

Vart tog EMV vägen?

– En analys av Marknadsdomstolens utvärdering av imitering i dagligvaruhandeln

Abstract

Whatever happened to retailers' own labels?

- An analysis of the Market Court's evaluation of trade dress imitation in the grocery sector

This paper discusses the issue of trade dress imitation in the grocery sector. Our study has its starting point in the conflict that may arise between a brand owner and an imitator following an imitator's marketing actions.

In this study we look at the Market Court's precedents in which this question has been addressed. Analyzing these rulings in the light of marketing theory, three areas of interest are brought forth: brand owners' protection of brand equity, the good of the consumers and fair competition.

We conclude that although the consumer is given a very central role in the Market Court's rulings, the outcomes have the most palpable effects for the brand owner and the imitator. Further we somewhat question the fact that imitation is condemned by the Market Court if there is a risk of consumer confusion.

Given the proliferation of look-alike own labels employing an imitation strategy we were surprised to find that the analyzed precedents did not include one single case concerning retailers' own-labels. We argue that this is because many imitated brands, due to the highly concentrated Swedish retailer market, hesitate to engage lawsuits.

Key words: trade dress imitation, grocery sector, consumer behaviour, retailers' own labels, Marketing Law

Författare: Charlotta Kjellstrand, 18799 & Jenny Pedersén, 18946

Handledare: Magnus Söderlund

Opponent: Nils Andén, 18667

Examinator: Anna Nyberg

Framläggning: Fredag den 25 maj 2007, 15.15-17.00 sal C606

Juridiska förkortningar

MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen (SFS 1995:450)
PK	Pariskonventionen för industriellt rättsskydd
Prop.	Regeringens proposition
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
VML	Varumärkeslagen (SFS 1960:644)

Ordlista

Generalklausul: en allmänt hållen lagregel som ger domstolarna vida ramar för tillämpning i det enskilda fallet och som kan förväntas täcka situationer som lagstiftaren inte har kunnat förutse. Praxis blir av stor betydelse för tolkning av generalklausuler.

Immaterialrätt: är en sammanfattande benämning på rättsskyddet för intellektuella prestationer och kännetecken, till exempel varumärken. Immaterialrätten är uppbyggd på en serie av lagar om ensamrätt som ger ett civilrättsligt skydd mot bland annat kopiering.

Marknadsdomstolen: är en specialdomstol som handlägger mål och ärenden enligt bland annat Marknadsföringslagen.

Marknadsföringsrätt: är den del av marknadsrätten som rör marknadsföring och där MFL är den viktigaste lagen med huvuduppgift att skydda konsumenter och näringsidkare mot otillbörlig marknadsföring.

Marknadsrätt: lagstiftning som har till huvudsakligt syfte att inrikta marknaden mot en tillbörlig och fungerande konkurrens. Marknadsrättens kärnområde består av konkurrensrätten och marknadsföringsrätten.

Prejudikat: innebär ett avgörande från högsta instans och som därmed blir vägledande för rättstillämpningen.

Rättspraxis: är tidigare domar (prejudikat) från högre domstolar och vissa myndigheter. Om målet har avgjorts i högsta instans är rättsfallet vägledande för rättstillämpningen.

Innehållsförteckning

1. Inledning.....	3
1.1 Bakgrund.....	3
1.2 Problemområde	4
1.3 Problemformulering.....	5
1.4 Syfte och förväntat kunskapsbidrag	5
1.5 Avgränsning	5
1.6 Disposition	6
2. Metod.....	7
2.1 Val av metod	7
2.2 Valet av praxis som empiri	7
2.3 Empiriskt urval	8
2.4 Validitet & Reliabilitet.....	8
3. Teori.....	10
Marknadsföringsteoretisk grund	10
3.1 Varumärken.....	10
3.2 Positionering.....	13
3.3 Konsumentbeteende.....	16
Juridisk översikt	19
3.4 Varumärkets renommé.....	19
3.5 Otillbörliga marknadsföringsåtgärder enligt MFL	22
3.5.1 Renommésnyltning	23
3.5.2 Vilseledande efterbildning	23
3.5.3 Vilseledande reklam.....	25
4. Empiri.....	26
4.1 "Marknadsföring av kex".....	26
4.2 "Marknadsföring av surskorpa"	29
4.3 "Marknadsföring av energidryck".....	31
4.4 "Marknadsföring av glass".....	33
4.5 Korta referat	35
5. Analys	38
5.1 Tre skyddsintressen – tre aktörer.....	38
5.1.1 MD – en näringsidkarnas tummelplats vid imitation?	39
5.2 Aktörernas beteende	40
5.2.1 Positionering – att särpräglade eller imitera?.....	40
5.2.2 Känd och varumärkeskännedom.....	41
5.2.3 Konsumenten och förväxlingskriteriet.....	42
5.2.4 Renommé, är det samma sak som varumärkesvärde?	43
6. Diskussion.....	45
6.1 Vart tog EMV vägen?.....	45
6.2 Studiens begränsningar	46
6.3 Förslag till vidare forskning.....	47
7. Källförteckning	48
8. Appendix	52
Appendix 1. Marknadsföringslag (1995:450) 1, 4, 6, 8 §§.....	52
Appendix 2. Bilagor till MD:s avgöranden	53

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Framför hyllorna i dagligvaruhandeln kan en konsument snabbt konstatera att varor inom en och samma produktkategori tenderar att likna varandra. En del förpackningar liknar faktiskt varandra till den grad att det kan vara svårt att skilja dem åt. Detta är snarare än en slump, resultatet av en marknadsförares målmedvetna *imiteringsstrategi*.

Med det generella begreppet imiteringsstrategi, eller varumärkesimitering, menas en strategi som bygger på att efterlikna ett ledande varumärke med avseende på viktiga produktkategoriattribut, för att på ett övergripande sätt likna det mer kända varumärket.¹ Ett enkelt tillvägagångssätt för att tillämpa denna strategi är att imitera den välkända marknadsledarens förpackningsdesign.²

Varumärket har beskrivits som marknadsförarens mest centrala verktyg.³ Genom att ladda varumärket med unika associationer kan det inta en stark position gentemot konkurrerande erbjudanden. Genom att sätta ett ledande varumärke som förebild för positioneringen av imitationen, förväntas det imiterade varumärkets fördelaktiga associationer, eller goda renommé, överföras till imitationen.⁴ Generaliseringen av associationer från ett välkänt varumärke till en imitation har visat sig ha viktiga effekter på konsumentens varumärkesattityd och köp.⁵ Det verkar alltså finnas incitament att försöka åka snålskjuts på en annan aktörs upparbetade renommé.

Handelns egna märkesvaror, härefter EMV⁶ har förpackningsmässigt ofta setts efterlikna ledande varumärken och inte sällan blivit anklagade för att imitera mer kända varumärken.⁷ Att på detta sätt efterlikna ett annat varumärke så mycket som möjligt inom ”tillåtna gränser” och samtidigt konkurrera med ett lågt pris har kallats ”jag-med”-strategi.⁸ Marknadsföringen av EMV, enligt en imiteringsstrategi och med en position som gått ut på lågt pris eller ”högt värde för pengarna” har historiskt sett ofta gått hand i hand.⁹ Efter offensiva EMV-satsningar från bland andra de stora svenska livsmedelsgiganterna ICA, Axfood och Coop, grundades Varumärkesrådet år 2001 av DLF, Dagligvaruleverantörers förbund, med målsättningen att få kedjorna att i större utsträckning respektera de etablerade varumärkenas produkt- och förpackningsdesign.¹⁰ Detta är ett tydligt exempel på hur imitering är kopplat till ogillande från varumärkesinnehavarnas sida.

¹ D'Astous och Gargouri (2001)

² Foxman (1990)

³ Dahlén och Lange (2003) s 191

⁴ Ibid. s 232

⁵ D'Astous och Gargouri (2001)

⁶ Med Handelns egna märkesvaror, EMV, menas varumärken som ägs och marknadsförs av livsmedelskedjorna. EMV är den gängse benämningen på distributörsvarumärken inom svensk handel (Lange et al 2005) och föredras av Sveriges Konsumenter (Sveriges Konsumenter, EMV-policy)

⁷ Rafiq och Collins (1996), Sayman et al (2002), Kapferer (1995a och 1995b)

⁸ Dahlén och Lange (2003) s 192 ff.

⁹ Lange et al (2005)

¹⁰ Brand News Nr 04 2003

Vad som egentligen utgör ”tillåtna gränser” för att efterlikna kan av allt att döma uppfattas olika av olika aktörer, vilket lämnar utrymme för konflikter.

1.2 Problemområde

Med bakgrund i ovan kan följande problematik uppstå:

En aktör, härafter *varumärkesinnehavaren*, upplever att en annan aktör, som vi valt att kalla *imitatören*, genom att utforma sin produkt eller förpackning på ett efterliknande sätt, använder sig av det varumärkesvärde, eller renommé, som är förknippat med varumärkesinnehavarens varumärke. Imitatören kommer troligtvis att påstå att eventuella likheter helt enkelt motsvarar de typiska koder som används inom en viss produktkategori och som hjälper konsumenten att hitta rätt. Exempelvis har en burk med Cola-läsk en viss form och dessutom brukar den vara röd och vit.

Om varumärkesinnehavaren vill sätta stopp för denna imitering, och parterna inte kan komma överens, kan denna typ av konflikt komma att avgöras i Marknadsdomstolen, härafter MD, där Marknadsföringslagen (SFS 1995:450)¹¹, i detta fall blir tillämplig. De så kallade otillbörlighetsgrunder som då kan göra sig gällande är främst renommésnyltning och/eller vilseledande efterbildning alternativt vilseledande reklam.

Det marknadsföringsbeteende, där en typisk imiteringsstrategi används, har ofta visat sig exemplifieras i dagligvaruhandeln. Uppsatsen tar därför avstamp i en konflikt mellan två aktörer på marknaden: varumärkesinnehavaren och imitatören, som till synes agerat enligt en imiteringsstrategi på området snabbbrörliga konsumentvaror¹² i just dagligvaruhandeln.

¹¹ Lagens syfte: 1 § Denna lag har till syfte att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenterna och näringsidkare.

¹² *Fast Moving Consumer Goods*: vår översättning

1.3 Problemformulering

Mot bakgrund av problemområdet och den specifika konfliktsituation som beskrivits ovan, utreder vi således:

- 1. Vilka intressen gör sig enligt Marknadsdomstolen gällande i en sådan konflikt?*
- 2. Vilket aktörsbeteende granskas och blir föremål för utvärdering?*

För vår första fråga blir MD:s redogörande för, och syn på, konflikten helt avgörande. Vår avsikt med denna fråga är att visa hur lagstiftningens syfte tar sig i uttryck i verkligheten. Genom att först kort klargöra vilka intressen som i praktiken behandlas av MD vill vi presentera de aktörer som figurerar i MD:s utvärdering och deras roller. Detta skapar en grundläggande förståelse för behandlingen av dessa i vår andra fråga. Denna fråga syftar till att analysera och tolka MD:s juridiska utvärdering utifrån ett marknadsföringsteoretiskt perspektiv.

1.4 Syfte och förväntat kunskapsbidrag

Genom att svara på våra frågor formulerade enligt ovan, ämnar vi även uppfylla ett mer generellt och övergripande syfte.

Vi vill med uppsatsen illustrera hur ett visst marknadsföringsbeteende utvärderas i MD och samtidigt belysa hur otillbörligt marknadsföringsbeteende kan få praktiska konsekvenser. Det är vår förhoppning att uppsatsen ska fungera guidande i marknadsförarens framtida beteende. Därmed är den främst skriven för praktiker och studenter i egenskap av framtida praktiker.

Uppsatsens bidrag är därför av praktiskt slag och utgörs av att uppmärksamma nuvarande och framtida praktiker om hur MD:s utvärdering av marknadsföringsbeteende ser ut gällande godtagbar imitering och lagöverträdelse.

1.5 Avgränsning

Uppsatsen avgränsas marknadsföringsteoretiskt till ett fokus på beteende inom tre områden: 1) varumärkesinnehavaren relaterat till varumärkesvärde eller renommé 2) en aktör som agerar i enlighet med en imiteringsstrategi samt 3) konsumenten och dennes agerade kopplat till inköpsbeteende i dagligvaruhandeln.

I uppsatsen behandlar vi vidare den svenska marknadsföringsrätten och då närmare bestämt MFL:s 4, 6 och 8 §§.¹³

Vår empiri omfattar praxis i form av åtta av de totalt elva MD- avgöranden från och med år 2000 som berör snabba konsumentvaror i dagligvaruhandeln, där en imiteringsstrategi kan misstänkas ligga till grund för konflikten.

1.6 Disposition

Efter detta inledande avsnitt presenterar vi vår metod. Detta upplägg har valts för att underlätta för läsarens förståelse genom att visa hur det marknadsföringsteoretiska perspektivet och gällande rätt förhåller sig till varandra i uppsatsen. Därefter presenteras den marknadsföringsteori som bedömts intressant för vårt problemområde, samt en redogörelse för gällande rätt. Vår empiri återges efter detta i form av referat av MD:s avgöranden. Slutligen följer vår analys samt en diskussion av aspekter som inte behandlats då vi svarat på vår problemformulering men som utgör intressanta infallsvinklar. Diskussionsavsnittet avslutas med en diskussion kring studiens begränsningar samt förslag till vidare forskning.

¹³ Se appendix för aktuella lagrum

2. Metod

I avsnittet nedan förklarar vi hur vi har gått till väga för att svara på våra frågor i problemformuleringsavsnittet. Vi redogör för val av metod, valet av empiri och förklarar varför studie av denna empiri tillåter oss att dra giltiga och pålitliga slutsatser på området.

2.1 Val av metod

Vår ambition med uppsatsen är att tydliggöra och tolka en situation, närmare bestämt den ovan givna konfliktsituationen. Vi har valt att använda oss av fallstudien som metod, och för uppsatsens problemformulering och syfte blir ett kvalitativt tillvägagångssätt det lämpligaste.¹⁴ Då uppsatsen ser till ett tvärsnitt mellan marknadsföringslogiken och den juridiska tolkningen, får uppsatsen även ett inslag av klassisk rättsvetenskaplig metod där vi redogör för gällande rätt inom ett visst område. Det juridiska teoriavsnittet syftar dock främst till att skapa förståelse för rättsområdet och möjliggöra en rättvisande analys av vår empiri, snarare än en rigorös kartläggning av det tillämpliga rättsläget.

2.2 Valet av praxis som empiri

Vår empiri utgörs uteslutande av rättspraxis från MD. Konflikten, eller närmare bestämt aktörernas beteende, finns *dokumenterat i form av MD: s avgöranden*. Där illustreras såväl kärandens (varumärkesinnehavarens) som svarandens (den påstådde imitatörens) syn på saken, samt domstolens utvärdering och ställningstagande i konflikten.

MD:s rättspraxis i egenskap av dokumentation ligger alltså till grund för studien. Avgörandena som vi analyserar är, i egenskap av avgöranden från en högsta instans, prejudikat vilket innebär att de är *vägledande för framtida bedömning*. Förutsebarheten är avgörande för rättssäkerheten, vilket innebär att den aktör som rättat sig efter en domstols beslut ska vara säker på att domstolen dömer på samma sätt nästa gång.¹⁵ Praxis på detta område kan därmed sägas konkretisera förhållningsramarna för agerande på marknaden.

Marknadsdomstolens praxis har också kommit att spela en stor roll för rättsutvecklingen inom ramen för MFL:s generalklausuler och är av central betydelse särskilt på produkt- och förpackningsefterbildningarnas område.

Vi har även genomfört en intervju med Jan Rosén¹⁶, professor i civilrätt och även ordförande i Varumärkesrådet. Syftet med denna intervju var att ge praktiskt stöd för behandlingen av empiri och analys, och utgör därmed inte empiri i uppsatsen.

¹⁴ Merriam (1994)

¹⁵ www.lagrummet.se

¹⁶ Intervju Jan Rosén 17 april 2007

2.3 Empiriskt urval

Uppsatsen baseras på åtta fall, i form av avgöranden från MD. Dessa behandlar ovan beskrivna konflikt, kopplat till snabbbrörliga konsumentvaror i dagligvaruhandeln och aktualiserar juridiskt otillbörlig marknadsföring enligt otillbörlighetsgrunden renommésnyltning och/eller vilseledande om kommersiellt ursprung. Av de totalt elva avgöranden som berör given konflikt från och med år 2000 fram till dagsläget, redogör vi för och analyserar åtta fall. Dessa åtta valdes då de sammantaget bäst belyser de otillbörlighetsgrunder som blir aktuella i given konflikt. År 2000 har valts som utgångspunkt av flera anledningar: den under perioden ökade exemplifieringen av imiteringsstrategier i dagligvaruhandeln¹⁷ samt det faktum att produkterna som det redogörs för i avgöranden har en aktuell koppling till nutid varför vi även känner igen oss som konsumenter. Yngre prejudikat tillmäts ofta mer vikt vid bedömning av rättsfrågor.¹⁸ Dessutom återfinns avgöranden från år 2000 och framåt i elektronisk form på MD:s hemsida.¹⁹

2.4 Validitet & Reliabilitet

En hög grad av inre *validitet* innebär att studien kan anses giltig. Vi anser att studiens giltighet och relevans är stor då de uppgifter som uppsatsen bygger på är klart aktuella för studiens syfte och problemställning. Vår empiri redogör för MD:s utvärdering av en faktisk inträffad konflikt och vi anser därför att vi verkligen analyserat den konfliktsituation vi hade för avsikt att undersöka. Våra slutsatser om vilka intressen som gör sig gällande och vilket beteende som utvärderas av MD i beskriven konfliktsituation är därmed förknippade med en hög grad av inre validitet. Resultaten av en kvalitativ studie är vidare begränsade i sin *generaliserbarhet*. I egenskap av prejudikat fungerar MD:s avgöranden vägledande för framtida bedömning. Detta medför även en hög grad av generaliserbarhet av resultaten gällande MD:s utvärdering i *liknande, framtida konflikter* på området. Studien kan därmed även anses vara förknippad med en hög grad av överförbarhet eller extern validitet.

Med hög *reliabilitet* menas att informationen i studien är pålitlig och att resultaten kan upprepas. Detta kan i vår studie diskuteras dels i relation till vår behandling av MD:s avgöranden och vår tolkning av dessa, men även i förhållande till hur MD dokumenterat konflikten. En fördel med att använda dokument anses vara dess stabilitet²⁰ och MD:s avgöranden får därför sammantaget anses vara en informationskälla förknippad med hög reliabilitet. Frågan om reliabilitet gäller därmed främst vår behandling av praxis. De avgöranden som publiceras på MD:s hemsida består av kändens och svarandens argumentation samt MD:s domskäl och domslut. I vissa fall publiceras även bilagor i form av bilder på de fysiska produkter som utvärderas. De åtta avgöranden från MD som valts som empiri återges i form av referat. Vi har båda läst samtliga avgöranden för att därefter gemensamt identifiera den nyckelargumentation som återfinns i avgöranden. I MD:s domskäl återkommer

¹⁷ Brand News Nr 04 2003

¹⁸ Bernitz et al (2002)

¹⁹ www.marknadsdomstolen.se

²⁰ Merriam (1994) s 121

hänvisning till tidigare praxis och därmed är argumentationen överlappande i många fall, varvid det blir lätt att se vad som hamnar i fokus i MD:s utvärdering och resonering. Det är detta som vi tagit fasta på i referaten. När en bildbilaga funnits till hands har denna även inkluderats i appendix.

Fyra avgöranden återges i längre form med fokus på kärandens argumentation och på MD:s domslut och domskäl. Denna disposition har valts då käranden, eller varumärkesinnehavaren, i given situation bär bevisbördan och MD:s utlåtande är mest relevant för framtida förhållningsregler. Svarandens anföranden återges i en kommentar, i det fall de snarare än att ge motargument till kärandens anförande, belyser nya, särskilt viktiga aspekter av situationen. Vad gäller de längre referaten återges den större delen av kärandens argumentation samt i stort sett MD:s domskäl och domslut i sin helhet.

Av utrymmesskäl återges fyra avgöranden i kortare form där vi endast kortfattat återger fallen med främsta fokus på MD:s domskäl. Av pedagogiska skäl har vi, för presentationen av empirin, valt att dela in argumentationen i största möjliga mån enligt de kriterier som krävs för 8 och 6§ §, 1) särprägling, 2) känd och 3) förväxlingsrisk. Vi har vidare rubricerat det stycke som återger argumentation främst rörande 4 § ”renommé”. Denna indelning under tydliga rekvisit görs inte i avgörandena, men har gjorts i uppsatsen för att underlätta för läsarens förståelse.

3. Teori

I detta teoriavsnitt presenteras den teori och tidigare forskning inom marknadsföringsområdet som bedömts relevant för vårt problemområde. Därefter följer en redogörelse för rättsområdet.

Marknadsföringsteoretisk grund

För att förstå mekanismerna som ger upphov till incitament att tillämpa en imiteringsstrategi, krävs att man tittar närmare på den process i vilken ett varumärke blir värdefullt. I denna process, och inte minst vid köptillfället, har konsumenten och konsumentbeteende en avgörande roll. Teorier och tidigare forskning på tre områden blir därmed särskilt intressant: 1) varumärken, 2) positionering samt 3) konsumentbeteende. I avsnittet som handlar om varumärken och hur ett varumärke blir värdefullt behandlas tämligen generella och grundläggande teorier på området. Dessa ligger till grund för teorier gällande kategorisering och positionering, vilka konkretiseras genom presentation av tidigare forskning kopplat till imiteringsstrategier och EMV. Till sist tittar vi närmare på konsumentbeteende i dagligvaruhandeln, där vi även går närmare in på tidigare forskning kopplat till vårt problemområde.

3.1 Varumärken

Ett starkt varumärke har visat sig vara förknippat med betydande fördelar i samband med marknadsföringen av varumärket. En rad aspekter gällande konsumentens beteende, uppmärksamhet och inläring, tolkning och utvärdering samt val, påverkas positivt av ett starkt varumärke. Attribut och nyttor utvärderas bland annat mer fördelaktigt och varumärket föredras i högre grad. Det är särskilt troligt att dessa effekter uppstår i de sammanhang som karakteriseras av lågt engagemang.²¹

Vad är ett varumärke?

Trots att dess värde är svårt att skatta utgör varumärket otvetydigt en värdefull tillgång som ägnas mycket uppmärksamhet.²² Varumärket, som har kallats det mest grundläggande differentierande verktyget för alla produkter, identifierar produkten och dess ursprung och skiljer det åt från konkurrerande erbjudanden.²³ Ett varumärke utgörs av ett antal komponenter, eller *varumärkeselement* - ett varumärkesnamn, en logga, designen på en förpackning eller andra särskiljande attribut - som enskilt eller tillsammans bidrar till att identifiera och särskilja en produkt från andra på en marknad.²⁴ Kapferer (1995b) redogör för varumärket från ett psykologiskt perspektiv

²¹ Hoeffler och Keller (2003)

²² Keller (2003) s 8

²³ Arens (2006) s 190

²⁴ Keller (2003) s 3, Aaker (1991) s 7, Kotler och Armstrong (2006) s 243

som ett *kontrakt*, som allt eftersom varumärket etableras fungerar som en garanti för att motsvara bestämda förväntningar och en viss kvalitetsnivå.

Varumärkets funktioner på konsumentmarknader

Beskrivningen av varumärket som ett kontrakt, indikerar att varumärket har funktioner som gör det marknadsföringsmässigt värdefullt för två aktörer: det företag som äger varumärket och de konsumenter som köper det.²⁵

För konsumenten signalerar varumärket produktens ursprung, vilket skapar en relation till producenten och därmed förväntningar på denne. Konsumenten vet ofta genom erfarenhet vilken produkt som bäst matchar ett visst behov och varumärken underlättar därför beslutsprocessen vid inköp, minimerar kostnaden för informationssökning och fungerar riskreducerande. Dessutom fungerar varumärket som en kvalitetssignal, en signal gällande produktens egenskaper. Kort sagt är varumärken värdefulla för konsumenten i dess förenklande och riskreducerande funktioner.²⁶

Varumärket ger företaget möjligheten att ladda en produkt med unika associationer. I och med de associationer som knyts till varumärket kommer varumärket att utgöra en kvalitetssignal. Detta gör det lättare för kunden att välja varan, vilket i förlängningen kan generera en viss kundlojalitet. Det innebär inträdesbarriärer för konkurrenter. För företaget utgör varumärket med andra ord ett medel att säkerställa en konkurrenskraftig position.²⁷ Från ett företagsperspektiv har varumärket därmed en avgörande ekonomisk betydelse i dess potential att generera intäkter.²⁸

Varumärkesvärde

Det finns i litteraturen ett stort antal definitioner av varumärkesvärde sett från företagets perspektiv, men de bygger alla på en gemensam grund: källan till eller basen för varumärkesvärde är de kunskapsstrukturer som finns länkat till varumärket i konsumentens medvetande. Det är detta perceptuella värde som i slutändan ska skapa ekonomiskt värde för ägaren av varumärket. Oavsett angreppssätt, kan värdet bara härledas till marknaden, det vill säga, värdet måste helt enkelt skapas på marknaden bland konsumenterna.²⁹ Utgångspunkten för definitionen av varumärkesvärde, som avser värde ut företagets perspektiv, är alltså *konsumenten*.

Keller beskriver *kundbaserat varumärkesvärde* som den differentierande effekt som kunskapen om ett varumärke har på konsumentens gensvar på marknadsföringsaktiviteter.³⁰

Aaker (1991, 2002) definierar på ett liknande sätt varumärkesvärde som en uppsättning tillgångar som är förknippade med varumärket som ökar det värde som en

²⁵ Dahlén och Lange (2003) s 192 ff.

²⁶ Keller (2003) s 9

²⁷ Ibid. s 11

²⁸ Dahlén och Lange (2003) s 192

²⁹ Hoeffler och Keller (2003)

³⁰ Keller (1993)

produkt eller service ger ett företag och/eller företagets kunder. Idén om att ett varumärkes värde skapas i konsumentens ögon³¹ är alltså ganska vanlig.

Ett något annorlunda perspektiv på varumärkesvärde, som fortfarande utgår ifrån marknaden, presenteras av Arens (2006) som beskriver varumärkesvärde som summan av vad konsumenter, distributörer, handlare och till och med vad konkurrenter känner inför, och tycker om varumärket under en längre tid.

Kundbaserat varumärkesvärde - hur blir ett varumärke värdefullt?

*"Associationer är varumärkenas byggstenar och ligger till grund för ett varumärkes värde."*³²

Kundbaserat varumärkesvärde uppstår enligt Keller (1993, 2003, Hoeffler och Keller 2003) då konsumenten har *god kännedom* om varumärket och knyter *starka, fördelaktiga och unika associationer* till varumärket.

Kunskap om ett varumärke kan delas in i *varumärkeskännedom* och *varumärkesimage*. Hög varumärkeskännedom är *nödvändigt*, men inte *tillräckligt*, för att ett varumärke ska kunna anses som värdefullt. Trots att hög varumärkeskännedom inte är tillräckligt för att varumärkesvärde ska finnas, mäts varumärkesvärde i praktiken i alla fall ofta med hur känt det är. Stark varumärkesimage, däremot, är *nödvändigt och dessutom tillräckligt* för varumärkesvärde.³³

Keller (1993) förklarar, utifrån en associationsnätverksmodell³⁴, hur kunskap sorteras och lagras. Kunskap om ett varumärke, i konsumentens minne, kan beskrivas som en varumärkesnod, till vilken olika associationer är kopplade. Det totala knippet av associationer som konsumenten kommer att tänka på när en nod aktiveras har beskrivits som ett schema.³⁵ Det som bestämmer varumärkeskunskapens karaktär är med andra ord hur varumärkesassociationerna är beskaffade i kundens medvetande, eller, hur schemat ser ut och funkar.

Varumärkeskännedom delas i sin tur in i *erinran* och *igenkänning*. Erinran syftar till konsumentens förmåga att plocka fram varumärket ur minnet i samband med någon slags signal som exempelvis produktkategori. Med igenkänning menas konsumentens förmåga att känna igen varumärket i olika situationer. I beslutssituationer som karakteriseras av begränsat engagemang kan en mycket låg nivå av varumärkeskännedom räcka för att konsumenten ska välja produkten. Igenkänning kan därför anses relativt viktigare i en inköpsituation där konsumenten exponeras för varumärket, som vid köp av snabbbrörliga konsumentvaror i dagligvaruhandeln.³⁶

Med *varumärkesimage* avses konsumenternas perception av varumärket. Med andra ord de associationer som finns kopplade till varumärket i konsumentens minne och

³¹ Kapferer (1995b)

³² Dahlén och Lange (2003) s 191

³³ Ibid. s 196 ff.

³⁴ *Associative network memory model*: författarnas översättning

³⁵ Mowen och Minor (2001) s 63

³⁶ Keller (1993)

vars karaktär - huruvida de är starka, fördelaktiga och unika - är avgörande för varumärkets värde. Associationerna delas in i attribut, nyttor och attityder.³⁷

Konsumenten är sammanfattningsvis helt avgörande för att ett varumärke ska kunna anta något som helst varumärkesvärde. Ett varumärke kan enligt detta teoretiska kapitel beskrivas som ”en perceptuell enhet i konsumentens medvetande”³⁸ och varumärkesvärde beskrivas som ett varumärkesschema i konsumenternas medvetande bestående av ett knippe starka, fördelaktiga och unika associationer till varumärket.

3.2 Positionering

Positionering omfattar både strategiska och taktiska aspekter och går ut på att ge varumärket en position på marknaden: dels en *absolut position* genom att placera varumärket i en kategori, dels en *relativ position* i förhållande till sina konkurrenter. Målet med detta är att varumärket ska uppta en distinkt och värdefull plats i konsumenternas medvetande.³⁹ En kategori definieras med andra ord utifrån hur konsumenten grupperar varumärken.⁴⁰

Kategorisering

Två begrepp från kategoriseringsteorin som blir viktiga för att förstå konsumenters kategorisering av varumärken, och därmed användbara i den strategiska positioneringen, är *typikalitet* och *likhet*.⁴¹

Varumärket ges en absolut position, eller en kategoritillhörighet, genom att låta det dela viktiga kategoriattribut och associationer med andra varumärken i kategorin.⁴² Typikalitet eller *familjetillhörighet* avser hur typiskt ett varumärke är i sin kategori.⁴³ Ett varumärke uppfattas enligt Nedungadi och Hutchinson (1985) som typiskt när 1) varumärket ofta påträffas i kategorin och 2) varumärket uppvisar attribut som är vanliga i kategorin. Detta innebär att ett varumärke mycket väl kan uppfattas som typiskt även om det inte påträffats tidigare, men delar många av de attribut som anses typiska för kategorin. Förpackningsdesign, produktutformning och prissättning utgör exempel på allmänna kategoriegenskaper.⁴⁴ Typikalitet antas ha betydelse för konsumentens förmåga att fastställa kategoritillhörighet - ju mer typiskt ett varumärke uppfattas av konsumenten, desto snabbare identifieras det som en medlem i en produktkategori.⁴⁵ Typikalitet har också visat sig vara tydligt kopplat till preferenser och gillande,⁴⁶ vilket i förlängningen resulterar i att konsumenten, särskilt vid lågt

³⁷ Keller (1993)

³⁸ Keller (2003) s 13

³⁹ Nordell (2003) s 13 f.

⁴⁰ Dahlén och Lange (2003) s 223

⁴¹ Ibid. s 223 ff.

⁴² Ibid.

⁴³ Loken och Ward (1990)

⁴⁴ Dahlén och Lange (2003) s 223

⁴⁵ Mervis och Rosch, (1981)

⁴⁶ Nedungadi och Hutchinson (1985), Loken och Ward (1990)

engagemang och bristande intresse, helt enkelt kan välja att köpa det varumärke som verkar ”mest typiskt”.⁴⁷

Den relativa positionen, hur varumärket förhåller sig till andra varumärken i produktkategorin, blir en fråga om likhet och olikhet. Likhet avser hur lika två varumärken är, vilket avgör om de ingår i samma kategori eller ej.⁴⁸ Två varumärken uppfattas mer lika ju mer överlappande uppsättningarna attribut är, vilket innebär att varje enskilt särskiljande attribut gör dem mer olika.⁴⁹

Med utgångspunkt i de attribut eller nyttor som konsumenten betraktar som väsentliga för en viss produktkategori, kan ett varumärke komma att betraktas som det exempel som bäst representerar produktkategorin.⁵⁰

Sammanfattningsvis innebär detta att ett varumärke bör äga så många kategoritypiska attribut som möjligt för att uppfattas av konsumenten som typiskt i en viss kategori. Detta kan uppnås genom att helt enkelt att låta produkten efterlikna det varumärke som bäst representerar produktkategorin.

Varumärkesimitering som positioneringsstrategi

Varumärkesimitering är en marknadsföringsstrategi som bygger på att likna ett annat framgångsrikt varumärke med avseende på ett eller flera varumärkeselement. Ett enkelt sätt att göra detta är till exempel att imitera den välkända marknadsledarens förpackningsdesign.⁵¹ Strategin går ut på att underlätta konsumenternas acceptering av det imiterande varumärket genom att förlagans egenskaper attribueras det imiterande varumärket. Denna generalisering förmodas ha betydande effekter på varumärkesattityd och köp.⁵² Den psykologiska mekanism, som gör att associationer överförs från ett känt till ett mindre känt, liknande, varumärke kallas stimulusgeneralisering.⁵³ Varumärkesimitationen är utformad i syfte att på ett *övergripande* sätt likna förlagan och få konsumenten att associera till denna och bör alltså inte förväxlas med regelrätta kopior.⁵⁴

En imiteringsstrategi som bygger på att imitera en pionjärs positionering utifrån viktiga kategoriattribut och samtidigt konkurrera med ett lägre pris är ”jag-med”-strategin. Pionjärens goda renommé förväntas på så sätt överföras till ”jag-med”-varumärket.⁵⁵

⁴⁷ Loken och Ward (1990)

⁴⁸ Dahlén och Lange (2003) s 223

⁴⁹ Loken och Ward (1990)

⁵⁰ Nedungani och Hutchinson (1985), Keller (1993)

⁵¹ Foxman (1990)

⁵² D’Astous och Gargouri (2001)

⁵³ Lange et al (2005)

⁵⁴ Kay (1990), Kapferer (1995b)

⁵⁵ Dahlén och Lange (2003) s 232

EMV och imitering

EMV i dagligvaruhandeln har ofta setts imitera marknadsledande varumärken med den förmodade avsikten att associeras med marknadsledarens kvalitet och attribut, men marknadsföras till ett lägre pris.⁵⁶

Sayman et al (2002) menar att den optimala strategin för EMV är att tillämpa en imiteringsstrategi och tydligt positionera varumärket med det marknadsledande varumärket som förebild. Denna imiteringsstrategi leder till att efterfrågan för EMV optimeras och därmed att handlarens vinst för produktkategorin maximeras.

Tillämpningen av imiteringsstrategier leder inte sällan till schismer mellan näringsidkare. Varumärkesinnehavarna hävdar vanligtvis att imitationer förvirrar konsumenterna, eller får konsumenten att tro att produkterna är lika med avseende på till exempel attribut och nyttor. Den kanske mest självklara invändningen som varumärkeshavare har emot imiteringar är dock det faktum att det innebär att imitationen åker snålskjuts på det renommé som varumäresinnehavaren byggt upp.⁵⁷

Handlarna, i fallet med EMV som marknadsförts enligt en imiteringsstrategi, hävdar i sin tur att likheter i förpackningsdesign hjälper konsumenterna att identifiera produkterna och utgör ett steg i kategoriseringen av produkten.⁵⁸ Detta eftersom varje produktkategori kan sägas ha sin specifika förpackningskod. Till exempel, är förpackningar med digestivekex vanligtvis röda. I den händelse en konsument faktiskt skulle köpa fel vara är det dessutom svårt att bevisa att konsumenten verkligen lidit skada. Om konsumenten blir missnöjd med imitationen, borde originalet bara komma att hamna i ännu bättre dager. Om konsumenten däremot är nöjd med imitationen, borde detta gagna konsumenterna då EMV ofta är förknippade med ett lägre pris. Varumärkesinnehavarna svarar på detta genom att hävda att risken finns att konsumenten då upplever förlagan som överprissatt, varpå varumärket ändå skadas.⁵⁹

”Jag-med”-strategin - imitation till lågt pris - fungerar det?

En ”jag-med”-strategi kan fungera bra för EMV i snabbväxande konsumentvarukategorier om 1) varumärkenas nyttor kan avgöras relativt objektivt och 2) kunden upplever en tydlig besparing.⁶⁰ Dahlén och Lange (2003) för ett liknande resonemang och menar att en ”jag-med”-strategi i regel inte leder till någon större försäljningsframgång, men kan fungera på en framväxande marknad under förutsättningarna att 1) konsumenten kan dra skapliga slutsatser om kvaliteten hos varumärkena i kategorin och 2) social acceptans inte är motivet till köp.

Carpenter och Nakamoto visar i sin studie om pionjärsfördelar (1989) att ”jag-med”-strategier inte alls är optimala. Tvärtom bidrar istället ”jag-med”- varumärket till att förstärka uppfattningen om pionjärens position som ledande i kategorin. Konsumentens uppfattning om kategorin och preferenser formas utifrån pionjären som förebild och dess attributkombination formar därmed kategoriidealet. Denna

⁵⁶ Dahlén och Lange (2003) s 232, Rafiq och Collins (1996), Sayman et al (2002), Kapferer (1995b)

⁵⁷ Kapferer (1995a)

⁵⁸ Rafiq och Collins (1996)

⁵⁹ Kapferer (1995a)

⁶⁰ Rossiter och Percy (1998) s 140

måttstock eller ideal för den bästa attributskombinationen som pionjären kommer att stå för, kommer alla efterföljande varumärken att mätas emot. Detta bestämmer hur andra produkter i kategorin utvärderas, exempelvis hur en produkt i kategorin ska se ut, smaka, fungera och kosta. Pionjären får sammanfattningsvis en svårubbblig perceptuellt grundad konkurrensfördel.

3.3 Konsumentbeteende

En konsuments beslutsprocess kan vara alltifrån begränsad till utförlig. Den begränsade problemlösningssituationen karakteriseras av enkla beslutsregler som ”köp ett varumärke jag känner igen” eller ”köp det billigaste varumärket”.⁶¹ Inköpen av snabbrikliga konsumentvaror sker ofta på rutin och det är därför tveksamt om det går att tala om en beslutsprocess över huvud taget.⁶² Rutinköp karakteriseras av en låg grad av engagemang, vilket gör att konsumenter förlitar sig på varumärket i egenskap av tumregel.⁶³ Tillämpandet av enkla och automatiska beslutsregler, vilka kan beskrivas som *genvägar*, gör att konsumenten sparar tid, energi och mental kapacitet.⁶⁴ Att fatta ett beslut som är ”gott nog” snarare än det ”perfekta valet” blir konsumentens mål.⁶⁵

Förpackningar – varumärkets ansikte utåt

Förpackningen spelar en viktig roll i relationen mellan konsument och varumärke och får stor betydelse i skapandet av varumärkesvärde.⁶⁶ Förpackningen kan betraktas som varumärkets ansikte utåt,⁶⁷ vilket gör förpackningen till ett viktigt visuellt positioneringsverktyg. Vid köptillfället hjälper förpackningen konsumenten att identifiera varumärket, informerar samt förstärker associationer från reklam, vilket gör att den får en betydande roll i köpprocessen.⁶⁸

Wahlund (2000) har undersökt vilken betydelse pris och varumärke, i form av förpackning och varumärkesnamn, har för konsumenternas val av dagligvara. Förpackningen visade sig vara den överlägset viktigaste faktorn vid val av produktvariant, framför varumärkesnamn och pris. Varumärket känns helt enkelt igen via förpackningen i butiken.

Förpackningen kan sammanfattningsvis beskrivas som det varumärkeselement som förkroppsligar de associationer som konsumenten förknippar med varumärket. Förpackningen som kommunikationsverktyg ter sig särskilt viktig för relativt homogena konsumentvaror som karakteriseras av lågt engagemang.

⁶¹ Blackwell et al (2001) s 86

⁶² Kapferer (1995a)

⁶³ Blackwell et al (2001), Mowen och Minor (2001) s 184

⁶⁴ Cialdini (1993)

⁶⁵ Mowen och Minor (2001) s 184

⁶⁶ Underwood (2003)

⁶⁷ Melin (1999) s 211

⁶⁸ Lange & Dahlén (2003) s 265

Imiteringsstrategier och förvirrade konsumenter

Tidigare forskning gällande konsumentbeteende kopplat till imiteringsstrategier i dagligvaruhandeln har fokuserat främst på följande:

- 1) förvirring eller sammanblandning (perceptuell) av varumärken samt i extremfallet även förväxling i beteendedimensionen, att kunden köper ”fel”
- 2) överförandet av associationer från förlaga till imitationen, exempelvis om produktens kommersiella ursprung

Kapferer (1995a, 1995b) har ägnat sig åt att undersöka konsumenters perceptuella sammanblandning mellan etablerade varumärken och dess imitationer, vilken han hävdar är påtaglig. Vid den låga grad av uppmärksamhet som en konsument uppvisar vid inköp av snabbbrörliga konsumentvaror i dagligvaruhandeln, utvärderar konsumenten perceptuellt produkten som helhet med utgångspunkt i produktens förpackning; dess färg, grafik, form och logga. Detta innebär att konsumenten, trots att denne tittar på imitationen kan tro sig se originalet.

I Kapferers studie där originalet och imitationen visades tillsammans tillskriver även majoriteten av konsumenter imitationen förlagans egenskaper gällande kvalitet och generaliserar associationer om bland annat produktens kommersiella ursprung.⁶⁹ Intressant är att studien visade att överföring av associationer inte behöver leda till att konsumenten sammanblandar varumärkena.

Även Foxman et al (1990) studerade konsumenters förvirring och sammanblandning av varumärken. Lågt engagemang, låg erfarenhet av produktkategorin samt en lägre grad av varumärkesfamiliaritet identifierades som faktorer som ökar konsumentens förvirrig och sannolikheten att varumärken sammanblandas.

Rafiq och Collins (1996) fann i en undersökning av EMV i brittiska dagligvaruhandeln att en stor del av konsumenterna verkligen blir förvirrade av förpackningarna för imiterande EMV. Mellan 18 och 44 procent av konsumenterna upplevde att EMV och varumärken kan sammanblandas. De kunder som handlade i den butikskedja (Sainsbury) som tillhandahöll *flest* imiterande EMV uppvisade dock *lägst* grad av sammanblandning samtidigt som de konsumenter som sällan eller aldrig köpte EMV visade sig vara mest benägna att sammanblanda varumärken. Trots sammanblandning visade studien att risken för faktisk förväxling, eller felköp, var relativt liten. Perceptuell sammanblandning resulterar alltså inte nödvändigtvis i faktiska felköp.⁷⁰ Balbanis och Cravens (1997) studie gällande imiterande EMV i brittiska dagligvaruhandeln uppvisade inte ett enda fall där konsumenten verkligen köpt fel. Konsumenterna verkade tvärtom relativt säkra på vad de inhandlat och uppvisade få tecken på förvirring. Resultaten från denna studie visar alltså på en konsument som medvetet inhandlar imitationer. Warlop och Alba (2004) menar vidare att konsumenter otvetydigt förstår det marknadsföringsmässiga motivet bakom en imiteringsstrategi.

⁶⁹ Kapferer (1995b)

⁷⁰ Foxman et al (1990)

Sammanfattningsvis tonar av ovan presenterade studier bilden av en ganska luttrad konsument fram: en konsument som kanske inte är så lätt att lura till förväxling. Även om konsumenten inte blir förvirrad kvarstår dock det faktum att fördelaktiga associationer troligtvis överförs från förlagan, vilket gör att imitationen utvärderas mer positivt.

D'Astous och Gargouri (2001) fann i en studie att huruvida imitationen ansågs väldigt lik eller inte så lik, inte gjorde någon skillnad i konsumentens utvärdering när konsumenten var medveten om att produkten utgjorde en imitation. Davies (1998) studerade hur konsumenter utvärderade imitationer som *inte* liknade förlagan till den grad att förväxling rimligtvis skulle komma på fråga och fann att förlagans image *ändå* överfördes till imitationen.

Imiteringsstrategin får uppenbart effekter på konsumentens köpprocess och utvärdering av produkter. Medan det verkar oklart hur framträdande risken för förväxling är, lutar tidigare forskning klart åt att imiteringsstrategin leder till att generalisering av associationer från förlagan till imitationen sker, vilket skapar klara incitament för att tillämpa en imiteringsstrategi. Detta innebär också att den eventuella skada som varumärkesinnehavaren kan åsamkas inte utgör förlorad försäljning till följd av förväxling utan snarare till följd av den mer positiva utvärderingen av imitationen som associationsöverföringen leder till.

Juridisk översikt

Nedan följer en kort redogörelse främst av Marknadsföringslagen och tillämpliga lagrum för renommén, vilseledande om kommersiellt ursprung i form av vilseledande efterbildning och vilseledande reklam. Utöver lagar har förarbetsuttalanden och rättspraxis studerats. Den juridiska litteraturen som använts har haft två syften, dels att orientera sig i juridiskt material av olika slag men också som en rättskälla av självständig betydelse, då den brukar kallas doktrin.⁷¹

3.4 Varumärkets renommé

Varumärkets funktioner

Juridiskt brukar man tala varumärkets *särskiljningsfunktion* samt *ursprungs-, reklam- och garantifunktion*.⁷² Dessa funktioner uppkommer genom en växelverkan mellan varumärkesinnehavarens sätt att använda sitt varumärke och konsumenternas associationer som de får när de kommer i kontakt med varumärket.⁷³

Liksom Keller konstaterade ovan menar Pehrson⁷⁴ att en viktig funktion för varumärket ur *varumärkesinnehavarens* synpunkt är att säkerställa en konkurrenskraftig position. Varumärkesinnehavaren kan med hjälp av varumärket skilja ut, eller särskilja, och framhäva sina varor på marknaden bland andra varor.⁷⁵ Ovan har vi också redogjort för Kapferers syn på varumärkets garantifunktion, där varumärket fungerar som ett kontrakt mellan konsumenter och varumärkesinnehavare. Denna funktion beskrivs även i juridisk doktrin.

För *konsumenterna* fungerar varumärken som symboler för de olika varorna på marknaden och underlättar överblicken. Ursprungsfunktionen är viktig i den bemärkelsen att ett varumärke signalerar ett visst kommersiellt ursprung och konsumenten förknippar ett varumärke med en viss producent.⁷⁶ Konsumenter orienterar sig genom varumärken, menar Jan Rosén.⁷⁷ Särskiljningfunktionen innebär att konsumenterna:⁷⁸

- 1) enkelt kan identifiera de olika varorna på marknaden och
- 2) identifiera och förbinda viss varuinformation med avsedd vara.

Varumärkets funktioner är egenskaper som ger varumärkesinnehavaren anledning till att vara mån om att ingen annan ska använda sig av varumärket eller dess ingående element.⁷⁹ Även om varumärket till sin natur bara är en symbol, utan självständigt

⁷¹ Bernitz et al (2002) s 27

⁷² Nordell (2004 a) s 72 ff.

⁷³ Pehrson (1981) s 26

⁷⁴ Ibid. s 27

⁷⁵ Bernitz et al (2005) s 201

⁷⁶ Nordell (2004 a) s 72 ff.

⁷⁷ Intervju Jan Rosén 17 april 2007

⁷⁸ Pehrson (1981) s 41 f.

⁷⁹ Kottvedgaard och Levin (2002) s 335 f.

värde, så får det stor betydelse i sin konkreta, kommersiella miljö.⁸⁰ Varumärket utgör där förbindelselänken mellan ett företag och dess kundkrets och är därmed mycket värdefullt.⁸¹

Renommé

Juridiskt brukar det värde som varumärket kan besitta ofta kallas för *renommé*, eller goodwill. Inom rättsvetenskaplig terminologi definieras ofta detta renommé ungefär som ett ekonomiskt relaterat mervärde. Detta mervärde har förvärvats som ett resultat av en medveten och jämn produktutveckling, servicegrad, förväntan och marknadsföring. När det gäller renommé är det inte nödvändigtvis frågan om hög kvalitet, det viktiga är istället att kvalitet och servicegrad är jämn över tiden och därmed blir förutsägbar så att konsumenterna vet vad de har att vänta sig.⁸²

Ofta krävs det betydande insatser och kostnader för att bygga upp och bevara renommé. Varumärkets renommé är också av avgörande betydelse för det intresse som kan finnas för andra att *åberopa* det, det vill säga att använda sig av, eller utnyttja, en konkurrents varumärke eller element som ingår däri. Därför finns det lagstadgat skydd för detta renommé.⁸³

Skydd för renommé

Skydd för renommé regleras av såväl Varumärkeslagen (SFS 1960:644), härafter VML, som Marknadsföringslagen, (SFS 1995:450), härafter MFL. Enligt båda lagarna kan vissa åberopanden, eller användning, av annans varumärken vara otillbörliga.⁸⁴

Ett överlappande skydd återfinns i lagarna trots att det i Sverige egentligen har legat skilda skyddsintressen till grund för immaterialrätten (här i form av VML) och marknadsföringslagstiftningen (här i form av MFL). Den gemensamma grunden för detta finns att hitta i artikel 10 bis⁸⁵ i 1883 års Pariskonvention för industriellt rättsskydd (PK) som framstår som en hybrid mellan immaterialrättigheter uttryckta som objektsskydd och skydd mot otillbörlig marknadsföring. Immaterialrätten

⁸⁰ Ibid. s 335 f.

⁸¹ Ibid. s 335

⁸² Nordell (2003) s 18 f.

⁸³ Ibid. s 20 f.

⁸⁴ Bernitz (1993) s 176 f.

⁸⁵ Artikel 10 bis PK:

- 1) Unionsländerna är pliktiga att tillförsäkra dem, som tillhör något unionsland, verksamt skydd mot illojal konkurrens.
- 2) Varje konkurrenshandling, som strider mot god affärssed, utgör en handling av illojal konkurrens.
- 3) Särskilt ska förbjudas:
 - i) alla handlingar av beskaffenhet att, genom vilket medel det vara må, framkalla förväxling med en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel;
 - ii) oriktiga påståenden i utövning av affärsverksamhet, ägnade att misskreditera en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel;
 - iii) angivelser eller påståenden, vilkas användning i affärsverksamhet är ägnad att vilseleda allmänheten rörande varors beskaffenhet, framställningssätt, egenskaper, användbarhet eller myckenhet.

skyddar just ett objekt, eller skyddsföremål⁸⁶, medan det primära skyddsintresset i marknadsföringsrätten är konsumenterna som kollektiv och ett sekundärt, och enligt Nordell allt viktigare, intresse är att skydda också konkurrenter och andra näringsidkare.⁸⁷

Gränsdragning mellan marknadsföringsrätt och immaterialrätt

Dessa skilda rättsområden, i form av marknadsföringsrätt och immaterialrätt, har under tiden kommit att närma sig varandra och är, som ovan nämnts, i vissa fall överlappande och i andra fall kompletterande.

Det finns vissa grundläggande skillnader mellan regelverken i MFL och VML. MFL har alltså att tillgodose *både* den enskildes och allmänhetens intressen medan VML är en så kallad ensamrättslagstiftning som primärt har till att tillgodose den enskilde rättsinnehavarens (varumärkesinnehavarens) intressen.

VML uppställer vissa grundläggande skyddsförutsättningar för att ett kännetecken ska komma att skyddas. VML har också en klarare reglering med tydliga kriterier vad avser både skyddsomfattningen och skyddsförutsättningarna vilket ger en bra förutsägbarhet om vad som kan omfattas av lagstiftningen och vad som kan falla utanför. MFL, som vi tittar närmare på i denna uppsats, har däremot en bred generalklausul som gör att skyddsomfånget blir större jämfört med VML. Komplettering sker genom MD:s praxis vilket också gör denna extra intressant att studera närmare.

I MFL ser man också till det vilseledande moment som kan uppkomma vid en otillbörlig marknadsföring. Regler om otillbörlig marknadsföring i MFL, kan stödja och komplettera det immaterialrättsliga skyddet, alldeles oberoende av om en ensamrätt föreligger, detta gäller särskilt 4 och 8 §§ MFL renommésnyltning respektive vilseledande efterbildningar.⁸⁸

Den mest intressanta utvecklingen i svensk känneteckenspraxis⁸⁹, förefaller i vissa hänseenden enligt Nordell⁹⁰, ske inom just marknadsföringsrätten. Detta gäller främst frågan om gränserna för rätten att åberopa annans varumärke. Det är också detta vi valt att studera närmare i denna uppsats, varför vi nedan i stort sett uteslutande beskriver det skydd för renommé som återfinns främst i 4 och 8 §§ MFL men även i 6 § 2st. 2 p.

⁸⁶ Nordell (2003) s 11 f.

⁸⁷ Nordell (2004 b) s 45

⁸⁸ Koktvedgaard och Levin (2002) s 23

⁸⁹ Det vill säga avgöranden från högsta instans (exempelvis Högsta Domstolen och Marknadsdomstolen) som behandlar kännetecken i form av varumärkesnamn, varumärken eller andra kännetecken.

⁹⁰ Nordell (2003) s 13 f.

Kort om Marknadsföringslagen

I en marknadsekonomi finns det en grundläggande frihet att konkurrera med andra företag på marknaden. Att det ska råda konkurrens är den oskrivna huvudregeln inom näringslivet. Detta innefattar att man har frihet att tillfoga medtävlna ekonomisk skada genom att konkurrera ut dem. Friheten är dock inte obegränsad utan begränsas av de gränser som rättsordningen stakar ut för vilka åtgärder som är tillåtna. Den närmare gränsdragningen görs genom den marknadsrättsliga lagstiftningen där MFL ingår.⁹¹ Otillbörlig konkurrens är en samlingsbeteckning för konkurrensåtgärder som bedöms ojusta eller på annat sätt är otillbörliga framför allt mot andra näringsidkare.⁹²

Den 1 januari 1996 trädde den nya svenska Marknadsföringslagen (SFS 1995:450), i kraft.⁹³ Lagens syfte är att främja både konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Enligt 3 § MFL avser ordet marknadsföring reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter. I lagens bemärkelse så avser marknadsföring till och med att [passivt] hålla en vara till salu.

Marknadsdomstolen

Mål som rör marknadsföringslagen har i huvudsak centraliserats till MD, vilket är en för hela landet gemensam specialdomstol för mål om konkurrensbegränsning, marknadsföring och annat marknadsrättsligt konsumentskydd. Vanligen dömer MD som första och enda instans. Ekonomiska experter⁹⁴ deltar som meddomare. I mål där käranden yrkar utdömande av marknadsstörningsavgift och/eller skadestånd är dock Stockholms tingsrätt första instans för hela landet och Marknadsdomstolen överinstans.⁹⁵

3.5 Otillbörliga marknadsföringsåtgärder enligt MFL

Som vi ovan konstaterat skyddar marknadsföringsrätten inget *objekt* på det sätt som varumärkesrätten skyddar själva varumärket och den kan därför beskrivas som ett objektstomt skydd. Den tillhandahåller istället ett skydd mot *otillbörliga åtgärder*. Även om åtgärden kan utgöra ett angrepp på annans kännetecken, det vill säga vad vi ovan redogjort för som varumärken alternativt särskiljande varumärkeselement, eller renommé, blir det ändå tekniskt sett ett skydd mot ett visst *agerande eller beteende*.

⁹¹ Bernitz (2005) s 47

⁹² Bernitz et al (2005) s 268

⁹³ 2005 års Marknadsföringsutredning har i betänkande Otillbörliga affärsmetoder (SOU 2006:76), lagt fram ett förslag till en ny marknadsföringslag. Detta med anledning av att Europaparlamentet antog den 11 maj 2005 ett direktiv om otillbörliga affärsmetoder (2005/29/EG). Även om direktivet bara är tillämpligt på transaktioner mellan konsumenter och näringsidkare föreslås den nya lagen, i likhet med vad som gäller nu, bli tillämplig på transaktioner mellan näringsidkare. Den nya lagen föreslås innehålla en bestämmelse som i huvudsak kommer att motsvara 6 § i nuvarande lag, generalklausulen i betänkandet föreslås behålla sin nuvarande lydelse och den nuvarande bestämmelsen i 8 § MFL om vilseledande efterbildningar föreslås föras över till den nya lagen.

⁹⁴ Se lag om Marknadsdomstol m.m. (SFS 1970:417) 3-4 §§ om domstolens sammansättning

⁹⁵ Bernitz et al (2005) s 279

I de flesta fall av otillbörliga åtgärder med annans kännetecken – exempelvis vilseledande om kommersiellt ursprung eller renommésnyltning – är det dock varumärkets egenvärde eller renommé som faktiskt angripits på ett eller annat sätt.⁹⁶ Just iögonfallande och karaktäristiska förpackningar har sedan länge använts för att särpräglade och känneteckna varor på samma sätt som varumärket. Genom det som vi ovan beskrivit som imiteringsstrategi, och som emellanåt resulterat i *efterbildning*, som det ofta kallas juridiskt, av förpackningar händer det att aktörer försöker dra nytta av konkurrenters renommé.⁹⁷ Den sanktion som i praktiken i första hand kommer i fråga vid överträdelser av de i regelkatalogen förbjudna typerna av marknadsföringsåtgärder är förbud. Detta är oftast förenat med ett fixerat penningbelopp, ett så kallat vite, mot att fortsätta eller upprepa åtgärden eller att använda en liknande åtgärd, exempelvis använda den förpackning som bidragit till överträdelserna eller att använda liknande förpackningar.⁹⁸

3.5.1 Renommésnyltning

Renommésnyltning innebär att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter, kännetecken eller liknande. Den så kallade otillbörlighetsgrunden renommésnyltning kan komma åt med generalklausulen 4 § MFL. Detta gör att praxis får en särskilt viktig roll på detta område, då generalklausulen är en allmänt hållen lagregel som ger domstolarna vida ramar för tillämpning i det enskilda fallet. Vid jämförande reklam är renommésnyltning också sanktionerad enligt 8a § MFL.

Det otillbörliga består enligt MD:s praxis i att snyltaren till sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenterna, vilken har skapats av den andra näringsidkaren. Ett sådant utnyttjande är typiskt sett också ägnat att, i en eller annan form, skada den utsatte näringsidkaren och att försämra konsumenternas marknadsöverblick. Av betänkandet till den nuvarande marknadsföringslagen⁹⁹ framgår att renommésnyltning primärt bygger på ett associationsskapande som inte är godkänt av den andre näringsidkaren. Syftet är inte alltid att konsumenten skall förväxla varan med någon annans produkt, men att utnyttja annans goda anseende för att få oförtjänt uppmärksamhet eller ett omotiverat förtroende anses vara just otillbörligt.

Vilseledande om kommersiellt ursprung

3.5.2 Vilseledande efterbildning

Den imiteringsstrategi som vi redogjort för ovan tar sig ofta uttryck genom att kända näringsidkares förpackningar imiteras i större eller mindre utsträckning. 8 § MFL innehåller en uttrycklig förbudsbestämmelse riktad mot otillbörlig marknadsföring i form av vilseledande efterbildning. Där står att *en näringsidkare inte får marknadsföra efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas*

⁹⁶ Nordell (2003) s 21 f.

⁹⁷ Nordell (2004 a) s 461

⁹⁸ Bernitz et al (2005) s 277

⁹⁹ SOU 1993:59 s 322-329

med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Tanken enligt förarbetena¹⁰⁰ var att hindra vilseledande efterbildningar som kan vilseleda om dess kommersiella ursprung, det vill säga vem som har producerat varan.¹⁰¹

Om en välrenommerad näringsidkare tagit fram en ny produkt och lagt ned stora investeringar i utveckling och marknadsföring i den, kan man säga att produkten har fått ett uppmärksamhetsvärde, som kan vara lockande för mindre välrenommerade näringsidkare att utnyttja genom att marknadsföra egna produkter eller förpackningar med liknande färg och form med mera. Ett sådant utnyttjande kan förbjudas enligt 8 § MFL under förutsättning att tre kriterier är uppfyllda.¹⁰²

- 1) Originalprodukten måste vara *särpräglad*: Detta innebär att näringsidkaren måste ha utformat produkten med ett särskiljande syfte och att den skiljer sig från andra produkter av liknande slag på marknaden. Det är av förklarliga skäl lättare att utforma förpackningen (exempelvis förpackningen till kaffet) på ett särskiljande sätt än själva varan (kaffet). 8 § MFL stadgar att förbud inte kan meddelas om originalprodukten har en utformning som huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell. Funktionell utformning innebär däremot inte automatiskt avsaknad av särskiljningsförmåga¹⁰³. Motiven bakom denna särskilda begränsning är att det ansetts oförenligt med grundläggande krav på konkurrens att på detta sätt kunna få monopol på en funktionellt utformad produkt.
- 2) Produkten måste vara *känd* på marknaden: konsumenterna måste förknippa produkten med ett visst kommersiellt ursprung, det vill säga vem som producerat varan.
- 3) Det måste *föreligga risk för förväxling* mellan originalprodukt och efterbildning. Om de är tillräckligt lika, kan konsumenterna ta fel produkt eller i vart fall tro att det finns något kommersiellt samband mellan produkterna. 8 § ställer dock inget krav på varuslagslikhet för förväxling. Utgångspunkten är dock inte endast att konsumenterna eventuellt kan tro att det finns ett kommersiellt samband mellan produkterna utan det måste också finnas en risk för att konsumenten faktiskt kan förväxla produkterna¹⁰⁴. Som grund för bedömningen ska anges principen om den s.k. *bestående minnesbilden*.

I den marknadsrättsliga bedömningen gällande efterbildning har oftast tagits hänsyn till särskilda förutsättningar i den aktuella marknadsföringssituationen. Det gäller särskilt vid marknadsföring i snabbköp.¹⁰⁵ I självbetjäningsbutiker, där konsumenten snabbt och rutinmässigt plockar till sig varor från hyllorna i butiken blir helhetsintrycket viktigt. Den marknadsrättsliga bedömningen tar hänsyn till att

¹⁰⁰ Prop. 1994/95 s 167

¹⁰¹ Bernitz et al (2005) s 283

¹⁰² Nordell (2004) s 60 f.

¹⁰³ Pehrson (1981) s 194 f.

¹⁰⁴ Nordell (2004 a) s 441

¹⁰⁵ Ibid.

märkesmedvetenheten är större inom vissa produktkategorier än inom andra¹⁰⁶. Det helhetsintryck som förpackningens form, färg och etikett ger vid ett flyktigt påseende blir dock oftast avgörande för valet av vara.¹⁰⁷ Detta ger uttryck för principen om den bestående minnesbilden. Denna princip har sin motsvarighet i VML:s princip om den *bleknande minnesbilden* och ett analogt resonemang kan föras principerna emellan. Den bleknande minnesbilden pekar på att den normale köparen inte ser de två varumärkena samtidigt. Konsumenten har exempelvis köpt en vara tidigare och gillat den. När hon nästa gång letar efter varan på hyllorna i en självbetjäningsbutik är minnesbilden något bleknad. Koktvedgaard och Levin¹⁰⁸ menar att principen om den bleknande minnesbilden praktiskt gör sig gällande i dagliga inköpen men att den är svår att använda i rättstillämpningen då inköpsituationen med konsumentens faktiska förutsättningar är svår att simulera. När man har två kännetecken, eller förpackningar, liggande framför sig samtidigt blir principen lätt till ett luftigt tankeexperiment. Principens faktiska innebörd blir därför främst att domstolen ska bortse från skillnader i detaljer och se till helhetsbilden. Wessman¹⁰⁹ konstaterar också att domaren har helt andra förutsättningar jämfört med konsumenten, då domaren har de båda varumärkena, eller produkterna, klart och tydligt på sitt bord framför sig.

3.5.3 Vilseledande reklam

Som vi ovan nämnt är vilseledande efterbildningar en särskilt viktig typ av vilseledande om kommersiellt ursprung. En näringsidkare kan dock vilseleda konsumenter och andra användare om dess kommersiella ursprung på annat sätt än genom efterbildning, exempelvis genom att använda kännetecken som ger en felaktig uppfattning om varans ursprung.¹¹⁰ Sådana fall täcks av förbudsstadgandet mot vilseledande reklam som särskilt nämner situationen att en framställning vilseleder om produktens ursprung (6 § 2 st 2 p MFL).¹¹¹ Förbudsstadgandet om vilseledande reklam i 6 § MFL kan därför användas för att komma åt andra typer av vilseledande om kommersiellt ursprung än rena efterbildningar. Härigenom kompletterar 6 § MFL reglerna om skydd mot renommésnyltning och vilseledande efterbildning.¹¹²

¹⁰⁶ Se resonemang av Nordell (2003) s 55 om MD 1983:23 (Bixgon Pro) där MD framhöll att när det gäller tennisracketar att produkter av den aktuella typen i åtskilliga fall sannolikt inhandlades av konsumenter med närmare kunskap om tennisartiklar

¹⁰⁷ Nordell (2004 a) s 441 f.

¹⁰⁸ Koktvedgaard och Levin (2002) s 375

¹⁰⁹ Wessman (2002) s 26

¹¹⁰ Bernitz et al (2005) s 254

¹¹¹ Bernitz (1997) s 66

¹¹² Bernitz et al (2005) s 254

4. Empiri

Nedan återges referat av de åtta avgöranden från MD som utgör studiens empiri.

4.1 "Marknadsföring av kex"

För bild se avgörandebilaga i appendix 2

Dom: 2003:7

Parter: Kärande: LU Sverige AB (LU), Svarande: Göteborgs Kex AB (Göteborgs Kex)

Frågan: Huruvida Göteborgs Kex förpackning för digestivekex lätt kan förväxlas med förpackningen för LU:s digestivekex och därigenom utgöra vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL, dels innebär renommésnyltning enligt 4 § MFL.

Kärandens argument för att marknadsföring i strid mot MFL enligt ovanstående föreligger:

1) Särpräglad: LU:s förpackning har en särpräglad utstyrsel och skiljer sig i estetiskt hänseende tydligt från andra förpackningar på marknaden. Den är cylinderformad och utmärks av en röd glansig yta av foliekvalitet. Ett stiliserat ax är avbildat på förpackningen och ordet "Digestive" är tecknat med vita bokstäver med blå skuggning. På den svenska marknaden finns digestiveförpackningar i ett stort antal olika färger. Inom detta område har LU varit ensamt om att använda röd folie. LU gör inte gällande att det enbart är den röda färgen som ger förpackningen särprägel utan LU-förpackningen utmärks av ett flertal element som tillsammans ger den särprägel. Den funktionella hänsynen när det gäller LU Digestives cylinderutformning och mått är av helt underordnad betydelse.

2) Känd: LU har i Sverige marknadsfört digestivekex i mer än 30 år. När det gäller segmentet digestivekex har LU digestivekex en marknadsandel på ca 56 procent, denna har också ökat på senare år. LU säljs i de flesta livsmedelsbutiker över hela landet. Produkten står för nästan 40 procent av LU:s totala försäljning i Sverige. Produkten har tidigare sålts under varumärket McVities. Varumärket ändrades till LU den 1 januari 2001. Under en övergångstid på ca ett halvår marknadsfördes produkten under båda namnen. LU har lagt ned stora kostnader för marknadsföringen av namnändringen i såväl press som TV. Under perioden januari till augusti 2001 satsade LU på marknadsföringsåtgärder till en kostnad av drygt 8,3 miljoner kr. Förpackningen har, förutom i fråga om varumärket [-namnet], varit densamma i tolv år.

Av en marknadsundersökning framgår att 78 procent av de tillfrågade spontant uppgav att de hade sett LU:s förpackning tidigare. Av dessa angav 80 procent att det var minst fem år sedan de såg produkten för första gången. Av undersökningen kan

också konstateras att konsumenter har en statistiskt säkerställd högre kvalitetsuppfattning om McVities/LU än om Göteborgs Kex.

3) Förväxlingsrisk: Det föreligger stor risk att Göteborgs Kex förpackning kan förväxlas med LU:s förpackning. Göteborgs Kex förpackning är ägnad att vilseleda konsumenterna om produktens kommersiella ursprung. Vid en hastig jämförelse mellan LU:s förpackning och Göteborgs Kex förpackning ger dessa ett mycket likartat helhetsintryck. Några påtagliga olikheter utöver varumärkena, tillägget ”oliv” samt det ljusa bandet på förpackningens vänstra sida hos Göteborgs Kex förpackning finns inte. Tillägget ”oliv” ger närmast intryck av att produkten utgör en variant av LU:s originalprodukt. Göteborgs Kex användning av en förpackning med identisk form och mått innebär en ökad förväxlingsrisk. Det är också av stor betydelse att de aktuella produkterna nästan uteslutande säljs i självbetjäningsbutiker där konsumenterna snabbt och rutinmässigt tar varor från hyllan.

Renommé: LU menar att LU Digestive är en kvalitetsprodukt som är bärare av ett renommé i MFL:s mening. En marknadsundersökning där de tillfrågade intervjupersonerna gav LU ett snittbetyg på 5,77 (skala 1 = lägsta betyg, 7 = högsta betyg) ger stöd åt detta påstående. Produktutformningen på Göteborgs Kex Digestive anknyter såväl direkt som indirekt till LU:s produkt. Göteborgs Kex drar därmed nytta av LU:s goda renommé vid marknadsföringen av sina digestivekex på ett sätt som är ägnat att snylta på LU:s kommersiella anseende. Förfarandet får därför, enligt LU, anses strida mot god marknadsföringssed.

Kommentar gällande svarandens argumentation: Göteborgs Kex hävdar rörande frågan om annans näringsidkares särpräglade förpackning att det under åren utvecklats en standard på marknaden vad avser förpackningar för digestivekex. Förpackningarnas form får anses vara funktionellt betingad. Genomgående används enligt Göteborgs Kex rött som signalfärg för sådana förpackningar och digestive är en generisk beteckning för kex av detta slag. Konsumenterna uppfattar förpackningar av det aktuella slaget som synonyma förpackningar för produkttypen digestivekex i allmänhet och inte som förpackningar från en viss tillverkare. Det finns dessutom ingen anledning att vilja efterlikna annan näringsidkares förpackning eftersom Digestive Oliv är en helt ny produkt på marknaden.

Domskäl:

1) Särpräglad: Förpackningen är cylinderformad och utmärks av en röd glansig yta. Förpackningsmaterialet är av foliekvalitet. Delvis över de båda kexen finns i förpackningens längdriktning ordet ”Digestive” tecknat med vita bokstäver. På förpackningens högra sida finns två kex avbildade samt en bild av ett stiliserat ax. LU:s förpackning får genom sammanställningen av dessa olika komponenter anses ha en egen karaktär och förpackningen som helhet får anses särpräglad.

2) Känd: Av utredningen i målet framgår att LU:s digestivekex marknadsförts med en konsekvent färganvändning under många år, och att förpackningen – förutom varumärket – varit densamma i mer än tio år. Bytet av varumärket McVities till LU får anses vara av underordnad betydelse i sammanhanget. LU har en marknadsandel

som överstiger 50 procent och produkten har under lång tid varit föremål för aktiv marknadsbearbetning och betydande butiksexponering. Med hänsyn till detta får LU:s digestiveförpackning anses vara väl känd på marknaden.

3) Förväxlingsrisk: Vad gäller risken för förväxling mellan de två förpackningarna måste denna grundas på en jämförelse av det helhetsintryck förpackningarna ger. Göteborgs Kex skiljer sig från LU:s förpackning när det gäller detaljer såsom varumärke, det ljusa bandet på förpackningen med texten ”Bakad med olivolja” samt bilden av en stiliserad olivkvist med en droppe olivolja. Likheter föreligger däremot vad gäller formatet, färgen och ordet Digestive skrivet i vit färg i förpackningens längsgående riktning. Dessutom finns två avbildade kex och ett stiliserat ax på båda förpackningarna. Vid en hastig jämförelse mellan förpackningarna ger dessa således ett mycket likartat helhetsintryck. Göteborgs Kex förpackning är visserligen försedd med varumärket Göteborgs Kex mitt på förpackningen. Kexprodukter säljs ofta i självbetjäningsbutiker där konsumenterna snabbt och rutinmässigt tar varor från hyllorna i butiken. Den nära överensstämmelsen i det helhetsintryck som förpackningarna ger skapar en klar förväxlingsrisk. Skillnaderna i produkternas märkesnamn är inte tillräckliga för att motverka denna. Enligt Marknadsdomstolens bedömning föreligger det en risk att konsumenterna i den nämnda köpsituationen förbiser namnolikheten och förväxlar Göteborgs Kex digestiveförpackning med LU:s förpackning för digestivekex.

Domslut: Enligt MD:s bedömning föreligger det en risk att konsumenterna i en köpsituation, där konsumenten snabbt och rutinmässigt tar varor från hyllorna i butiken, förbiser namnolikheten och förväxlar Göteborgs Kex digestiveförpackning med LU:s förpackning för digestivekex. Göteborgs Kex förpackning utgör således en efterbildning som står i strid med 8 § MFL. Med hänsyn till bedömningen beträffande förväxlingsrisken finner MD inte anledning att ta ställning till frågan om renommésnyltning föreligger.

4.2 "Marknadsföring av surskorpa"

För bild se avgörandebilaga i appendix 2

Dom: 2003:22

Parter: Kärande: Vaasan & Vaasan Oy (Vaasan), Svarande: Fazer Bröd Aktiebolag (Fazer)

Frågan: Huruvida Fazer Crisps förpackning med surskorpor dels kan förväxlas med förpackningen för den av Vaasan marknadsförda produkten Finn Crisp och därmed utgör vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL, dels utgör vilseledande om kommersiellt ursprung enligt 6 § MFL. Vidare behandlas om Fazers marknadsföring är otillbörlig enligt 4 § MFL och innebär renommésnyltning.

Kärandens argument för att marknadsföring i strid mot MFL enligt ovanstående föreligger:

1) Särpräglad: Finn Crisps förpackning är genom sammanställningen av dess skilda komponenter, färg, bröd och detaljer att betrakta som särpräglad.

2) Känd: Vaasan är marknadsledande i Sverige inom det specifika segmentet surskorpor. I Sverige har produkten Finn Crisp sålts sedan 1950-talet och färgsammansättningen på förpackningen har varit likvärdig sedan dess. Formen på förpackningen har varit densamma under flera tiotals år. Försäljningen har ökat från 8,6 miljoner kr år 1996 till 10,2 miljoner kr år 2001. Volymen har ökat från 271 ton år 1996 till 324 ton år 2001. Det motsvarar en konsumtion av 1,8 förpackningar per person årligen baserat på en population av 9 miljoner individer. Produkten omsätter ca 200 miljoner kr. År 2001 uppgick Vaasans marknadsandel till 68 procent.

3) Förväxlingsrisk: Ur ett helhetsperspektiv och med beaktande av att konsumenten inhandlar svarandens produkt på ett självbetjäningsskåp existerar enligt Vaasan en konkret förväxlingsrisk. Fazers förpackning är även vilseledande avseende det kommersiella ursprunget. En inarbetningsundersökning visar att 47 procent av de intervjuade kopplade ihop den uppvisade förpackningen från Vaasan, där varumärket maskerats, med Finn Crisp. Av en förväxlingsundersökning framgår att 38 procent av de tillfrågade kopplade ihop den uppvisade förpackningen Fazer Crisp, där varumärket maskerats, med Finn Crisp.

Renommé: I undersökningen framkom även att av de som trodde att den uppvisade förpackningen var av märket Finn Crisp trodde 64 procent att det fanns ett kommersiellt samband mellan tillverkaren av Finn Crisp och tillverkaren av den uppvisade produkten Fazer Crisp. Vaasan menar att Fazer Crisps agerande är att anse som snyltande på det goda renommé som byggt upp kring Finn Crisp produkten.

Kommentar gällande svarandens argumentation: När det gäller Finn Crisp-förpackningen så vitsordas att den är känd på den svenska marknaden och att namnet Finn Crisp är inarbetat. Det föreligger emellertid inte någon förväxlingsrisk, eftersom

helhetsintrycket liksom minnesbilden skiljer sig åt. Fazer menar vidare att Fazer Crisps- förpackningen har anpassats till de krav som ställs på moduler i butik.

Domskäl:

1) Särpräglad: Vasaans förpackning utmärks av en röd bakgrund. Förpackningsmaterialet är av papp. På förpackningens övre hälft finns en geometrisk figur innehållande benämningen Finn Crisp. Under denna finns tre surskorpor avbildade. På den översta finns en rädisa och en klick keso. Vasaans förpackning får genom sammanställningen av dessa olika komponenter anses ha en egen karaktär och förpackningen som helhet måste anses särpräglad.

2) Känd: Vasaan har vitsordat att Finn Crisp är inarbetat och känt på marknaden. Vidare har Finn Crisp marknadsförts i liknande förpackningar sedan 1950-talet och produkten har en marknadsandel om 68 procent. Detta ger stöd för bedömningen att Vasaans Finn Crisp-förpackning får anses väl känd på marknaden.

3) Förväxlingsrisk: Risken för att två förpackningar förväxlas måste grundas på en jämförelse av det helhetsintryck förpackningar ger och att förväxlingsrisk föreligger om förpackningarna skapar i allt väsentligt samma minnesbild hos konsumenterna (se bl.a. MD 1996:1). I frågan om varor som säljs i självbetjäningsbutiker har domstolen tidigare uttalat att det som i första hand är avgörande är det helhetsintryck som förpackningens form och färg m.m. ger vid ett flyktigt påseende och att det är av mindre betydelse om förpackningarna sedda samtidigt kan skiljas åt.

Vid en jämförelse mellan förpackningarnas framsidor uppvisar Fazers förpackning likheter med Vasaans förpackning vad gäller format, användning av ordet Crisp i vit färg samt förekomsten av avbildade surskorpor och en rädisa samt positioneringen av dessa. Också beträffande färgval och allmän uppbyggnad uppvisar de båda framsidorna likheter även om Fazers förpackning till skillnad från Vasaans saknar en enhetlig färgnyans. Vid en hastig jämförelse ger dessa därför ett likartat helhetsintryck. De skillnader som finns mellan förpackningarna är inte särskilt framträdande och kan inte anses ägnade att ge skilda minnesbilder av dessa. Den nära överensstämmelsen i det helhetsintryck som förpackningarna ger skapar därför en förväxlingsrisk.

Vilseledande om kommersiellt ursprung: Mot vad MD funnit ovan, föreligger en klar risk för att Fazers förpackning också vilseleder konsumenter om produktens kommersiella ursprung. Marknadsföringen är således även i detta avseende vilseledande.

Domslut: Fazers förpackning utgör en efterbildning i strid med 8 § MFL, vidare vilseleder Fazers förpackning om produktens kommersiella ursprung och strider därmed mot 6 § MFL. Då vilseledande efterbildning samt vilseledande om kommersiellt ursprung konstaterats, finner ej MD skäl att ta ställning till om renommésnyltning föreligger.

4.3 "Marknadsföring av energidryck"

Dom: 2001:22

Parter: Kärande: Red Bull Sweden AB (Red Bull AB), Svarande: Energi Trading Skara Handelsbolag/Energi Trading i Skara AB i konkurs (gemensamt benämnda Energi Trading-bolagen)

Frågan: Huruvida energidrycken UR ABSO Bulls förpackning, som marknadsförs av Energi Trading-bolagen, lätt kan förväxlas med förpackningen för den av Red Bull AB marknadsförda energidrycken Red Bull och därmed utgör vilseledande efterbildning i strid med 8 § MFL.

Kärandens argument för att marknadsföring i strid mot MFL enligt ovanstående föreligger:

1) Särpräglad: Förpackningen ger i sin helhet ett klart särpräglat intryck. Logotypen med två tjurar i anfallsställning mot en cirkelformad bakgrund utgör ett i synnerhet särskiljande drag. Därutöver är varumärket Red Bull skrivet med röda bokstäver och förpackningen har i övrigt en mörkblå färg i kombination med silverfärgade fält.

2) Känd: Red Bull är marknadsledande på den svenska marknaden med en marknadsandel på ca 70 procent. Marknadsföringen av Red Bull uppgick under 1999 till 12 miljoner kr. Under detta år såldes ca 14 miljoner förpackningar Red Bull i Sverige, vilket innebär att i snitt köpte varje svensk knappt två burkar Red Bull. Detta motsvarar en omsättning på ca 112 miljoner kr. Red Bull är enligt den senaste tillgängliga marknadsundersökningen känd bland ca 75 procent av i princip hela Sveriges befolkning. Red Bull marknadsförs i en förpackning som haft samma utseende sedan introduktionen på den svenska marknaden.

3) Förväxlingsrisk: UR ABSO Bullförpackningen är utformad på ett sådant sätt att den i sin helhet (förpackningens storlek och färg, varumärkes [-namnets] typsnitt och storlek, logotypen och texten ENERGY DRINK) ger samma bestående minnesbild hos konsumenten som Red Bullförpackningen, vilket medför en betydande risk för förväxling av produkterna. Informationstexten på UR ABSO Bullförpackningens baksida är vidare direkt plagierad informationstexten på Red Bulls förpackning, dels språkligt, dels i sin layout.

Red Bull AB hävdar att UR ABSO Bullförpackningen utformats med Red Bullförpackningen som direkt förebild och att det varit Energi Trading-bolagens avsikt i sin efterbildning att skapa en produkt som lätt förväxlas med Red Bull.

Den för Red Bull typiska köpsituationen, i samband med övriga inköp av dagligvaror, bör även utgöra utgångspunkten för bedömningen om huruvida förväxlingsrisk föreligger. Då dessa inköp sker utan mer noggrant övervägande, är risken för förväxling mellan produkterna mer påtaglig.

Kommentar gällande svarandens argumentation: Svaranden menar att köp av energidrycker sker med betydligt större noggrannhet och under betydligt större övervägande än köp av andra läskedrycker, varför en eventuell förväxlingsrisk minskar. (Red Bull svarar gällande detta att det något högre priset för energidrycker inte på något sätt påverkar inköpsbeteendet mot noggrannare övervägande hos konsumenten. Enbart det faktum att det är energidrycker som avser att tillföra energi till utmattade konsumenter som av den anledningen saknar förmåga att göra exakta bedömningar är skäl i sig att anse att de köps under mindre noggrant övervägande.)

Domskäl:

1) Särpräglad: Formgivningen av Red Bullförpackningen anses i huvudsak vara funktionellt betingad, då den så kallade PLM-burken som rymmer 250 ml, blivit normgivande för energidrycksförpackningar. Burkens färgställning anses heller inte ge förpackningen särprägel. Utformningen av förpackningens framsida, framstår däremot som mycket karaktäristisk. Förpackningen sedd som helhet får därför anses ha särprägel.

2) Känd: Red Bull har marknadsförts i Sverige i 4-5 år och har en mycket hög marknadsandel. En stor del av de personer som ingått i den av Red Bull AB åberopade marknadsundersökningen har kännedom om energidrycken Red Bull. Förpackningen har sett likadan ut sedan marknadsintroduktionen. Lämnade försäljningsuppgifter samt det faktum att bolaget lagt ner betydande belopp på marknadsföring av produkten, stödjer MD:s mening att Red Bullförpackningen är väl känd på marknaden.

3) Förväxlingsrisk: Vid en jämförelse av förpackningarnas framsidor uppvisar UR ABSO Bullförpackningen i flera avseenden likheter med Red Bullförpackningen. Beträffande färgval och allmän uppbyggnad anser MD att framsidorna uppvisar en likhet. Trots skillnader är likheterna mellan förpackningarna så framträdande att de antas skapa väsentligen samma bestående minnesbild hos konsumenten. Av denna anledning föreligger enligt MD:s mening en risk för att UR ABSO Bullförpackningen kan förväxlas med Red Bullförpackningen. Såväl energidrycker som läskedrycker är dagligvaror och den prisskillnaden som finns mellan dryckerna anses inte vara så stor att en förväxling skulle vara utesluten, såsom svaranden anför, vid köp av energidrycker. Mot bakgrund av det anförda finner MD att UR ABSO Bullförpackningen får anses utgöra en efterbildning av Red Bullförpackningen som är ägnad att vilseleda om förpackningens kommersiella ursprung.

Domslut: MD finner att UR ABSO Bullförpackningen får anses utgöra en efterbildning av Red Bullförpackningen som är ägnad att vilseleda om förpackningens kommersiella ursprung.

4.4 "Marknadsföring av glass"

För bild se avgörandebilaga i appendix 2

Dom: 2002:27

Parter: Kärande: GB Glace Aktiebolag (GB), Svarande: Åhus Glass Aktiebolag (Åhus)

Frågan: Huruvida Åhus glasstårten d.sign kan förväxlas med GB:s glasstårta Viennetta och därigenom utgöra vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL samt om Åhus marknadsföring innebär renommésnyltning enligt 4 § MFL.

Kärandens argument för att marknadsföring i strid mot MFL enligt ovanstående föreligger:

1) Särpräglad: GB:s produkt glasstårten Viennetta är framtagen i nära samarbete med tillverkaren av glassmaskiner som är patentskyddade i delar av Europa. Produkten har ett vågformat utseende och består av flera lager glass med tunna lager av kakao. Produkten har utformats för att ge den en karakteristisk och estetiskt utseende och har således ett specifikt och unikt utseende. På förpackningen har delar av produkten avbildats.

2) Känd: Sedan 1986 har GB sålt en glasstårta under varumärket Viennetta i Sverige. GB:s marknadsandel avseende glasstårter under år 2000 uppgick till 56,5 procent. GB menar att genom en omfattande marknadsföring samt kontinuitet i utformningen så är GB:s produkt att anse som inarbetad. Utformningen av produkten har med obetydliga förändringar, som inte påverkar helhetsintrycket, använts sedan år 1986.

3) Förväxlingsrisk: Under hösten 2000 började Åhus marknadsföra och försälja en glasstårta under benämningen d.sign. Produkten har ett vågformat utseende och består av flera lager glass med tunna lager kakao. På förpackningen har en del av produkten avbildats. GB menar att konsumentens minnesbild gör så att förväxlingsrisk mellan GB:s produkt och Åhus produkt föreligger då produkternas exponering av glasstårternas karaktäristiska vågmönster gör produkterna nästintill identiska. Detta styrks också av ett yttrande från Dagligvaruhandeln.

Renommé: GB:s produkt har mot bakgrund av den inarbetning som redovisats i målet ett renommé på marknaden och Åhus marknadsföring utgör renommésnyltning.

Kommentar gällande svarandens argumentation: Åhus menar att utformningen av GB:s produkt Viennetta är funktionellt betingad. Vidare menar Åhus att deras produkt, d.sign har fått dess form som en följd av den produktionsmetod som används. Åhus har inte eftersträvat att efterlikna Viennetta. Vidare är utformningen inspirerad av konditoriernas utformning av tårter. Gällande frågan om huruvida förväxlingsrisk föreligger framhåller Åhus argumentet att produkterna endast har sålts i förpackat skick. Det som skulle kunna förväxlas är förpackningsutstyrseln. Det är således minnesbilden av förpackningen som konsumenten relaterar till när den gör sitt val.

Åhus menar att förväxling är utesluten då vissa element såsom färgsättning och varumärkesnamn framhävs på förpackningen. Även om MD skulle finna att Viennetta (produkten) i sig kan anses vara särpräglad föreligger ändå ingen förväxlingsrisk enligt ovan framförda argument.

Domskäl:

1) Särpräglad: Vad avser utformningen av produkterna så liknar utformningen av dessa varandra. Beträffande utformningen kan Åhus påstå att produkten har utformats med hänsyn föreliggande maskinella möjligheter att tillverka glasstårter dock inte lämnas utan avseende. Att det i en glasstårtas varvas olika ingredienser eller att den har ett vågmönster kan inte i sig innebära att andra tillverkare är förhindrade att också utnyttja samma förfarande.

2) Känd: Av utredningen i målet framgår att produkten Viennetta har en mycket hög marknadsandel och att en stor del av de personer som ingått i den av GB åberopade marknadsundersökningen förklarat sig ha kännedom om den. Det anförda ger enligt MD:s mening vid handen att Viennetta är ett väl inarbetat kännetecken i Sverige och måste anses väl känt av konsumenterna.

3) Förväxlingsrisk: Vid en jämförelse mellan produkterna på förpackningarna uppvisar Åhus produkt d.sign. vissa likheter med Viennetta och dess förpackning. Färgvalet och utformningen av namnet Åhus och benämningen d.sign på förpackningen skiljer sig dock markant från GB:s förpackning vilket starkt neutraliserar likheten i produktbilden. Med hänsyn härtill anser MD inte att Åhus produkt ger ett sådant helhetsintryck att risk för förväxling med produkten Viennetta uppkommer. Att glasstårter är varor som ofta säljs i självbetjäningsbutiker föranleder inte någon annan bedömning.

Renommésnyltning: Som ovan nämnts anses Viennetta vara ett väl inarbetat kännetecken i Sverige och måste anses väl känt av konsumenterna. I detta fall har de aktuella produkterna båda ett vågmönster och glass varvat med chokladlager. Denna produkt syns även på förpackningen men i utformningen av förpackningen i övrigt skiljer sig dock förpackningarna åt.

Domslut: Enligt MD:s bedömning utgör inte Åhus produkt en efterbildning av produkten Viennetta som är ägnad att vilseleda konsumenterna om produktens kommersiella ursprung. Vid en samlad bedömning finner MD inte heller att Åhus produkt kan anses anknyta eller associera till glasstårtan Viennetta på ett sådant sätt som krävs för att förfarandet ska anses utgöra otillåten renommésnyltning.

4.5 Korta referat

”Marknadsföring av livsmedel”

För bild se avgörandebilaga i appendix 2

Dom: 2002:28

Parter: Kärande: Santa Maria AB (Santa Maria), Svarande: Sven P. Matkompaniet AB (Matkompaniet)

Frågan: Huruvida Matkompaniets förpackning för stekfärdiga frysta köttfärsflarn med mexikansk kryddning dels kan förväxlas med Santa Marias förpackningar för mexikansk mat och därmed utgör vilseledande efterbildning i strid med 8 § MFL, dels innebär renommésnyltning enligt 4 § MFL.

Domskäl & Domslut: Santa Marias förpackningar för mexikansk mat anses såväl välkända som särpräglade då förpackningarna sedda i sin helhet kan anses mycket karaktäristiska. Gällande frågan om förväxling uppvisar förpackningarna sådana likheter att risk för förväxling i och för sig skulle kunna ske. Marknadsdomstolen har tagit ställning till ett flertal fall rörande förväxlingsrisk. I samtliga fall har det varit fråga om risk för förväxling av utbytbara produkter t.ex. växtnäring, tidningar, fotbollar, rengöringsmedel och stearinljus (se bl.a. MD 1974:5, 1983:18, 1987:30, 1988:6 och 1990:3). Risken har legat i att konsumenten i stället för att köpa en vara av visst märke misstar sig och tar en vara av samma slag från ett konkurrerande företag på grund av att förpackningarna liknar eller påminner om varandra. I detta fall rör det sig om helt olika produkter som inte kan ersätta varandra. Likheten mellan förpackningarna medför därför i detta fall inte att någon risk för förväxling. Därmed utgör förpackningen ingen vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL.

Genom att utforma sin förpackning av köttfärsflarn på ett sätt som så tydligt och direkt anknyter till Santa Marias mexikanska produkter anses Matkompaniet snylta på Santa Marias kommersiella anseende enligt 4 § MFL.

”Marknadsföring av skumgodis”

Dom: 2006:7

Parter: Kärande: Leaf Sverige AB (Leaf), Svarande: Toms-Webes AB (Toms-Webes)

Frågan: Huruvida Toms-Webes marknadsföring av Skumbilar dels utgör vilseledande efterbildning av Leafs produkt Ahlgrens bilar, dels innebär renommésnyltning enligt 4 § MFL.

Domskäl & Domslut: MD konstaterar att Leafs produkt sedan länge är väl känd på den svenska marknaden och har både positiv image och gott anseende och därmed kan anses ha gott renommé. Vad gäller frågan om detta renommé utnyttjas för att skapa positivt uppmärksamhetsvärde för Toms-Webes produkt konstaterar MD att så inte är fallet. Detta grundas på att Toms-Webes sedan flera år tillbaka har en godisprodukt i sitt sortiment i form av en Ferrari (den form som också använts på produkten i fallet), som också är en av Sveriges mest sålda lösviktsgodisprodukter. Vidare konstateras gällande färgsättningen (som är lik Leafs färgsättning av bilar) att Toms-Webes tidigare hade en skumgodisprodukt i sitt sortiment, med i stort sett

samma färgsättning som de påtalade produkterna i fallet. MD konstaterar därför att Toms-Webes har ett eget koncept innefattande såväl skumgodis som färg och form. Det är inte visat att Leaf riskerat att skadas eller att produkten Ahlgrens bilar renommé riskerats utnyttjas genom att Skumbilarna kommit ut på marknaden. Vad gäller vilseledande efterbildning konstateras visserligen att Ahlgrens produkt bilar är såväl känd som särpräglad. Färgkombinationen i de två produkterna är likartad, produkterna är dock olika i storlek och utseende. Därutöver säljs Ahlgrens bilar endast i påse medan Skumbilar endast säljs i lösvikt vilket innebär att i den typiska köpsituationen föreligger enligt MD:s mening inte någon risk för förväxling och därmed ingen vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL.

"Marknadsföring av kattmat"

Dom: 2005:13

Parter: Kärande: Masterfoods AB (Masterfoods), Svarande: VPG Sweden AB (VPG)

Frågan: Hurvida VPG i sin marknadsföring av kattmat under varumärket Best Friend, använder vilseledande förpackningsefterbildningar och vilseleder om produkters kommersiella ursprung enligt 6 § MFL, samt huruvida VPG:s marknadsföring innebär renommésnyltning på Masterfoods kattmat Whiskas.

Domskäl & Domslut: Ett gemensamt rekvisit för de grunder Masterfoods åberopat till stöd för käromålet är att den produkt som påstås efterbildad eller vars renommé påstås ha otillbörligt utnyttjats är väl känd på marknaden. Masterfoods har försökt bevisa att såväl Whiskas förpackningar som den lila färg som därpå används är kända på detta sätt. Masterfoods har bevisbördan för detta påstående. Av en undersökning åberopat av Masterfoods framgår inte att konsumenter i särskilt hög grad förknippar lila färg med Whiskas eller Masterfoods. Vidare har Masterfood påstått att bolagets försäljningssiffror och kostnader för marknadsföring uppgått till vissa belopp under åren 1992-2003 och som bevisning åberopat utdrag ur sin bokföring till styrkande av vissa av de påstådda beloppen. Det framgår emellertid inte därav att samtliga de påstådda beloppen är riktiga eller att försäljningen respektive marknadsföringen avsett de i målet aktuella förpackningarna eller användandet av någon speciell färg. Av den bevisning Masterfoods åberopat framgår inte heller att bolaget under längre tid marknadsfört kattmat i de i målet aktuella förpackningarna eller med konsekvent användning av samma färg eller hur stor marknadsandel bolaget har. Masterfoods har således inte visat att Whiskas förpackningar eller lila färg är kända på det sätt som krävs för att fråga skall vara om vilseledande förpackningsefterbildning, vilseledande om kommersiellt ursprung eller renommésnyltning.

"Marknadsföring av isglass"

Dom: 2002:10

Parter: Kärande: GB Glace AB (GB), Svarande: Hemglass Sverige AB (Hemglass)

Frågan: Huruvida Hemglass marknadsföring av isglassen Hygglo innebär renommésnyltning och att den således är otillbörlig enligt 4 § MFL.

Kommentar: Detta avgörande har begränsat prejudikatvärde främst då en stark minoritet av domstolens ledamöter var skiljaktiga i sak.¹¹³ Intressant är dock att oavsett att Hemglass började sälja Hygglo vid en tidpunkt när GB inte marknadsförde Igloo och att Hygglo och Igloo såldes genom helt olika försäljningssystem, fann domstolen att namnlikheten mellan Igloo och Hygglo på de två likartade produkterna var så påfallande att Hemglass vid användningen av namnet Hygglo på isglass måste ha snyltat på glassen Igloos renommé (minoriteten vad dock oense bl.a. i denna fråga).¹¹⁴

¹¹³ Nordell (2003) s 43

¹¹⁴ Ibid. s 42

5. Analys

Vi inleder analysen med att beskriva de intressen som gör sig gällande i given konfliktsituation. Vi diskuterar vilka effekter MD:s syn på marknaden och konfliktsituationen får för de olika aktörerna.

Genom att analysera vår empiri svarar vi vidare på vilket beteende som granskas under respektive rekvisit för att avgöra om det är frågan om otillbörlig marknadsföring i form av renommésnyltning eller vilseledande om kommersiellt ursprung. Vi redogör för vilken typ av argumentation som förekommer för att påvisa att de olika rekvisiten är uppfyllda. Med detta som utgångspunkt analyseras och tolkas MD:s utvärdering med stöd av marknadsföringsteori.

5.1 Tre skyddsintressen – tre aktörer

Vårt scenario har sin utgångspunkt i en konflikt mellan två aktörer: en varumärkesinnehavare och en imitator. Vid närmare analys av situationen tonar en mer nyanserad bild av marknaden fram där fler aktörer och intressen kan urskiljas.

Tre intressen, eller juridiskt, tre **skyddsintressen**, som kan kopplas till tre aktörer, får utrymme i MD:s utvärdering av konflikten.

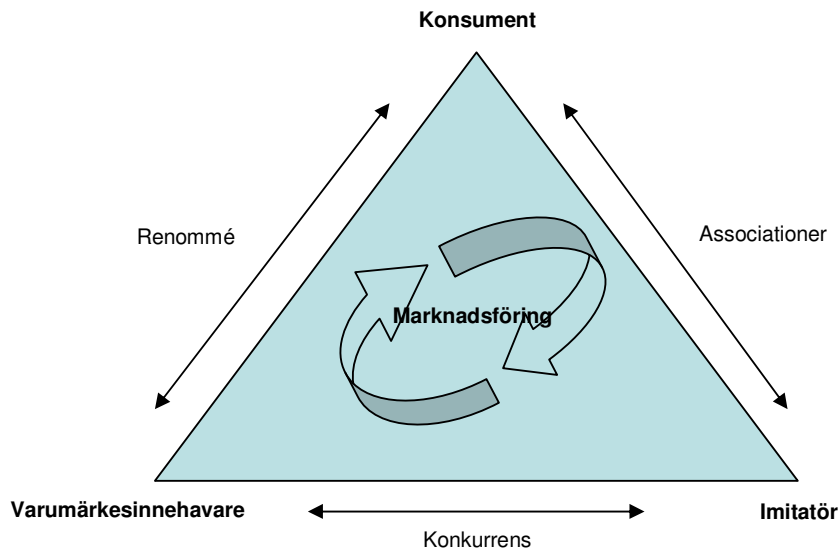
Varumärkesinnehavaren som anser sig utsatt för otillbörlig marknadsföring identifieras direkt som en huvudintressent. Denne har intresse av att skydda sitt varumärkesvärde, eller renommé. Ett första skyddsintresse utgörs därmed av *renommé*.

För varumärkesinnehavaren utgör varumärket ett starkt konkurrensmedel. Om det inte föreligger något skydd för varumärkets upparbetade renommé finns inte något incitament för innehavaren att ägna sig åt produktutveckling varför konkurrensen blir lidande. Samtidigt måste svängrummet för andra näringsidkare rimligtvis vara så pass stort att de fortfarande ska vilja gå in på marknaden. Ett alltför omfattande skydd för varumärkesinnehavaren skulle ju i förlängningen leda till en monopolsituation. Fallet GB Glace illustrerar exempelvis hur konkurrensen skyddas genom att en funktionellt betingad tillverkningsmetod medför att Åhus inte kan hindras använda sig av en liknande metod, trots att produkterna till följd av tillverkningsteknologin liknar varandra. Detta leder oss in på ett andra skyddsintresse – *konkurrensen*. *Imitatorn* och dess rätt att konkurrera får illustrera den andre intressenten. Friheten att konkurrera har dock vissa gränser. Det är inte ok att ägna sig åt olämpligt och ojuste, eller juridiskt uttryckt, otillbörlig marknadsföring.

En väl fungerande konkurrens tjänar i förlängningen allmänhetens och alltså *konsumentens* bästa. Detta placerar *konsumentkollektivet* på kartan som ett tredje viktigt skyddsintresse. Varumärken är värdefulla för konsumenten i dess förenklande och riskreducerande funktioner, varför det är viktigt att det som möter konsumenten i butiken i form av förpackningar, produkter eller varumärken, ger signaler som

korresponderar med konsumentens förväntningar. Konsumenten vill veta vem som har producerat varan och vill dessutom ha goda valmöjligheter på marknaden.

Aktörer och skyddsintressen på marknaden:



Sammantaget ser vi varumärkesinnehavarens intresse av skydd mot intrång i sitt renommé, konsumentens intressen att inte bli vilseledda samt det allmänna intresset av att upprätthålla effektiv konkurrens.

5.1.1 MD – en näringsidkarnas tummelplats vid imitation?

Marknadsföringsrätten sätter som bekant konsumentkollektivet och konkurrensen i fokus. Vår empiri visar att konsumentintresset i avgöranden från MD rörande renommésnyltning och vilseledande om kommersiellt ursprung får den avgörande rollen för konflikternas utslag. Konsumenten dyker upp i alla olika delar av MD:s utvärdering. Rekvisiten faller alltid tillbaka på konsumenten och exempelvis dennes associationer som det otillbörligen knyts an till när det blir fråga om renommésnyltning, eller konsumentens beteende gällande risken för förväxling. Intressant är att konsumenten indirekt genom dessa kriterier får ”avgöra” huruvida en aktör har snyltat på en annans varumärkesvärde.

Konsumentkollektivet som skyddsintresse är dock enligt vår mening knappast det som varit anledningen till att konflikten gällande imitering eller renommésnyltning hamnat i MD. Även om KO har möjlighet att väcka talan på konsumentkollektivets vägnar, visar vår empiri att det i just dessa frågor snarare är frågan om en aktör, varumärkesinnehavaren, som velat få bort, om än tillfälligt, en konkurrent från butikshyllan. Det bakomliggande syftet får dock anses vara att skydda sin länk, eller förhållandet, till konsumenten. Rent marknadsföringspraktiskt får också utfallen i MD helt klart mest påtagliga konsekvenser för de två aktörerna som hamnat i konflikten.

MD blir snarast en näringsidkarnas tummelplats i frågan om imitering.¹¹⁵ Konsumentkollektivet stegar ju inte in på Lidl eller ICA och känner sig lättade över att de slipper förvirras eller köpa helt fel varor efter MD:s avgörande. De praktiska konsekvenserna blir desto större för den enskilde näringsidkaren, imitatören, som exempelvis kan förbjudas använda sin förpackning och den aktör som på detta sätt lyckas göra sig av med en konkurrent.

5.2 Aktörernas beteende

Vid en genomgång av avgörandena, blir det tydligt att till följd av marknadsföringsagerande i enlighet med en imiteringsstrategi, blir otillbörlighetsgrunden vilseledande efterbildning oftast aktuell.

Detta innebär således initialt fokus på *varumärkesinnehavaren*. MD tar avstamp i frågan om det verkar finnas något varumärkesvärde, eller renommé, kopplat till varumärkesinnehavarens produkt som kan vara intressant för en annan aktör att åka snålskjuts på. Det vill säga, finns det över huvud taget något värde att snylta på. Vi kan konstatera att det är upp till varumärkesinnehavaren att bevisa detta. Om så är fallet, ser man till *imitatören* och hur dennes positionering tagit sig uttryck.

För att fastställa om vilseledande efterbildning föreligger tittar MD som bekant först på rekvisiten särpräglad och känd, för att därefter titta på om det föreligger risk för förväxling.

5.2.1 Positionering – att särpräglad eller imitera?

Vi anser att MD:s bedömningar i frågan om *särpräglad* med fördel analyseras i ljuset av varumärkesinnehavarens och imitatörens taktiska positionering.

För att fastställa om rekvisitet särpräglad är uppfyllt fäster MD vikt vid att förpackningen genom *sammanställningen* av olika komponenter, såsom form, material och bildspråk kan anses ha en egen karaktär och förpackningen som *helhet* anses vara särpräglad. *Avsikten* att särskilja sin produkt från andras är också viktig. MD ser helt enkelt till ansträngningen att exempelvis ge sin förpackning särprägel, vilket utgör ett steg i att skapa renommé eller bygga varumärkesvärde. Det faktum att varumärkeselementen *tillsammans* bidrar till att särskilja en produkt från andra på marknaden stämmer väl överens med Kellers idé om hur varumärket fungerar för att identifiera en produkt på marknaden.

Fallet LU¹¹⁶ illustrerar hur MD tar hänsyn till den röda färgen, förpackningsmaterialet i foliekvalitet och bildspråk, som genom sin sammanställning ansågs ge förpackningen i dess helhet en särpräglad.

Som bekant ges en produkt en tydlig *absolut position* i en viss kategori, genom att utforma produkten så att den äger kategoritypiska attribut. En kategoritypisk

¹¹⁵ Detta indikeras även av Jan Rosén i samband med intervjutillfället

¹¹⁶ Se även MD 2003:22 (Vaasan) för liknande resonemang

förpackningsdesign gör att konsumenten lättare kan sortera in produkten i en kategori och underlättar därmed konsumentens beslutsprocess. För att verka ”väldigt typisk” kan det verka smart att ge produkten en *relativ position* som ligger väldigt nära det varumärke som konsumenterna tycker bäst representerar produktkategorin, kanske till och med det konsumenten anser utgöra prototypen för kategorin. Den praktiska kategoriseringen börjar då snarare likna en imiteringsstrategi, med vilken imitatören hoppas att det kända varumärkets goda renommé ska överföras till imitationen. I de studerade fallen är det helt enkelt denna typ av positionering som resulterar i varumärkesinnehavarens missnöje.

Ett ofta förekommande argument från svaranden, som anklagas för att imitering, är att man utformat sin förpackning enligt *gällande norm* för en viss produktkategori och därigenom underlättar för konsumenten, som i fallen LU och Red Bull. Tydlig kategorisering ligger i konsumentens intresse då varumärket fungerar som tumregel vid köptillfället. Att konsumenten kan ”köpa det jag känner igen” *förenklar* köpprocessen. En imitation som genom sin förpackningsutstyrsel signalerar en genväg till vissa attribut och nyttor, riskerar däremot att göra konsumenten besviken om förpackningen inte innehåller det konsumenten förväntar sig. Varumärkets funktion som *riskreducerare* tar därmed stryk. En imitation som är väldigt lik sin förlaga kan med andra ord antingen illustrera en klar och kanske övertydlig kategorisering men samtidigt kanske inte hålla vad förpackningen lovar. På detta sätt ställs varumärkets *förenklade* och *riskreducerande* funktioner, som gör varumärken så värdefulla för konsumenten, emot varandra.

5.2.2 Känd och varumärkeskännedom

Enligt MFL innebär *känd* att konsumenterna måste förknippa produkten med ett visst kommersiellt ursprung. De argument som tas upp i MD:s utvärdering för rekvisitet *känd* ter sig betydligt mer kvantifierbara än Kellers begrepp varumärkeskännedom. Vi konstaterar att marknadsbearbetning i form av *reklaminvesteringar* i antal kronor, *konsekvent användning av förpackning* under ett visst antal år, *butiksexponering* i ett visst antal butiker och *hur många personer som köper* produkten enligt MD är bevis för att varumärkeskännedom faktiskt föreligger. Konsumenter antas alltså genom denna typ av aktiviteter få lättare att känna igen produkten och/eller har förmåga att plocka fram den ur minnet, eller juridiskt uttryckt – har en bestående minnesbild av produkten.

I fallet LU¹¹⁷ konstaterades att förpackningen (förutom varumärkesnamnet) varit densamma i mer än tio år vilket illustrerar hur MD fäster vikt vid om produkten marknadsförts i förpackningen med konsekvent färganvändning. Hur länge produkten har marknadsförts spelar också roll. I fallet Red Bull konstaterade MD exempelvis att energidrycken marknadsförts under fyra till fem års tid vilket gav stöd till argumentet om att produkten var känd.

Att monetära investeringar i marknadsföring enligt MD ger belägg för att en produkt är känd illustreras i fallet Red Bull. Att MD också fäster vikt vid att produkten under

¹¹⁷ Se även MD 2003:22 (Vaasan) för liknande resonemang

lång tid varit föremål för aktiv marknadsbearbetning och betydande butiksexponering (antal försäljningsställen) exemplifieras i fallet LU.

Hög marknadsandel samt höga försäljningssiffror är också något som i stort sett alltid dyker upp i MD:s utvärdering, vilket visar på hur många som faktiskt köper varumärkesinnehavarens produkt relativt andra produkter. Var gränsen går för att varumärkesinnehavaren ska anses ha just en *hög* marknadsandel framgår inte. Dock anses LU:s marknadsandel på över 50 procent¹¹⁸ utgöra just en *hög* marknadsandel.

Flera fall visar hur varumärkesinnehavare genom marknadsundersökningar försöker påvisa kännedom om sin produkt, som exempelvis Red Bull och GB Glace vilka också godtogs som belägg av MD. Utifrån marknadsföringsteori kan det senare utgöra det argument som egentligen borde ha mest tyngd – att verkligen fråga konsumenten om denne känner till produkten. Olika typer av marknadsundersökningar skiljer sig rimligtvis åt gällande urvalskriterier och metod, varför det blir svårt för MD att värdera beviset. Det kan därför vara svårt att avgöra en marknadsundersöknings tillförlitlighet, vilket förklarar varför de kvantifierbara argumenten tar så stor plats.

5.2.3 Konsumenten och förväxlingskriteriet

I det fall det konstaterats att det finns något värde att otillbörligen använda sig av, krävs dessutom att det föreligger risk för förväxling för att det ska bli tal om vilseledande efterbildning. Detta tredje rekvisit, förväxlingsrisk, analyseras utifrån vald marknadsföringsteori och tidigare forskning som behandlar hur konsumenten faktiskt beter sig i en inköpsituation.

Inledningsvis kan vi konstatera att MD anser att en utvärdering av eventuell förväxlingsrisk måste grundas på en jämförelse av det *helhetsintryck* förpackningarna ger. I fallet LU¹¹⁹ konstaterade MD att trots att förpackningarna skiljer sig åt när det gäller detaljer såsom exempelvis texten ”bakad med olivolja”, kunde förpackningarna *vid en hastig jämförelse* ge ett mycket likartat helhetsintryck. Detta innebär att förpackningarna då riskerar att skapa huvudsakligen samma minnesbild hos konsumenten. *Inköpssituationen* spelar med andra ord en avgörande roll i MD:s utvärdering. Att produkterna säljs i självbetjäningsbutiker, där konsumenter snabbt och rutinmässigt tar varor från hyllorna ger särskilda förutsättningar för konsumentens beteende och utvärdering av produkterna. I fallet Vaasan poängterades på ett liknande sätt som i fallet LU att det vid *flyktigt påseende* är av mindre betydelse om förpackningarna sedda samtidigt kan skiljas åt. I samband med inköpsituationen utgör *konsumentens engagemang* också en parameter som MD tar hänsyn till. I fallet Red Bull indikerar produktens pris att det är frågan om en lågengagemangsprodukt. Detta medför enligt MD att risken för förväxling ökar.

MD:s sätt att resonera kring konsumentens sätt att generellt agera i dagligvaruhandeln korresponderar väl med marknadsföringsteori som behandlar konsumentens beslutsprocess i denna situation. Rutinmässiga köp, som karaktäriseras av en låg grad

¹¹⁸ MD bedömde även Red Bulls marknadsandel på 70 procent och GB Glaces (2002:27). andel på 56,5 procent 2002:27 som höga

¹¹⁹ För liknande resonemang se även MD 2003:22 (Vaasan), MD 2001:22 (Red Bull) samt MD 2002:27 (GB Glace)

av engagemang, gör att konsumenten förlitar sig på enkla beslutsregler. I denna situation räcker det med att konsumenten känner igen ett varumärke för att välja produkten. Varumärket känns som bekant ofta igen via förpackningen, vilken konsumenten enligt Kapferer utvärderar i sin helhet.

Enligt MD leder dessa förutsättningar till att konsumenten faktiskt riskerar att förväxla produkter. MFL kräver inte att det måste röra sig om samma typ av varor för att det ska finnas risk för förväxling. Intressant är att MD i fallet Santa Maria ändå håller fast vid principen att förväxling bara kan ske i fråga om *samma varuslag* och hänvisar i domskälen till tidigare praxis i frågan. När det rör sig om olika produktslag som inte kan ersätta varandra kan risk för förväxling alltså inte bli aktuellt enligt MD:s mening. Vi anser därmed att MD utvärderar situationen utifrån risken att konsumenten verkligen riskerar att inhandla fel vara. I fallen LU, Vaasan, Red Bull, anser således MD att det finns risk för regelrätta felköp, medan konsumenterna i fallet Santa Maria inte riskerar att förväxla frysta köttfärsflarn med Santa Marias mexikanska mat. I fallet Leaf kommenteras även hur konsumenten skiljer på hur man köper påsgodis och lösgodis, även om detta inte blir avgörande för utfallet.

I ljuset av tidigare marknadsföringsstudier kan kravet på förväxling i beteendedimensionen se ut som att MD drar risken om sammanblandning väldigt långt. Studierna tyder på en ganska luttrad konsument, som kanske upplever liknande förpackningar förvirrande, men som mindre sannolikt kommer förbi kassan med fel vara. Försök att studera förväxling, exempelvis som i Foxmans studie, har dessutom testat perceptuell sammanblandning och inte faktiskt beteende. Det är helt enkelt svårt att undersöka och bevisa hur en konsument beter sig i den verkliga situationen.

I fallet Vaasan försöker Vaasan påvisa att risk för förväxling föreligger genom en undersökning som visade att 38 procent av de tillfrågade kopplade ihop den uppvisade förpackningen Fazer Crisp, där varumärket maskerats, med Finn Crisp. Denna får dock anses mäta perceptuell sammanblandning snarare än faktiskt förväxling och steget däremellan kan vara långt.

Hur bra domstolen kan fastställa vad som verkligen händer i dagligvaruhandeln gällande förväxling har också ifrågasatts av såväl Kapferer som Kocktveedgard och Levin. Det är svårt att i praktiken använda sig av principen om den bestående minnesbilden i rättstillämpningen – det blir, som Kocktveedgard och Levin uttrycker det, lätt fråga om ett tankeexperiment.

Utifrån detta konstaterar vi att inte själva risken för förväxling, utan snarare överföringen av varumärkesspecifika associationer ser ut att vara den kanske mest intressanta variabeln i en konflikt mellan en varumärkesinnehavare och en imitator.

5.2.4 Renommé, är det samma sak som varumärkesvärde?

Om rekvisiten särpräglad, känd och förväxlingsrisk är uppfyllda och det därmed kan konstateras att vilseledande efterbildning föreligger blir det inte aktuellt att behandla renommén som enskild otillbörlighetsgrund. MD har ju redan konstaterat att imitatören helt enkelt har använt sig av varumärkesinnehavarens renommé.

Om MD däremot kommer fram till att vilseledande efterbildning *inte* föreligger så kan det fortfarande bli frågan om renommésnyltning. Även om domstolen kommer fram till att det inte finns risk för förväxling som i fallet Santa Maria, konstaterades det att renommésnyltning ändå förelåg. Santa Marias produkter ansågs väl kända på marknaden, till följd av en hög marknadsandel och en marknadsundersökning som visade på hög varumärkeskännedom hos konsumenterna. Dessutom ansågs Santa Marias produkter ha ett sådant positivt uppmärksamhetsvärde som avses med renommé enligt MD. Vad detta positiva uppmärksamhetsvärde innebär formuleras inte uttryckligen i domskälen, men Santa Maria anför en marknadsundersökning som visar på en hög köpintention hos respondenterna och visar även att varumärket är Top of Mind i kategorin mexikansk mat. Genom utformningen av produkter så att de liknade, men inte var förväxlingsbara, med Santa Marias produkter ansågs Matkompaniet (svaranden), ändå knyta an till Santa Marias produkter på ett sådant sätt att de drog fördel av det värde som ligger i den positiva föreställningen som konsumenterna har av Santa Marias produkter varför också renommésnyltning föreligger. Intressant att notera är att renommé kan sträcka sig över en längre tid än under den tid produkten faktiskt marknadsförs vilket exemplifierades i fallet Hygglo, och tyder på en viss beständighet för renommé.

Med bakgrund i ovanstående ser MD:s utvärdering av renommé ut att luta åt en definition med fokus på *varumärkeskännedom*. Att renommé skulle skapas främst på grunden varumärkeskännedom kan te sig lite platt i ljuset av Kellers modell för kundbaserat varumärkesvärde där varumärkeskännedom är *nödvändigt*, men inte *tillräckligt* för kundbaserat varumärkesvärde. Detta är dock kanske inte är så förvånande med tanke på den abstrakta nivån på vilken varumärkesvärde skapas: nämligen i konsumentens medvetande. Att på ett tillförlitligt sätt påvisa att konsumenten kopplar starka, fördelaktiga och unika associationer till ett varumärke kan vara svårt och mycket avhängigt marknadsundersökningen. I fallet Whiskas har man exempelvis med mindre framgång med en marknadsundersökning försökt påvisa att konsumenter i hög grad förknippar förpackningens lila en färg, det vill säga vissa associationer, med Whiskas varumärke. Detta för att påvisa att den lila färgen föranleder vilseledande om kommersiellt ursprung om den används av någon annan aktör. Vi upplever att undersökningar gällande varumärkesimage generellt lyser med sin frånvaro i MD:s utvärdering. I de fall det tas upp i kärandens argumentation refereras det ändå inte till dem i domskälen. Av detta drar vi slutsatsen att MD för att hålla utvärderingen någorlunda konkret stannar vid en kännedomsnivå och undviker att sätta riktlinjer om abstrakta begrepp som kan vara krångliga att applicera och följa i framtida fall och därmed svåra att förena med prejudikatens vägledande funktion. En sammanvägning av relativt kvantifierbara argument som gör sig gällande för att ett varumärke ska anses känt, såsom försäljningssiffror och marknadsandel, får därför representera underlaget för att renommé eller varumärkesvärde föreligger.

En ytterligare tanke är att MD utgår från att en imitator inte finner någon anledning att imitera, eller snylta på, en varumärkesinnehavares produkt eller förpackning om den inte har en positiv föreställning hos konsumenterna. Om så är fallet, även om den *positiva* föreställningen inte alltid behöver bevisas, så motsvarar renommé enligt MD:s bedömning även det kundbaserade varumärkesvärde som Keller beskriver, det vill säga att konsumenten har god kännedom om varumärket och dessutom knyter starka, fördelaktiga och unika associationer till varumärket.

6. Diskussion

Konsumenten hamnar otvetydigt i centrum både som skyddsintresse och som den aktör vars beteende får den avgörande rollen i MD:s utvärdering. Även om fokus initialt hamnar på konflikten mellan varumärkesinnehavare och imitator, får konsumenten ändå huvudrollen både på ett mentalt och fysiskt plan. Trots detta får MD:s domslut mest påtagliga praktiska konsekvenser för de två näringsidkarna.

I utvärderingen av aktörernas beteende blir det tydligt att bedömningen måste ske från fall till fall genom en sammanvägd bedömning av framlagda argument. Vi anser vidare att MD gör en avvägning mellan praxis framtida generaliserbarhet och abstrakta argument. Abstrakta begrepp som varumärkesvärde måste utvärderas genom kvantifierbara argument. Det ligger därmed en tydligt praktisk dimension i MD:s tolkning.

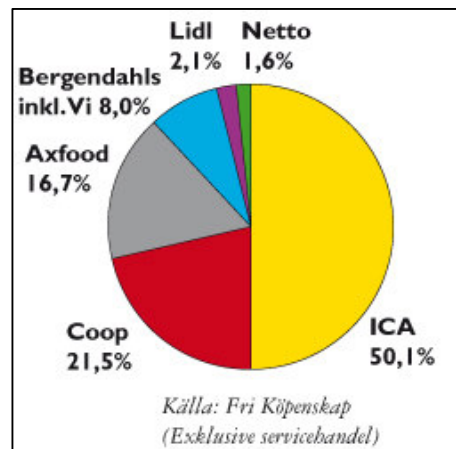
6.1 Vart tog EMV vägen?

Vi inledde vår uppsats med att konstatera att imiteringsstrategin ofta exemplifierats i dagligvaruhandeln genom marknadsföring av EMV. Något underligt kan då tyckas att MD:s avgöranden under den valda tidsperioden, då dessutom EMV har varit i hetluften på grund av sin tendens att efterlikna mer kända varumärken, inte inkluderar ett enda fall kopplat till EMV. Vi ställer oss naturligtvis frågan varför.

Varumärkesrådet, som omnämns inledningsvis, har däremot i ett antal så kallade utlåtanden gjort bedömningar om såväl renommésnyltning som vilseledande efterbildning i dagligvaruhandeln. I dessa fall är det uteslutande EMV som ställs mot ett starkare, eller marknadsledande, varumärke. Hur kommer det sig då att alla fall som rör EMV huserar bland Varumärkesrådets utlåtanden och inte i MD?

Varumärkesrådet, grundat på Dagligvaruleverantörers förbunds initiativ, tar på eget bevåg upp fall till prövning medan det i MD krävs att varumärkesinnehavaren ställer imitatören till svars.¹²⁰ En sannolik förklaring till att EMV lyser med sin frånvaro bland MD:s avgöranden är effekterna av den tydliga handlarkoncentrationen på den svenska marknaden. Beroendeförhållandet i distributionskanalerna verkar helt enkelt leda till att dagligvaruleverantörerna inte vågar ställa "sina" handlare till svars i MD. Vinsten av ett

eventuellt positivt utfall i MD uppväger inte på långa vägar den förlust som är förknippad med att bli avlägsnad från handlarens hyllor – man sågar helt enkelt inte av den gren man



Marknadsandelar jan-mars 2007

¹²⁰ KO har även möjlighet att väcka talan i MD

sitter på. Därför ser vi i MD konflikter som rör konkurrensen om producentvarumärkenas krympande marknadsandelar. LU mot Göteborgs Kex och GB Glace mot Åhus är bara ett par exempel ur vår empiri där två väletablerade varumärken som sannolikt besitter eget renommé slåss mot varandra. Finns det i sådana fall incitament att imitera och snylta på någon annans renommé? Kanske inte, i vissa fall verkar det onekligen så att parterna inte möts i MD på grund av att den ena parten upplever sitt renommé angripet av imitationen, utan snarare ser en möjlighet bli av med en konkurrent från hyllan.

En alternativ teori till varför EMV inte återfinns i vår empiri är enligt oss att de traditionella varumärkena kan anse att "jag-med"-varumärket faktiskt bidrar till att förstärka uppfattningen om de traditionella varumärkena som ledande i kategorin och därmed skapar en form av reklameffekt. Detta resonemang bygger på Carpenter och Nakamotos teori om pionjärsfördelar där "jag-med"-varumärken bidrar till att förstärka konsumentens uppfattning om pionjärens överlägsenhet. Detta resonemang förutsätter dock att pris verkligen skiljer EMV från imitationer. Det vill säga att EMV tillämpar en "jag-med strategi" med en lågprisprofil till skillnad från de fall som vi hittar i MD.

Vår slutsats blir dock att handlarkoncentrationen är anledningen till den skeva fördelningen av EMV-fall mellan MD och Varumärkesrådet. Handlare i Sverige skulle därmed med fördel kunna ägna sig åt imitering och snyltning i Sverige. Trots detta har handeln på senare tid kommit att ägna sig åt aktivt varumärkesbyggande för sina EMV. Som ett led i detta har EMV börjat ges en mer egen designprofil och vi ser en utveckling mot en diversifierad prisstrategi.¹²¹ Är då Varumärkesrådets arbete slutfört nu när de svenska livsmedelsgiganterna börjar ägna sig åt eget varumärkesbyggande? Under de senaste åren har dock utländska kedjor som Lidl och Netto etablerat sig på svenska marknaden och efter besök¹²² i dessa butiker kan vi konstatera att imiteringsstrategin, inte alls är död, snarare tvärtom.

6.2 Studiens begränsningar

Fallstudien som metod lämnar tolkningsutrymme. Vi har studerat praxis som i sin egenskap av dokumentation utgör en skriftlig informationskälla. Vi har inte tagit del av den muntliga argumentation som ägt rum i rättssalen och därmed gått miste om den initiala tolkningen av situationen. En tillämpning av metodologisk triangulering hade möjligtvis kunnat styrka studiens inre validitet och reliabilitet. För att få fram en mer nyanserad bild av argumentation och bevisföring hade exempelvis domare och meddomare i målen kunnat intervjuas. Men då MD:s avgöranden i egenskap av informationskälla dels var relevant för vår problemformulering och gick att få fram på ett praktiskt och systematiskt sätt, sågs ingen anledning att utnyttja någon annan informationskälla.¹²³

¹²¹ Brand News Nr 04 2003

¹²² Besök i Lidl och Netto 18 februari 2007

¹²³ Merriam (1994) s 118

I och med att vi valt år 2000 som utgångspunkt för vår empiri, eller vår praxis, kan vi även ha gått miste om vissa resonemang, eller intressanta frågor, i tidigare prejudikat som kan tänkas ha varit särskilt tongivande för framtida rättstillämpning. Att studera aktuell praxis verkar dock mer relevant då äldre praxis indirekt införlivas i yngre praxis i och med att MD tar hänsyn till tidigare avgöranden.

Vår studie begränsar sig till den svenska marknaden - vi studerar den *svenska* marknadsföringsrätten och vår empiri utgörs av praxis från den *svenska* marknadsdomstolen. Även då lagstiftningen på marknadsrätten, eller mer specifikt, marknadsföringsrätten, blivit mer harmoniserad på senare år, innebär detta att studien blir intressant främst för marknadsförare som verkar på den svenska marknaden. Våra slutsatser som rör EMV:s frånvaro i MD:s avgöranden är vidare avhängiga på de specifika drag som den svenska dagligvaruhandelsmarknaden uppvisar i nuläget gällande framför allt handlarkoncentrationen.

6.3 Förslag till vidare forskning

Med tanke på att MFL och VML är överlappande i vissa fall och kompletterande i andra när det gäller just vårt studerade område tycker vi att det vore intressant att genomföra en motsvarande studie med utgångspunkt i VML.

Vi har konstaterat att konsumenter i livsmedelskedjor där imiterande EMV är mer frekvent förekommande i mindre utsträckning sammanblandar imitationer med förlagan. Utvecklingen i dagligvaruhandeln med etableringen av nya typer av butikskedjor med just denna typ av inriktning på produktsegment, gör att vi ställer oss frågan om denna luttrade konsument kan komma att påverka MD:s utvärdering gällande rekvisitet risk för förväxling. Vi efterlyser därför nya sätt att hantera perceptuell och beteenderelaterad förväxling i rätten, där den aktuella inköpsituationen bättre kan simuleras i enlighet med nya förutsättningar på marknaden.

7. Källförteckning

Tryckta källor och referenslitteratur

AAker, D. A. (1991), *Managing Brand Equity: Capitalizing on the Value of a Brand Name*, USA: The Free Press

AAker, D. A. (2002), *Building Strong Brands*, Great Britain, Bath: Simon & Schuster UK Ltd

Arens, W. F. (2006), *Contemporary Advertising*, New York: McGraw-Hill/Irwin

D'Astous, A. and Gargouri, E. (2001), "Consumer Evaluations of Brand Imitations", *European Journal of Marketing*, Vol. 35 Nr. 1/2

Balbanis, G and Craven, S. (1997) "Consumer Confusion from Own Brand Lookalikes: An Exploratory Investigation", *Journal of Marketing Management*, Vol. 13, Nr 4

Bernitz, U. (1997), *Marknadsföringslagen*, Stockholm: Nordstedts Juridik

Bernitz, U. (1993), *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare*, Göteborg: C.E Fritzes

Bernitz, U. (2005), *Svensk och europeisk marknadsrätt*, Stockholm: Nordstedts Juridik

Bernitz, U., Heuman, L., Leijonhufvud, M., Seipel, P., Warnling-Nerep, W., Victorin, A. och Vogel, H-H. (2002), *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm: Nordstedts Juridik

Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., och Sandgren C. (2005), *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Stockholm: Jure bokhandel

Blackwell, R. D. et al (2001), *Consumer Behaviour*. Mason: South-Western

Brand News Nr 04 2003

Carpenter, G. S. and Nakamoto, K. (1989), "Consumer Preference Formation and Pioneering Advantage", *Journal of Marketing Research*, Vol 26, August, 285-198

Cialdini, R. B. (1993), *Influence: Science and Practice*, New York, NY, USA: Harper Collins College Publishers

Dahlén, M. och Lange, F. (2003), *Optimal Marknadskommunikation*, Malmö: Liber Ekonomi

Davies, G. (1998), "Retail brands and the theft of identity", *International Journal of Retail & Distribution Management*, Vol. 26, Nr 4

Foxman, E. R., Meuhling, D. D and Berger, P. W. (1990), "An investigation of Factors Contributing to Consumer Brand Confusion", *Journal of Consumer Affairs*, Vol. 24, Nr 1

Hoeffler, S. and Keller, K. L. (2003), "The marketing advantages of strong brands", *Brand Management*, Vol.10 no.6, 421-445, Henry Stewart Publications

Kapferer, J-N. (1995a) "Brand Confusion: Empirical Study of a Legal Concept", *Psychology & Marketing* (1986-1998); Sep 1995; Vol. 12(6)

Kapferer, J-N. (1995b) "Stealing Brand Equity: measuring perceptual confusion between national brands and "copycat" own-label products", *Marketing and Research Today*, May 1995

Kay, H. (1990), "Fake's progress", *Management Today*, July, 54-8

Keller, K. L. (1993) "Conceptualizing, Measuring, and Managing Customer-Based Brand Equity", *Journal of Marketing* Vol. 57 (January 1993), 1-22

Keller, K. L. (2003) *Strategic Brand Management: building, measuring and managing brand equity*, New Jersey: Prentice Hall.

Koktvedgaard, M. och Levin, M. (2002), *Lärobok i Immaterialrätt*, Stockholm: Nordstedts Juridik

Kotler, P. and Armstrong, G. (2006), *Principles of Marketing*, Upper Saddle River, N J, USA: Prentice Hall

Lange, F. Hedlund, A. och Bohlin, N. (2005) "Marknadsföring av EMV – den största marknadsföringsutmaningen för detaljhandeln under de närmaste fem till tio åren", *AB Handelns Utredningsinstitut (HUI), Forskningsrapport S107*

Loken, B and Ward, J. (1990), "Alternative Approaches to Understanding the Determinants of Typicality", *Journal of Consumer Research*, Vol. 17, September, 111-126

Melin, F. (1999), *Varumärkesstrategi – Om konsten att utveckla starka varumärken*, Malmö: Liber AB

Merriam, S. B. (1994) *Fallstudien som forskningsmetod*, Lund: Studentlitteratur

Mervis, C. B. and Rosch, E. (1981) "Categorization of Natural Objects", *Annual review of Psychology*, 1981, 32: 89-115

Mowen, J. C. and Minor, M. S., (2001) *Consumer Behavior: a framework*, Upper Saddle River, NJ, USA: Prentice Hall

Nedungadi, P. and Hutchinson, W. J. (1985), "The Prototypicality of Brands: relationships with Brand Awareness, Preference and Usage", *Advances in Consumer Research*, Vol 12, eds, Hirschman, E. and Holbrook, M. ACR, 498-503

Nordell, P.J. (2003), *Marknadsrättens goodwillskydd*, Stockholm: Nordstedts Juridik

Nordell, P.J. (2004 a), *Varumärkesrättens skyddsobjekt – Om ordkännetecknets mening och referens*, Stockholm: Mercurius

Nordell, P.J. (2004 b), *Marknadsrätten – En introduktion*, Stockholm: Nordstedts Juridik

Pehrson, L. (1981), *Varumärken från konsument synpunkt – En rättsvetenskaplig studie*, Helsingborg: Liber Förlag

Rafiq, M. and Collins, R. (1996) "Lookalikes and Customer Confusion in the Grocery Sector: an Explanatory Survey", *The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research* 6:4, October 1996

Rossiter, J. R. and Percy, L. (1998) *Advertising Communications and Promotion Management*, McGraw-Hill

Sayman, S., Hoch, S. J. and Raju, J. S. (2002), "Positioning of Store Brand", *Marketing Science*, Vol 21, Nr 4

Sveriges Konsumenter, EMV-policy

Sveriges Rikes Lag (2006)

Underwood, R. L. (2003), "The Communicative Power of Product Packaging: Creating Brand Identity via Lived and Mediated Experience", *Journal of Marketing Theory and Practice*, Vol 11, 62-76

Wahlund, R. (2000), "Dagligvara vara dagligt huvudbry: Om varumärkets och prisets betydelse vid val i butik", Söderlund, M (red.), *I huvudet på kunden*, Liber Ekonomi

Warlop, L. and Alba, J.W. (2004), "Sincere Flattery: Trade – Dress Imitation and Consumer Choice", *Journal of Consumer Psychology*, Vol. 14, Nr 1-2

Wessman, R. (2002), *Varumärkeskonflikter – Förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten*, Stockholm: Nordstedts Juridik

Internetkällor

www.dlf.se
www.dom.se
www.fri-kopenskap.se
www.lagrummet.se
www.marknadsdomstolen.se
www.sverigeskonsumenter.se
www.varumarkesradet.se

Intervjuer

Jan Rosén 17 april 2007

Lagar

Lag om Marknadsdomstol m.m. (SFS 1970:417)
Marknadsföringslagen (SFS 1995:450)
Varumärkeslagen (SFS 1960:644)

Offentligt tryck

Prop. 1994/95 s 167
SOU 1993:59
SOU 2006:76

Rättspraxis

Marknadsdomstolen

MD 2001:22 (Redbull)
MD 2002:10 (Hygglo)
MD 2002:27 (GB Glace)
MD 2002:28 (Santa Maria)
MD 2003:7 (LU)
MD 2005:13 (Whiskas)
MD 2003:22 (Vaasan)
MD 2006:7 (Leaf)

8. Appendix

Appendix 1. Marknadsföringslag (1995:450) 1, 4, 6, 8 §§

Källa: Sveriges Rikes Lag (2006)

Lagens syfte

1 § Denna lag har till syfte att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.

Krav på marknadsföringen

Allmänna krav

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

Vid marknadsföringen skall näringsidkaren lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt.

Vilseledande reklam

6 § En näringsidkare får vid marknadsföringen inte använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares näringsverksamhet.

Detta gäller särskilt framställningar som avser

1. produktens art, mängd, kvalitet och andra egenskaper,
2. produktens ursprung, användning och inverkan på hälsa eller miljö,
3. produktens pris, grunderna för prissättningen och betalningsvillkoren,
4. näringsidkarens egna eller andra näringsidkares kvalifikationer, ställning på marknaden, kännetecken och andra rättigheter,
5. belöningar och utmärkelser som har tilldelats näringsidkaren.

Vilseledande efterbildningar

8 § En näringsidkare får vid marknadsföringen inte använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Detta gäller dock inte efterbildningar vilkas utformning huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell.

Appendix 2. Bilagor till MD:s avgöranden



