

SKADESTÅND

enligt

marknadsföringslagen

När Akademin för Immaterial-, Marknadsförings- och Konkurrensrätt (IMK) arrangerade ett seminarium på Bird & Birds Stockholmskontor om ersättningsfrågor vid brott mot marknadsföringslagen var utgångspunkten Marknadsdomstolens dom från december 2013 i det sk Blöjmålet (MD 2013:19). I domen dömdes Procter & Gamble att betala drygt 4,8 miljoner kronor i skadestånd till SCA. Efter en genomgång av domarna i båda tingsrätten och Marknadsdomstolen berättade parternas ombud om hur de hade resonerat och hur de såg på domstolens dom, följt av en paneldiskussion.

Av David Johansson

David Johansson, doktorand vid Uppsala universitet, vars forskning inriktar sig på immaterialrättsliga ersättningsfrågor, inledde seminariet med att gå igenom Stockholms tingsrätts dom (T-11572-03) i skadeståndsmålet. Bakgrunden till tvisten var att Procter & Gamble (P&G) under den andra halvan av 2011 marknadsfört sin premiumblöja Pampers Active Fit i en mängd olika media, inklusive tidningar och tv. I sin marknadsföring påstod P&G bl.a. att ”8 av 10 föräldrar rekommenderar” den aktuella produkten. SCA stämde P&G och yrkade dels att marknadsföringen skulle förbjudas, dels att P&G skulle betala skadestånd till SCA.

Tingsrättens dom

Tingsrätten fann inledningsvis att marknadsföringen var vilseledande och otillbörlig. Påståen-

det om att åtta av tio föräldrar rekommenderade produkten byggde på en studie som befanns vara otillräcklig, bl a eftersom studien gjordes inom P&G:s egen kundklubb samt att det avgörande svarsalternativet var förkryssat. Inte heller asterixen med den tillhörande disclaimern var tillräcklig för att neutralisera det vilseledande påståendet. Eftersom reklambudskapet var kraftfullt fann domstolen transaktionstestet vara uppfyllt.

Domstolen gick sedan vidare till att döma i skadeståndsfrågan. Bedömningen skedde mot 37 § marknadsföringslagen, som innehåller en knapphändig avfattad ersättningsbestämelse. Tingsrätten gjorde en bedömning av kampanjens varaktighet och karaktär, med det tillhörande reklambudskapet, samtidigt som man slog fast att reklam och varumärkesimage har en mycket stor betydelse på den aktuella



marknaden. I ljuset av detta fann domstolen att det förelåg en hög ursprungssannolikhet för att den största konkurrenten på marknaden lidit skadan. Johansson kommenterade att denna utgångspunkt sannolikt färgat domstolens bedömning i alla de övriga delarna.

I sin motargumentation hade P&G presenterat en mängd alternativa förklaringar till varför SCA haft en försäljningsnedgång under den andra halvan av 2011. Tingsrätten kom fram till att försäljningsnedgången, de alternativa förklaringarna till trots, kunde tillskrivas den otillbörliga marknadsföringen. Johansson noterade även att domstolen inte gick på P&G:s linje om att kampanjen borde delas upp i en tillbörlig och en otillbörlig del, varför endast en liten del kunde tillskrivas försäljningsnedgången. Enligt domstolen fanns inga belägg för att göra en sådan uppdelning, och för att P&G hade bevisbördan för att så var fallet. Det kunde också betonas, enligt Johansson, att tingsrätten inte uttryckligen behandlade frågan som en kausalitetsfråga, vilket pga kausalitetens nära koppling till frågan huruvida skada över huvud taget förelåg inte var en självklarhet.

Adekvansfrågan avhandlades raskt, och tingsrätten fann att den aktuella skadan var en sådan som typiskt sett drabbar en närstående konkurrent vid den aktuella typen av otillbörlig marknadsföring.

Vid fastställandet av skadans storlek inledde domstolen med att behandla den minskade försäljningen. I den delen fann tingsrätten att en tredjedel, dvs. 1 815 000 kr, skulle utgå i ersättning. Tingsrätten uppmärksammade vissa brister i SCA:s beräkningsunderlag och gjorde därmed en uppskattning efter ett fritt skön. Johansson frågade sig om avsaknaden av en hänvisning till 35 kap. 5 § Rättegångsbalken

(om bevislättnad) var en medveten skrivning.

I nästa led fann tingsrätten att P&G skulle utge hela det yrkade beloppet om 3 000 000 kr för goodwillskada. Rätten noterade därvid att bedömningen med nödvändighet måste baseras på vissa antaganden, återigen utan någon hänvisning till Rättegångsbalkens bevislätttnadsregel, och lade SCA:s anförda kostnader för motåtgärder som grund för sin bedömning.

Marknadsdomstolens dom

P&G överklagade den delen av tingsrättens dom som avsåg skadestandsfrågan. Marknadsdomstolen (MD) gjorde en inledande bedömning av ursprungssannolikheten för skada som var snarlik tingsrättens. Därefter övergick man till frågan om de alternativa förklaringarna till försäljningsnedgången som P&G lagt fram.

Johansson menade att MD, till skillnad från tingsrätten, valde att behandla frågan som ett renodlat kausalitetsproblem. Därmed behövde även bevislättnad till följd av svårutredda händelseförlopp tillämpas, och domstolen fann att sannolikhetsövervikt skulle gälla: det måste vara klart mera sannolikt att skadan orsakats av det av SCA påstådda händelseförloppet (dvs att försäljningsnedgången orsakats av marknadsföringen) än något av de av P&G:s alternativa händelseförloppen.

Domstolen fann att så var fallet, och slog också kortfattat fast att ett orsakssamband förelåg i förhållande till goodwillskadan. Adekvansbedömningen avvek inte från tingsrättens.

Vid sin bedömning av skadans storlek gjorde MD en uppdelad bedömning i likhet med tingsrätten.

Till skillnad från tingsrätten använde MD sig emellertid uttryckligen av bevislätttnadsregeln

i Rättegångsbalken. Inledningsvis noterade domstolen att bevislätttnadsregeln ändå kräver att den som yrkar på skadestånd förebringat den bevisning som skäligen kan fordras. Vid fastställandet av den uteblivna försäljningen fann MD, i likhet med tingsrätten, att det fanns brister i beräkningsunderlaget. Enligt domstolen fick det därför anses motiverat att använda bevislätttnadsregeln. MD såg inga skäl till att ändra det av tingsrätten fastställda beloppet.

Domstolen tillämpade bevislätttnadsregeln även vid fastställandet av goodwillersättningen. Utgångspunkten blev, som vid tingsrättens bedömning, SCA:s kostnader för motkampanjen. Vidare erinrade MD om att hänsyn även får tas till andra än omständigheter av ekonomisk art, när ersättningen bestäms. Med hänvisning till förarbetsuttalanden vägrade domstolen in bl.a. att överträdelsen skett genom grov oaktamhet och att den pågått under en lång tid. Marknadsdomstolen såg inte heller någon anledning att ändra det av tingsrätten fastställda beloppet i denna del.

MD:s ordförande **Per Carlson** var skiljaktig. Han anförde bl a att beviskraven inte får sättas så lågt att det öppnar för en mängd ogrundade ersättningsanspråk. Vidare ansåg Carlsson, till skillnad från både majoriteten och tingsrätten, att hög ursprungssannolikhet för skada inte förelåg. Enligt Carlson var det inte heller styrkt att motkampanjen på tv varit motiverad av den otillbörliga marknadsföringen. Carlson fann inte heller att kampanjkostnaderna som sådana blivit styrkta av SCA.

Partsombudens anföranden

Efter genomgången av de olika domskrivningarna höll de ansvariga partsombuden varsitt

anförande. P&G företrädde av advokat **Peter von Heidenstam** från Heidenstam Legal och SCA av jur. dr. **Richard Wessman** från Vinge (vid von lode advokat vid tiden för den aktuella tvisten).

P&G

För att ge en bakgrund till tvisten inledde von Heidenstam med att berätta om de parallella processer som förts i Finland, Norge och Danmark. I samtliga grannländer har domstolarna meddelat förbud mot den påtalade marknadsföringen, men i Norge och Danmark (där ersättningsanspråk riktats mot P&G) har skadeståndstalan ogillats.

P&G:s försvar präglades enligt von Heidenstam av en traditionell skadeståndsrättslig positionering, i motsats till den mer immaterialrättsliga. Detta gjorde bl a att man valde att gå på en linje som präglades av argumentation kring bevisbördan och dess placering på SCA. En annan viktig punkt var att försöka särskilja frågan om skada över huvud taget förelåg från frågan om skadans storlek.

Vidare var ett genomgående tema de alternativa förklaringarna till försäljningsnedgången, inom ramen för kausalitetsfrågan. Bland dessa kan nämnas naturliga marknadsförändringar, prisskillnader mellan de båda produkterna och förändringar i Libeross varumärkesstrategi.

SCA

Wessman gav sin syn på vilket prejudikatvärde MD:s dom kan tänkas ha. Domen avser den väldigt specifika och ovanliga situationen där ett oligopol med i praktiken endast två aktörer existerar. Wessman noterade vidare att detta dessutom rört sig om en särskild form av oligopol, där konsumenternas behov i princip är konstant. Om den ena aktören på en sådan marknad tappar marknadsandelar, står detta i omedelbar korrelation till den andra aktörens ökade andelar. Under dessa speciella omständigheter är det rimligt att utgå från en hög ursprungssannolikhet för skada, men inte annars. Detta gör prejudikatvärdet begränsat, varför domen troligtvis inte öppnar för en otalig mängd skadeståndsanspråk.

Som ren kuriositet berättade Wessman också om hur man av en händelse kommit fram till att den sk fö- och eftermetoden borde användas vid fastställandet av den minskade försäljningen.



Man ville använda det statistiska underlaget och därvid utgå från försäljningen under det första halvåret för att jämföra med den minskade försäljningen under det andra halvåret. Under förhandlingen i tingsrätten uppmärksammades det att metoden redan användes inom ramen för konkurrensrättsliga skadeståndsbedömningar. Både tingsrätten och MD kom att använda metoden i sina respektive domar, och det var alltså av en ren händelse som konkurrensrättsliga principer kom att lämna ett visst avtryck på den marknadsföringsrättsliga ersättningsbestämningen.

Den avslutande paneldiskussionen

I den avslutande paneldiskussionen, som modererades av David Johansson, deltog **Per Carlsson**, ordförande i MD, **Håkan Andersson**, professor i civilrätt vid Uppsala universitet, **Magnus Jonsson**, processråd vid Konkurrensverket och **Charlotta Emtedal**, associate hos Bird & Bird. Även Wessman och von Heidenstam anslöt sig till diskussionen.

Jonsson, som tidigare varit sekreterare vid MD, gjorde jämförelser med den konkurrensrättsliga skadeståndsordningen och noterade att man där diskuterar att införa presumtionsregler

som ska göra det lättare att erhålla skadestånd. Han kommenterade att den aktuella domen i MD inte gått så långt, men att presumtionsregler kunde vara en möjlig utvecklingsväg.

Emtedal instämde i Wessmans tidigare kommentarer. Hon betonade vikten av att läsa domen i ljuset av de speciella förhållanden som förelåg i det specifika fallet. Enligt Emtedal finns även en mängd intressanta ståndpunkter i den skiljaktiga meningen. Mot den bakgrunden bör praktiker vara försiktiga med att dra allt för stora växlar på domen.

Carlson betonade att hans domskäl i den skiljaktiga meningen inte skulle ses som ett uttryck för anmärkningsvärt högt ställda beviskrav, i betraktande av vilka möjligheter som finns att säkra bevisning. I stället kan de ses som en erinran om att parterna bl.a. bör överväga noga vilka bevismedel som bäst visar det som de vill styrka. Carlson framhöll också att även om transaktionstestet är uppfyllt, betyder det inte nödvändigtvis att konsumenternas vanor förändrats i en sådan grad att någon skada uppkommit. Med andra ord leder inte en otillbörlig marknadsföringsåtgärd per automatik till ersättningskyldighet.

Andersson kommenterade kring MD:s behandling av kausalitetsfrågan. Enligt honom bör uppmärksamhet fästas vid att det inte handlar om en traditionell kausalitetsproblematik, såsom den ofta tar sig uttryck i den allmänna skadeståndsrätten. Det kan aldrig vara möjligt att på sedvanligt vis försöka avgöra exakt hur en händelsekedja sett ut. Enligt Andersson måste utgångspunkten ändå vara frågan om och i vilken utsträckning konsumenterna påverkats av den påtalade marknadsföringen. Andersson, som tidigare inriktat sig på frågor om skyddsändamål och adekvans, konstaterade dessutom att adekvansfrågan framstod som närmast irrelevant i sammanhanget.

Jur kand David Johansson är doktorand vid Juridiska Institutionen/IMK vid Uppsala universitet.



FAKTA IMK

Akademien för Immaterial-, Marknadsförings- och Konkurrensrätt (IMK) är knuten till Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet. IMK:s uppgift är att befördra vetenskapligt studium av immaterialrätten, marknadsföringsrätten och konkurrensrätten. Det sker bl a genom forskning, seminarier och konferenser, universitetsutbildning och dokumentation samt publiceringsverksamhet. IMK grundades 2013 av docent Sanna Wolk och professor Bengt Domeij.