

# Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten<sup>1</sup>

*Av jur. kand. Nina Farrahi<sup>2</sup>*

## 1. Inledning

Ett företags varumärke individualiserar dess varor och tjänster på marknaden och bevarar den goodwill som företaget har uppbyggt. Varumärken är således av betydande värde för näringslivet i stort, eftersom de fungerar som strategiskt viktiga konkurrensmedel och utgör nyckeltillgångar i såväl små som stora företag. Ett varumärkes ekonomiska värde består så länge det har särskiljningsförmåga. Utan denna egenskap kan märket inte registreras och inte skyddas mot andra näringsidkares intrång. Med hänsyn härtill är det naturligt att företag investerar betydande belopp och resurser i att bygga upp och skydda sina varumärken. Allt fler företag åberopar marknadsundersökningar i registreringsärenden och intrångsprocesser för att styrka varumärkets särskiljningsförmåga, trots att de är kostsamma och tidskrävande. Utvecklingen medför att domstolen allt oftare måste omsätta statistiska uppgifter till juridiskt användbara fakta och begrepp.

I denna artikel avser jag att beskriva den juridiska bedömning av marknadsundersökningar som sker i samband med varumärkesrättsliga registreringsärenden och intrångsmål. Syftet är att visa på nackdelar och svagheter som bör observeras av part som vill genomföra en marknadsundersökning, vilka kan utnyttjas av motparten i en process. Underlaget utgörs av lagakraftvunna mål och ärenden från Patentbesvärslagen (PBR), Regeringsrätten (RegR), Hovrätt (HovR) och Högsta Domstolen (HD) från år 1995 till april 2005, där någondera part har åberopat en marknadsundersökning som skriftligt bevis.

Frågeställningarna behandlas med utgångspunkt i svensk rätt och praxis. Mot bakgrund av varumärkesrättens harmonisering berörs även viss praxis från Europeiska gemenskapsdomstolen (EGD).

## 2. Relevanta varumärkesrättsliga regler

*2.1 Kravet på särskiljningsförmåga.* Av 1–2 §§ varumärkeslagen (1960:644) (VML) framgår att ensamrätt till ett varumärke kan förvärfvas genom registrering eller inarbetning, om varumärket kan särskilja innehavarens varor och tjänster.

<sup>1</sup> Artikeln bygger på författarens examensuppsats vid juridiska fakulteten, Uppsala universitet, med titeln *Marknadsundersökningar som bevismedel, En presentation och analys av varumärkesrättslig praxis 1995–2005*.

<sup>2</sup> Författaren är verksam vid Advokatfirman Vinge, Stockholm.

Kravet på särskiljningsförmåga preciseras i 13 § VML och har sin motsvarighet i varumärkesdirektivets art. 3.1.a–d och art. 3.3.<sup>3</sup> Enligt förarbetena innebär kravet att kännetecknet skall ha förmåga att skilja ut sig och individualisera innehavarens varor från andra.<sup>4</sup> Det framgår av 13 § 1 st. VML att deskriptiva kännetecken presumeras sakna särskiljningsförmåga. Enligt bestämmelsens ordalydelse gäller dock presumptionen *varumärket i och för sig* och kan sålunda brytas om det kan styrkas att kännetecknet i realiteten fungerar som ett varumärke. Exempel på kännetecken som på detta sätt har beviljats registrering, trots en mycket begränsad inneboende särskiljningsförmåga, är *Karlssons Klister* och *Kosta*.<sup>5</sup>

Bedömningen av huruvida ett varumärke har särskiljningsförmåga skall, enligt 13 § 1 st. VML, ske på grundval av samtliga föreliggande omständigheter, varvid särskild hänsyn skall tas till den omfattning och den tid som varumärket har använts. Det anförs i förarbetena att detta inte innebär ett krav på att varumärket har inarbetats, och att det inte är enbart sökandes och licenstagares användning av varumärket som är beaktansvärd.<sup>6</sup> Även utomståendes bruk av kännetecknet kan således tillmätas betydelse vid bedömningen. Det förordas således en relativ mild bedömning av frågan huruvida ett varumärke har särskiljningsförmåga. Undantag görs dock när det gäller kännetecken som består av mycket enkla figurer, eller är deskriptiva. I dessa fall fordras särskilt övertygande bevisning för att förvärvat särskiljningsförmåga skall anses föreligga.<sup>7</sup>

Enligt 2 § 3 st. VML kan ett kännetecken som saknar inneboende särskiljningsförmåga förvärva distinktivitet genom inarbetning. Med inarbetning avses att varumärket i Sverige inom en betydande del av den krets till vilken det riktar sig, är känt som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet. Den för bedömningen relevanta kretsen avser kännetecknets *omsättningskrets*. Sammansättningen av denna krets varierar beroende på det varuslag som bär kännetecknet.<sup>8</sup> Varumärken avseende dyrbara och specialtillverkade produkter riktar sig således till en förhållandevis snäv omsättningskrets, medan kännetecknen som används för dagligvaror riktar sig till en stor del av allmänheten. Vanligtvis består omsättningskretsen av såväl konsumenter, med vilka avses såväl befintliga som potentiella kunder, som dem som i något skede av distributionen tar befattning med varor av samma slag, t.ex. generalagenter, importörer, grossister, detaljhandlare och expeditör.<sup>9</sup>

Enligt lagen skall kännedom föreligga inom *en betydande del* av omsättningskretsen för att kännetecknet skall anses inarbetat. Av förarbetena framgår att bedömningen inte kan göras beroende av någon generell kännedomsskala, utan

<sup>3</sup> Rådets första direktiv 89/104/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagar

<sup>4</sup> Prop. 1960:167 s. 100–101, SOU 1958:10 s. 269.

<sup>5</sup> Kocktvedgaard/Levin, *Lärobok i immaterialrätt 8 uppl.*, (cit. Kocktvedgaard/Levin) s. 381.

<sup>6</sup> Prop. 1960:167 s. 101, SOU 1958:10 s. 274.

<sup>7</sup> A. st.

<sup>8</sup> Prop. 1960:167 s. 57, SOU 1958:10 s. 222.

<sup>9</sup> A. st.

måste grundas på omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>10</sup> Av betydelse är bl.a. att de personer inom omsättningskretsen som uppfattar kännetecknet som ett varumärke, är betydligt fler till antalet än dem som uppfattar detsamma som en beskrivande beteckning.<sup>11</sup>

Ytterligare ett krav för inarbetning är att kännetecknet är känt som *beteckning för varor som tillhandahålls under detsamma*. Kännetecknet måste sålunda uppfattas som just ett individualiseringsmedel som används av en bestämd näringsidkare i syfte att särskilja hans varor från produkter inom samma varusortiment som tillhandahålls av andra företag.<sup>12</sup> Detta innefattar även ett krav på kännedom om vilken typ av produkt kännetecknet används för.<sup>13</sup> Det avgörande är att märket inte uppfattas som en beteckning som kan användas av ett obegränsat antal näringsidkare samtidigt.

Enligt Stockholms Handelskammars Varumärkesnämnd<sup>14</sup> anses ett varumärke känt i lagens mening om ca en tredjedel av omsättningskretsen känner till det, samtidigt som den övervägande delen av kretsen uppfattar kännetecknet som ett varumärke.<sup>15</sup> Patentrådet Per Carlsson anser att ett kännetecken anses inarbetat om det kan visas att det har etablerats på marknaden. Enligt Per Carlsson är kännedom inom en tredjedel av omsättningskretsen ett rimligt riktmärke för att märket har uppnått en sådan etablering.<sup>16</sup>

**2.2 Förväxlingsbarhet.** Det följer av 6 § 1 st. VML att två kännetecken är förväxlingsbara om de används för varor av samma eller liknande slag, och är så lika varandra att de kan förväxlas. Utgångspunkten för bedömningen är uppfattningen hos en genomsnittskonsumant av den aktuella produkttypen, som antas vara normalt informerad, skäligen upplyst och uppmärksam.<sup>17</sup> Det finns ett direkt samband mellan märkes- och varuslagslikheten, med innebörden att ju större märkeslikheten är, desto mindre behöver varuslagslikheten vara för att förväxling skall anses föreligga.<sup>18</sup> Av varumärkesdirektivets preambel 10 st. framgår att förväxlingsprövningen innefattar en helhetsbedömning baserad på flera andra faktorer, särskilt i hur hög grad det äldre kännetecknet är känt på marknaden och de associationer märkena framkallar. Vid bedömningen skall vidare beaktas att varumärken med särskilt stark särskiljningsförmåga åtnjuter ett starkare förväxlingskydd än kännetecken med svag distinktivitet.<sup>19</sup>

**2.3 Goodwillskyddet.** Enligt 6 § 2 st. VML skyddas väl ansedda kännetecken mot förväxling, även om det förväxlingsbara kännetecknet används för andra typer

<sup>10</sup> Prop. 1994/95:59 s. 44–45.

<sup>11</sup> A. prop. s. 45.

<sup>12</sup> Prop. 1960:167 s. 56–58, SOU 1958:10 s. 223.

<sup>13</sup> Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 9 uppl., 2005 (cit. Immaterialrätt) s. 211.

<sup>14</sup> Hädanefter även Nämnden eller Varumärkesnämnden.

<sup>15</sup> Telefonintervju med Torbjörn Lindhe, jurist på Varumärkesnämnden 2005–04–29.

<sup>16</sup> Telefonintervju 2005–06–01.

<sup>17</sup> *Immaterialrätt* s. 226.

<sup>18</sup> Prop. 1960:167 s. 76, SOU 1958:10 s. 257.

<sup>19</sup> A. prop. s. 77, a. bet. s. 254.

av produkter än dem som bär det väl ansedda märket. Förutsättningen är att användningen av det förväxlingsbara varumärket kan dra en otillbörlig fördel av, eller skada det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende. Bestämmelsen baseras på varumärkesdirektivet art. 4.3 och 5.2.

För att ett varumärke skall anses väl ansett krävs enligt EGD:s avgörande i det s.k. *Chevy*-målet<sup>20</sup> att märket, inom en väsentlig del av landet, är känt bland en betydande andel av den allmänhet som berörs av de produkter eller tjänster som bär kännetecknet. Kännedomen skall bedömas mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter, varvid särskild hänsyn skall tas till kännetecknets marknadsandel, i hur stor omfattning, hur länge och inom vilket geografiskt område märket har använts och hur stora marknadsföringsinvesteringar som har gjorts.

### 3. Allmänt om marknadsundersökningar

*3.1 Definition av marknadsundersökning.* Internationella Handelskammaren (ICC) och European Society for Opinion and Marketing Research (ESOMAR) definierar marknadsundersökning som en metod genom vilken kunskap kan erhållas för identifiering av marknadsföringsmöjligheter och problem, utvärdering av marknadsföringsåtgärder samt ökad förståelse för marknadsföringsprocessen och de sätt genom vilka specifika marknadsföringsåtgärder kan effektiviseras.<sup>21</sup> En marknadsundersökning syftar till insamling, tolkning och specificering av den information som är nödvändig för besvarande av de nämnda frågorna.<sup>22</sup> Utmärkande för en sådan undersökning är att data systematiskt samlas in, analyseras och tolkas med utgångspunkt i en bestämd frågeställning, t.ex. i vilken utsträckning ett visst varumärke är inarbetat på den svenska marknaden.<sup>23</sup>

*3.2 Marknadsundersökningsinstitut.* Marknadsundersökningar utförs av marknadsundersökningsinstitut eller företag i samarbete med beställaren. Ett marknadsundersökningsinstitut som har anlitats flitigt, i vart fall fram till år 2001, är Stockholms Handelskammars Varumärkesnämnd.<sup>24</sup> Nämnden kan på begäran genomföra en marknadsundersökning och även avge ett uttalande om ett varumärkes inarbetningsgrad.<sup>25</sup> Begäran om en sådan utredning kommer vanligtvis från Patentbyråer, företag och deras juridiska ombud. Nämndens ledamöter utses av Stockholms Handelskammars fullmäktige och består av personer med särskilt stor erfarenhet av varumärkesfrågor. I Nämndens stab finns experter med anknytning till industri, handel, marknadsföring och marknadsundersökning samt jurister.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> EGD C-375/97.

<sup>21</sup> ICC/ESOMAR *International Code of Marketing and Social Research*, Definitions a), finns på [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1995/esomcod.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1995/esomcod.asp) och <http://www.esomar.org/web/show/id=65961> 2005-05-03.

<sup>22</sup> A. st.

<sup>23</sup> Christensen, *Marknadsundersökning*, 2001, s. 9.

<sup>24</sup> Telefonintervju med Torbjörn Lindhe, jurist på Varumärkesnämnden 2005-04-29.

<sup>25</sup> Varumärkesnämndens webbplats [http://www.chamber.se/default.asp?/layouts/layout\\_whole.asp?page\\_id=624](http://www.chamber.se/default.asp?/layouts/layout_whole.asp?page_id=624) 2005-05-04.

<sup>26</sup> Telefonintervju med Torbjörn Lindhe, jurist på Varumärkesnämnden 2005-04-29.

Nämnden utformar, tillsammans med sökanden, det frågeformulär som sedermera används vid marknadsundersökningen, och fastställer den målgrupp som skall undersökas, men upplåter i regel det praktiska genomförandet av undersökningen till ett marknadsundersökningsföretag.<sup>27</sup>

Kostnaden för en marknadsundersökning uppgår i regel till mellan SEK 65.000 och SEK 200.000, beroende på bl.a. utredningsunderlagets komplexitet, omsättningskretsens storlek och valet av undersökningsmetod.<sup>28</sup> Dylika faktorer påverkar även undersökningens tidsåtgång, men utredningstiden sträcker sig vanligtvis från ca. två veckor till tre månader.<sup>29</sup>

*3.3 Metodologi.* Det inledande steget i marknadsundersökningsprocessen är identifiering och analys av det *problem eller spörsmål* som ligger till grund för uppdraget i syfte att avgränsa problemet till ett relevant och praktiskt genomförbart *undersökningssyfte*.<sup>30</sup> Därefter bestäms *undersökningsmetoden* d.v.s. hur data skall insamlas.<sup>31</sup> De vanligaste metoderna är telefon- och besöksintervjuer, men på senare tid har även användningen av Internetenkäter ökat.<sup>32</sup> Enkäter kan även skickas till undersökningsgruppen via post.<sup>33</sup> Ytterligare en undersökningsmetod är att genomföra intervjuer på platser där det finns många personer i rörelse, s.k. på-stan-intervjuer.<sup>34</sup>

Härefter identifieras *målpopulationen*, d.v.s. de personer som skall undersökas.<sup>35</sup> Målpopulationens omfattning och storlek bestäms utifrån undersökningens syfte.<sup>36</sup> Som nämntes i avsnitt 2.1. avses med målpopulationen i inarbetningssammanhang omsättningskretsen. I de flesta fall består denna krets av ett mycket stort antal individer och kan, exempelvis avseende dagligvaror, omfatta allmänheten i sin helhet. Med hänsyn till att en undersökning av omsättningskretsen i sin helhet är alltför tidskrävande och kostsam, görs ett *urval* ur omsättningskretsen.<sup>37</sup> Detta kan göras genom sannolikhetsurval, varigenom varje respondent utses genom ett statistiskt slumpurval från bokföringsregister, telefonkatalogen o.d.<sup>38</sup> En annan urvalsmetod är icke sannolikhetsurval där det är intervjuaren som har att utse ett på förhand bestämt antal personer med vissa angivna egenskaper, t.ex. 20 kvinnor under och lika många över 40 år av vilka 15

<sup>27</sup> Varumärkesnämndens webbplats [http://www.chamber.se/default.asp?/layouts/layout\\_whole.asp?page\\_id=624](http://www.chamber.se/default.asp?/layouts/layout_whole.asp?page_id=624) 2005-05-04.

<sup>28</sup> A. st. och SFIR seminarium 2005-03-16, finns på <http://www.sfir.org/Information/Cederlund050316.pdf> 2005-05-04.

<sup>29</sup> A. st.

<sup>30</sup> Christensen, *Marknadsundersökning* s. 11, 47, 51-53.

<sup>31</sup> A. a. s. 11.

<sup>32</sup> A. a. s. 164-165 och 142.

<sup>33</sup> A. a. s. 137.

<sup>34</sup> A. a. s. 164.

<sup>35</sup> A. a. s. 11 f. och 109.

<sup>36</sup> Hamilton, *Vad du behöver veta om marknadsundersökningar*, 1989, s. 43.

<sup>37</sup> Christensen, *Marknadsundersökning* s. 109.

<sup>38</sup> A. st. och Hamilton, *Vad du behöver veta om marknadsundersökningar* s. 45.

är tjänstemän.<sup>39</sup> Urvalet kan även bestämmas av respondenterna själva genom att dessa tar initiativ till sitt deltagande i undersökningen, vilket sker t.ex. efter annonsering om undersökningen, dess syfte och urvalskriterierna.<sup>40</sup> Ju större urvalet är, desto större är sannolikheten att undersökningsresultatet är representativt för målpopulationen.<sup>41</sup> För beräkning av de antal respondenter som behövs i en undersökning, används statistiska formler som tar hänsyn till resultatets tänkbara spridning, urvalets utformning och resultatets tillförlitlighet.<sup>42</sup>

Nästa steg i förberedelsestadiet är *utformningen* av de frågor som kommer att användas i undersökningen. När det gäller kännedomen om ett varumärke är det vanligt att en bild på varumärket, den produkt som bär kännetecknet eller dess förpackning företes för intervjuobjektet, som därefter skall besvara frågan vad han/hon kommer att tänka på, eller om han/hon känner igen varumärket. Om svaret bedöms vara alltför undermåligt eller bristfälligt för att kunna användas vid analysen av undersökningen, ställs normalt en hjälpfråga.<sup>43</sup>

Efter förberedelserna genomförs undersökningen varigenom information insamlas, analyseras och tolkas. Slutligen presenteras undersökningens slutsatser i en *rapport*.<sup>44</sup>

*3.4 Användningsområde inom varumärkesrätten.* Ensamrätten till ett varumärke har ett värde för innehavaren så länge kännetecknet har särskiljningsförmåga. Denna egenskap kan bevisas indirekt genom t.ex. uppgifter om produktens omsättning, den tid varumärket har varit i bruk och näringsidkarens nedlagda reklamkostnader. En mer tillförlitlig indikation på varumärkets särskiljningsförmåga kan dock erhållas genom att undersöka hur kännetecknet i praktiken uppfattas på marknaden. Med hjälp av en marknadsundersökning är det möjligt att mäta ett varumärkes inarbetningsgrad inom produktens omsättningskrets.

I samband med *registreringsärenden* kan marknadsundersökningar användas på flera sätt. När en registreringsansökan avvisas med anledning av bristande särskiljningsförmåga, kan sökanden använda en marknadsundersökning för att visa motsatsen. Under den invändningsperiod som enligt 20 § 2 st. VML följer registreringen kan annan än sökanden som anser sig ha ensamrätt till ett inarbetat kännetecken, med vilket det sökta varumärket är förväxlingsbart, invända mot registreringen. Inarbetningen kan i ett sådant fall styrkas med hjälp av en marknadsundersökning. Vidare kan den som nekats registrering med anledning av förväxlingsbarhet med ett tidigare registrerat kännetecken, föra talan om hävning av det först registrerade varumärket enligt 26 § 1 st. VML I ett sådant fall kan en marknadsundersökning åberopas till styrkande av att förväxlingsbarhet

<sup>39</sup> Christensen, *Marknadsundersökning* s. 130–131, Hamilton, *Vad du behöver veta om marknadsundersökningar* s. 47.

<sup>40</sup> Christensen, *Marknadsundersökning* s. 130–131.

<sup>41</sup> Hamilton, *Vad du behöver veta om marknadsundersökningar* s. 44.

<sup>42</sup> A. a. s. 45.

<sup>43</sup> Se SFIR seminarium 2005-03-16, finns på <http://www.sfir.org/Information/Cederlund050316.pdf> 2005-05-04 och t.ex. den åberopade undersökningen i Svea HovR:s mål T 1792-96.

<sup>44</sup> Christensen, *Marknadsundersökning* s. 12.

inte föreligger, eller att det först registrerade varumärket har förlorat sin särskiljningsförmåga.

Marknadsundersökningar kan komma till användning även i *intrångsmål*. Den som gör gällande intrång i sitt icke registrerade varumärke, kan grunda sin talan på att kännetecknet har förvärvat särskiljningsförmåga genom inarbetning och visa detta genom en undersökning. Bristen på ett varumärkes särskiljningsförmåga kan användas av svaranden, i syfte att påvisa att det varumärke som är föremål för tvisten saknar distinktivitet, t.ex. till följd av degeneration, och kan således inte förbehållas käranden. Marknadsundersökningar kan vidare användas i syfte att undersöka huruvida två varumärken är förväxlingsbara enligt 6 § 1 st. VML och om ett varumärke kan betraktas som väl ansett i enlighet med 6 § 2 st. VML.

#### 4. Bedömning av marknadsundersökningar i praxis

*4.1 EGD:s inställning till marknadsundersökningar.* I det s.k. *Chiemsee*-målet<sup>45</sup> fastslogs varumärkesdirektivets krav för att ett varumärke skall anses ha förvärvat särskiljningsförmåga genom användning. Parterna vid den nationella domstolen var företaget Windsurfing Chiemsee å ena sidan, och bolaget Huber samt Franz Attenberger å andra sidan. Föremål för tvisten var de två senare bolagens användning av beteckningen *Chiemsee* vid försäljning av sportkläder. Windsurfing Chiemsee var innehavare av det registrerade figurmärket *Chiemsee* och gjorde gällande att Huber och Franz Attenberger hade begått en intrångshandling genom att använda sig av den ovannämnda beteckningen, trots att denna inte hade samma grafiska form som det registrerade figurmärket.

EGD anförde att förvärv av särskiljningsförmåga skall prövas mot bakgrund av *en samlad bedömning av de uppgifter som kan visa att varumärket lämpar sig som identifikationsmedel för ett företags varor*. Enligt domstolen skall vid prövningen särskild hänsyn tas till kännetecknets inneboende egenskaper, dess marknadsandel, hur ofta, hur länge och inom hur stort geografiskt område det har brukats. Av betydelse är vidare hur stora marknadsföringsinvesteringar som har gjorts, *den andel av omsättningskretsen som tack vare varumärket kan ange att varan kommer från ett visst företag*, och yttranden från handelskammare och andra yrkessammanslutningar.

Den slutsats som kan dras av domstolens resonemang är att förvärvad särskiljningsförmåga kan konstateras först efter en helhetsbedömning av den förebringade bevisningen. Som en särskild beaktansvärd omständighet anges uttryckligen omsättningskretsens kännedom om kännetecknet. Med hänsyn till att en marknadsundersökning utgör ett särskilt lämpligt medel för att undersöka denna kännedom, innebär avgörandet att det inte finns något EG-rättsligt hinder mot att marknadsundersökningar accepteras som bevismedel, åtminstone i fråga om inarbetning, och att de kan ha en stor betydelse för den slutliga prövningen beroende på omfattningen och karaktären av den övriga bevisningen.

<sup>45</sup> Förenade målen C-108/97 och C-109/97.

4.2 *Marknadsundersökningar i registreringsärenden.* 4.2.1 *Kännedomsggrad inom omsättningskretsen.* Underlaget för undersökningen av registreringsärenden omfattar sammanlagt 67 ärenden varav 64 härrör från PBR och resterande tre från RegR. I 15 av dessa domar har domsluten, utan närmare motivering, grundats på indirekt bevisning. I övrigt finns åtskilliga fall där särskiljningsförmåga, i likhet med Varumärkesnämndens riktlinjer har, ansetts förvärvat om minst en tredjedel av omsättningskretsen har känt till kännetecknet, och de flesta intervjuade har uppfattat detsamma som ett varumärke. Ordmärket *Bra Miljöval* ansågs således inte ha inarbetats, eftersom det framgick av den återopade marknadsundersökningen att endast 11 procent av de intervjuade uppfattade kännetecknet som ett varumärke.<sup>46</sup> Vid registreringen av varumärket *Hot Shot* framgick av den återopade undersökningen att 67 procent av de intervjuade förknippade *hot shot* med alkohol, drink, snaps och liknande.<sup>47</sup> Samtidigt redovisades i undersökningen att endast 8 procent uppfattade beteckningen som ett varumärke för varor från ett visst företag, medan 71 procent betraktade densamma som allmänt beskrivande. PBR ansåg med anledning härav att kännetecknet inte kunde anses som inarbetat.

Ett annat exempel är registreringsärendet avseende varumärket *SAF* där invändaren, Svenska Arbetsgivareföreningen, yrkade upphävande av registreringen p.g.a. märkets förväxlingsbarhet med det egna väl ansedda kännetecknet *SAF*.<sup>48</sup> Av den marknadsundersökning som Varumärkesnämnden hade låtit utföra framgick att 63 procent av de tillfrågade spontant kände till *SAF* som ett kännetecken för Svenska Arbetsgivarföreningen, och att så gott som samtliga övriga intervjuade kunde göra samma bedömning efter hjälpt erinran. Dessa uppgifter ansågs styrka invändarens påstående att *SAF* var ett väl ansett kännetecken.

Vid utstyrselregistreringen av GB Glace AB:s *glasstårta* framgick av en undersökning att 95,1 procent av de tillfrågade kände igen bilden på glasstårtan, att ca 80 procent identifierade sökanden som tillverkare, och att mer än 60 procent kände till det varumärke under vilket glasstårtan salufördes.<sup>49</sup> Dessa uppgifter ansågs, tillsammans med indirekt bevisning, styrka förvärvat särskiljningsförmåga. Den omständigheten att 80 procent av de intervjuade uppfattade det s.k. Gripsholmsmönstret som Hästens sängar AB:s kännetecken för *Hästens Sängar*, visade tillsammans med indirekt bevisning att rutmönstret hade förvärvat särskiljningsförmåga.<sup>50</sup> I registreringsärendet avseende figurmärket *Företagspaket* visade den återopade undersökningen att 80 procent av de tillfrågade förknippade ordet *företagspaket* med sökandebolaget, och att en majoritet av dessa uppfattade kännetecknet som ett varumärke.<sup>51</sup> Även i detta mål ansågs inarbetning föreligga.

<sup>46</sup> PBR 97-778, avgjord 1999-09-07.

<sup>47</sup> PBR 94-845, avgjord 1996-05-06.

<sup>48</sup> RÅ 2001 ref. 14 I.

<sup>49</sup> PBR 02-113, avgjord 2004-06-24.

<sup>50</sup> PBR 98-236, avgjord 1999-04-06.

<sup>51</sup> PBR 00-424, avgjord 2002-04-18.

Av målet angående registrering av *Patentdagen* för en utbildningsdag arrangerad av patentbyrån Groth & Co. KB, framgår att Varumärkesnämndens rekommendation om kännedom hos en tredjedel av omsättningskretsen inte gäller undantagslöst.<sup>52</sup> Av domskälen kan utläsas att en betydligt högre kännedom krävs för inarbetning när omsättningskretsen består av en snäv och särskilt informerad grupp. Den i målet åberopade undersökningen hade riktats till företag och personer som kunde anses ha särskilt stor anledning att hålla sig väl informerade om vad som förekommer i fråga om utbildning, information m.m. på patentområdet. Trots att 46 procent av de tillfrågade uppfattade Patentdagen som ett namn för ett bestämt evenemang, ansåg PBR att kännetecknet inte kunde anses tillräckligt känt.

PBR har i ett fall gått längre än Varumärkesnämnden och i fråga om allmänt beskrivande beteckningar, ställt som inarbetningskrav att de som uppfattar kännetecknet som ett varumärke dessutom skall kunna ge en närmare precisering av produkten i sig.<sup>53</sup> PBR anförde i domskälen att det av den åberopade undersökningen framgick att endast 21 procent av de tillfrågade kunde ange att figurmärket *Svenska Nubbar* användes på en produkt som avsåg småflaskor innehållande olika sorters sprit. Kännedomen ansågs därmed inte tillräcklig.

*4.2.2 Marknadsundersökningars tillförlitlighet.* Av registreringspraxis framgår att marknadsundersökningars trovärdighet underkastas en självständig prövning. Omständigheter som påverkar tillförlitligheten av undersökningar är formuleringen av undersökningens syfte, valet av målpopulation, urval och undersökningsområde samt undersökningsfrågornas formulering. Brister i dessa har i praxis medfört att marknadsundersökningen har underkänts i sin helhet.

*a) Beskrivning av marknadsundersökningens syfte.* Det framgår av åtskilliga mål att marknadsundersökningar inte tillmäts bevisvärde om de inte har syftat till att undersöka just uppfattningen av kännetecknet som ett varumärke. I registreringsärendet avseende den s.k. *Thorsman-pluggen* ansökte företaget Thorsman & Co. AB om registrering av skruvpluggar i olika färger.<sup>54</sup> Bolaget hävdade att varje färg fungerade som kännetecknet och identifikationsmedel för en plugg av en viss storlek samt att denna färgkod hade inarbetats. Till styrkande av detta åberopades bl.a. ett uttalande från Varumärkesnämnden som baserades på en marknadsundersökning. PBR, vilkens bedömning fastställdes av RegR, anförde att utlåtandet hade ett begränsat bevisvärde. En anledning till detta var att marknadsundersökningen uttryckligen syftade till att utreda huruvida en viss använd färgkombination hade inarbetats. Utlåtandet och undersökningen ansågs ta sikte på kännedomen om färgkoden som sådan, och inte på kännedomen av var och en av de aktuella färgerna som kännetecknet för skruvpluggar av en viss storlek.

<sup>52</sup> PBR 96-833, avgjord 1999-02-12.

<sup>53</sup> PBR 97-435, avgjord 1998-02-20.

<sup>54</sup> RÅ 2000 ref. 62 II.

En liknande brist förelåg i de marknadsundersökningar som återopades av AB Estrella i registreringsärenden avseende figurmärkena *Jordnöts Ringar* och *Jordnötsringar*, samt av August Storck KG för registrering av *förpackningarna för Toffifee och Werther's Original*.<sup>55</sup> Undersökningarna syftade till att visa kännedom om de produkter som marknadsfördes och såldes under respektive kännetecken. PBR tillmätte inte undersökningarna något bevisvärde med hänvisning till att de inte gav något besked om i vilken omfattning användningen har medfört att omsättningskretsen numera uppfattar figurmärkena respektive förpackningarna som kännetecken för bolagens produkter.

Conoco JET Nordic AB ansökte om registrering av färgerna *gul* och *blå* avsedda för bensin respektive bensinstationstjänster, men nekades.<sup>56</sup> Företaget återopade bl.a. en marknadsundersökning enligt vilken 70 procent av den svenska befolkningen i åldrarna 16–75 år kände till företaget. Det framgick vidare att bolaget, i fråga om helhetsbetyg, placerade sig som nummer två av de åtta bolag som omfattades av undersökningen. Företaget menade att det är ett rimligt antagande, mot bakgrund av den breda kännedomen om bolaget i omsättningskretsen, att de sökta färgerna associeras med företaget och dess tjänster. Av den återopade undersökningen framgick att den var en s.k. imageundersökning som syftade till att kartlägga hur svenska storföretag upplevdes av svenska konsumenter. PBR anförde att marknadsundersökningen tog sikte på kännedomen och uppfattningen om företagen som sådana, men inte befattade sig med företagens känneteckensanvändning. I undersökningen hade det således inte ställts några frågor om hur de aktuella färgmärkena uppfattades av de tillfrågade, varför det inte gick att av undersökningen dra några slutsatser avseende omsättningskretsens kännedom om de två färgnyanserna.

b) *Val av målpopulation och undersökningsområde*. I ett ärende som gällde registrering av utstyrelsen avseende *byggnadsställningar av metall*, hade marknadsundersökningen begränsats till företag som på något sätt arbetade med byggnadsställningar av stål och eller aluminium.<sup>57</sup> PBR ansåg emellertid att omsättningskretsen var betydligt vidare och avsåg alla som efterfrågade eller kunde tänka sig efterfråga byggnadsställningar av metall. PBR anförde att undersökningen inte kunde anses ge ett rättvisande resultat med hänsyn till det alltför begränsade urvalet.

På samma sätt nekades Kraft Foods Schweiz Holding AG registrering av *Toblerones kilformade chokladförpackning*.<sup>58</sup> Den undersökta kretsen hade i den återopade undersökningen definierats som den svenska allmänheten i åldrarna 15–50 år. PBR uttalade att redan den omständigheten att alla personer som var äldre än 50 år hade uteslutits, innebar att det av undersökningen inte gick att dra någon säker slutsats om omsättningskretsens uppfattning av förpackningen.

<sup>55</sup> PBR 99-277 och 99-276, avgjorda 2000-12-21, samt PBR 02-011 och 02-012, avgjorda 2003-09-19.

<sup>56</sup> PBR 01-360 och 01-361, avgjorda 2002-12-20.

<sup>57</sup> PBR 01-412, avgjord 2003-05-08.

<sup>58</sup> PBR 02-236, avgjord 2004-06-29.

Samma bedömning gjordes i det ovan nämnda målet angående *Patentdagen*.<sup>59</sup> Enligt PBR var bevisningen inte tillförlitlig, eftersom den för undersökningen valda omsättningskretsen, företag och personer med särskilt stor kunskap om utbildning, information m.m. på patentområdet, var alltför snäv. PBR godtog inte heller den undersökning som åberopades till styrkande av inarbetning av *Exquisite Form* för damunderkläder, eftersom den hade riktats endast till inköpsansvariga på företag som saluförde damunderkläder.<sup>60</sup>

Av målet angående varumärket *Noga Utvalt* kan utläsas vikten av att marknadsundersökningen innehåller en utförlig beskrivning av undersökningskretsen.<sup>61</sup> I den åberopade undersökningen redovisades hur många procent av olika butikskedjors kunder som kände till beteckningen *Noga Utvalt*. Det framgick däremot inte hur många av de tillfrågade som var kunder i respektive butikskedja. Med anledning härav ansåg PBR att undersökningen inte kunde ge ett säkert underlag beträffande kännetecknets kännedomgrad.

I målet angående registrering av Druvan AB:s *senapsflaska* underströk PBR vikten av noggrannhet även i fråga om val av det geografiska område inom vilket undersökningen skall genomföras.<sup>62</sup> Sökandebolaget hade i ett tidigare in-trångsmål åberopat marknadsundersökningar som visade att flaskan hade gjorts känd inom en betydande del av omsättningskretsen i södra, västra och mellersta Skåne, vilket var det område som omfattades av undersökningen. Bolaget åberopade inte undersökningarna i registreringsärendet. PBR anförde att även om undersökningarna hade åberopats som bevis för flaskans inarbetning, hade de inte föranlett slutsatsen att flaskan hade förvärvat särskiljningsförmåga eftersom det undersökta området var alltför litet.

c) *Undersökningsfrågornas formulering.* I åtskilliga fall har de åberopade marknadsundersökningarna inte bedömts tillförlitliga med hänsyn till att undersökningsfrågorna har varit ledande, eller inte har utformats som en renodlad varumärkesfråga, d.v.s. inte avsett huruvida de tillfrågade uppfattar kännetecknet som just ett varumärke. I *Whiskas*-målet ansåg PBR att färgen djuplila inte hade inarbetats som ett kännetecken för kattmat tillverkad av företaget Mars Inc.<sup>63</sup> Enligt undersökningen svarade 27 procent av de tillfrågade *Whiskas* på följande fråga:

Vilken/vilka djurmatsprodukter/varumärken förknippar du med färgen djuplila?

När de intervjuade fick veta att det rörde sig om kattmatsprodukter, kunde 39 procent av de tillfrågade förknippa färgen djuplila med varumärket *Whiskas*. Enligt PBR behöver inte den omständigheten, att det i omsättningskretsen finns en kunskap om att en näringsidkare använder en viss färg i något avseende, innebära att färgen i sig också uppfattas som ett kännetecken. Det anges vidare i

<sup>59</sup> PBR 96-833, avgjord 1999-02-12.

<sup>60</sup> PBR 00-300, avgjord 2001-02-26.

<sup>61</sup> PBR 97-738, avgjord 2000-06-13.

<sup>62</sup> PBR 01-201, avgjord 2002-12-18.

<sup>63</sup> PBR 02-426, avgjord 2005-01-25.

domskälen, att hjälpinformationen i undersökningen i alltför hög grad inbjuder till ett svar som sätter färgen i samband med varorna. Enligt PBR kunde endast en fråga i undersökningen ha relevans för bedömningen. Frågan löd:

Vilken/vilka produkter/varumärken förknippar du med färgen djuplila?

På denna fråga svarade ca 50 procent *Löfbergs Lila* medan 0 procent svarade *Whiskas*.

PBR gjorde en identisk bedömning av de marknadsundersökningar som åberopades i registreringsärendet avseende det blå *Bankomat*-märket.<sup>64</sup> Rätten uttalade att en fråga som avser ett företags användning av en viss färg, inte kan läggas till grund för några slutsatser angående inarbetsprövningen. Den fråga PBR åsyftade med detta uttalande var dessutom ledande. Frågan var följande:

Om jag säger att den här färgen används i samband med något som har med pengar att göra, vad kommer du att tänka på då?

I registreringsärendet avseende varumärket *Sprättägg* åberopades en marknadsundersökning som tillmättes ett tämligen svagt bevisvärde med hänsyn till frågornas ledande karaktär.<sup>65</sup> Den inledande frågan i undersökningen löd:

Vilka varumärken, d.v.s. namn, på hönsägg som man köper i butik känner du till?

I registreringsärendet avseende varumärket *Företagspaket Utrikes* åberopade Posten AB två marknadsundersökningar till styrkande av kännetecknets särskiljningsförmåga.<sup>66</sup> Den ena undersökningen visade att 94 procent av de tillfrågade företagen kände till varumärket *Företagspaket*. Enligt den andra undersökningen visste 81 procent av de intervjuade att tjänsten *Företagspaket* såldes av Posten AB. Ingen av undersökningarna kunde dock tillmätas något större bevisvärde, eftersom samtliga ställda frågor bedömdes i hög grad ledande. I undersökningarna ställdes följande frågor:

Hur väl känner du till varumärket *Företagspaket*? Jag ber dig använda en skala mellan 1 och 5 där 1 betyder att du aldrig hört talas om det, och 5 att du känner till det mycket väl.

Vilket företag är det som säljer tjänsten *företagspaket*?

Till dem som inte spontant svarade Posten på den sistnämnda frågan ställdes följande fråga med hjälpt erinran:

Om jag säger att det är posten som står bakom *Företagspaket*, är detta något du känner igen sedan tidigare?

<sup>64</sup> PBR 01-406, avgjord 2004-10-07.

<sup>65</sup> PBR 03-041, avgjord 2004-01-14.

<sup>66</sup> PBR 96-346, avgjord 1999-02-25.

I flera mål understryker PBR vikten av att marknadsundersökningen måste innehålla en varumärkesfråga och att denna måste formuleras korrekt. I den marknadsundersökning som åberopades i *Hälsofil*-målet ställdes frågan:

Vilka sorters filmjolk känner du till, även om det bara är till namnet?<sup>67</sup>

Enligt PBR tog frågan sikte på kännedom om olika typer av filmjolk, och inte på de tillfrågades uppfattning om beteckningen *Hälsofil* som ett varumärke. Rätten uttalade i ett annat mål att undersökningsresultat som byggde på en fråga om kännedom om Asea Skandia, inte kan tas till intäkt för de tillfrågades uppfattning om beteckningen *Elektroskandia*.<sup>68</sup> På samma sätt kunde undersökningsresultat baserade på frågan hur många som hade spelat på hästar det senaste året, inte läggas till grund för en bedömning av inarbetning av figurmärket *Vinnare & Plats ATG*.<sup>69</sup>

d) *Omständigheter hänförliga till åberopande part*. Emellanåt beror den omständighet att en marknadsundersökning inte tas i beaktande av PBR inte på undersökningen i sig, utan snarare på förhållanden som kan hänföras till den åberopande parten. I målet beträffande märket *Duro-Tak* avseende en sorts tapetklistre åberopade företaget Duro Sweden AB endast en sammanfattning av en genomförd undersökning.<sup>70</sup> Av sammanfattningen framgick dock inte klart hur kretsen av intervjuade personer var sammansatt och inte heller hur undersökningen hade genomförts.

I ett mål gällande upphävande av registreringen av *Kexchoklad* åberopade användaren, Cloetta AB, en skrivelse från ett marknadsundersökningsföretag.<sup>71</sup> Av skrivelsen framgick att företaget tidigare hade genomfört en marknadsundersökning för Cloetta AB, av vilken det framgick att 85 procent av dem som kände till kexchoklad som märke på choklad och chokladbitar, angav att det märke eller tillverkare de avsåg var Cloetta. Skrivelsen innehöll däremot inga uppgifter om hur undersökningen hade genomförts och vilken krets den hade riktats till.

Registreringsärendet avseende märket *Barclay* för cigaretter visar att det kan vara en god idé att åberopa en marknadsundersökning, trots att den har ett svagt bevisvärde, i vart fall om undersökningen utgör den enda bevisningen för att kännetecknet har inarbetats.<sup>72</sup> Sökandebolaget anförde i sin sakframställan att det aktuella märket var, enligt en marknadsundersökning, ett av de cigarettmärken som syntes mest i tobaksreklamen i Sverige. Bolaget åberopade dock inte undersökningen som bevisning, utan hänvisade enbart till denna i sin argumentation. PBR lämnade överklagan utan bifall. Av intresse är att bolaget inte åberopade någon annan bevisning, varför det inte kan uteslutas att målet hade fått

<sup>67</sup> PBR 97-523, avgjord 1999-02-23.

<sup>68</sup> PBR 99-044, avgjord 2002-06-24.

<sup>69</sup> PBR 98-020, avgjord 1999-04-27.

<sup>70</sup> PBR 01-084, avgjord 2002-03-04.

<sup>71</sup> PBR 99-028, avgjord 2000-03-14.

<sup>72</sup> PBR 02-065, avgjord 2005-01-26.

en annan utgång om marknadsundersökningen hade åberopats, beroende på vilka uppgifter som kunde utläsas av undersökningen.

*4.3 Marknadsundersökningar i intrångsmål. 4.3.1 Marknadsundersökningar avseende inarbetning.* I *El Molino*-målet väckte V&S Vin & Sprit AB talan mot Bodegas Olarra S.A. för intrång i kännetecknet *El Molino*, och gjorde därvid gällande att varumärket hade inarbetats för vin i allmänhet, alternativt vin från Spanien.<sup>73</sup> Bolaget yrkade att domstolen skulle meddela ett vitesförbud för att hindra Bodegas Olarra S.A. från fortsatt intrång. Svaranden invände att V&S Vin & Sprit AB inte hade ensamrätt till det omtvistade kännetecknet, eftersom märket inte hade inarbetats.

V&S Vin & Sprit AB åberopade en marknadsundersökning i syfte att visa inarbetning av kännetecknet *El Molino*. Omsättningskretsen omfattade, enligt undersökningen, konsumenter i åldrarna 18–74 år som drack vin. Domstolen godkände denna begränsning och anförde att ”det får antas att kännedomen om *El Molino* i vart fall inte är mindre [bland distributörer och branschfolk,] än bland de slutliga konsumenterna.” När det gäller den åldersmässiga avgränsningen konstaterade domstolen, utan närmare motivering, att begränsningen saknade nämnvärd betydelse.

Undersökningens inledande fråga löd:

Känner du till eller har du hört talas om en vara som säljs under beteckningen *El Molino*?

Till dem som besvarade frågan jakande ställdes följdfrågan:

Kan du säga vad det är för vara?

Till dem som besvarade den inledande frågan nekande ställdes följande fråga med hjälpt erinran:

*El Molino* är en slags dryck. Känner du till vilket slags dryck det är?

De som inte svarade vin på denna fråga fick ytterligare hjälp i frågan:

*El Molino* är ett varumärke för ett slags vin. Känner du till eller har du hört talas om *El Molino*?

Av undersökningen framgick att 21 procent av dem som drack vin minst en gång i kvartalet, kände till eller hade hört talas om ett vin som såldes under beteckningen *El Molino*. Utan de två nämnda hjälpfrågorna förelåg kännedom i denna grupp hos enbart 9 procent. Kännedomen var 25 procent (11 procent utan hjälpfrågor) bland dem som drack vin minst en gång i månaden, och 35

<sup>73</sup> Svea HovR T 1792-96, avgjord 1997-06-02.

procent (18 procent utan hjälpfrågor) bland dem som drack vin minst en gång i veckan.

Kännedomen var enligt undersökningen något högre bland dem som drack spanskt vin. Av de tillfrågade som drack sådant vin minst en gång i kvartalet, kände 30 procent till vinet *El Molino* (14 procent utan hjälpfrågor). Motsvarande siffra var 38 procent (20 procent utan hjälpfrågor) bland dem som drack spanskt vin minst en gång i månaden, och 49 procent (24 procent utan hjälpfrågor) bland dem som drack sådant vin minst en gång i veckan.

Domstolen ansåg, med hänvisning till vinets ställning på marknaden och undersökningsresultatet, att *El Molino* hade inarbetats för spanska viner. Den omständigheten att domstolen godtog den relativt låga kännedomsgrad som framgick av undersökningen utvecklades i domskälen med att ”gränsen för att inarbetning skall ha uppnåtts [...] måste sättas lägre på en marknad där det förekommer så exceptionellt många varumärken som när det gäller vin.”

I en mellandom som avsåg ensamrätten till en *senapsflaska* tillverkad av plast återopade käranden två marknadsundersökningar i syfte att styrka inarbetning i södra, västra och mellersta Skåne.<sup>74</sup> Flaskan användes för en senapsort benämnd Hultbergs Senap. Den ena undersökningen genomfördes genom en mätning av vilka varor som har registrerats via streckkod i kassorna hos utvalda butiker. Denna undersökning visade att kärandens andel av den totala marknaden för senap i plastflaskor uppgick till 78,9 procent i det undersökta området under undersökningsperioden. Den andra undersökningen genomfördes genom en konsumentpanel och avsåg de deltagandes inköp av senap i alla typer av förpackningar. Enligt denna undersökning uppgick kärandens marknadsandel till 53,8 procent, medan svarandens andel uppgick till 10,3 procent.

Marknadsundersökningarna ansågs, enligt domstolen, visa att senapsflaskan innehade en avsevärd andel av senapsmarknaden i det undersökta området. Domstolen anförde vidare att denna höga marknadsandel, med hänsyn till den mångfald senapssorter som saluförs i regionen, rimligtvis inte kan tolkas på annat sätt än att flaskan för marknaden är känd som beteckning för Hultbergs senap. Käranden tillerkändes sålunda ensamrätt till plastflaskan p.g.a. inarbetning.

Ytterligare ett intrångsmål där marknadsundersökningar fick betydelse för varumärkes inarbetning berörde V&S Vin & Sprit AB:s användning av kännetecknet *Jägarbrännvin* för en sorts spritdryck.<sup>75</sup> Kärande i målet, MAST-Jägermeister Aktiengesellschaft, gjorde gällande att detta utgjorde ett intrång i bolagets registrerade varumärken *Jäger* och *Jägermeister*. Registreringen avsåg alkoholhaltiga drycker och öl. Bolaget anförde att dessa varumärken dessutom var inarbetade och väl ansedda och att de därmed åtnjöt ett särskilt stort skydd mot förväxlingsbara kännetecken.

Av de undersökningar som käranden återopade framgick att 40 procent av intervjuobjekten spontant förknippade ordet *Jäger* med produkten *Jägermeister*

<sup>74</sup> HovR:n över Skåne och Blekinge T 106-97, avgjord 1998-03-05. HD beslutade att inte meddela prövningstillstånd 1998-06-02.

<sup>75</sup> NJA 2003 s. 163.

eller med spritdrycker och alkoholhaltiga drycker i allmänhet. Efter hjälpt erinran förelåg denna association hos 72 procent av de tillfrågade. När det gällde ordet *Jägermeister* förelåg motsvarande kännedom hos 74 procent (84 procent efter hjälpt erinran) av de tillfrågade.

Domstolen anförde, med hänvisning till VML:s förarbeten och varumärkesdirektivet, att förväxlingsrisken måste bedömas mot bakgrund av samtliga föreliggande omständigheter, särskilt i hur hög grad märket är känt på marknaden, den association som märket framkallar, märkeslikhet och varuslagslikhet. Därefter fastställdes att varumärken med särskilt hög särskiljningsförmåga, enligt EGD:s praxis, åtnjuter ett mer omfattande skydd än varumärken med lägre distinktivitet. Domstolen uttalade vidare att detta skall beaktas vid bedömningen av huruvida märkes- och varuslagslikheten är tillräckligt stor för att förväxlingsrisk skall anses föreligga. Därefter fastställdes att de åberopade undersökningarna visade att varumärkena *Jäger* och *Jägermeister* var inarbetade som kännetecken för spritdrycker, och att de dessutom hade förvärvat en betydande särskiljningsförmåga. De tillerkändes sålunda ett särskilt omfattande skydd, vilket kom till uttryck genom en tämligen generös bedömning av märkeslikhetsfrågan.

*4.3.2 Marknadsundersökningar avseende förväxlingsbarhet.* I intrångsmålet mellan AB Svenska Smör, kärande, och Van den Bergh Foods AB, svarande, gjordes gällande att svarandens produkt benämnt *Så Gott* är förväxlingsbart med kärandens registrerade varumärke *Bregott*.<sup>76</sup> Svaranden åberopade en marknadsundersökning till stöd för sitt påstående att någon förväxling inte förelåg.

Undersökningen inleddes med att en bild på den av svaranden använda förpackningen visades upp för intervjuobjekten. Därefter ställdes frågan:

Vad kommer du att tänka på när du ser namnet på den här produkten?

Till de intervjuobjekt som inte svarade *Bregott* ställdes frågan om de kom att tänka på något mer. De som inte svarade *Bregott* på denna fråga heller fick ännu en gång frågan om de kom att tänka på något mer. Därefter ställdes frågan:

Varför kommer du att tänka på *Bregott*?

Av undersökningsresultatet framgick att 52 procent av intervjuobjekten kom att tänka på *Bregott* efter att ha sett *Så Gott*-förpackningen. Bland dessa angav 38 procent att orsaken härtill var likhet mellan orden *Bregott* och *Så Gott*.

TR:n inledde sin bedömning med en jämförelse mellan de två beteckningarna och anförde att de inte kunde anses förväxlingsbara på enbart denna grund, eftersom det gemensamma ordet ”gott” betraktades som en allmän beteckning. Inte heller förpackningarna kunde förorsaka förväxling, eftersom de skiljde sig åt avseende såväl färgsättning som dekor. Domstolen yttrade därefter att marknadsundersökningen visade att ”konsumenter i en köpsituation kan skilja mellan

<sup>76</sup> RH 1999:63.

Bregott och Så Gott”, och gav således ett starkt stöd för uppfattningen att någon förväxlingsrisk inte förelåg. I HovR:n yrkade AB Svenska Smör inhämtande av EGD:s förhandsavgörande avseende tolkning av varumärkesdirektivet. HovR:n avslog yrkandet i den del det avsåg marknadsundersökningen, med motivering- en att bedömning av denna är en bevisvärderingsfråga som får besvaras i enlighet med sedvanliga regler härom.

I ett annat mål där en s.k. förväxlingsundersökning åberopades, gjorde domstolarna en annan bedömning avseende undersökningens bevisvärde. V&S Vin & Sprit AB väckte talan mot J&J Nordic AB med hänvisning till att det senare bolaget, på vodkaflaskor använde sig av etiketter med namn och bild på den historiska personen *L.O. Smith*, samt benämningen *Brännvinskungen*.<sup>77</sup> Käranden hade registrerat ett sigill med ett porträtt av *L.O. Smith*, och gjorde gällande ensamrätt till ordmärkena *L.O. Smith* och *Brännvinskungen* genom inarbetning. Grunden för talan var att svarandens förfarande medförde en risk för förväxling med bolagets produkt *Absolut*, eftersom de ifrågavarande märkena användes på *Absolut* flaskor.

Käranden åberopade en förväxlingsundersökning som bl.a. visade att 98 procent av den svenska allmänheten förknippade ordet *Absolut* med vodka eller sprit. Av detta kunde, enligt käranden, slutsatsen dras att ordmärkena *L.O. Smith* och *Brännvinskungen* var inarbetade, eftersom de marknadsfördes i samma utsträckning som *Absolut*. Undersökningen visade vidare att 50 procent av de tillfrågade ansåg det mycket eller ganska troligt att det förelåg ett samband mellan tillverkaren och försäljaren av *Absolut*, och producenten av J&J Nordic AB:s vodka. Projektledaren för undersökningen hördes som vittne i målet. Av förhöret framgick att undersökningen inte kunde betraktas som representativ, eftersom den hade genomförts genom s.k. torgintervjuer i tre städer. Vittnet uttalade vidare att undersökningen inte kunde anses visa inarbetning av ordmärkena, eftersom den inte innehöll någon fråga om varför de tillfrågade såg ett samband mellan de två produkterna. Domstolen fäste, med hänsyn till vad vittnet hade anfört, inget avseende vid undersökningen.

Käranden åberopade ytterligare en undersökning som genomfördes genom telefonintervjuer med bartenders eller ansvariga för alkohol, på ett urval av restauranger spridda i Sverige. Undersökningens syfte beskrevs som en granskning av vad de intervjuade kom att tänka på när de hörde namnet *L.O. Smith*. Av undersökningen framgick att tre fjärdedelar av de tillfrågade inte sammankopplade namnet med något. Däremot förknippade 22 procent av intervjuobjekten namnet med alkohol. Det framgick vidare att 5 procent av dessa kom att tänka på vodka, att lika stor andel av de tillfrågade tänkte på whisky och att 3 procent associerade till sprit eller alkohol.

Även svaranden åberopade en marknadsundersökning avseende samma intervjukrets, men genomförd i Göteborgs kommun. Undersökningen utfördes genom besöksintervjuer på slumpmässigt valda restauranger där den tillfrågade fick

<sup>77</sup> Göta HovR T 352-00, avgjord 2002-06-24. HD meddelade inte prövningstillstånd 2003-02-19.

se en bild på L.O. Smith, och därefter fick besvara frågan vem bilden föreställde. Undersökningen visade att enbart 1,7 procent förknippade bilden med sprit eller vodka, och att en lika liten andel av de tillfrågade sammankopplade bilden med Absolutflaskan. Detta talade enligt svaranden för att förväxlingsrisken var tämligen liten bland dem med särskilt stor kunskap om sprit, och torde vara ännu lägre bland allmänheten.

Domstolen anförde inledningsvis att förväxlingsbarhetsprövningen skall ske mot bakgrund av en helhetsbedömning i vilken ingår varumärkenas märkeslikhet, särskiljningsförmåga, inarbetning m.m. Det uttalades vidare att avgörande för prövningen är intrycket hos en normalt informerad, uppmärksam och upplyst konsument. Kärandens åberopade marknadsundersökningar kunde således inte ensamt läggas till grund för bedömningen. Förväxlingsprövningen grundades i stället på en jämförelse mellan etiketten och bilden på Absolutflaskan.

*4.3 Tendenser i praxis. 4.3.1 Erforderlig kännedomsggrad för inarbetning.* Av undersökt praxis framgår att Varumärkesnämndens riktlinjer för inarbetning har fått genomslag i praxis. Det står således klart att ett kännetecken anses ha förvärvat särskiljningsförmåga om minst en tredjedel av omsättningskretsen uppfattar det som ett varumärke för de produkter som bär märket. Omständigheter som enligt praxis motiverar en annan bedömning är att den krets som har en sådan kännedom inte kan anses representativ, exempelvis om omsättningskretsen är alltför begränsad, och att en betydande del av omsättningskretsen uppfattar kännetecknet som en allmän beteckning.<sup>78</sup>

De marknadsundersökningar som har åberopats i undersökta mål och ärenden visar i allmänhet en kännedomsggrad överstigande en tredjedel av omsättningskretsen med goda marginaler. *El Molino*-målet utgör emellertid ett undantag.<sup>79</sup> Kännedomen låg mellan 30 procent och 49 procent bland de tillfrågade som drack spanskt vin, och mellan 21 procent och 35 procent bland dem som drack vin i allmänhet. Den spontana kännedomen var betydligt lägre i båda grupperna. Trots detta ansågs kännedomen tillräcklig med motiveringen att ”gränsen för att inarbetning skall ha uppnåtts [...] måste sättas lägre på en marknad där det förekommer så exceptionellt många varumärken som när det gäller vin.” Ytterligare en omständighet som botade den låga kännedomsggraden var att vinet hade sålts i Sverige i femton år, och under många år legat på listan över de tio mest sålda vinerna i Sverige.

*4.3.2 Åberopande av marknadsundersökningar.* Efter genomgången av praxis kan det konstateras att åberopandet av marknadsundersökningar som bevismedel har blivit allt vanligare, åtminstone i samband med registreringsärenden. År 1995 åberopades sådana undersökningar i enbart två mål. Däremot har, i sex av de ärenden som har prövats fram till april 2005, någondera parten åberopat en marknadsundersökning. Dessa fall utgör emellertid en liten andel av registre-

<sup>78</sup> Se t.ex. PBR 01-412, avgjord 2003-05-08 och PBR 94-845, avgjord 1996-05-06.

<sup>79</sup> Svea HovR T 1792-96, avgjord 1997-06-02.

ringsärenden och intrångsmål. Mellan åren 2000 och 2004 prövade PBR 1 299 varumärkesärenden.<sup>80</sup> Bland dessa mål åberopades marknadsundersökningar i enbart 35 fall. I varumärkesrättsliga mål och ärenden består således bevismaterialet till övervägande del av indirekt bevisning.

Det finns vidare en klar diskrepans vad gäller åberopande av marknadsundersökningar i intrångsmål och registreringsärenden. I de förra fallen har jag således funnit endast fem fall där någon av parterna har åberopat en marknadsundersökning, medan motsvarande siffra för registreringsfallen är 67.

*4.3.3 Analys av marknadsundersökningar i domskäl.* Marknadsundersökningar granskas och kommenteras mycket sällan i domskäl. I allmänhet redogör instanserna enbart för undersökningsresultaten, och i vissa fall även för hur många undersökningen har riktats till samt hur den har genomförts.<sup>81</sup> Domslut och beslut motiveras vanligtvis med att bevisemat har/inte har styrkts av vad som har framkommit i målet.<sup>82</sup> Det framgår däremot inte varför instansen har valt respektive inte har valt att godta resultaten från en åberopad undersökning.

Bristen på en närmare analys av undersökningar i domskäl är särskilt påtaglig i allmänna domstolar. I endast ett av de undersökta rättsfallen har domstolen kommenterat den åberopade undersökningen.<sup>83</sup> I målet omfattade dock prövningen enbart undersökningskretsen. Det är märkligt att domstolen inte ägnade någon uppmärksamhet åt undersökningsfrågornas formulering. Enligt min mening borde en av de hjälpfrågor som ställdes i undersökningen ha betraktats som ledande, eftersom den klargjorde för de tillfrågade att föremålet för undersökningen var ett varumärke, och dessutom vilken typ av produkt varumärket avsåg. Hjälpfrågan löd:

El Molino är ett varumärke för ett slags vin. Känner du till eller har du hört talas om El Molino?

Frågan kan jämföras med de hjälpfrågor som ställdes i den marknadsundersökning som åberopades i *Whiskas*-målet:

Vilken/vilka djurmatsprodukter/varumärken förknippar du med färgen djuplila?  
Vilken/vilka kattmatsprodukter/varumärken förknippar du med färgen djuplila?<sup>84</sup>

PBR betraktade frågorna som ledande med hänsyn till att hjälpinformationen avslöjade produkten, och inbjöd därmed till svar som satte det aktuella kännetecknet i samband med produkterna. I samband med registreringsärenden har det däremot, sedan år 1998, blivit allt vanligare att rätten prövar den åberopade

<sup>80</sup> PBR:s statistik, finns på <http://www.pbr.se/statistik.htm> 2005-05-20.

<sup>81</sup> Se t.ex. PBR 03-088, avgjord 2005-03-18.

<sup>82</sup> Se t.ex. PBR 02-408, avgjord 2005-04-18.

<sup>83</sup> Svea HovR T 1792-96, avgjord 1997-06-02.

<sup>84</sup> PBR 02-426, avgjord 2005-01-25.

marknadsundersökningens representativitet och tillförlitlighet. Det är emellertid fortfarande relativt ovanligt att domskälen innehåller en mer detaljerad analys av den åberopade undersökningen. I de fall marknadsundersökningen har granskats, har rättens diskussion varit fokuserad på målpopulationen/omsättningskretsen,<sup>85</sup> undersökningsområdet,<sup>86</sup> undersökningens aktualitet,<sup>87</sup> frågornas formulering<sup>88</sup> och övriga metodfrågor.<sup>89</sup>

Det är sammanfattningsvis tydligt att marknadsundersökningar allt oftare underkastas en självständig prövning i samband med registreringsärenden, och särskilt i PBR. Granskningen är emellertid relativt ytlig, kortfattad och emellanåt begränsad till ett konstaterande att undersökningen kan, respektive inte kan, tillmätas något bevisvärde. Vägledande uttalanden i praxisskapande syfte ges däremot ytterst sällan.

## 5. Analys

*5.1 Marknadsundersökningars förhållande till indirekta bevismedel.* Den bevisning som i allmänhet läggs till grund för domar i varumärkesrättsliga mål är indirekt sådan, såsom uppgifter om marknadsandelar och nedlagda reklamkostnader. Detta väcker frågan om det föreligger en generell negativ inställning till marknadsundersökningar. Vid införandet av möjligheten till ensamrätt genom inarbetning, var utgångspunkten att inarbetningsfrågor skulle bedömas på grundval av indirekt bevisning, eftersom direkt sådan bedömdes som svår att förebibring.<sup>90</sup> I äldre praxis finns exempel på uttalanden att marknadsundersökningsresultat ”torde få bedömas som något mera otillförlitliga bevisfakta än sådana bevisfakta som antalet försålda varor, den totala försäljningssumman och reklamkostnaderna.”<sup>91</sup>

En sådan inställning kan vara motiverad med hänsyn till att marknadsundersökningsresultat i och för sig kan verifieras såsom fakta, men att en sådan kontroll inte kan ske i praktiken av tids- och kostnadsskäl. En kategorisk skepsis är emellertid enligt min uppfattning inte hållbar idag med hänsyn till att undersökningsmetoderna har utvecklats avsevärt sedan de nämnda yttrandena fälldes. Genomgången av praxis föranleder inte någon annan bedömning. Uppgifter om nedlagda reklamkostnader och andra investeringar innebär att vederbörande näringsidkare hyser stora förhoppningar för kännetecknets genomslagskraft. En stor marknadsandel och en avsevärd omsättning utgör vidare indikationer på att kännetecknet fyller en viss funktion på marknaden. Det måste dock understrykas att en näringsidkares förhoppningar inte säger något om hur övriga marknadsaktörer reagerar på kännetecknet i praktiken. Dessutom motsvarar verkligheten inte alltid ett företags förväntningar på ett affärsmässigt koncept. Det är

<sup>85</sup> Se t.ex. PBR 02-236, avgjord 2004-06-29.

<sup>86</sup> PBR 01-201, avgjord 2002-12-18.

<sup>87</sup> Se t.ex. RÅ 2000 ref. 62 II.

<sup>88</sup> Se t.ex. PBR 02-011, avgjord 2003-09-19 och PBR 02-426, avgjord 2005-01-25.

<sup>89</sup> Se t.ex. PBR 01-084, avgjord 2002-03-04.

<sup>90</sup> Prop. 1960:167 s. 57, SOU 1958:10 s. 223 f.

<sup>91</sup> Malmö TR T 1097-72, avgjord 1974-10-01.

vidare av intresse i sammanhanget att höga försäljningssiffror inte nödvändigtvis behöver ha ett direkt samband med kännetecknets särskiljande förmåga. Varje inköpstillfälle är en komplex process där flera omständigheter samverkar och påverkar köpesbeslutet. Dessa faktorer är såväl interna, d.v.s. hänförliga till konsumenten själv, som externa, t.ex. påverkan från en skicklig försäljare.

Min uppfattning är att en marknadsundersökning utgör det enda direkta bevismedel som kan ge en anvisning om hur ett kännetecken upplevs på marknaden. Enligt patenträttsrådet Per Carlsson, PBR, kan en marknadsundersökning i sig vara tillräcklig som bevis om inarbetning, så länge undersökningsresultatet kan betraktas som tillförlitligt.<sup>92</sup> Trots detta kan indirekt bevisning fylla en viktig funktion, åtminstone när undersökningen visar en kännedomsgrad närliggande en tredjedel av omsättningskretsen, genom att ge ytterligare stöd för en parts påstående om inarbetning.

*5.2 Marknadsundersökningars oumbärlighet.* Marknadsundersökningar kan ge ett konkret svar på den för inarbetning centrala frågan huruvida ett kännetecken uppfattas som ett varumärke inom en betydande del av omsättningskretsen i Sverige. Den omständigheten att inarbetning även kan styrkas med indirekt bevisning väcker frågan, om marknadsundersökningar över huvud taget är nödvändiga. Frågan kan utifrån ett empiriskt perspektiv besvaras nekande. Genomgången av praxis visar att marknadsundersökningar åberopas relativt sällan, och att åtskilliga mål och ärenden avgörs på grundval av övrig bevisning.

Mot detta kan till en början anföras att PBR på senare tid har gett uttryck för vikten och behovet av utredning som ger en omedelbar bild av omsättningskretsens vetskap och uppfattning. Det sagda tycks gälla åtminstone ärenden där övrig bevisning saknas, och där frågan gäller varumärken avseende produkter vilkas omsättningskrets till den största delen består av konsumenter. Detsamma gäller enligt Per Carlsson ärenden avseende tämligen beskrivande märken.<sup>93</sup>

Ett exempel på det sagda är det ovan refererade målet om Druvan AB:s senapsflaska.<sup>94</sup> Sökanden åberopade som enda bevisning en mellandom i en tidigare intrångsprocess. Av domen, som till stor del baserades på åberopade marknadsundersökningar, framgick att flaskan hade gjorts känd inom en betydande del av omsättningskretsen i södra, västra och mellersta Skåne. PBR konstaterade att sökanden inte hade åberopat någon särskild bevisning angående användningen av flaskan, inte ens de marknadsundersökningar som åberopades i intrångsmålet. Rätten anförde därefter att det geografiska område, där inarbetning hade skett enligt marknadsundersökningarna, var för litet för att flaskans utformning skulle anses ha förvärvat särskiljningsförmåga. Detta innebär att marknadsundersökningarna trots allt fick en viss betydelse för utgången tack vare mellandomens bevisverkan. I intrångsmålet hade även andra bevis åberopats, men dessa avsåg indirekt bevisning om den tidsperiod flaskan hade använts o.d. PBR valde

<sup>92</sup> Telefonintervju med Per Carlsson 2005-06-01.

<sup>93</sup> A. st.

<sup>94</sup> PBR 01-201, avgjord 2002-12-18.

dock att fästa avseende endast vid marknadsundersökningarna. Det är således högst sannolikt att utgången hade fallit till sökandens fördel om undersökningarna inte var behäftade med den geografiska begränsningen.

Ytterligare ett intressant uttalande från PBR återfinns i målet angående upphävande av varumärket *Kexchoklad*.<sup>95</sup> Invändaren åberopade bl.a. intyg från flera större grossistföretag till styrkande av sitt påstående att varumärket hade inarbetats för bolagets chokladprodukter. Rätten uttalade att intygen visserligen gav stöd för att kännetecknet hade inarbetats inom distributionsledet, men understök att den ifrågavarande produkten var en utpräglad konsumentprodukt. Med hänsyn därtill var det ”för bedömningen i målet främst av betydelse vilka slutsatser som kan dras av utredningen vad gäller allmänhetens uppfattning om beteckningens innebörd och karaktär.” En undersökning av de slutliga konsumenternas uppfattning hade således fått en avgörande betydelse för målets utgång.

I *Barclay*-målet bestod bevisningen av uppgifter om kännetecknets användning, omsättning och bolagets investeringar i marknadsföringsåtgärder.<sup>96</sup> PBR anförde att sökanden däremot ”inte åberopat någon utredning som [...] visar vilken marknadsandel de cigaretter har som tillhandahålls under märkena. [...] Än mindre har bolaget åberopat någon utredning – såsom marknadsundersökning eller branschintyg – som visar i vilken mån omsättningskretsen uppfattar märkesordet BARCLAY som kännetecknet för cigaretter.” Rätten bedömde således den indirekta bevisningen som otillräcklig. Det kan därför inte uteslutas att PBR hade avgjort målet till sökandens fördel om en marknadsundersökning som visade en tillräcklig märkeskännedom inom omsättningskretsen hade åberopats.

*5.3 Obenägenhet att åberopa marknadsundersökningar i intrångsmål.* Som har anförts tidigare är det mycket ovanligt att marknadsundersökningar åberopas i intrångsmål, jämfört med vad som är fallet i registreringsärenden. Det finns flera förklaringar till detta. Det kan till en början påpekas att det huvudsakliga motivet till inledande av en intrångsprocess är att på ett snabbt och effektivt sätt hindra fortsatt utnyttjande av förväxlingsbara kännetecknen, och därigenom skydda det egna varumärket mot ytterligare skada. Det är olämpligt att i en sådan situation avvakta med att väcka talan i väntan på en marknadsundersökning, eftersom genomförandet av en sådan är såväl tidskrävande som kostsam.

Ett annat skäl till obenägenheten att åberopa marknadsundersökningar i intrångsmål kan vara, att den juridiska förväxlingsbedömningen grundas på en prövning av samtliga föreliggande omständigheter i det enskilda fallet, varvid avsevärd betydelse tillmäts likhet i märke och varuslag. Detta innebär att ett känneteckens inarbetning är en av flera omständigheter som har betydelse för förväxlingsfrågan. Det framgår även med tydlighet av praxis, att det är utgången av märkeslikhets- och varuslagslikhetsbedömningen som är den näst intill avgörande faktorn för förväxlingsfrågan. I *Så Gott*-målet prövades sålunda i första

<sup>95</sup> PBR 99-028, avgjord 2000-03-14.

<sup>96</sup> PBR 02-065, avgjord 2005-01-26.

hand likheten mellan de två varumärkena och förpackningarna.<sup>97</sup> Först när denna prövning inte gav ett tillräckligt underlag för ett avgörande, valde domstolen att undersöka resultatet från den åberopade förväxlingsundersökningen. Ytterligare ett exempel är *L.O. Smith*-målet där domstolen inte fäste något avseende vid den åberopade undersökningen, utan grundade sitt avgörande på andra omständigheter i målet.<sup>98</sup> I *Jäger*-målet fick de åberopade marknadsundersökningarna avsevärd betydelse för förväxlingsbedömningen, eftersom de ifrågasvarande märkena ansågs, p.g.a. vad som framgick av undersökningsresultaten, inneha en särskilt hög särskiljningsförmåga. Tack vare marknadsundersökningarna tillerkändes således kärandens kännetecken ett särskilt starkt skydd mot förväxlingsbara märken.<sup>99</sup> Av domskälen kan emellertid inte utläsas att en ändring av rättsläget har varit avsedd. Med hänsyn till det sagda kan det inte med säkerhet hävdas att en inarbetnings- eller förväxlingsundersökning har någon nämnvärd inverkan på målets utgång.

*5.4 Marknadsundersökningars svagheter som bevismedel.* Jag nämnde ovan att marknadsundersökningar mycket sällan kommenteras i domskäl och att detta särskilt gäller de allmänna domstolarna. Frågan uppkommer vad denna brist beror på. En anledning är otvivelaktigt att åberopad bevisning vanligtvis inte består av endast marknadsundersökning, utan även av indirekt bevisning. Det är av denna anledning ett enkelt sätt för rätten att grunda domslutet på ”vad som har framkommit i målet”, och därigenom undgå att ta ställning till marknadsundersökningen i sig. Det skall vidare påpekas att juridisk sakkunniga har en tämligen begränsad undersökningsteknisk kunskap, och att granskningen av marknadsundersökningar av denna anledning i allmänhet inskränks till sådana förhållanden som kan ifrågasättas av en lekman.<sup>100</sup>

En bredare analys medför att det skapas en etablerad och enhetlig praxis kring marknadsundersökningar, vilken kan tjäna som vägledning vid bedömning av sådana undersökningars bevisvärde. Ytterligare en fördel är att den som vill beställa en marknadsundersökning erhåller en ökad kunskap om vilka krav som ställs på undersökningen för att betraktas som övertygande, och hur en part kan bemöta en undersökning som åberopas av motparten.

Med hänsyn till avsaknaden av en närmare granskning av marknadsundersökningar i praxis, är det svårt att bedöma vilket värde som har tillmätts dessa i förhållande till andra typer av bevismedel, och hur undersökningen i sig har värderats. Av befintlig praxis kan emellertid utläsas att avgörande för marknadsundersökningars bevisvärde är dess tillförlitlighet. Nedan diskuteras de faktorer som påverkar sådana undersökningars trovärdighet.

*a) Definiering av målpopulationen/omsättningskretsen.* Enligt 2 § 3 st. VML föreligger ensamrätt till ett icke registrerat kännetecken om det förebringas bevisning

<sup>97</sup> RH 1999:63.

<sup>98</sup> Göta HovR T 352-00, avgjord 2002-06-24.

<sup>99</sup> NJA 2003 s. 163.

<sup>100</sup> Telefonintervju med Per Carlsson 2005-06-01.

om att omsättningskretsen uppfattar detsamma som ett varumärke. Det sagda kan tyckas innebära ett krav på att kännedomen skall föreligga inom omsättningskretsen i dess helhet. Jag anförde emellertid tidigare att ett sådant krav inte kan inläsas i lagtexten, eftersom det är praktiskt ogenomförbart att mäta uppfattningen hos en grupp som i många fall omfattar den svenska befolkningen i sin helhet.

Denna omständighet ställer tämligen höga krav på definieringen av omsättningskretsen. Vid genomförande av en marknadsundersökning är det således av avgörande betydelse att målpopulationen, d.v.s. den krets som undersökningsresultatet avser, bestäms till en grupp som är representativ för omsättningskretsen i dess helhet vad gäller kön, ålder, bosättningsplats, samhällsklass m.m. Bristen i de undersökningar som i praxis har ansetts icke representativa har i allmänhet bestått i en alltför snäv definition av omsättningskretsen. Vid sidan av otillräcklig tillförlitlighet, kan en begränsad precisering av omsättningskretsen medföra ett krav på kännedom hos en större andel än vad som anses tillräckligt i normala fall.

Fastställande av omsättningskretsen är samtidigt det mest komplicerade steget för den som önskar genomföra en marknadsundersökning.<sup>101</sup> Om kretsen definieras så snävt det kan antas vara möjligt, utan att tillförlitligheten påverkas negativt, finns risken att undersökningen inte anses representativ. Ett exempel härpå är att omsättningskretsen identifieras utifrån beställarens kundlistor. Återkommande kunder har sannolikt en stor kännedom om kännetecknet. Detta medför, tillsammans med den omständigheten att det totala antalet intervjuobjekt blir relativt begränsat, att den kännedomsgrad som framgår av undersökningsresultatet inte kan sägas visa en rättvis bild av verkligheten. Om kretsen däremot bestäms till en större grupp, t.ex. alla som kan tänkas köpa den ifrågavarande varan minst en gång under sitt liv, kan en utspädning av omsättningskretsens kännedom uppstå med följden att undersökningsresultatet visar en lägre kännedomsgrad än vad som hade varit fallet om omsättningskretsen hade bestämts till den huvudsakliga kundkretsen. Trots dessa svårigheter, lyser vägledande uttalanden med sin frånvaro i praxis, varför det är omöjligt att bestämma omsättningskretsens korrekta storlek, d.v.s. det omfång som av rätten kommer att bedömas som godtagbar.

Det är vanskligt att i lag eller praxis fastslå exakta mått för omsättningskretsens storlek. Denna krets varierar kraftigt inom olika produkttyper och är dessutom föränderlig i den meningen att antalet märkesmedvetna personer ständigt ändras, men aldrig omfattar samtliga de personer till vilka kännetecknet riktas. Avgörande är i stället en avvägning mellan den omständigheten att inställningen hos varje enskild individ i omsättningskretsen inte kan fastställas, och en strävan att begränsa denna krets till så många personer att undersökningsresultatet ger en rättvisande bild av hur ett visst kännetecken uppfattas. Fördelarna med en etablerad marknadsundersökningspraxis utgör trots det anförda starka incitament

<sup>101</sup> Telefonintervju med Torbjörn Linde, jurist på Varumärkesnämnden 2005-04-29.

för domstolarna, att i domskälen ge en närmare motivering och vägledning angående omsättningskretsens storlek.

b) *Utformning av undersökningsfrågor.* Av praxis framgår att marknadsundersökningars trovärdighet påverkas även av undersökningsfrågornas formulering. Dessa måste utformas på ett sådant sätt att de kan läggas till grund för en bedömning av kännedomen av kännetecknet och inte den produkt som bär märket eller det företag som tillverkar produkten. Frågorna måste även vara neutrala och inte avslöja att föremålet för undersökningen är ett varumärke, eller för vilken typ av produkt kännetecknet används. Kännedomfrågan avseende produktslag kan lämpligen formuleras enligt följande:

[Vilken produkt] kommer du att tänka på när du ser den här bilden/produkten/förpackningen?<sup>102</sup>

Neutraliteten är särskilt viktig vid formulering av hjälpfrågor. Exempel på en objektiv sådan fråga är följande:

[Ordvarumärke] är en slags dryck. Vet du då vilken produkt det rör sig om?

När det sedan gäller varumärkesfrågan, d.v.s. frågan huruvida kännetecknet uppfattas som ett varumärke eller som en allmän beteckning, kan denna formuleras enligt följande:

Om du ber någon att köpa [ordvarumärke] åt dig, väntar du dig att

- a) alltid få en produkt från en viss tillverkare eller
- b) kan den komma från flera olika tillverkare?<sup>103</sup>

Ett alternativ är att formulera frågan på följande sätt:

Jag gör nu två påståenden, vilket av dem instämmer du i?

1. Det är en produkt som kommer från en viss tillverkare
2. Det är en produkt som kan komma från vilken tillverkare som helst.<sup>104</sup>

Även om ovan nämnda undersökningsfrågor kan tyckas förutsättningslösa, är det enligt min mening oundvikligt att marknadsundersökningar inte kan ge en obestriddlig sann bild av verkligheten. En orsak till detta är att intervjuobjektens reaktioner på ett visst kännetecken är begränsade till minnesbilden och påverkas dessutom av känslor. Med hänsyn härtill torde svaren i många fall avvika från de tillfrågades verkliga upplevelse.

<sup>102</sup> Se SFIR seminarium 2005-03-16, finns på <http://www.sfir.org/Information/Cederlund050316.pdf> 2005-05-04 och t.ex. den återopade marknadsundersökningen i NJA 2003 s. 163.

<sup>103</sup> SFIR seminarium 2005-03-16, finns på <http://www.sfir.org/Information/Cederlund050316.pdf> 2005-05-04.

<sup>104</sup> A. st.

c) *Val av undersökningsmetod.* Genomförande av en marknadsundersökning varierar i såväl kostnad som tidsåtgång beroende på vilken undersökningsmetod som används. Även om det ytterst avgörande för vilken metod som används är beställarens ekonomiska resurser, är det av vikt att påpeka att valet av undersökningsmetod får återverkningar på undersökningsresultatets trovärdighet.

När det gäller enkäter som intervjuobjektet själv administrerar, t.ex. post- och Internetenkäter, finns visserligen ingen risk för att den tillfrågade influeras av intervjuaren. En nackdel med denna typ av undersökningsmetod är dock att intervjusituationen inte kan kontrolleras. Respondenten har således möjlighet att diskutera frågorna med andra personer och påverkas av deras åsikter. Även om enkäten adresseras till en viss person, finns vidare möjligheten att den besvaras av t.ex. någon som delar hushåll med intervjuobjektet. Ytterligare en svaghet med denna undersökningsmetod är att det inte finns någon möjlighet att ställa hjälp- eller följdfrågor. Dessutom kan den tillfrågade se samtliga frågor i enkäten, vilket ökar risken för att beställaren eller undersökningsobjektet avslöjas och att svaren fräntas dess spontanitet.

Många av de nämnda riskerna kan elimineras genom användning av personliga intervjuer som sker genom besök eller per telefon. De positiva effekter som uppstår p.g.a. interaktionen mellan intervjuare och tillfrågad innebär emellertid att intervjuaren kan påverka avgivna svar genom att exempelvis använda ett visst tonfall.

Intervjuarens möjlighet att påverka undersökningsresultatet är ett problem även vid s.k. på-stan-intervjuer. Ytterligare en risk med denna undersökningsmetod är att urvalet kan bli skevt och sålunda icke representativt om intervjuaren inte arbetar i enlighet med ett förutbestämt urvalsschema. Anledningen härtill är att intervjuaren kan, avsiktligt eller omedvetet, välja ut intervjuobjekten på grundval av subjektiva värderingar.

Sammantaget innebär det sagda att samtliga undersökningsmetoder innehar någon grad av osäkerhet, eftersom undersökaren har stora möjligheter att utöva inflytande över de intervjuade och deras svar.

d) *Relationen mellan uppdragsgivare och undersökningsföretag.* En aspekt vid bedömning av marknadsundersökningars tillförlitlighet berör den omständigheten att sådana undersökningar utförs på avtalsrättslig grund mellan en uppdragsgivare, d.v.s. den som beställer en undersökning, och ett undersökningsföretag. Detta uppdragsförhållande ger avtalsparterna en frihet vad gäller val av omsättningskrets, undersökningsmetod frågornas formulering m.m. Med hänsyn härtill finns ett stort utrymme för den som önskar påvisa ett visst förhållande, att utöva inflytande över undersökningens utförande och därmed även över dess resultat. Dessa risker motverkas av ICC:s och ESOMAR:s internationella regler, vilka ställer krav bl.a. på att sådana undersökningar utförs objektivt. Dessa regler är emellertid endast bindande för de undersökningsföretag som är anslutna till organisationerna. Varumärkesnämnden anlitar enbart undersökningsföretag som är

anslutna till ICC eller ESOMAR.<sup>105</sup> Det är i övrigt osäkert huruvida detta gäller samtliga undersökningsföretag som bedriver verksamhet i Sverige, eller om det följer av branschpraxis att åtfölja uppförandekoderna.

*e) Domarens fria skön.* Den fria bevisvärderingen innebär att domare har att efter egen förmåga bedöma vilket bevisvärde som skall tillmätas de bevismedel som åberopas av parterna. Det är ofrånkomligt att denna prövning innefattar ett visst mått av domarens fria skön. Med hänsyn till detta kan det finnas en risk för att marknadsundersökningar bedöms på grundval av domarens egen uppfattning om det ifrågasatt kändetecknet. I ljuset av bristen på en närmare analys av marknadsundersökningar i praxis kan det inte uteslutas att undersökningar godtas och läggs till grund för domen när domarens uppfattning sammanfaller med undersökningsresultatet.

## 6. Avslutande kommentar

Marknadsundersökningar utgör, i egenskap av direkta bevismedel, värdefulla underlag för avgöranden i varumärkesrättsliga mål och ärenden. Av PBR:s senare praxis kan utläsas att marknadsundersökningar i många fall är nödvändiga för styrkande av inarbetning. Trots detta åberopas sådana undersökningar relativt sällan. En sannolik orsak här till är att tillförlitligheten hos en marknadsundersökning alltid kan ifrågasättas. En annan bidragande faktor är att bristen på detaljerade analyser och kommentarer i domskälen, medför en osäkerhet för parter i en tvist vad gäller marknadsundersökningars värde som bevismedel i praktiken.

Efter genomgången av praxis avseende de senaste tio åren kan konstateras att marknadsundersökningar sällan kommenteras i domskäl. Den omständigheten att marknadsundersökningar utgör direkta bevismedel påkallar en bredare analys i praxis. Ett hinder mot en sådan utveckling är att undersökningsresultat alltid kan styras i en riktning som motsvarar beställarens önskemål, samtidigt som det är tämligen svårt för domstolar att undersöka och upptäcka sådana illojala förfaranden. Trots detta är det önskvärt att domstolar ger mer utförliga och vägledande uttalanden i domskälen i en större utsträckning än vad som sker, åtminstone avseende sådana förhållanden som redan idag underkastas en tillförlitlighetsprövning. De allmänna domstolarna bör härvid följa PBR:s behandling av marknadsundersökningar. Härigenom kan en enhetlig praxis skapas kring marknadsundersökningar, vilket gynnar såväl domstolar som parter. Till dess bör en marknadsundersökning alltid kompletteras med indirekt bevisning.

<sup>105</sup> Telefonintervju med Torbjörn Linde, jurist på Varumärkesnämnden 2005-04-29.