att skada den andra näringsidkaren och att försämra konsumentens marknadsöverblick.

Genomförandet av transaktionstestet i MFL 2008 innebar en kvalificering av marknadsföringsåtgärdens påverkan på konsumenten och dennes förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, vilket skulle bli avgörande för om marknadsföringen var att anse som otillbörlig. Transaktionstestet har därmed stora likheter med det fjärde ovan listade rekvisitet från Robinson, vilket angav att renommésnyltning typiskt sett är ägnat att skada den andra näringsidkaren och att *försämra konsumentens marknadsöverblick*. Teorin i rättsläget som utvecklats genom praxis enligt MFL 1995 och rättsläget i nya MFL skiljer sig därmed inte särskilt mycket åt.

Undersökningen av praxis visar att även de praktiska förändringar som införandet av transaktionstestet medförde är relativt små. I praxis från avgöranden enligt MFL 1995 görs ett test motsvarande transaktionstestet genom att bedöma konsumentens sannolika beteende i en normal inköpsituation, där bedömningen nyanseras beroende på vilken typ av vara och inköpsituation fallet behandlar. Det här är tydligt i exempelvis avgörandet för Hästens sängar jämfört med ett avgörande kring ostbågar där inköpsituationerna skiljer sig mycket åt. Det här går att likna vid bedömningen av marknadsföringens påverkan på genomsnittskonsumentens *affärsbeslut* genom transaktionstestet, vilket tar hänsyn till genomsnittskonsumentens agerande i en normal inköpsituation och visas särskilt tydligt i flertalet av de fall där transaktionstestet gjorts för vilseledande efterbildning, exempelvis i avgörandet för ficklampan Maglite.

Regeringens ovan nämnda anförande i förarbetena till MFL 2008, att renommésnyltning typiskt sett *försämrar konsumentens marknadsöverblick vilket påverkar förmågan att fatta ett välgrundat affärsbeslut*, leder till att den tvåstegsbedömning som transaktionstestet ska tillämpas enligt går runt. Det första steget ämnar bedöma om marknadsföringen i fråga strider mot god marknadsföringssed, i fallet för den här undersökningens genom renommésnyltning alternativt vilseledande efterbildning. Det andra steget syftar till att bedöma om marknadsföringen påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därmed är otillbörlig. Genom tolkning av Regeringens anförande bör marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed i det första steget därmed per automatik uppfylla transaktionstestet. Om marknadsföringen å andra sidan inte bedöms strida mot god marknadsföringssed i det första bedömningssteget tillämpas inte transaktionstestet. Det här innebär att när transaktionstestet tillämpas är det också per automatik uppfyllt. Det andra ledet av bedömningen enligt transaktionstestet kan därmed anses överflödigt, det faller antingen bort eller blir automatiskt uppfyllt.

Sammanfattningsvis har principen i transaktionstestet implementerats i Marknadsdomstolen sedan långt före Direktivet genomfördes. Det är emellertid anmärkningsvärt att ett bedömningskriterium till följd av EU-harmonisering tillämpas på renommésnyltning då illojal konkurrens inte är harmoniserat. Det går också att ifrågasätta det faktum att renommésnyltningens otillbörlighet måste bero enbart på den sannolika påverkan den har på konsumenten, istället för att som kriteriet i Robinson anger, även ta sikte på eventuell skada för den utsatta näringsidkaren. Trots den teoretiska ambivalensen verkar praktiken fungera på ungefär samma sätt som tidigare, vilket rimligtvis beror på Domstolens förhållningssätt till transaktionstestet.

Vidare visade undersökningen på att näringsidkare utsatta för eventuell renommésnyltning ofta misslyckas med att bevisa kännedom på marknaden, något som troligtvis beror på dels otydliga krav för bevisning, dels den odefinierade och skiftande grad av kännedom som verkar krävas. De otydligt definierade rekvisiten beror rimligtvis på att marknaden är dynamisk och att kännedomskravet därmed bör vara flexibelt för att kunna anpassas till marknads snabba utveckling. Det vore ändå intressant att i vidare forskning undersöka praxis närmre med fokus på bevis av kännedom och eventuellt ifrågasätta om kraven är rättvisa för mindre aktörer på marknaden. Det hade därtill varit intressant att vidare undersöka om generalklausulens reglering av renommésnyltning ger ett tillräckligt skydd för näringsidkare och ifrågasätta om det hade kunnat förstärkas genom kompletterande lagstiftning alternativt strängare sanktioner.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Prop. 2007/08:115 Ny marknadsföringslag

Prop. 2015/16:57 Patent- och marknadsdomstol

Statens offentliga utredningar

SOU 2006:76 Otillbörliga affärsmetoder

Europeiska unionen

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder), OJ L 149, 11.6.2005

Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam (kodifierad version), OJ 376, 27.12.2006.

Litteratur

Artiklar

Bengtsson, Henrik & Kahn, Johan, *Den nya marknadsföringslagen*, Ny Juridik 2:08 s. 7-33.

Bernitz, *Generalklausulen i Marknadsföringslagen – dess utveckling och räckvidd belyst genom MD:s praxis*, Festskrift till Lars Pehrson, Jure, Stockholm 2016.

Borgenhäll, Håkan, *Renommésnyltning – Rättsutveckling i expressfart*, Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971-2016, Jure, Stockholm 2017.

Nordell, Per Jonas, Renommésnyltning i marknadsdomstolen, Juridisk tidskrift, 1999-2000.

Nordell, Per Jonas, Transaktionstestet och dess tillämpning i Marknadsdomstolens praxis, NIR 2011.

Böcker

Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 14:e upplagan, Jure, Stockholm, 2017.

Gerhard Peter, *Marknadsrättens grunder*, 4:e upplagan, Gleerups utbildning, Malmö, 2016.

Hettne Jörgen & Otken Eriksson Ida, *Eu-Rättslig Metod : Teori Och Genomslag I Svensk Rättstillämpning*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Levin Marianne, *Marknadsföringslagen En kommentar*, Karnov Group, Stockholm, 2014.

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten En introduktion*, 7:e upplagan, Wolters Klüwer, Stockholm 2017.

Nääv, Maria, & Zamboni, Mauro, *Juridisk Metodlära*, 2:a upplagan, Studentlitteratur AB, Lund, 2018.

Internetkällor

ICC, *Om ICC*. 2020.

Tillgänglig via: <https://www.icc.se/om-icc>.

Hämtad: 2020-04-15.

ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation 2018.

Tillgänglig via: https://www.icc.se/wp-content/uploads/2019/07/2019-Marketing-Code_Swe-Final-wCover.pdf

Hämtad: 2020-04-15.

Konsumentverket, *Rapport 2015:15 Marknadsföring, reklam och tjänstefiering i det moderna samhället*, 2015.

Tillgänglig via:

<https://www.konsumentverket.se/globalassets/publikationer/produkter-och-tjanster/reklam-och-marknadsforing/rapport-2015-15-marknadsforing-i-det-digitaliserade-samhallet-konsumentverket.pdf>

Hämtad 2020-05-01.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Marknadsdomstolen

MD 2000:5 Telia

MD 2000:28 Företagskatalog

MD 2001:6 Estrella

MD 2001:15 Svenska Spel

MD 2001:16 Lagans

MD 2001:21 Guldägget

MD 2001:26 Falu Rödfärg

MD 2001:28 Telia InfoMedia II

MD 2002:10 Hygglo

MD 2002:17 Gladiatoreorna

MD 2002:20 Champagne

MD 2002:22 Läkemedelsinfo

MD 2002:24 Hästens

MD 2002:27 Viennetta

MD 2002:28 Santa Maria

MD 2002:30 Poolia

MD 2002:33 Hästens

MD 2003:1 Salong Marika

MD 2003:7 Digestivekex

MD 2003:21 Gulan

MD 2003:25 Ullared

2003:34 Tidningsannons

MD 2003:40 Bidé

MD 2004:3 Optiker

MD 2004:6 Lokalkatalog

MD 2004:13 Residence

MD 2004:15 Rengöringsmedel

MD 2005:3 Kulventiler

MD 2005:12 Snus

MD 2005:13 Whiskas

MD 2005:17 Lille Bill

MD 2005:20 Live

MD 2005:30 Medcinskt hjälpmedel

MD 2005:33 PUMA

MD 2006:1 Telefonkatalog

MD 2006:3 LEGO

MD 2006:7 Godisbilar

MD 2006:13 Blocket

MD 2006:19 Vivo

MD 2006:27 Plåster

MD 2007:2 Taxi

MD 2007:12 Kontaktlinser

MD 2007:13 Godisflaska

MD 2007:16 Pennlampa

MD 2007:18 Taxi II

MD 2007:20 Branschregister

MD 2007:28 Värmepump

MD 2008:4 Kosmetika

MD 2008:5 Eniro

MD 2008:8 Villa Villekulla

MD 2008:15 Ficklampa

MD 2009:1 Elintstallationer

MD 2009:12 Päronlikör

MD 2010:2 Yoyo

MD 2010:3 Första hjälpen-tavla

MD 2010:4 Red Bull

MD 2010:21 Vin

MD 2010:22 Madrasser

MD 2010:27 Fläckborttagning

MD 2010:29 Chokladdragé

MD 2011:1 Kläder

MD 2011:8 Hitta

MD 2011:27 Pinnstol

MD 2012:10 Jultidningar

MD 2012:11 Datoteket

MD 2012:11 Elskling

MD 2013:11 Golvbrunnsringar

MD 2013:12 Kvinna

MD 2013:18 Bilspärrar

MD 2015:11 Fredagsmys

MD 2016:11 Öl

Patent- och marknadsöverdomstolen

PMT 5365-17 Hårvård.