CBS COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL
HANDELSHØJSKOLEN

Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett

Viken, Monica

Document Version
Final published version

Publication date:
2011

License
CC BY-NC-ND

Citation for published version (APA):
Viken, M. (2011). *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett*. Copenhagen Business School [Phd]. Ph.d. Serie No. 28.2011

Link to publication in CBS Research Portal

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us (research.lib@cbs.dk) providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 04. Jul. 2025

COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL
HANDELSHØJSKOLEN
SOLBJERG PLADS 3
DK-2000 FREDERIKSBERG
DANMARK

www.cbs.dk

ISSN 0906-6934

Print ISBN: 978-87-92842-16-9
Online ISBN: 978-87-92842-17-6

Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett Ph.d. Serie 28.2011

Copenhagen Business School
HANDELSHØJSKOLEN

Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett

Monica Viken

Ph.d. skolen LIMAC
Program for Jura

Ph.d. Serie 28.2011

Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett

Monica Viken

Avhandling for graden philosophiae doctor (PhD)

ved Copenhagen Business School

2011

Monica Viken
Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett

1. udgave 2011
Ph.d. Serie 28.2011

© Forfatter

ISSN 0906-6934

Print ISBN: 978-87-92842-16-9
Online ISBN: 978-87-92842-17-6

Ph.d.-skolen LIMAC er knyttet til forskningsmiljøer inden for sprog, kulturelle studier, kommunikation, jura, informatik, regnskab og revision samt ledelsesteknologi.

Alle rettigheder forbeholdes.
Kopiering fra denne bog må kun finde sted på institutioner, der har indgået aftale med COPY-DAN, og kun inden for de i aftalen nævnte rammer. Undtaget herfra er korte uddrag til anmeldelse.

Abstract

The focus of this thesis is an analysis of the legal aspects and use of surveys in trademark and marketing practice litigation in Norway. I examine the legal relevance of surveys and analyse how they are considered as evidence by the courts and administrative bodies.

Human behaviour can be defined within a legal context by interpreting legal sources and also by developing a survey based on the market place. In this thesis, I compare the use of survey findings as evidence of human perceptions in the context of the average consumer who represents the opinion of the relevant group. If the factual public opinion of the respective group of addressees is taken into consideration, the rules are interpreted with a basis in the market place (reality), and not within a formal legal framework (abstraction).

There is little doubt that the public's view can have an impact on legal assessment, but what is not entirely transparent is on which grounds surveys are admitted, or excluded, as evidence of public opinion. An analysis of the relationship between legally set criteria in trademark and marketing practice litigation, as opposed to scientifically set criteria, may clarify this picture.

In addition to the introduction in part one (1), the thesis is divided into five main parts: (2) legal basis and relevance of surveys, (3) procedural rules and limitations, (4) scientific criteria in a legal context, (5) surveys as admissible evidence and finally (6) general comments and discussion concerning legal consequences.

The objective in part two is to analyse the legal basis of the use of market surveys in Norwegian trademark and marketing practice law. Surveys can be relevant in trademark law when evidencing a trademark as a distinctive sign of someone's goods or services and when documenting likelihood of confusion between two signs. Moreover, they can be used as evidence for well-known trademarks. Surveys can be relevant in marketing practice law to determine whether advertising is misleading, to spot counterfeit products and to determine whether a competitor has taken unfair advantage of a company's reputation. The main focus is to determine the perceptions of a cross-section of an appropriate population representing the relevant market. Consequently, it is vital to determine the legal definition of the relevant market and how key players in this market will react. I discuss to what extent surveys can be relevant as a proof of this reaction.

The objective in part three is to discuss the impact of civil procedural law and evidential rules when surveys are presented as evidence. The point of departure is a common principle stating that relevant evidence is admissible, unless it is specifically excluded by law. It must

be taken into consideration that limitations due to written statements, made for the purpose of the case, may exclude surveys as evidence. Furthermore, the need for expert opinion can have an impact on the application of surveys as evidence. The expert responsible for the survey may be called as a witness in court, in order to give evidence on development and data analysis. In this respect it must be considered whether the costs involved are reasonably proportionate to the importance of the case. If not, a survey may be excluded as evidence. In this respect, I discuss whether the need for expert knowledge will impact the role of the courts and administrative bodies with regard to how they are organised.

In part four, I consider the legal impact of the scientific techniques used as a basis for developing surveys. The objectives of science and law are not necessarily the same. Thus, I examine whether this has been recognized in legal practice when discussing evidential admittance and value of a survey. I discuss whether the scientific criteria for market surveys developed in other countries, e.g. Germany, England and the United States, can be of relevance when surveys are considered to be admitted as evidence in Norway. I analyse some commonly accepted principles for empirical legal research and discuss them in the context of relevant cases in the Scandinavian countries. For example, the courts and administrative bodies must take into consideration that the legal definition of a relevant market must correspond with the relevant target group established as a survey criterion.

In part five I examine whether scientific criteria are taken into consideration when evaluating the weight of the survey. Scientific standards of reliability and validity can be seen as minimum requirements for the evidential value of a survey, but it must be taken into consideration that the courts have general power to assess evidence. It can be discussed whether judges only bases their judgment on their own pragmatic experience, e.g. as consumers in the relevant market, instead of basing judgment on a survey. In this respect, I discuss to what extent the judge has sufficient knowledge to assess a survey.

Finally, in part six, I analyse potential consequences of surveys being generally admitted and given substantial weight as evidence. A survey may ensure influence from the market reality and result in more precise decisions, but it may also increase litigation costs. There is also a risk that the courts give an aura of reliability to an incompetent survey or destroy confidence in a survey which deserves better. Whether a survey should be admitted or not must therefore be based on evaluations with focus on interactions between legal needs and scientific criteria, together with procedural rules. Clear and precise instructions will be of great value in these evaluations.

Innholdsfortegnelse

Kapittel I Emne og metode 11

1 Innledning 11
1.1 Emne 11
1.2 Avhandlingens formål 13
1.3 Varemerke- og markedsføringsrett 15
1.4 Markedsundersøkelser 18
1.5 Avhandlingens oppbygning 22

2 Metode og rettskilder 24
2.1 Generelle metodiske og rettskildemessige avveininger 24
2.2 Norske rettskildefaktorer 25
2.3 Fremmed rett 28
2.4 EU-rett 33

Kapittel II Markedsundersøkelsers juridiske forankring 37

3 Innledning 37

4 Omsetningskretsens oppfatning som vurderingstema 38
4.1 Omsetningskretsens betydning i materiell rett 38
4.2 Avgrensning av den relevante omsetningskrets 40
4.3 Omsetningskretsens oppfatning som målestokk 41
4.3.1 Valg av tilnærmingsmåte 41
4.3.2 Gjennomsnittsforbruker 42
4.3.3 Markedsundersøkelser som bevis 45

5 Markedsundersøkelsers forankring i varemerketretten 48
5.1 Varemerkets funksjoner 48
5.2 Særpregsvurdering 51
5.2.1 Juridisk forankring 51
5.2.1.1 Det generelle utgangspunkt 51
5.2.1.2 Særpreg som registreringsvilkår 52
5.2.1.3 Vilkår om særpreg ved innarbeidelse 55
5.2.1.4 Forholdet mellom innarbeidelse og registrering 58
5.2.2 Den relevante omsetningskrets ved særpregsvurderingen 60
5.2.3 Omsetningskretsens oppfatning som dokumentasjon for særpreg 64
5.2.3.1 Den mentale assosiasjon 64
5.2.3.2 Krav til prosentvis andel av omsetningskretsen? 66
5.2.4 Markedsundersøkelsers relevans i særpregsvurderingen 70
5.3 Forvekslingsvurdering 75
5.3.1 Juridisk forankring 75

5.3.1.1 Det generelle utgangspunkt ... 75
5.3.1.2 Forvekslingsfare som registreringshinder ... 76
5.3.1.3 Forvekslingsfare ved varemerkeinngrep ... 78
5.3.1.4 Forholdet mellom registreringshinder og varemerkeinngrep ... 79
5.3.2 Den relevante omsetningskrets ved forvekslingsvurderingen ... 80
5.3.3 Omsetningskretsens oppfatning ved forvekslingsvurdering ... 84
5.3.3.1 Helhetsvurdering ... 84
5.3.3.2 Omsetningskretsens merkebevissthet ... 90
5.3.3.3 En ikke ubetydelig del av omsetningskretsen vil kunne ta feil ... 93
5.3.4 Markedsundersøkelsers relevans ved forvekslingsvurderingen ... 94
5.4 Vern av velkjente merker ... 97
5.4.1 Juridisk forankring ... 97
5.4.1.1 Det utvidede vernet ... 97
5.4.1.2 Vurdering av om merket er velkjent ... 98
5.4.1.3 Vurdering av kjennetegnslikhet ... 100
5.4.1.4 Vern mot utnyttelse eller skade av særpreg eller anseelse ... 101
5.4.2 Den relevante omsetningskrets ved vern av velkjente merker ... 104
5.4.3 Omsetningskretsens oppfatning ved vern av velkjente merker ... 107
5.4.4 Markedsundersøkelsers relevans ved vern av velkjente merker ... 112

6 Markedsundersøkelsers forankring i markedsføringsretten ... 116
6.1 Markedsføringsrettens formål ... 116
6.2 Vurdering av urimelig handelspraksis ... 118
6.2.1 Juridisk forankring ... 118
6.2.1.1 Det generelle utgangspunkt ... 118
6.2.1.2 Urimelig handelspraksis ... 119
6.2.1.3 Villedende handlinger overfor forbrukere ... 120
6.2.1.4 Vilkår om endring av forbrukernes økonomiske atferd ... 122
6.2.2 Den relevante omsetningskrets ved urimelighetsvurderingen ... 124
6.2.3 Omsetningskretsens oppfatning som målestokk ... 127
6.2.3.1 Gjennomsnittsforbrukerens oppfatning ... 127
6.2.3.2 Særlige forbrukergruppers perspektiv ... 134
6.2.4 Markedsundersøkelsers relevans ved urimelig handelspraksis ... 135
6.3 Vurdering av lovstridig etterligning ... 138
6.3.1 Juridisk forankring ... 138
6.3.1.1 Det generelle utgangspunkt ... 138
6.3.1.2 Urimelig utnyttelse av innsats eller resultater ... 140
6.3.1.3 Forvekslingsfare ... 143
6.3.2 Den relevante omsetningskrets ved etterligningsvern ... 143
6.3.3 Omsetningskretsens oppfatning ved etterligningsvern ... 147
6.3.4 Markedsundersøkelsers relevans ved etterligningsvern ... 152
6.4 Vurdering av renommésnylting ... 156
6.4.1 Juridisk forankring ... 156
6.4.2 Den relevante omsetningskrets ved renommésnylting ... 158
6.4.3 Omsetningskretsens oppfatning ved renommésnylting ... 159
6.4.4 Markedsundersøkelsers relevans ved vern av renommésnylting ... 161

7 Kommentarer og refleksjoner til kapittel II ... 164

Kapittel III Prosessuelle føringer og begrensninger 167

8 Innledning 167

9 Markedsundersøkelsers materielle forankring 168

10 Fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis 169
10.1 Saksforberedelsen i domstolen 169
10.2 Sentrale prinsipper for bevisføringen 172
10.2.1 Veiledning i formålsparagrafen 172
10.2.2 Prinsippet om fri bevisføring 173
10.2.3 Proporsjonalitetsprinsippet 174
10.2.4 Muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippene 175
10.2.5 Kontradiksjonsprinsippet 176
10.3 Hva slags bevismiddel er en markedsundersøkelse? 178
10.3.1 Realbevis 178
10.3.2 Sakkyndig bevis 179
10.3.3 Utenrettslige forklaringer som bevis 181
10.4 Bevisavskjæring 185
10.5 Markedsundersøkelser som bakgrunnsmateriale 188

11 Avgjørelsesmyndighetenes rolle 191
11.1 Innslaget av særlig kompetanse 191
11.1.1 Behovet for særlig kompetanse i domstolen 191
11.1.2 Særdomstoler 192
11.1.3 Fagkyndige meddommere 193
11.1.4 Domstollignende forvaltningsorganer 195
11.2 Avgjørelsesmyndighetenes organisering 196
11.2.1 Betydningen av organiseringen 196
11.2.2 Organiseringen i varemerkesaker 197
11.2.3 Organiseringen i markedsføringssaker 200

12 Kommentarer og refleksjoner til kapittel III 202

Kapittel IV Undersøkelseskriterier i en juridisk kontekst 205

13 Innledning 205

14 Generelt om bruk av empiri i en juridisk kontekst 206
14.1 Forholdet mellom samfunnsvitenskap og rettsvitenskap 206
14.2 Samfunnsvitenskapelige kriterier 208
14.3 Juridisk innflytelse 210
14.4 Operasjonalisering av juridiske begreper 212

15 Utvikling av undersøkelseskriterier i en juridisk kontekst 214
15.1 Skandinavia 214

15.2 Praksis i EU ... 221
15.3 England ... 223
15.4 Tyskland ... 226
15.5 USA ... 230
15.6 Generelt om den internasjonale utviklingen ... 233

16 Juridisk håndtering av undersøkelseskriterier ... 236
16.1 Undersøkelsesmetode ... 236
16.1.1 Valg av metode og undersøkelsesdesign ... 236
16.1.2 Datainnsamlingsmetoder ... 237
16.1.3 Tidspunktet for gjennomføring av undersøkelsen ... 242
16.2 Relevant målpopulasjon ... 245
16.2.1 Målpopulasjonen må stemme med den relevante omsetningskrets ... 245
16.2.2 Krav til utvalgsramme ... 248
16.3 Representativt utvalg ... 250
16.3.1 Krav til representativt utvalg ... 250
16.3.2 Betydning av utvalgsmetode ... 254
16.3.3 Betydning av utvalgets størrelse ... 255
16.4 Undersøkelsesspørsmålenes utforming og rekkefølge ... 258
16.4.1 Generelle retningslinjer ... 258
16.4.2 Spørsmålenes forankring i det juridiske vurderingstema ... 259
16.4.3 Spørsmålsutformingen ... 265
16.4.3.1 Ledende spørsmål gir lav validitet ... 265
16.4.3.2 Vurdering av åpne eller lukkede spørsmål ... 268
16.4.4 Betydning av rekkefølge og setting ... 270
16.5 Krav til dokumentasjon og rapportering ... 271
16.6 Krav til dataanalysen ... 273
16.7 Krav til den som utfører undersøkelsen ... 274
16.7.1 Kompetansekrav ... 274
16.7.2 Krav til uavhengighet ... 275

17 Kommentarer og refleksjoner til kapittel IV ... 279

Kapittel V Markedsundersøkelsers bevisverdi ... 281

18 Innledning ... 281

19 Generelt om rettens bevisvurdering ... 282
19.1 Utgangspunktet om fri bevisvurdering ... 282
19.2 Rettens erfaringsgrunnlag ... 284
19.2.1 Rettens generelle erfaring ... 284
19.2.2 Fagkyndige vurderinger ... 286
19.2.2.1 Behovet for hjelpevitenskaper i bevisvurderingen ... 286
19.2.2.2 Rettens vurdering av sakkyndig bevis ... 287
19.2.2.3 Fagkyndig meddommers bevisvurdering ... 290
19.3 Samspillet mellom bevisvurdering og rettsanvendelse ... 291

20 Bevisvurderingen i praksis 294
20.1 Krav til begrunnelse for bevisvurderingen 294
20.2 I hvilken grad kommenteres markedsundersøkelsers bevisverdi? 295
20.2.1 Varemerkesaker 295
20.2.2 Markedsføringssaker 300
20.2.3 Hovedinntrykket fra norsk praksis 302
20.3 Markedsundersøkelser i forhold til andre aktuelle bevis 303

21 Undersøkelseskriterienes betydning i bevisvurderingen 308
21.1 Undersøkelseskriterienes direkte innflytelse 308
21.2 Undersøkelseskriterienes innflytelse som ulovfestede normer 309
21.3 Forholdet mellom sannsynlighetsovervekt og statistisk signifikans 311

22 Kommentarer og refleksjoner til kapittel V 313

Kapittel VI Avsluttende kommentarer og vurderinger 315

23 Konsekvenser av at markedsundersøkelser anerkjennes 315
23.1 Markedsmekanismenes innflytelse 315
23.2 Konsekvenser for forståelsen av materiell rett 317
23.3 Prosessuelle konsekvenser 319

24 I hvilken grad bør markedsundersøkelser anerkjennes? 322

Resymé på norsk 325

Summary in English 333

Rettspraksis og andre juridiske avgjørelser 343

Lover, forskrifter og forarbeider 360

EU-direktiver og forordninger 363

Litteraturliste 364

Andre kilder 374

Kapittel I Emne og metode

1 Innledning

1.1 Emne

Sentrale regler i varemerke- og markedsføringsrett åpner for at markedsmekanismene, gjennom subjektive mentale assosiasjoner og reaksjoner i markedet, kan spille en forholdsvis stor rolle i juridiske vurderinger.[1] Det er klare tilknytningspunkter mellom et marked og produkters varemerker, og mellom et marked og markedsføringen av produkter eller tjenester. Et kjennetegn kan for eksempel ikke fungere som et varemerke, uten at det relevante marked oppfatter det som kjennetegn for et produkt eller en tjeneste fra en bestemt virksomhet. En markedsføringskampanje vil heller ikke kunne fungere som markedskommunikasjon, dersom budskapet ikke oppfattes av den relevante målgruppe. Markedets oppfatning og forståelse av kampanjen vil dermed også være avgjørende i vurderinger av om markedsføringen faller innenfor de juridiske rammer. Formålet med lovregulering vil også være å hindre at merker eller produkter ligger så nært opp til hverandre at kan det skape forvirring i markedet.

Det aktuelle markedet kan analyseres rent juridisk, med utgangspunkt i generell lovtolkning. Markedsmekanismene kan imidlertid også søkes klarlagt gjennom en markedsundersøkelse, som skal måle faktiske oppfatninger og reaksjoner i markedet. Det kan da spørres hvilken betydning slike undersøkelser, foretatt ved empiriske studier, kan få i den juridiske vurdering.

Empiri bygger på virkelige erfaringer, undersøkelser og eksperimenter og kan skille seg klart fra den tradisjonelle oppfatning av hvilke elementer som hører under rettsvitenskapen.[2] Det er likevel ingen tvil om at empiri generelt kan være et relevant argument i juridiske avveininger, for eksempel i en formålsorientert rettsvitenskap.[3] Den nære tilknytningen mellom markedet og varemerket, mellom markedet og en virksomhets markedsføring, fører

[1] Behovet for å rette oppmerksomheten mot markedsmekanismenes innflytelse i varemerkeretten er blant annet påpekt i Kur *A New Framework for Intellectual Property Rights - Horizontal Issues* IIC (2004) s. 10-11.
[2] Andenæs *Rettsvitenskap og empiri* Regulering og styring III: Et bidrag til den juridiske forskeruddannelse (1992) s. 109.
[3] Se om utviklingen av slike empiriske metoder i Graver *Den juristskapte virkelighet* (1986) s. 144 flg.

imidlertid til at empiriske studier også kan ha en reell betydning i mer konkrete juridiske avveininger.[4]

En skissemessig antydning av hvor ofte markedsundersøkelser har vært fremlagt som bevis i norsk rettspraksis, kan også gi en pekepinn på behovet for en avklaring av markeds-undersøkelsers rolle i en juridisk kontekst.[5]

En gjennomgang av norsk rettspraksis knyttet til denne avhandlingens varemerkerettslige tema, viste at av de i overkant av 30 saker Høyesterett har behandlet de siste 50 årene, var det fremlagt markedsundersøkelser i 6 saker. Lagmannsrettene har, i samme periode, behandlet i overkant av 80 relevante varemerkerettslige tvister, og markedsundersøkelser ble fremlagt som bevis i 13 av disse. Flyttes fokuset til de siste fem årene viser bildet at markeds-undersøkelser ble fremlagt som bevis for lagmannsrettene i 7 av 17 aktuelle varemerke-rettslige tvister.

En gjennomgang av registreringspraksis kan også være med på å fylle ut dette bildet. Det viser seg da at patentstyrets annen avdeling de siste fem årene har fått seg forelagt markeds-undersøkelser som bevis i 13 saker, med en klar økning de siste to årene.

Den samme øvelsen knyttet til markedsføringsretten de siste 50 årene, viste at markeds-undersøkelser, i ulike varianter, ble fremlagt som bevis for Høyesterett i tre av de 15 sakene der markedsføringsloven var sentral. For lagmannsrettene ble markedsundersøkelser fremlagt som bevis i 11 av i underkant 60 aktuelle saker. I løpet av de siste fem årene er undersøkelser fremlagt i fem av 19 aktuelle saker.

Tingrettsavgjørelser er av metodemessige hensyn utelatt fra denne skissemessige antydningen, men et raskt overblikk over tilgjengelig kilder viser at markedsundersøkelser fremlegges i stadig større grad.[6]

Selv om denne øvelsen gir et sterkt forenklet bilde av praksis, gir den et klart inntrykk av at bruken av markedsundersøkelser som bevis i norsk varemerke- og markedsføringsrett har økt de siste årene. Hvordan slike empiriske studier skal håndteres i en juridisk kontekst er derfor, etter min oppfatning, et interessant tema som fortjener belysning.

---

[4] Sandgren *Om empiri och rättsvetenskap (del I)* JT (1995-96) s. 734.

[5] Resultatene er fremkommet etter søk på Lovdata i perioden 1960-2010, med ulike varianter av søkeordene ”markedsundersøkelse”, ”forbrukerundersøkelse”, ”opinionsundersøkelse”, sammen med ”varemerkelov” eller ”markedsføringslov”. Jeg har ikke trukket inn tingrettsdommer i dette søket, siden de upubliserte dommene fører til at det uansett ikke kan gis et entydig bilde.

[6] Se for eksempel RG 2003 s. 1092 (Asker og Bærum tingrett, sol.no), TOSLO-2004-101336 (Philips), TSTVG-2005-178340 (Skagen fondene), TOSLO-2006-136792 (Elleville dager), TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen), TOSLO-2008-41683 (Hotell Cæsar), TGJOV-2010-63619 (Imsdalflasken) og TOSLO-2010-86774 (Kvikk Lunsj - anket).

Emnet er ikke tidligere helhetlig behandlet i norsk juridisk teori. Heller ikke i dansk teori har en slik anvendelse av markedsundersøkelser vært drøftet som et eget tema. De juridiske sider ved bruk av markedsundersøkelser har imidlertid vært gjenstand for noe mer konkrete analyser i svensk teori.[7] Disse fremstillingene tar for seg flere ulike elementer ved behandlingen av markedsundersøkelser som bevis i svensk praksis. Fremstillingene har gitt inspirasjon til å gå enda dypere inn i de juridiske problemstillinger, men da med utgangspunkt i norsk rett.

1.2 Avhandlingens formål

Formålet med avhandlingen er å analysere sentrale juridiske aspekter ved bruk av markedsundersøkelser som bevis i norsk varemerke- og markedsføringsrett. De ulike analyser skal gjøre det mulig å gi et mer helhetlig bilde av hvordan markedsundersøkelser håndteres som bevis for oppfatninger og reaksjoner i markedet. Dette skal igjen gjøre det mulig å belyse eventuelle juridiske konsekvenser som kan knyttes til bruk av markedsundersøkelser i en juridisk kontekst.

Et mer konkret rettsdogmatisk formål vil være å gi en nærmere avklaring av rettstilstanden knyttet til bruk av markedsundersøkelser i norsk rett. I og med at bruken av markedsundersøkelser som bevis har økt de senere år kan det også være behov for å foreta rettspolitiske avveininger med hensyn til om dette er riktig vei å gå. I tillegg kan avhandlingens tema åpne for mer teoretiske diskusjoner knyttet til forholdet mellom empiri og rettsvitenskap. Analyser av markedsundersøkelsers ulike juridiske sider vil dermed innebære både rettsdogmatiske, rettspolitiske og rettsteoretiske diskusjoner.

De juridiske spørsmål kan for det første knyttes til i hvilken grad materiell rett åpner for bruk av empiri. En analyse av lovbestemmelser og andre relevante kilder kan klarlegge markedsundersøkelsers juridiske forankring og relevans. Kilder som åpner for bruk av markedsanalyser vil imidlertid også kunne tolkes rent juridisk. Det kan dermed oppstå et spenningsforhold mellom den tradisjonelle fortolkning av rettskildene og vurdering av faktum i den enkelte sak. Avhandlingen skal søke å belyse dette spenningsforholdet, samt vurdere rettsanvenderens bevissthet knyttet til interaksjonen mellom jus og empiri. I forlengelsen av disse analysene kan det diskuteres hvorvidt et eventuelt skifte fra formell tolkning av rettskildene til anvendelse av bevisregler, kan få betydning for forståelsen av gjeldende rett.

---

[7] Se Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992), Farrahi *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten* NIR (2006) s. 436 flg. og Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 464.

Det kan videre spørres om markedsundersøkelser som bevis står i en særstilling i forhold til prosessrettslige regler. Eventuelle føringer eller begrensninger knyttet til bevisfremleggelsen for domstolen kan drøftes med utgangspunkt i prosessuelle grunnprinsipper og bevisføringsregler. En analyse av de generelle bevisregler kan da knyttes opp mot de spesielle forhold som kan oppstå ved bruk av markedsundersøkelser som bevis. Det kan også vurderes i hvilken grad særlig ekspertise som grunnlag for utforming og analyse av markedsundersøkelser, får noen prosessrettslige konsekvenser i form av sakkyndiges innflytelse. En slik ekspertise kan fremkomme som del av bevisføringen, men må også drøftes i forhold til dommerens etterfølgende vurdering av bevisene.

I og med at forvaltningsorganer kan være avgjørelsesmyndighet i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister, kan også visse prosessuelle sider ved saksbehandlingen i slike forvaltningsorganer drøftes. Blant annet kan selve organiseringen av avgjørelsesmyndighetene, mellom domstoler og forvaltningsorganer, ha betydning for hvordan markedsundersøkelser håndteres. Det kan da drøftes i hvilken grad det er spesiell kompetanse eller generell erfaring som ligger til grunn for vurderinger i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister.

Selv om markedsundersøkelser er ment å dokumentere faktiske forhold, kan det diskuteres hvorvidt undersøkelsen reelt sett gir uttrykk for virkeligheten. Det vil derfor være nødvendig å drøfte i hvilken grad undersøkelsen oppfyller de vitenskapelige krav som stilles til utarbeidelse av slike undersøkelser. Den juridiske vinklingen knyttes til i hvilken grad rettsanvender tar høyde for de vitenskapelige krav i vurderingen av markedsundersøkelser som bevis. Det vil da være nødvendig å vurdere hvorvidt det er et samspill mellom rettsvitenskap og samfunnsvitenskap, og om dette får direkte betydning for undersøkelsens juridiske bevisverdi. En analyse av hvordan undersøkelseskriterier håndteres i en juridisk kontekst kan også klargjøre hvorvidt det er utviklet egne kriterier i grenseland mellom jus og empiri. Det må i så fall vurderes om slike kriterier vil kunne være normgivende retningslinjer i bevisvurderingen.

Avhandlingen vil også rette fokus mot eventuelle konsekvenser av en utstrakt anerkjennelse av markedsundersøkelser som bevis i norsk rett. Det kan stilles spørsmål ved om en slik anerkjennelse også kan si noe om markedsmekanismenes generelle innflytelse på hvordan reglene, både materielt og prosessuelt, skal forstås.

1.3 Varemerke- og markedsføringsrett

Jeg har valgt å analysere spørsmålet om bruk av markedsundersøkelser som bevis med utgangspunkt i noen sentrale bestemmelser i varemerke- og i markedsføringsrett. Felles for tolkningen av disse bestemmelsene er forholdet til, og til dels avhengigheten av, markeds-mekanismene.

Behandlingen av de ulike problemstillinger vil vekselvis gjelde forhold som kan vurderes felles for begge regelsett, og forhold som må vurderes spesielt for hver av dem. Det er imidlertid i juridisk teori hevdet at en bør være forsiktig med å sammenstille behandlingen av varemerkerett og markedsføringsrett, siden de er så vidt forskjellige i sin natur.[8] En sentral forskjell er at varemerkeloven mer direkte skal beskytte næringsdrivendes økonomiske verdier, mens store deler av markedsføringsretten skal beskytte forbrukerne. Dette skillet, knyttet til beskyttelsesinteresser, vil imidlertid ikke få så stor betydning i denne avhandlingen.

Fokuset her rettes mer mot de virkninger et varemerke eller en markedsføringskampanje har i markedet, og hvordan slike virkninger kan måles. Dette markedet vil kunne bestå både av forbrukere som gruppe, eller en avgrenset del av denne, av næringsdrivende, eller av begge. Det innebærer for eksempel at regler som skal beskytte næringsdrivende kan vurderes ut fra hvilken virkning en kampanje eller et merke har overfor forbrukerne.

Vern mot etterligning eller skade på anseelse vil typisk kunne ligge i grenseland mellom reguleringer i varemerkelov og markedsføringslov.[9] I mange tilfeller vil det derfor være aktuelt å reise sak etter varemerkelovens regler prinsipalt og etter markedsføringslovens regler subsidiært.[10] Det kan da hevdes at markedsføringslovens mer dynamiske og markeds-tilpassede regler åpner for et bredere perspektiv når lovstrid vurderes.[11] Det må dermed tas høyde for at beskyttelsesomfanget kan være forskjellig for disse regelsettene.

Når det sentrale tema knyttes til betydningen av markedsmekanismene er det likevel grunn til å tro at ulike nyanser av de samme problemstillinger vil dukke opp, både i varemerke- og markedsføringsrett. Den klare sammenhengen mellom varemerkeretten og deler av markedsføringsretten har også ført til at det i juridisk teori er reist spørsmål ved om ikke disse

---

[8] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 358.
[9] Rosén *Känneteckens goodwillskydd: från anseende till uppmärksamhetsvärde i svensk känneteckens- och marknadsrätt* Festskrift til Mogens Koktvedgaard (2003) s. 484.
[10] Typiske eksempler fra norsk rettspraksis er Rt 1995 s.1908 (Mozelldommen) , Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen), RG 2000-1355 (Borgarting, Osram), Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen), RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen), RG 2000-1355 (Borgarting, Osram), RG 2006 s. 312 (Borgarting, Akers Avis Groruddalen - kjennelse), LB 2007-54369 (Netcom - kjennelse), RG 2008 s.117 (Borgarting, Lyden av lørdag - kjennelse) og LF-2009-117966 (Galliano-kjennelse).
[11] Nordell *Marknadsrättens goodwillskydd* (2003) s. 14.

to emner bør behandles i en mer samlet fremstilling.[12] Det er også eksempler på at kjennetegnsretten behandles som en naturlig del av fremstillingen av markedsføringsretten.[13] I avhandlingen vil det presiseres når drøftelsene kun gjelder det ene regelsett. Nærmere avklaringer om likheter og forskjeller utskytes til drøftelsene av de enkelte bestemmelser.

Varemerkeretten defineres i utgangspunktet inn under immaterialretten, og behandles også tradisjonelt sammen med de andre enerettene i juridisk litteratur.[14] I norsk rett er også begrepet åndsrett anvendt som et synonym for immaterialrett.[15] Det presiseres riktignok, samme sted, at varemerkeretten ikke skal beskytte noen åndsinnsats, slik som opphavsrettighetene. Tilknytningen mellom varemerkeretten og foretaksnavneretten har også gitt fellesbetegnelsen kjennetegnsrett.[16] Felles for disse er at de gjelder individualiseringsmidler som skal skille virksomhetens forretningsnavn eller varer fra andres. Hvorvidt et merke beskyttes etter det ene eller andre regelsettet kan imidlertid være uklart. Dette gjelder kanskje spesielt i forhold til vern av sekundære forretningskjennetegn etter foretaksnavneloven § 1-1 tredje ledd. Det er da også hevdet i juridisk teori at skillet mellom foretaksnavn og varemerker har brutt helt sammen.[17] Dette skillet, eller mangel på sådan, vil ikke problematiseres ytterligere i denne avhandlingen, idet jeg nøyer meg med å konstatere at det er tilknytningspunkter. Avhandlingens tema er begrenset til varemerkelovens bestemmelser, og begrepet varemerkerett er ment å gi uttrykk for dette.

Begrepet markedsføringsrett har hittil vært lite benyttet i norsk rett, men anvendes i stor grad i dansk litteratur.[18] Det er da definert som et rettsområde som rettes mot produksjonen og omsetningen av varer og tjenester, med sikte på å sikre at denne produksjonen og omsetningen foregår i en innbyrdes lojal konkurranse og tilfredsstiller forbrukernes behov.[19] Markedsføringsretten er dermed ment å omfatte regler som både beskytter de næringsdrivende og forbrukerne.[20] Den norske loven om utilbørlig konkurranse av 1922, forløperen til dagens markedsføringslov, skulle i utgangspunktet kun motvirke illojale konkurransehandlinger

---

[12] Andersen *Bør "immaterialretten" fastholdes som universitetsfag?* Festskrift til Marianne Levin (2008) s. 170.
[13] Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski *Markedsføringsretten* (2007) s. 297 flg.
[14] Se for eksempel Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011), Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007), Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) og Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009).
[15] Knoph, Lilleholt og Andenæs *Knophs oversikt over Norges rett* (2009) s. 473.
[16] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 21.
[17] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 23.
[18] Se for eksempel Krüger Andersen *Markedsføringsret* (1978), Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) og Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski *Markedsføringsretten* (2007).
[19] Krüger Andersen *Markedsføringsret* (1978) s. 9 flg.
[20] Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 26.

mellom næringsdrivende.[21] Det samme gjaldt den danske konkurrenceloven av 1937 og den svenske konkurrenslagen av 1953. Da disse lovene ble avløst av nye lover, som på litt ulike tidspunkter i de skandinaviske land ble kalt markedsføringslover, kom også beskyttelsen av forbrukerne sterkere inn. I den nye norske markedsføringsloven kommer dette skillet klart frem ved at hensynet til forbrukerne behandles i lovens kapittel 2-5, mens forholdet mellom næringsdrivende behandles i kapittel 6. I og med at denne avhandlingens tema rettes mot analyser av markedet, som kan bestå av både forbrukere og næringsdrivende, er det naturlig å trekke inn regler som beskytter hver av disse gruppene. Begrepet markedsføringsrett vil i denne avhandlingen omfatte begge disse beskyttelsesformer.

Plasseringen av markedsføringsretten i det juridiske landskapet må sies å være forholdsvis uklar. I første utgave av Knophs oversikt over Norges rett ble markedsføringslovens regler om utilbørlig konkurranse ansett å falle inn under konkurranserettsbegrepet.[22] Dersom konkurranserettsbegrepet anvendes som en samlebetegnelse for konkurransebegrensning og konkurranseregulering vil altså markedsføringsretten faller inn under dette.[23] Denne sammenhengen har gitt opphav til begrepet markedsrett. Dette er i svensk teori definert som den del av rettsordningen som har til formål å normere næringsdrivendes handlinger på markedet, gjennom rammeregler som særskilt behandler foretaks etablering, markedsføring, produkter og konkurranse, samt beskyttelse av forbrukerne.[24] Det vil dermed være to hovedformål med markedsretten, både å sikre en effektiv og tilbørlig konkurranse i markedet og beskytte forbrukerne.[25] Markedsrettsbegrepet vil dermed gjerne omfatte både konkurranseretten og markedsføringsretten. [26] I og med at den tradisjonelle konkurranseretten ikke behandles i denne avhandlingen, har jeg forsøkt å spesifisere temaet mer direkte ved å anvende begrepet markedsføringsrett.

Forholdet mellom markedsføringsretten og immaterialretten generelt bør også avklares. Begrepet markedsrett er for eksempel tolket i en vid betydning, ved at det også omfatter hele immaterialretten.[27] Det ser imidlertid ut til at denne bredere definisjonen av markedsretts-

---

[21] Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave* (2003) s. 14. Se også Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 22.
[22] Knoph *Oversikt over Norges rett* (1934) s. 354 flg.
[23] Heide-Jørgensen *Reklameret* (2008) s. 29.
[24] Bernitz *Marknadsrätt: en komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer* (1969) s. 63.
[25] Bernitz *Svensk och europeisk marknadsrätt: konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar* (2009) s. 27.
[26] Se for eksempel Gram Mortensen og Steinicke *Dansk markedsret* (2006) s. 17.
[27] Madsen *Markedsret Del 3, Immaterialret* (2008).

begrepet ikke er uttrykk for den vanligste oppfatningen.[28] Det er likevel ingen tvil om at de deler av markedsføringsretten som omhandler beskyttelse av næringsdrivende har en nær tilknytning til immaterialretten.[29] Den industrielle rettsbeskyttelsen kan dermed sies å omfatte også utilbørlig konkurranse etter markedsføringslovens regler. I norsk rettspraksis er det da også presisert at markedsføringsloven kan få betydning dersom enerettene ikke gir beskyttelse.[30] Dette er i tråd med den tradisjonelle oppfatningen om at markedsføringslovens regler supplerer immaterialretten, uten å være en del av den.[31]

I denne avhandlingen anvendes begrepet markedsføringsrett når bestemmelsene er forankret i markedsføringsloven, både når disse skal beskytte forbrukerne og når de regulerer forholdet mellom næringsdrivende. Det avgjørende for de enkelte bestemmelsers relevans vil være hvorvidt oppfatninger i markedet kan ha betydning for lovtolkningen eller som ledd i bevisfremleggelsen.

1.4 Markedsundersøkelser

Et underliggende spørsmål i denne avhandlingen er knyttet til i hvilken grad kriterier fra andre fagområder enn de rent juridiske, kan få innflytelse ved vurdering av markedsundersøkelser som bevis.

Utgangspunktet må være at utformingen av en markedsundersøkelse baseres på markedsforskningens metoder. Når markedsundersøkelser som begrep skal defineres, er det derfor naturlig å ta utgangspunkt i markedsforskningens egen begrepsforståelse. Deretter kan forholdet til de spesielle juridiske avveininger trekkes inn.

I følge tall fra Norsk Markedsanalyse Forening var totalmarkedet for markedsanalyse i Norge på 900 millioner i 2008.[32] Dette omfatter både kvalitative og kvantitative undersøkelser.[33] Undersøkelser basert på en kvalitativ metode vil gjerne bestå av fokusgrupper eller individuelle dybdeintervjuer som skal gi grunnlag for analyser.[34] I en kvantitativ metode baseres analysene på ulike former for innsamling av data fra et

[28] Heide-Jørgensen *Reklameret* (2008) s. 31.
[29] Disse behandles samlet i Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) og Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009).
[30] Se for eksempel Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen) og Rt 1994 s. 1584 (Legodommen).
[31] Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave* (2003) s. 16, Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 225 flg. og Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 34 flg.
[32] Norsk Markedsanalyse Forening http://www.markedsanalyse.org/index.php?c=2&kat=Om+NMF.
[33] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 97-98.
[34] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 98 og Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 112 flg.

representativt utvalg.[35] Meningsmålinger og opinionsundersøkelser er kvantitative undersøkelser, gjerne gjennom anvendelse av et spørreskjema. Tradisjonelt er hele 60 % av de utførte markedsanalyser basert på kvantitative metoder.[36] Det er derfor grunn til å tro at markedsanalyseinstitutter etter hvert har opparbeidet seg både erfaring og kompetanse når det gjelder utarbeidelse av tradisjonelle kvantitative markedsundersøkelser.

I hvilken grad slike undersøkelser vil være anvendelige i en juridisk kontekst, kan blant annet drøftes ut fra formålet med undersøkelsen. Markedsundersøkelser anvendes i utgangspunktet for markedsmessige formål og har et klart kommersielt preg. Som oftest vil slike undersøkelser bestilles og betales av en kommersiell virksomhet, og vil være ett av flere elementer i en bedrifts markedsinformasjonssystem.[37] Formålet med de tradisjonelle markedsundersøkelser er dermed å få en oversikt over forbrukernes holdninger og kjøpsadferd.[38] Denne informasjonen skal gi bedre grunnlag for å treffe riktige avgjørelser, knyttet til virksomhetens markedstilpasning.[39] Dette formålet gjenspeiles også i definisjonen av en markedsundersøkelse, jfr. for eksempel American Marketing Associations definisjon:

"Marketing research is the function that links the consumer, customer, and public to the marketer through information--information used to identify and define marketing opportunities and problems; generate, refine, and evaluate marketing actions; monitor marketing performance; and improve understanding of marketing as a process. Marketing research specifies the information required to address these issues, designs the method for collecting information, manages and implements the data collection process, analyzes the results, and communicates the findings and their implications."[40]

Det Internasjonale Handelskammaret (ICC) og European Society for Opinion and Marketing Research (ESOMAR) har i sine retningslinjer definert markedsundersøkelser slik:

"Market research, which includes social and opinion research, is the systematic gathering and interpretation of information about individuals or organisations using the statistical and analytical methods and techniques of the applied social sciences to gain insight or support decision making."[41]

---

[35] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 183.
[36] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 28.
[37] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 20 flg.
[38] Kotler og Keller *Marketing management* (2009) s. 130.
[39] Churchill og Iacobucci *Marketing research: methodological foundations* (2005) s. 5.
[40] Se American Marketing Associations hjemmeside; http://www.marketingpower.com/AboutAMA/Pages/DefinitionofMarketing.aspx
[41] ICC/Esomar International Code on Market and Social Research http://www.esomar.org/uploads/pdf/professional-standards/ICCESOMAR_Code_English_.pdf

I følge norsk litteratur innen markedsanalyse knyttes analysenes funksjon til problemstillinger fordelt på tre hovedgrupper:[42]

- Identifisere og definere markedsmuligheter og problemer
- Generere, forbedre og evaluere markedsføringstiltak
- Overvåke og kontrollere markedsføringen generelt

Dersom det, i en juridisk kontekst, skal være aktuelt å anvende en markedsundersøkelse som er basert på det tradisjonelle formålet, vil det være mest interessant å vurdere undersøkelser som omfatter overvåkning og kontroll. Det mest hensiktsmessige vil imidlertid være å utarbeide undersøkelser som er spesielt tilpasset et juridisk formål. En undersøkelse som skal anvendes i en juridisk kontekst må kunne forankres i et juridisk vurderingstema.[43]

I varemerkeretten kan det for eksempel være en konkret utfordring å skille mellom det juridiske begrepet *varemerke* og det videre begrepet *merkevare*.[44] Kort fortalt er varemerke knyttet til den juridiske beskyttelsen, mens merkevaren, eller branding, er knyttet til fysiske, rasjonelle og emosjonelle verdier.[45] Disse verdiene kan fremkomme i markedet i form av lojale kunder, opplevd kvalitet, assosiasjoner knyttet til merket, samt service og oppfølging.[46] Merkevarebegrepet er derfor ment å dekke virksomhetens samlede konsept, så som produktet og dets historie, innpakning, navn, logo, andre kjennetegn og de verdier konseptet uttrykker.[47] Dette rekker i utgangspunktet langt utenfor den varemerkerettslige definisjonen, men det kan i praksis være vanskelig å skille disse. Det må derfor tas høyde for at en markedsundersøkelse som skal anvendes i en juridisk kontekst virkelig undersøker oppfatningen av det varemerkerettslige begrep, og ikke det videre merkevarebegrepet.

Det kan også spørres om markedsundersøkelser må gis en annen begrepsdefinisjon når den skal anvendes som juridisk bevis. I tysk rett ble begrepet ”Empirische Rechtsforschung” etablert allerede i 1970-årene.[48] Begrepet var ment å dekke flere ulike forhold der empiri fikk betydning i rettsvitenskapen. Et annet begrep som må antas å dekke det samme er ”Empirical

[42] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 13.
[43] Markedsundersøkelsers juridiske forankring behandles i kapittel II nedenfor. Se også kapittel IV pkt. 14.3 om betydningen av det juridiske formålet ved utarbeidelse og analyse av undersøkelser.
[44] Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 74 flg.
[45] Sinding *Branding: et verktøy for å sikre verdiskaping* (2004) s. 20.
[46] Framnes, Thjømøe og Pettersen *Markedsføringsledelse* (2011) s. 361. Se også Kotler og Keller *Marketing management* (2009) s. 275 flg.
[47] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 14.
[48] Schweizer *Empirische Rechtsforschung* Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung (1976) s. 386 flg.

Legal Research".[49] For begge disse fremkommer det tydelig at undersøkelsen henspeiler på bruk i juridisk sammenheng. Uttrykket "Survey Evidence" gir også slike assosiasjoner.[50]

Hvorvidt begrepsbruken innebærer en forutsetning om at slike undersøkelser skiller seg fra andre typer vitenskapelige undersøkelser, basert på samfunnsvitenskapelige prinsipper, er imidlertid usikkert. Det er da også eksempler på at mer generelle begreper som "Survey Practices" og "Public Opinion Polls" brukes om undersøkelser som vurderes i en juridisk kontekst.[51] Tilknytningen til de vitenskapelige kriterier kan også ses i amerikansk juridisk litteratur ved at markedsundersøkelser som bevis i varemerkeretten er definert som; "a scientific method of presenting evidence of mental associations of a given group of people by asking a representative sample of the relevant target group".[52] Som eksempel på dette er nevnt innsamling av data om forbrukerens holdninger og oppfatninger knyttet til et bestemt produkt, et varemerke eller et konsept.[53]

Selv om formålet med undersøkelsene i henholdsvis markedsforskning og jus er forskjellig, vil det sentrale for begge være en kartlegging av markedets oppfatninger og reaksjoner. I begge tilfeller er poenget å komme nærmest mulig det som kan sies å være uttrykk for virkeligheten. Det innebærer at de vitenskapelige kriterier som ligger til grunn for undersøkelsen må vurderes når dens verdi som bevis skal fastlegges.

Når begrepet markedsundersøkelser anvendes i denne avhandling henspeiles det på alle typer undersøkelser som er ment å gi uttrykk for markedets oppfatninger og reaksjoner. Det innebærer at den juridiske betydningen vil vurderes også med hensyn til undersøkelser som ikke spesifikt er utarbeidet for bruk som bevis i retten.

---

[49] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 198 flg.
[50] Se for eksempel Morcom *Survey Evidence in Trade Mark Proceedings* EIPR (1984) s. 6 flg., Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 541 flg. og Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 517 flg.
[51] Se for eksempel Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 327 flg og Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part one* IIC (2000) s. 408 flg.
[52] McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32:158.
[53] Bird *Streamlining consumer survey analysis* TMR (1998) s. 270.

1.5 Avhandlingens oppbygning

En analyse av de juridiske sider ved bruk av markedsundersøkelser som bevis må baseres på ulike juridiske innfallsvinkler, men må også ta høyde for en nær tilknytning til andre fagområder.

Avhandlingens oppbygning bærer for det første preg av en inndeling i materiell rett og prosessrett, selv om fokuset også rettes mot samspillet mellom disse. Dernest vil det juridiske forholdet til undersøkelseskriteriene i markedsforskningen bli behandlet mer adskilt fra den generelle gjennomgangen av rettskildene. Sammenhengen mellom disse tre undertemaene er søkt klarlagt i innledningen til de enkelte kapitler. Mer sammenfattende analyser vil foretas etter hvert som emnene klarlegges, og vil gjenfinnes som kommentarer og refleksjoner i slutten av hvert kapittel. Denne oppbygningen er ment å avhjelpe den typiske utfordringen knyttet til at den samlede forståelse egentlig forutsetter at alle temaer allerede er gjennomgått, på et hvert stadium i fremstillingen.

I avhandlingens *kapittel II* redegjøres det for de materielle bestemmelser som kan åpne for bruk av markedsundersøkelser i norsk varemerke- og markedsføringsrett. Redegjørelsene tar utgangspunkt i bestemmelser som har markedets oppfatning som sentralt vurderingstema. Dette skal danne grunnlag for en nærmere analyse av markedsundersøkelsers juridiske relevans. Markedsundersøkelser vurderes imidlertid også opp mot alternative muligheter for å definere markedets oppfatninger og reaksjoner.

Hvorvidt det finnes prosessuelle føringer eller begrensninger knyttet til bruk av markedsundersøkelser som bevis, analyseres i *kapittel III*. Sentrale prosessrettslige prinsipper og bevisføringsregler drøftes i forhold til hvordan markedsundersøkelser fremlegges som bevis. Avgjørelsesmyndighetenes kompetanse og organisering, samt fordeling av myndighet mellom domstoler og forvaltningsorganer, drøftes her eksplisitt.

Etter at den materielle forankring og de prosessuelle føringer er gjennomgått flyttes fokuset i *kapittel IV* over til den juridiske håndtering av de samfunnsvitenskapelige metoder som ligger til grunn for utarbeidelse av markedsundersøkelser. Her drøftes et eventuelt samspill mellom den tradisjonelle juridiske tankegang og de vitenskapelige kriterier. Kapitlet skal søke å klarlegge om det finnes spesielle undersøkelseskriterier som legges til grunn ved utarbeidelse og analyse av markedsundersøkelser anvendt i en juridisk kontekst. Analyser av rettspraksis skal vise hvordan rettsanvenderen i de konkrete tilfeller håndterer markeds-undersøkelser som bevis.

Undersøkelsens bevisverdi henger nært sammen med håndteringen av de samfunnsvitenskapelige kriterier. Kapittel IV vil dermed være et direkte utgangspunkt for drøftelsen av markedsundersøkelsers bevisverdi i *kapittel V*. Jeg har likevel valgt å drøfte disse hver for seg, for på den måten å poengtere eventuelle forskjeller mellom vurderinger av undersøkelsens kvalitet ut fra samfunnsvitenskapelige kriterier og juridisk forankring. Drøftelsene i kapittel V tar utgangspunkt i forholdet mellom rettens generelle erfaringsgrunnlag og behovet for hjelpevitenskaper når markedsundersøkelsers bevisverdi skal vurderes. En gjennomgang av praksis skal vise i hvilken grad undersøkelsers bevisverdi kommenteres eksplisitt av avgjørelsesmyndighetene. Dette må imidlertid ses i sammenheng med at markedet også kan fortolkes rent juridisk, samt at undersøkelsen må vurderes i forhold til andre bevis. Til slutt drøftes i hvilken grad undersøkelseskriteriene har noen reell innflytelse i bevisvurderingen.

I avhandlingens *kapittel VI* drøftes mulige konsekvenser av en utstrakt anerkjennelse av markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett. Blant annet drøftes hvorvidt større bruk av markedsundersøkelser som bevis får noen konsekvenser for forståelsen av den materielle eller prosessuelle rett. Dette siste kapitlet er i tillegg viet mer normative vurderinger knyttet til bruk av markedsundersøkelser som bevis. Analysene i kapittel II til V skal danne grunnlag for å kunne si noe om dagens rettstilstand, men skal også gi grunnlag for å kunne si noe om hvorvidt markedsundersøkelser bør ha en rettmessig plass i jussen, som dokumentasjon for markedets oppfatninger.

2 Metode og rettskilder

2.1 Generelle metodiske og rettskildemessige avveininger

Avhandlingens sentrale analyser og diskusjoner baseres på den tradisjonelle juridiske metode. Fremstillingen og vurderingen av gjeldende rett følger dermed rettsdogmatisk metode, med en tradisjonell gjennomgang av aktuelle rettskilder.[54] En generell redegjørelse for de rettskildemessige avveininger som er nødvendige å foreta i en slik fremstilling og vurdering av gjeldende rett foretas i punktene som følger nedenfor. Gjennomgangen skal avklare bruk og avveining mellom sentrale norske rettskildefaktorer, fremmed rett og EU-rett.

Det skal imidlertid presiseres at analysene av de undersøkelsestekniske kriterier i avhandlingens kapittel IV vil skille seg noe ut fra den øvrige rettsdogmatiske fremstillingen. Selv om formålet også her er å kartlegge gjeldende rett, vil fokuset i større grad knyttes til en vurdering av de krav som kan stilles til bruk av empiri i rettsvitenskapen. I dette kapitlet drøftes hvordan metoder innen samfunnsvitenskap og markedsanalyse håndteres i juridiske avveininger. Utgangspunktet for drøftelsene vil derfor være de enkelte undersøkelseskriterier, fremfor de juridiske kilder. Selve gjennomgangen av kildene vil imidlertid baseres på juridisk metode.

Det vil også være spesielt for kapittel IV at amerikansk praksis og litteratur trekkes inn i større utstrekning enn det som er vanlig i norske juridiske fremstillinger. Dette henger sammen med at utviklingen av kriterier for bruk av markedsundersøkelser innen markedsføringsfaget i stor grad er inspirert av amerikansk markedsforskning.[55] Større fokus på markedsmekanismenes innflytelse som juridisk bevis i retten har igjen ført til at markedsundersøkelser i større grad har vært et tema også i juridisk litteratur.[56] Jeg har derfor valgt å bruke visse sentrale amerikanske kilder som et bakteppe for diskusjoner knyttet til bruk av undersøkelseskriterier i norsk rett. Formålet er imidlertid ikke å foreta noen direkte sammenligner mellom bruk av markedsundersøkelser i USA og i Norge. Til dette formålet er forskjellene, både materielt og prosessuelt, for store.

[54] Se for eksempel Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001).
[55] En sentral kilde som anvendes mye i norsk markedsforskning er for eksempel Kotler og Keller *Marketing management* (2009).
[56] I McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32-158 vises det vil en mengde litteratur som omhandler bruk av markedsundersøkelser i amerikansk varemerke- og markedsføringsrett.

2.2 Norske rettskildefaktorer

Analysene av den materielle rett tar utgangspunkt norsk varemerkelov (vml.)[57] og markedsføringslov (mfl.).[58] Siden begge lovene er forholdsvis nye, vil det også være naturlig å legge temmelig stor vekt på de relativt ferske forarbeidene.[59] I den grad reglene videreføres fra eldre lover, vil også kilder knyttet til disse kunne ha betydning ved fortolkningen av de nye reglene. Dette gjelder for eksempel markedsføringslovens regulering av forholdet mellom næringsdrivende. I og med at disse reglene videreføres fra loven av 1972, med likelydende ordlyd, vil også forarbeider og aktuell praksis knyttet til disse være aktuelle kilder.[60]

De prosessuelle regler finnes først og fremst i tvisteloven (tvl.)[61]. Sentrale rettskilder vil dermed være den norske tvisteloven og dens forarbeider.[62] Også denne loven er forholdsvis ny og forarbeidene vil tillegges stor vekt. I den grad forvaltningsmessige prosessregler trekkes inn i vurderingene, vil de sentrale kilder være forvaltningsloven med forarbeider.[63]

Tilfanget på Høyesterettsdommer som har direkte betydning for anvendelse av markedsundersøkelser som bevis er noe begrenset. De dommer som faktisk drøfter markedsundersøkelser vil naturligvis være viktige rettskildefaktorer. Generelle kommentarer om markedsoppfatningens betydning kan imidlertid også ha verdi ved tolkningen av reglene, og vil vurderes i relasjon til avhandlingens emne. I og med at tilfanget på Høyesterettsdommer ikke er spesielt stort kan underrettspraksis bli mer aktuelt. Lagmannsretts- og tingrettsavgjørelser vil kunne være relevante kilder dersom praksisen er ensartet og blir fulgt i senere avgjørelser.[64] Det må imidlertid tas høyde for at ikke alle tingrettsdommer publiseres, og det vil være noe tilfeldig hva som kan fanges opp av upubliserte avgjørelser.

Avgjørelser i Patentstyrets første og annen avdeling, knyttet til registreringspraksis, kan gi verdifull informasjon om fortolkninger av regler i varemerkeretten. Patentstyrets annen avdelings rolle som et domstollignende forvaltningsorgan kan også ha betydning for avgjørelsenes rettskildemessige verdi.[65] Det er presisert i juridisk teori at Patentstyrets

---

[57] Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven).
[58] Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).
[59] Sentrale forarbeider til varemerkeloven er NOU 2001:8, Ot.prp. nr 98 (2008-2009), Prop.6 L (2009-2010) og Innst.101 L (2009-2010). Sentrale forarbeider til markedsføringsloven er Ot.prp. nr 55 (2007-2008) og Innst.O. nr 20 (2008-2009), samt Høringsnotat - ny lov om markedsføring og annen handelspraksis.
[60] Spesielt Ot.prp. nr 57 (1971-1972).
[61] Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
[62] De viktigste forarbeidene er NOU 2001: 32 A og B, samt Ot.prp. nr 51 (2004-2005).
[63] Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven). De viktigste forarbeidene er Ot.prp. nr 38 (1964-1965) og Ot.prp. nr 75 (1993-1994).
[64] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 162.
[65] Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 35.

avgjørelser kan få betydning på to måter.[66] For det første vil den konkrete avgjørelsen kunne få betydning når domstolen tar stilling til overprøving av Patentstyrets vedtak eller ved ugyldighetsspørsmål. For det annet kan Patentstyrets generelle rettsanvendelse bli tillagt betydning når domstolen tar stilling til senere rettsspørsmål. Dersom Patentstyrets avgjørelser gir uttrykk for etablert forvaltningspraksis kan dette tillegges vekt som rettskildefaktor.[67] Det er enn videre etablert et prinsipp i rettspraksis om at domstolene bør utvise tilbakeholdenhet med å underkjenne den særlige sakkyndighet Patentstyret representerer, jfr. Swingball-dommen.[68] I en gjennomgang av patentsaker i perioden 1976 til 2007 ble det riktignok vist til at tingrett og lagmannsrett overprøvde Patentstyrets skjønn i større utstrekning enn det som var ventet på bakgrunn av Swingball-dommen.[69] I Biomar-saken i 2008 ble imidlertid prinsippet om tilbakeholdenhet igjen stadfestet av Høyesterett.[70] Spørsmålet i Biomar-saken var knyttet til patentrettslige regler og tekniske vurderinger, og behovet for særlig kyndighet kan sies å være mer fremtredende i slike saker enn tilfellet er i varemerketvister. Mer rettslig pregede vurderinger i varemerkesaker kan føre til at behovet for Patentstyrets ekspertise blir mindre.[71] I Mozell-dommen ble det blant annet uttalt at i varemerkesaker vil de faktiske sider ved avgjørelsestemaene ofte være lettere tilgjengelige for domstolene, og spørsmålenes rettslige preg kan være sterkere.[72] Det kan dermed hevdes at Swingball-prinsippet ikke gjelder i like stor grad i varemerkesaker.[73] Denne oppfatningen innebærer at domstolen står noe mer fritt i sine vurderinger i varemerkesaker, og den rettskildemessige verdien av Patentstyrets avgjørelser blir mindre. I denne avhandlingen vektlegges Patentstyrets annen avdelings avgjørelser i den utstrekning det kan sies å være uttrykk for gjeldende rett og ikke strider mot senere rettspraksis.

Vedtak i Markedsrådet kan få betydning som sentral informasjonskilde med hensyn til problemstillinger knyttet til forbrukerbeskyttelsen i markedsføringsloven. Det samme gjelder etablert praksis eller vedtak fra Forbrukerombudet. På samme måte som for Patentstyrets avgjørelser kan praksis i slike forvaltningsorganer si noe om hvordan markedsføringsloven tolkes i enkeltsaker. Markedsrådet, som et klageorgan som avsier bindende vedtak, vil

[66] Stenvik *Patentrett* (2006) s. 47.
[67] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 240-241.
[68] Rt 1975 s. 603 (Swingball).
[69] Kleppestø *Domstolsprøving av patentstyrets avgjørelser* LogR (2008) s. 120.
[70] Rt 2008 s. 1555 (Biomar).
[71] Se for eksempel Rt 1995 s.1908 (Mozelldommen), Rt 2002 s. 391 (God Morgon dommen) og RG 2008 s.161 (Borgarting, Mangodommen).
[72] Rt 1995 s.1908 (Mozelldommen).
[73] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 198.

imidlertid også være en domstollignende organisasjon, uavhengig av sentralforvaltningen.[74] Dette tilsier at vedtak i Markedsrådet kan ha større rettskildemessig betydning, spesielt dersom rettspraksis er knapp. Ved spørsmål om den rettskildemessige betydning av forvaltningspraksis legges det også blant annet vekt på hvor stort innslaget av jurister er.[75] Markedsrådet besittes av personer med ulik bakgrunn, der både juridisk kompetanse og annen markedsføringsfaglig kompetanse er representert.[76] Det kan derfor tenkes at ikke-juristene har kompetanse innen markedsanalyse og andre tilgrensede fagområder, som kan ha direkte betydning for vurderinger av markedsundersøkelser som dokumentasjon. Det er da også hevdet i juridisk teori at Markedsrådets karakter av å være et domstollignende organ med dets særlige erfaring med markedsføringsrettslige tvister, tilsier at vedtak derfra bør tillegges vekt på nivå med underettspraksis. [77] Det må imidlertid tas hensyn til at domstolen i enkeltsaker kan overprøve Markedsrådets vedtak. I Høyesterettsdommen om Østlandske Bilberging uttales det blant annet at domstolen har like gode forutsetninger for å vurdere hvorvidt en markedsføring er "urimelig" som det Markedsrådet har.[78] Retten viste til at det ikke var tale om å utvise skjønn som krevde særlige faglige forutsetninger eller særlig innsikt. Det skal også påpekes at domstolen tradisjonelt ikke har følt seg like bundet av forvaltningspraksis som forvaltningen selv, men det legges utvilsomt en viss vekt på det.[79] Dersom Markedsrådets vedtak ikke er satt til side av domstolen, og for øvrig gir uttrykk for en generell praksis, vil disse ha en ikke ubetydelig rettskildemessig verdi.

Ved spørsmål om brudd på de av markedsføringslovens bestemmelser som skal beskytte næringsdrivende, kan Næringslivets konkurranseutvalg avgi rådgivende uttalelser. Den rettskildemessige betydning av responsa som rettskildefaktor må derfor også vurderes. Høyesterett synes i utgangspunktet avvisende til at privat rettsnormering skal være bindende for domstolene. Det er i flere aktuelle avgjørelser lagt til grunn en grundig juridisk vurdering, uten noe støtte i rettsoppfatninger fra private konfliktløsningsorganer.[80] Det ser imidlertid ut til at det er forutsatt i John Deere-dommen at avgjørelser av konkurranseutvalget kan ha betydning dersom det er langvarig, fast og autoritativ praksis.[81] Dette kan gjelde spesielt der

[74] Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 171.
[75] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 230
[76] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 32.
[77] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 32.
[78] Rt 2006 s. 1348 (Østlandske Autoberging).
[79] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 233.
[80] Se for eksempel Rt 1984 s. 248 (John Deere dommen), Rt 1994 s. 1584 (Legodommen), Rt 1995 s.1908 (Mozelldommen), Rt 1997 s. 199 (Cirrusdommen) og Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen). Se også Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 106.
[81] Rt 1984 s. 248 (John Deere dommen).

vurderingstema er knyttet til hvorvidt en handling er i strid med "god forretningsskikk". Ved vurdering av slike rettslige standarders nærmere innhold vil nettopp bransjepraksis kunne gi veiledning.[82] Hvorvidt den er bindende for domstolen er imidlertid et annet spørsmål. Utgangspunktet må være at retten selv må gjøre seg opp en mening, også i forhold hva som ligger i en god skikk standard. Den rettskildemessige betydning av konkurranseutvalgets avgjørelser i markedsføringssaker er også diskutert i juridisk litteratur. Det er på den ene siden hevdet at domstolene må stå fritt ved vurderingen av hva som er god forretningsskikk og at responsapraksis ikke er bindende for domstolene.[83] På den annen side er det hevdet at det kan være grunn til å tillegge oppfatninger i konkurranseutvalget betydelig vekt, på bakgrunn av demokrati- og ekspertisehensyn, samt at disse representerer en omfattende og illustrerende praksis.[84] I forhold til denne avhandlingens tema vil det imidlertid ha betydning at bevisføringen er langt mindre omfattende enn hva som er tilfelle ved en domstols-behandling.[85] Når dette ses i sammenheng med utvalgets temmelig korte begrunnelser, kan det være vanskelig å lese ut av de enkelte begrunnelser hvilken dokumentasjon som er lagt til grunn for uttalelsen. Den rettskildemessige betydningen av slike uttalelser kan derfor bli forholdsvis liten. I denne avhandlingen vil uttalelser fra konkurranseutvalget brukes for å illustrere praksis, men vil ikke bli tillagt særlig vekt som selvstendig rettskildefaktor.

De norske rettskildefaktorene vektes innbyrdes ved at lovens ordlyd og ferske forarbeider gis stor vekt, mens rettspraksis og forvaltningspraksis kan få betydning ved tolkningen av disse. I tillegg vil juridisk litteratur anvendes i den grad den klargjør tolkningen av lovens ordlyd og presiserer forståelsen av praksis.

2.3 Fremmed rett

Fremmed rett trekkes inn i avhandlingens analyser på flere måter. Formålet er imidlertid ikke å foreta noen fullstendige komparative analyser av hvordan markedsundersøkelser brukes i de ulike jurisdiksjoner. Komparative studier kan i seg selv være interessante, men det vil kreve en vurdering av de ulike systemers avvikende strukturer, kulturelle forskjeller og spesielle rettstradisjoner, som det vil føre for langt å gjennomføre fullt ut innenfor denne rammen.[86] Fremmed rett har likevel en naturlig plass også ved fremstillinger og analyser av det enkelte

[82] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 258 flg.
[83] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 108.
[84] Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 546.
[85] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 33.
[86] Se Forening for komparativ retts hjemmeside: http://folk.uio.no/giudittm/NFKR_beskrivelse.html.

lands regler. I denne avhandlingen vil fremmed rett ha betydning for behandlingen av de enkelte rettsspørsmål i forskjellige varianter.

Viktigst er at danske og svenske rettskilder i stor grad trekkes inn allerede i de løpende analysene av de materielle norske reglene. Denne nærhet i behandlingen av skandinavisk rett har særlig sammenheng med det tradisjonelle rettsfellesskap mellom Norge, Danmark og Sverige. Det kan dermed hevdes at en fremstilling av norsk varemerke- og markedsføringsrett ikke blir fullstendig uten at svenske og danske kilder trekkes inn.[87]

Hensynet til rettsenhet i Skandinavia kan også tilsi at det anvendes tilsvarende løsninger i norsk rett som i dansk og svensk rett. Skandinaviske kilder kan derfor være aktuelle for å underbygge en fortolkning som er naturlig etter norsk rett. De ulike rettskildefaktorer kan dermed til en viss grad danne grunnlag for å utlede rettslige argumenter i henhold til de enkelte juridiske spørsmål. Slike argumenter kan som sådanne ha vekt som tolknings-momenter og reelle hensyn i analyser av norsk rett.

Det kan imidlertid også være aktuelt å trekke inn danske og svenske kilder dersom løsningen etter norsk rett er usikker. Selv om fremstillingen av dansk og svensk praksis ikke er ment å være like fullstendige som for norsk praksis, kan en gjennomgang av de mest sentrale avgjørelsene bidra til å klargjøre det rettslige bildet. Referanser til skandinavisk juridisk litteratur har også et rettsvitenskapelig formål. Siden rettsvitenskapen på dette rettsområdet er i betydelig utstrekning felles i Skandinavia, gjøres det fortløpende henvisninger til skandinavisk juridisk teori på samme måte som til norsk juridisk teori.

Dersom det kan påvises forskjeller i den konkrete fortolkning av de materielle bestemmelser i de skandinaviske land, vil det videre være aktuelt å drøfte hvorvidt slike forskjeller kan ha betydning for vurderingen av markedsundersøkelser som bevis.

Gjennomgangen av de materielle regler i dansk rett vil for det første relatere seg til den danske varemerkeloven (Vml.).[88] Loven har gjennomgått flere revisjoner, med den seneste gjennomgående reformen i 1991, og med kun mindre endringer de siste årene. Både praksis og litteratur tilknyttet den danske varemerkeloven vil trekkes inn i de løpende analyser. Dernest vil dansk markedsføringslov (Mfl.), med de seneste endringer som trådte i kraft 28. desember 2009, ha betydning.[89]

---

[87] Strömholm *Användning av utländskt material i juridiska monografier* SvJT (1971) s. 254.
[88] LBK nr 90 af 28/01/2009 (Varemærkeloven).
[89] LBK nr 839 af 31/08/2009 (Markedsføringsloven).

Sentrale svenske kilder vil for det første være den nye svenske varemerkeloven (VML), som trer i kraft den 1. juli 2011. [90] Selv om loven p.t. ikke er trådt i kraft har jeg valgt å legge den nye loven til grunn i de løpende analysene. Ved gjennomgangen av de materielle regler vil det trekkes veksler på den svenske markedsføringsloven (MFL) som trådte i kraft 1. juli 2008.[91]

Praksis og litteratur knyttet til eldre utgaver av de danske og svenske lovene vil fortsatt kunne være aktuelle og drøftes fortløpende ved gjennomgang av de enkelte vurderingstemaer.

Også løsninger etter tysk og engelsk rett trekkes på enkelte punkter inn som illustrasjon i analysen av gjeldende rett. Tysk rett er interessant fordi tyske domstoler har lang tradisjon for å vurdere markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister. Engelsk rett trekkes inn nettopp fordi ståstedet der har vært helt annerledes enn i Tyskland, og kan sånn sett fungere som en motvekt til den tyske holdningen. Behandlingen av disse lands rettsforhold foretas imidlertid i større grad adskilt fra den løpende fremstilling av rettstilstanden i Norge. Dette har sammenheng med at norsk rett har mindre grad av tradisjonell tilknytning til disse lands rettsregler. Rettstilstanden i disse land kan likevel gi inspirasjon til løsninger for tilsvarende problemstillinger i norsk rett.[92] Samtidig kan rettskilder i andre land ha betydning som støttemomenter for løsninger som forøvrig fremstår som uklare i norsk rett.[93] Det kan da være aktuelt å vurdere om disse lands løsninger kan anvendes tilsvarende i norsk rett. De engelske spesialreglene om "passing off" fører imidlertid til at direkte sammenligninger med engelsk rett kan bli vanskelig. Avgjørelser knyttet til passing off der markedsundersøkelser er anvendt som bevis kan likevel si noe generelt om bruken av markedsundersøkelser som kan være interessante for norsk rett.

Europeisk rett kan sies å ha spesiell betydning dersom EU-direktivene gir rettsenhet med hensyn til de materielle regler. EUs direktiver i både varemerke- og markedsføringsrett bidrar i stor grad til dette rettsfellesskapet. Dette gjelder spesielt bestemmelser knyttet til total-harmoniseringsdirektivet for urimelig handelspraksis i markedsføringsretten.[94] Også

[90] Betänkande 2010/11:NU6. Sentrale forarbeider er SOU 2001:26 og Prop. 2009/10:225.
[91] Marknadsföringslagen (2008:486). Sentrale forarbeider er SOU 2006:76 og Prop 2007/08:115.
[92] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 284.
[93] Nygaard *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 51.
[94] Nordisk Ministerråd sørget også for å få laget en egen utredning om handelspraksisdirektivets mulige konsekvenser for de nordiske land; se Engelbrekt *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries - Consequences of a Directive on Unfair Business-to Consumer Commercial Practices* Nordisk Ministerråd (2005).

gjennomføringen av varemerkedirektivet har gitt et noe mer EU-rettslig fokus, men her er fortsatt den skandinaviske dimensjonen vesentlig.[95]

Dersom de nasjonale regler er basert på harmoniseringsdirektiver kan det også vurderes om registreringspraksis i andre land er bindende for norske domstoler. EU-domstolen har her lagt opp til at praksis fra andre land kan være aktuelle kilder, men at slike ikke er bindende for andre medlemsland.[96] I den norske God Morgon-dommen sluttet Høyesterett seg til en uttalelse fra Patentstyret om at hensynet til rettsenhet innebærer at de samme normer bør legges til grunn, men at det ikke uten videre kan anses som et mål å oppnå like resultater i enkeltsaker.[97] Lagmannsretten har også i en noe eldre avgjørelse påpekt at det bør tillegges vekt at samme selskap har oppnådd å få registrert ordet Always som varemerke i Danmark, Finland og Sverige i forbindelse med samtidige søknader i disse land. [98] I senere saker har imidlertid lagmannsretten presisert at registreringspraksis fra andre land som er bundet av Varemerkedirektivet ikke er bindende for norske myndigheter. [99] Det er blant annet i Beecham-avgjørelsen vist til at harmoniseringsformålet primært gjelder lovgivningen og ikke avgjørelser av enkeltsaker.[100] Det ble også bemerket at den aktuelle registreringspraksis fra andre land heller ikke var helt entydig. Den rettskildemessige betydning av en slik praksis blir også derfor mindre.

Videre kan amerikanske kilder, både rettspraksis og juridisk teori, brukes som inspirasjon i forhold de kriterier som ligger til grunn for bruk av markedsundersøkelser som bevis. Siden amerikansk rett skiller seg kraftig fra norsk rett, vil ikke amerikanske kilder få noen direkte innvirkning på de ulike analyser, men anvendes mer som eksempler på løsninger fra en annen rettstradisjon.

Også utviklingen av internasjonale konvensjoner har medført at internasjonale avtaler som TRIPS avtalen fra WTO, Paris-konvensjonen og Bern konvensjonen har stor betydning. Disse danner bakteppe for lovregulering i de enkelte land og kan brukes ved tolkning av de enkelte lands materielle kilder. På varemerkerettens område vil også Singapore traktaten kunne ha betydning.[101] Ingen av disse berører imidlertid direkte problemstillinger knyttet til bruk av markedsundersøkelser som bevis, og drøftes kun i liten utstrekning.

---

[95] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 392.
[96] C-363/99 av 12. februar 2004 (Postkantoor) premiss 44.
[97] Rt 2002 s. 391 (God Morgon dommen).
[98] LE-1986-400 (Eidsivating, Always).
[99] RG 2006 s. 1046 (Borgarting, Beecham).
[100] RG 2006 s. 1046 (Borgarting, Beecham).
[101] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 9.

Fremmed rett kan også trekkes inn i vurderinger av de prosessuelle regler. Selv om også de prosessuelle regler er utviklet i samme tradisjon i de skandinaviske land, er forskjellene her noe større. Det innebærer at danske og svenske prosessuelle kilder ikke anvendes direkte i de ulike analyser i samme grad som for materiell rett. Dersom enkelte prosessuelle bestemmelser er bygget over samme lest kan det likevel være aktuelt å bruke disse som et bakteppe i analysen av de norske reglene. [102] Den danske retsplejeloven (Rpl.)[103] og den svenske rättegångsbalken (RB)[104] trekkes derfor inn i en viss utstrekning. I forhold til tysk prosessrett vil det være en utfordring at det prosessuelle systemet tradisjonelt har adskilt seg fra den norske prosessen. Det samme gjelder engelsk prosessrett. Håndtering av markeds-undersøkelser som bevis med grunnlag i engelsk og tysk prosessrett drøftes derfor kun i den utstrekning praksis i disse landene kan gi inspirasjon til løsninger i norsk rett.

Et annet aspekt som kan ha betydning for spørsmålet om den rettskildemessige verdien av prosessregler i fremmed rett, er at sivilprosessen i flere europeiske land de senere år har gjennomgått til dels vidtrekkende reformer.[105] I den grad reformene kan sies å gå i samme retning kan det være større grunn til å trekke veksler på en eventuell felles forståelse av de prosessuelle prinsipper. Den seneste norske prosessreformen er gjennomført ved tvisteloven av 2005 og trådte i kraft 1. januar 2008. Den danske reformen av retsplejeloven har foregått over flere år og den viktigste, politi og domstolsreformen av 2006, trådte i kraft 1. januar 2007.[106] Den svenske reformen "En modernäre rättegång" trådte i kraft 1. november 2008. [107] Felles for de skandinaviske reformene er at lovgiverne har forsøkt å øke fleksibiliteten ved prosessordningen ved å innskrenke vektleggingen av grunnleggende prinsipper om muntlighet og bevisumiddelbarhet, øke konsentrasjonen av prosessen og i større grad åpne for materiell

[102] Tvistemålsutvalget plasserte den norske prosessordning i en nordisk modell, et sted mellom det engelske systemet og de kontinentale systemer, se NOU 2001: 32 A s. 124-125. Det har imidlertid tradisjonelt vært forskjeller også innad i de nordiske land, med de vestlige land (Norge, Danmark og Island) på den ene siden og de østlige land (Sverige og Finland) på den andre, se Lindblom *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen* (2000) s. 88.

[103] LBK nr 1237 af 26/10/2010 (Retsplejeloven). Retsplejeloven ble opprinnelig gjennomført som lov nr. 90 av 11. april 1916, men er endret en rekke ganger. For fremstilling av reglene i dansk sivilprosess, se for eksempel Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007).

[104] Rättegångsbalken (1942:740). For fremstilling av reglene i svensk prosessrett, se for eksempel Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009), Brolin, Rehnström og Widebeck *Tvistemålsprocessen I* (2008) s. 76 flg. og Bolding *Går det att bevisa?: perspektiv på domstolsprocessen* (1989).

[105] For en gjennomgang av de senere års utfordringer i sivilprosessen i Europa, samt USA, Asia og Brasil, se Zuckerman, Chiarloni og Gottwald *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure* (1999). Det norske tvistemålsutvalget pekte også på at behovet for en harmonisering mellom de europeiske land øker når norske domstoler i større grad behandler tvister som skriver seg fra grenseoverskridende virksomhet, og som involverer parter som ikke er hjemmehørende i Norge, jfr NOU 2001: 32 A s. 112.

[106] Lov nr 538 af 8. juni 2006 om ændring av retsplejeloven. Retsplejeloven ble opprinnelig gjennomført som lov nr. 90 av 11. april 1916, men er endret en rekke ganger.

[107] Sentrale forarbeider til reformen er de tidligere nevnte SOU 2001:103 og Prop. 2004/05:131.

prosessledelse.[108] Også ellers i Europa har hovedformålet med reformene i de enkelte land vært å effektivisere sivilprosessen.[109] Denne felles målsetningen kan ha medført at den angloamerikanske og den kontinentale sivilprosessen har nærmet seg hverandre.[110]

Siden det fortsatt er store forskjeller i prosessreglene i de europeiske land, har jeg likevel ikke valgt å foreta direkte sammenligninger av hvordan markedsundersøkelser håndteres prosessuelt i de ulike land.

2.4 EU-rett

Den rettskildemessige betydningen av EU-retten vil først og fremst fremkomme gjennom henvisninger til harmoniseringsdirektiver og EU-domstolens praksis. Både varemerkeloven og markedsføringsloven er basert på forholdsvis ferske EU-direktiver og disse vil ha betydning i fortolkningen av de norske enkeltbestemmelsene.[111]

Det vil også ha betydning om direktivene er harmoniseringsdirektiver eller ikke. Blant annet er handelspraksisdirektivet et harmoniseringsdirektiv som vil være med på å skape større rettsenhet for forbrukerbeskyttelsen i markedsføringsretten innen EU/EØS-området.[112] Det er imidlertid påpekt i juridisk teori at når handelspraksisdirektivet bygger på en generalklausul kan det bli vanskelig å oppnå fullstendig harmonisering.[113] Generalklausuler tolkes og tillempes gjennom domstols- og forvaltningspraksis og får sitt nærmere innhold konkretisert ut fra enkeltavgjørelser. Ulik fortolkning av generalklausulen i de enkelte land kan dermed føre til at formålet om full harmonisering ikke er realistisk.[114] Også Varemerke-direktivet tar sikte på å skape rettslikhet i medlemsstatene på de områder direktivet gjelder.[115]

---

[108] Det nordiske reformarbeidet er drøftet i Lindblom *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen* (2000) s. 241-249.

[109] I England er sivilprosessen generelt regulert av Civil Procedure Rules 1998 (CPR), mens bevisreglene finnes i Civil Evidence Act 1995 (CEA). Arbeidet med å reformere engelsk prosessrett - Access to Justice - ble ledet av Lord Woolf og startet i 1994. Det er utkommet to rapporter fra den engelske prosessen, se Interim Report (Access to Justice) fra 1995 og The Final Report (Access to Justice) fra 1996. I Tyskland reguleres sivilprosessen av Zivilprozessordnung (ZPO) av 30.01.1877.

[110] Det er spesielt hevdet i juridisk teori at den engelske reformen knyttet til rettens saksstyring, begrensningen i reglene for "discovery" og bruk av rettsoppnevnte sakkyndige har ført til at den engelske prosessen har nærmet seg tysk sivilrett, se Murray og Stürner *German civil justice* (2004) s. 645-646.

[111] Aktuelle direktiver for denne avhandlingens emne er Direktiv 2008/95/EF (Varemerkedirektivet) - som er en konsolidering av Direktiv 89/104/EF, samt Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet) og Direktiv 2006/114/EF (Direktiv om villedende og sammenlignende reklame).

[112] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 13. Se også Trzaskowski *Om den uninonsretlige markedsføringsret* UfR (2010) s. 148.

[113] Engelbrekt *EG-direktivet om utillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?* ERT (2005) s. 242.

[114] Engelbrekt *EG-direktivet om utillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?* ERT (2005) s. 242.

[115] C-273/00 av 12. desember 2002 (Sieckmann) premiss 36.

Den norske varemerkeloven er derfor basert på direktivet og er søkt tilpasset dette.[116] Ved fortolkning av varemerkeloven på de områder der direktivet slår inn kreves en ubetinget etterfølgelse.[117] Det kan likevel være valgt ulike løsninger, også i de skandinaviske land, i tilfeller der direktivene åpner for valgfrihet.

Det er heller ingen tvil om at den rikholdige praksis fra EU-domstolen er sentral ved tolkningen av bestemmelser i varemerkelovgivningen som gjennomfører varemerke-direktivet.[118] Det kan imidlertid spørres om det vil innebære noen egentlig forskjell om rettsanvendelsen foregår med bakgrunn i nasjonale kilder eller i EU-retten. Det ble blant annet påpekt av førstvoterende i Søtt og Salt-dommen at de spørsmål som saken reiste, ikke ga andre løsninger etter EU-retten enn det man etter norsk rett ville ha kommet til uten EU-retten. [119] Det ble da vist til at betydningen av EU-retten først og fremst vil bestå i å finne eksempler fra EU-domstolenes praksis som kan belyse de problemstillinger saken reiser, samt den vurderingsnorm som skal anvendes. Også Førsteinstansrettens praksis kan ha betydning som kilde i norsk rett. Dersom EU-domstolen ikke har kommet med avklarende praksis, kan vektlegging av avgjørelser fra Førsteinstansretten sikre enhetlig praksis innenfor EU/EØS-området.[120]

En annen sentral kilde for varemerkeretten i EU er forordningen om felleskaps-varemerker.[121] Forordningen regulerer systemet for registrering av EU-varemerker, med enhetlig virkning innenfor regionen. Ettersom systemet forvaltes av EU-organer, og dermed ikke harmonerer med topilarsystemet som EØS-avtalen bygger på, er ikke forordningen innlemmet i EØS-avtalen.[122] Norske foretak kan imidlertid søke om fellesskapsvaremerker gjennom en fullmektig, men registreringen av slike merker har ikke virkning i Norge. Det neste spørsmålet blir da hvilken rettskildemessig betydning praksis knyttet til forordningen, kan ha for tolkningen av norsk rett. Forordningen administreres av Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM), hvor øverste instans utgjøres av appellkamre som gjennom sine avgjørelser trekker opp retningslinjer for kontorets praksis. Appellkamrenes avgjørelser kan ankes inn for førsteinstansretten og videre til EU-domstolen. Dersom avgjørelsen bekreftes av EU-domstolen, har de utvilsomt rettskildemessig betydning.[123] Høyesterett har

[116] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 5.
[117] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 30.
[118] Rt 2002 s. 391 (God Morgon dommen) s. 395-396.
[119] Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 38.
[120] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 32.
[121] Forordning 207/2009 (EF-varemerker).
[122] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 8.
[123] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 32.

også slått fast at praksis knyttet til forordningen kan være relevant, ut fra hensynet til rettsenhet.[124]

Hvor stor vekt det kan legges på registreringspraksis fra OHIM kan imidlertid også diskuteres. Det er uttalt av EU-domstolen at selv om det rettslige og faktiske grunnlaget for registreringsavgjørelsene skulle være i det vesentlige likt det som foreligger i de enkelte land, kan de ikke tillegges avgjørende betydning.[125] Det er imidlertid eksempler fra norsk rett på at praksis fra OHIM er tillagt stor betydning. I Livbøyedommen ble det for eksempel lagt vekt på praksis fra OHIM, selv om denne praksisen stred mot en tidligere høyesterettsdom.[126] Høyesteretts fortolkning var også en annen enn det som kom til uttrykk både i den svenske og den danske varemerkeloven. Førstvoterende viste til at utviklingen av praksis i EU, etter Bud-dommen[127] og etter vedtakelse av den svenske og danske varemerkeloven, var avgjørende for denne tolkningen. Retten kom da til at det måtte være riktig å tolke lovteksten i lys av den forståelse som kom til uttrykk i praksis fra OHIM. Også i lagmannsrettens avgjørelse, ved spørsmål om registrering av Companys som varemerke, ble det lagt vekt på at OHIM hadde tillatt registrering av det samme merke.[128]

I Webs@ale-avgjørelsen ser det imidlertid ut til at Patentstyret selv legger til grunn en noe mer restriktiv holdning til betydningen av registreringspraksis i EU.[129] Patentstyret presiserte da at det skal utøves et lovbundet skjønn ved registrerbarhetsvurderingen. Det ble vist til at det er den generelle distinktivitetsnorm som kan utledes av blant annet rettspraksis, som må legges til grunn som retningsgivende for avgjørelsen. Det konkrete skjønn som tidligere hadde vært utøvd i lignende, men ikke nødvendigvis like, registreringssaker hadde ikke like stor betydning. I dansk registreringspraksis er det eksplisitt påpekt at det at merket er godkjent til registrering av OHIM er uten betydning for den danske styrelsens vurdering av saken.[130] Det ble fremholdt at EU-varemerker og de nasjonale varemerkesystemer eksisterer uavhengig av hverandre. OHIMs fortolkning av varemerkeforordningens bestemmelser ble dermed ikke ansett å være bindende for fortolkningen av det samme spørsmål i nasjonal dansk lovgivning.

---

[124] Rt 2002 s. 391 (God Morgon dommen) s. 396 og Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen) premiss 56. Se også RG 2006 s. 1046 (Borgarting, Beecham).
[125] C-218/01 av 12. februar 2004 (Henkel I) premiss 65.
[126] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen) premiss 61 og 62. Høyesterett drøftet spørsmålet om innskrenkende fortolkning av varemerkelovens henvisning til illojalitet i Rt 1998 s. 1809 (Bud-dommen).
[127] Rt 1998 s. 1809 (Bud-dommen).
[128] LB-2009-174551 (Companys).
[129] PS 2010-7956 (Webs@ale).
[130] AN 2005 00017 (Citapram).

Kapittel II Markedsundersøkelsers juridiske forankring

3 Innledning

Markedsundersøkelsers juridiske forankring må søkes i kilder som direkte eller indirekte åpner for bruk av empiri som dokumentasjon for oppfatninger i markedet. Dette fordrer analyser av de materielle regler i varemerke- og markedsføringsrett.

Etter å ha klarlagt den juridiske forankring er det naturlig å vurdere i hvilken grad markedsundersøkelser anses å være relevante som bevis i praksis. Vurderingen av markedsundersøkelsers relevans må da ses i forhold til det enkelte vurderingstema.

Lovbestemmelser som åpner for å trekke inn markedsmekanismer kan imidlertid også tolkes rent juridisk. Det innebærer at analysene i dette kapitlet også må ta høyde for den rene juridiske tilnærmingen til markedet. Målet for begge tilnærmingsmåter er en klarlegging av oppfatninger og reaksjoner i det relevante marked.

Siktemålet er ikke her å gå i dybden på generelle problemstillinger knyttet til fortolkningen av de enkelte varemerke- og markedsføringsrettslige kilder, men fokusere på vilkår i den enkelte bestemmelse som har direkte betydning for bruk av markedsundersøkelser som bevis.

Denne redegjørelsen for markedsundersøkelser juridiske forankring og relevans skal danne grunnlag for å gå nærmere inn på de konkrete kriterier knyttet til markeds-undersøkelsers bevisverdi. Satt på spissen må det tas høyde for at en undersøkelse kan være *juridisk relevant* på et prinsipielt grunnlag, men fyller ikke *undersøkelsestekniske kriterier* i det konkrete tilfelle. Etter at undersøkelsens juridiske forankring og relevans er avklart må det derfor vurderes hvorvidt undersøkelsen *faktisk* dokumenterer omsetningskretsens oppfatning, jfr. drøftelsen av de undersøkelsestekniske krav i kapittel IV nedenfor.

4 Omsetningskretsens oppfatning som vurderingstema

4.1 Omsetningskretsens betydning i materiell rett

Når den mentale assosiasjonen til et konkret varemerke eller et markedsføringstiltak skal dokumenteres, vil ikke markedet som helhet være en presis nok målestokk. Høyesterett har blant annet presisert at et varemerke er ment å skulle virke i en markedssammenheng, overfor en "relevant kundekrets".[131] Det er denne kretsen som må være målestokk. Markeds-mekanismenes innflytelse i varemerke- og markedsføringsrettslige problemstillinger må dermed analyseres ut fra en nærmere angitt relevant omsetningskrets.

Det kan umiddelbart virke noe unyansert å anvende begrepet "omsetningskrets" som fellesbetegnelse i de ulike situasjoner der materielle regler vurderes. Jeg har imidlertid valgt å bruke omsetningskrets som en samlebetegnelse for alle grupper som berøres av varemerker eller markedsføring, og lar dette være et utgangspunkt for de ulike analysene. Nærmere drøftelser av sammensetning og avgrensning av denne kretsen gjøres i forhold til de enkelte materielle grunnlag i varemerkeretten og i markedsføringsretten. Begrepet omsetningskrets anvendes altså kun som et noe unyansert utgangspunkt, mens begrepets nærmere innhold og avgrensning vil avklares i enkeltdrøftelsene nedenfor.

Utgangspunktet for drøftelsene i dette kapitlet er dermed en analyse av de materielle bestemmelser som har omsetningskretsens oppfatning som sentralt vurderingstema. I de fleste tilfeller er dette forankret direkte i den enkelte lovbestemmelse. Her gis kun en oversikt over de norske lovbestemmelser som siden skal analyseres nærmere.

For det første kan omsetningskretsens oppfatning få betydning for vurderinger av det varemerkerettslige kravet til *særpreg*. Patentstyret vil blant annet vurdere kravet til særpreg som del av registreringsvilkårene i vml. § 14 første ledd. Det kan dermed være et behov for å dokumentere overfor Patentstyret at et merke oppfattes som særpreget i omsetningskretsen. Dersom et merke nektes registrert på grunn av manglende særpreg, kan søker også i neste runde forsøke å dokumentere særpreg ved å vise til omsetningskretsens oppfatning. Dette må sies å være spesielt aktuelt dersom et merke i utgangspunktet er deskriptivt, men kan ha opparbeidet seg særpreg gjennom bruk. En slik form for opparbeidet sekundærbetydning vil typisk være forankret i hvordan merket oppfattes i markedet. I motsatt fall kan det ved innsigelse eller begjæring om slettelse av et varemerke inngis dokumentasjon for at

[131] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen) premiss 31.

omsetningskretsen *ikke* oppfatter merket som særpreget. På hvilket som helst tidspunkt kan en varemerkeregistrering kjennes ugyldig dersom det er registrert i strid med kravet til særpreg, jfr. vml. § 35 jfr. § 14. Dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning kan også bli sentral i vurderingen av om et merke er blitt den alminnelige betegnelsen innen bransjen for slike varer eller tjenester som det er registrert for, jfr. vml. § 36 bokstav b. Det vil være naturlig å anvende omsetningskretsens oppfatning som målestokk ved vurdering av om et merket er degenerert. Også ved vurderinger av om et merke skal anses å ha oppnådd enerett gjennom innarbeidelse i et marked kan dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning få betydning, jfr. vml. § 3 tredje ledd. Det er vel nettopp ved spørsmålet om innarbeidelse at den faktiske oppfatningen i markedet kan bli særlig aktuell.

Omsetningskretsens oppfatning kan videre ha betydning i vurderinger av om et merke er *egnet til å forveksles* med andre merker. Et merke kan ikke registreres dersom det er egnet til å forveksles med allerede eksisterende merker eller andre kjennetegn, jfr. vml. § 16. Innsigelser mot registrering av varemerket kan begrunnes i at det i omsetningskretsen er forvekselbart med andre merker. På samme måte kan slettelse av en varemerkeregistrering begrunnes i forvekslingsfare, jfr. vml. § 35 jfr. § 16. I alle disse tilfeller kan en påstand om forvekslingsfare bli møtt med dokumentasjon for at det *ikke* er forvekslingsfare i omsetningskretsen.

Ved vurderinger av eventuelt varemerkeinngrep, kan det også bli spørsmål om å trekke inn omsetningskretsens oppfatning. Ingen kan, uten samtykke, bruke et merke som enten er identisk med et beskyttet merke, eller bruken innebærer risiko for forveksling, jfr. vml. § 4 første ledd. Markedets oppfatning kan her ha betydning i to relasjoner; både i forhold til om et merke har krav på enerettsbeskyttelse og i forhold til forvekslingsfare mellom merkene.

Markedsmekanismene kan også spille en stor rolle ved spørsmål om utvidet *vern for velkjente merker*. Omsetningskretsens oppfatning kan for det første ha betydning for spørsmålet om et merke kan anses å være velkjent i markedet, og dermed har oppnådd et utvidet vern etter reglene i vml. § 4 annet ledd. Oppfatningen i markedet kan imidlertid også trekkes inn i vurderingen av om det er kjennetegnslikhet mellom de aktuelle merker. Til sist kan markedets oppfatning trekkes inn i vurderinger av om bruken av et nyere merke kan anses å innebære urimelig utnyttelse eller skade på det velkjente merkes særpreg og anseelse.

I markedsføringsretten kan omsetningskretsens oppfatning ha betydning i vurderinger av om en handelspraksis er *egnet til å villede* og dermed er urimelig overfor forbrukerne, jfr. mfl. §§ 6 flg. Forbrukerne som gruppe vil her være en naturlig målestokk.

Også ved vurderinger av en konkurrents lovstridige etterligning kan omsetningskretsens oppfatning få betydning, jfr. mfl. § 30. Oppfatningen i markedet kan da vurderes både i forhold til om originalproduktet er beskyttelsesverdig, og ved spørsmål om forvekslingsfare mellom produkter eller andre frembringelser. I tillegg kan oppfatninger og reaksjoner i markedet ha betydning ved vurdering av om et produkt eller merke har krav på vern mot renommésnylting, jfr. mfl. § 25 og forskrift om sammenlignende reklame § 3 bokstav g. Omsetningskretsen kan da trekkes inn for å vurdere om renomméproduktets eller merkets anseelse i brukernes bevissthet åpner for beskyttelse.

Når markedsundersøkelsers forankring og relevans drøftes i dette kapitlet, gjøres det med utgangspunkt i en analyse av de her nevnte juridiske vurderingstemaer.

4.2 Avgrensning av den relevante omsetningskrets

Omsetningskretsens oppfatning kan først måles etter at den relevante krets er tydelig definert. I en juridisk tilnærming til omsetningskretsens oppfatning vil *definisjonen* av den relevante krets og vurderinger av denne kretsens *oppfatninger* kunne smelte sammen. Med hensyn til gjennomføring av en markedsundersøkelse, vil det imidlertid være avgjørende først å angi rett målgruppe for undersøkelsen. Siden det rent faktisk må avklares hvem undersøkelses-spørsmålene skal stilles til får definisjonen av den relevante krets en helt konkret og praktisk betydning ved utarbeidelse av en markedsundersøkelse. Jeg har derfor valgt å skille selve definisjonen av omsetningskretsen og vurderinger av denne kretsens oppfatninger når de enkelte lovbestemmelser gjennomgås i dette kapitlet.

Markedsundersøkelsers juridiske forankring må utvilsomt drøftes med utgangspunkt i de enkelte lovbestemmelser. Et sentralt moment er da at undersøkelsen rettes mot en målgruppe som er juridisk forankret. Brukes en ikke-relevant krets som målgruppe, kan ikke undersøkelsen sies å være relevant som juridisk bevis for omsetningskretsens oppfatning. Det innebærer at avgrensningen av denne kretsen må søkes klarlagt gjennom en juridisk fortolkning, også ved utarbeidelse av undersøkelser som baseres på samfunnsvitenskapelig metode.[132]

Dersom omsetningskretsen ikke er allmennheten i sin alminnelighet, må kretsen avgrenses nærmere. Blant annet kan en av de avgjørende faktorene for avgrensning av omsetnings-kretsen i varemerkerettslige tvister være målgruppen for innehaverens markedsføring.[133] Det

[132] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 523. Se også kapittel IV pkt.14.3 og pkt. 16.2 nedenfor.
[133] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 50.

samme gjelder vurderinger av om markedsføring eller handelspraksis er lovstridig med grunnlag i markedsføringslovens regler.[134] Det kan i tillegg være behov for å avklare om målgruppen for eksempel er forbrukere, næringsdrivende, internettbrukere, bestemte aldersgrupper, gruppert etter antatt merkebevissthet eller valgt ut fra geografisk opprinnelse. Slike avklaringer av målgruppen må foretas med utgangspunkt i juridiske kriterier. Samspillet mellom den juridisk definerte omsetningskrets og valg av målgruppe ut fra undersøkelses-tekniske kriterier drøftes nærmere i kapittel IV pkt. 16.2.

Avgrensning av et relevant marked som målestokk for juridiske vurderinger er godt kjent også fra konkurranseretten.[135] Markedsavgrensning vil for eksempel være sentralt ved spørsmål om konkurransebegrensende avtaler i konkurranselovens § 10 og om en virksomhet har utnyttet en dominerende stilling i konkurranseloven § 11.[136] Formålet med markeds-avgrensningen knyttes imidlertid her til begrensningene i den konkurransemessige handle-friheten og vil derfor ikke ha noen nevneverdig verdi som veiledning i forhold til avgrensning av det den relevante omsetningskrets i varemerke- og markedsføringsrett.

Det kan altså ikke gis noen generelle retningslinjer for hvordan denne kretsen skal se ut. Den nærmere avgrensning av det relevante omsetningskrets i varemerke- og markedsførings-rettslige tvister må foretas på bakgrunn av en fortolkning av de enkelte lovbestemmelser.

4.3 Omsetningskretsens oppfatning som målestokk

4.3.1 Valg av tilnærmingsmåte

Som nevnt innledningsvis kan tilnærmingen til oppfatninger i markedet i hovedsak skje på to måter, gjennom lovtolkning og ved empirisk dokumentasjon.

For det første kan omsetningskretsens oppfatning finnes gjennom en objektiv fortolkning av bestemmelsenes ordlyd. I så fall vil fortolkningen baseres på abstrakte skjønnsmessige resonnementer, uten at empirisk materiale trekkes inn. Omsetningskretsens oppfatning tolkes dermed rent juridisk, med bakgrunn i tradisjonell lovtolkning. Hvorvidt det i fortolkningen av de relevante kilder tas hensyn til den faktiske oppfatning i markedet kan være usikkert. I den grad det overhodet trekkes inn i vurderingen kan det være i form av reelle hensyn.

---

[134] Se for eksempel forarbeidene til den norske markedsføringsloven, jfr. Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 35.
[135] Se om EFTAs overvåkningsorgans definisjon av det relevante marked: Konkurransetilsynet; Det relevante marked (2010) http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/RELEVANT_MARKED.pdf.
[136] Evensen og Sæveraas (red) *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 123 og s. 287.

Usikkerheten knytter seg til at reelle hensyn ofte ikke nevnes eksplisitt i domsbegrunnelsene, og det vil dermed ikke fremkomme om faktiske forhold er vektlagt.[137]

Dersom omsetningskretsens oppfatning derimot søkes dokumentert gjennom empiriske studier trekkes markedsmekanismene mer direkte inn i de juridiske resonnementer.[138] Det er blant annet i tysk teori fremhevet som en fordel at empiri vil gi dommeren mulighet til å basere sine avgjørelser på representative data og juridisk relevante fakta fremfor normative vurderinger om publikums oppfatninger.[139]

Dersom disse tilnærmingsmåtene vurderes som to alternativer oppstår et skille mellom den formelle tolkning av den materielle rett på den ene side og vurdering av reelle bevis forankret i prosessrett på den andre. Dette skillet fremkommer tydelig dersom dommeren velger å se bort fra fremlagte markedsundersøkelser og heller tolker omsetningskretsens oppfatning med utgangspunkt i skjønnsmessige vurderinger.

Valg av tilnærmingsmåte vil dermed få betydning for om det er rettsanvendelse eller bevisregler som ligger til grunn for vurderinger av markedets oppfatning. Med hensyn til vurderinger av den juridiske forankring har ikke dette skillet i seg selv noen betydning. De materielle regler drøftes derfor med utgangspunkt i at begge tilnærmingsmåter kan være aktuelle, men med spesiell fokus på markedsundersøkelsers relevans som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning.

4.3.2 Gjennomsnittsforbruker

En skjønnsmessig vurdering av hvordan en angitt krets av personer reagerer i gitte situasjoner kan forenkles ved at det konstrueres en figur som anses å være representant for denne kretsen.[140] I flere varemerke- og markedsføringsrettslige kilder brukes en henvisning til ”gjennomsnittsforbruker” som målestokk for omsetningskretsens oppfatning. Begrepet forutsetter bruk av domstolens skjønn, og det tas utgangspunkt i en fortolkning av de enkelte lovbestemmelser og andre rettskildefaktorer. Gjennomgangen her er ment å gi et overblikk over utviklingen av gjennomsnittsforbruker som målestokk for omsetningskretsens oppfatning, mens den konkrete fortolkning utskytes til drøftelser av de enkelte bestemmelser i varemerkelov og markedsføringslov.

Betydningen av å trekke inn en gjennomsnittlig forbrukers oppfatning av et kjennetegn ble påpekt av Knoph allerede i 1936. Han viste til at rettsanvenderens oppgave var å ”bokstavelig

[137] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 374.
[138] Sandgren *Om empiri och rättsvetenskap (del II)* JT (1995-96) s. 1047.
[139] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 210.
[140] Et eksempel fra andre juridiske fagområder er den kjente konstruksjonen av Bonus Pater Familias.

krype ut av sitt gode skinn og søke å leve seg inn i hvordan godtfolk vil reagere overfor merkene når de møter dem i livet".[141] Poenget var altså å forsøke å se verden med andre øyne enn juristens egne. Denne observasjonen må sies å ha gyldighet også i dag.

Begrepet er likevel først og fremst utviklet gjennom praksis i EU-domstolen. En tidlig anvisning på en skjønnsmessig konstruksjon av en forbruker som målestokk for omsetningskretsens oppfatning finnes i Mars-dommen.[142] Spørsmålet var hvordan markedsføringen av en sjokolade, der det på emballasjen var angitt "+10 prosents økning", ble oppfattet av forbrukerne. Etter rettens mening var det avgjørende at "en almindeligt oplyst forbruger" ("reasonable circumspect consumer") måtte forventes å være klar over at det ikke nødvendigvis var en sammenheng mellom reklameangivelser vedrørende en forhøyelse av et produkts volum og selve forhøyelsen.[143] Det ble dermed klargjort at det må kunne forventes at forbrukerne har en viss kritisk sans når det gjelder forståelse av reklameangivelser.

Selve begrepet "gjennomsnittsforbruker" ble første gang anvendt i Sabel-Puma-avgjørelsen, der spørsmålet var om det var forvekslingsfare mellom to varemerker som begge fremstilte springende rovdyr av katteslekten.[144] Domstolen påpekte at hvordan en gjennomsnittsforbruker oppfatter merkene spiller en avgjørende rolle i helhetsvurderingen av risikoen for forveksling.[145] Det ville blant annet ha betydning at en gjennomsnittsforbruker normalt oppfatter et varemerke som en helhet og ikke undersøker mindre forskjeller i detalj.

Hvem denne gjennomsnittsforbrukeren er, ble definert tydeligere i Gut Springenheide-avgjørelsen.[146] Saken gjaldt spørsmål om tolkning av forbud mot villedende reklame i en forordning om normer for handel med egg. Spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen var om vurderingen av villedning skulle ta utgangspunkt i den faktiske forventning hos forbrukeren eller om den skulle baseres på et objektivt forbrukerbegrep. Retten la da til grunn gjennomsnittsforbruker ("the average consumer") som målestokk og definerte denne som "almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet" ("reasonably well informed and reasonably observant and circumspect").[147] Denne definisjonen av gjennomsnittsforbrukeren som representant for omsetningskretsen er fulgt opp også i senere i EU-dommer, både i

[141] Knoph *Åndsretten* (1936) s. 455.
[142] C-470/93 av 6. juli 1995 (Mars). Dommen omhandler egentlig konkurranserettslige spørsmål.
[143] C-470/93 av 6. juli 1995 (Mars) premiss 24.
[144] C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma).
[145] C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 23.
[146] C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide).
[147] C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) premiss 31.

varemerkeretten og i markedsføringsretten.[148] Det er imidlertid ikke helt opplagt at begrepet tolkes på samme måte i EU og i nasjonal praksis. Det vil derfor være behov for å analysere nærmere hvordan begrepet fortolkes ut fra de enkelte vurderingstemaer.

Henvisninger til gjennomsnittsforbrukeren som målestokk finnes også i forarbeidene til den norske varemerkeloven.[149] I norsk rettspraksis er gjennomsnittsforbruker definert som en som antas å være "alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet".[150] Denne anses å være en representant for den relevante kundekrets eller omsetningskrets.

Gjennomsnittsforbrukeren gjenspeiles også i handelspraksisdirektivets fortale pkt. 18.[151] Det vises der til virkningen på en tenkt, typisk forbruker ved vurdering av om en handelspraksis er urimelig. Denne antas å være rimelig opplyst og rimelig observant og kritisk, idet det tas hensyn til sosiale, kulturelle og språklige faktorer slik de er tolket av EU-domstolen. Dette fortolkningsgrunnlaget følges også opp ved vurdering av ulike markedsføringstiltak i de skandinaviske land.[152] I forarbeidene til den norske markedsførings-loven uttales det eksplisitt at det er påvirkningen på det gjennomsnittlige medlemmet av en gruppe forbrukere som skal være målestokken ved vurdering av lovstridig markedsføring.[153]

I forhold til den angitte definisjon av gjennomsnittsforbruker kan det imidlertid være et generelt problem at den ekskluderer deler av kretsen som ikke er velinformert.[154] Dersom den rettslige problemstilling for eksempel er knyttet til om en markedsføring er villedende, kan det hevdes at det nettopp er personer som *ikke* er velinformert som kan bli villedet. En konstruksjon av en gjennomsnittlig forbruker vil ikke nødvendigvis ta høyde for slike ytterpunkter. Det vil da kunne være interessant å vurdere alternative målemetoder for å finne omsetningskretsens oppfatning.

---

[148] Se for eksempel, C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd), C-53/01 av 8. april 2003 (Linde), C-218/01 av 12. februar 2004 (Henkel I), C-363/99 av 12. februar 2004 (Postkantoor), C-468/01 - C-472/01 av 29. april 2004 (Procter & Gamble), C-136/02 av 7. oktober 2004 (Mag-Lite), C-37/03 av 15. september 2005 (BioID), C-412/05 av 26. april 2007 (Travatan), C-421/04 av 9. mars 2006 (Matratzen), C-24/05 av 22. juni 2006 (Werther´s Original), C-238/06 av 25. oktober 2007 (Develey), C-102/07 av 10. april 2008 (Adidas/Marca Mode) og C-252/07 av 27. november 2008 (Intel).

[149] Se for eksempel Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 49.

[150] Se for eksempel Rt 2002 s. 391 (God Morgon dommen), Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen), LB-2007-133644 (Lebara - kjennelse), RG 2008 s.161 (Borgarting, Mangodommen), LB-2009-174551 (Companys), LF-2009-117966 (Galliano-kjennelse), LA-2010-35846 (Panorama - kjennelse) og TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).

[151] Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet). Se nærmere om tolkningen av gjennomsnittsforbruker i markedsføringsretten i pkt. 6.2.3 nedenfor.

[152] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 33-34 og Prop. 2007/08:115 s. 66-67. Se også Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 30 og 224.

[153] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 33-34.

[154] Dette er påpekt i tysk juridisk teori, se Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 207.

4.3.3 Markedsundersøkelser som bevis

Markedsundersøkelsers juridiske forankring og relevans må vurderes på bakgrunn av de samme regler som åpner for en konstruksjon av gjennomsnittsforbruker. Forskjellen ligger i at ved markedsundersøkelser er det den faktiske oppfatning som forsøkes målt, ikke skjønnsmessige antagelser om denne oppfatningen. Undersøkelsen må dermed fremlegges som en del av bevisføringen, og skiftet fra lovtolkning og rettskildelære til prosessrett og bevisregler blir tydelig.[155]

Det kan imidlertid spørres om gjennomsnittsforbrukers oppfatning kan dokumenteres gjennom en markedsundersøkelse. I så fall vil ikke det ene utelukke det andre. Det vil i tillegg kunne være en gråsone mellom disse tilnærmingsmåtene, idet den faktiske oppfatning indirekte kan ligge til grunn også ved konstruksjon av gjennomsnittsforbruker. Det kan være tilfelle dersom dommeren anser seg selv som en del av omsetningskretsen og bruker egen erfaring i konstruksjonen av gjennomsnittsforbruker.[156]

Markedsundersøkelser som bevis kan også adskille seg fra gjennomsnittsforbrukeren ved at avvikende oppfatninger og stor spredning i respondentenes svar kan fremkomme tydeligere enn det som er mulig ved en juridisk konstruksjon. En undersøkelse vil kunne fange opp, kanskje overraskende, nyanser som en ren lovtolkning ikke kan fange opp. Dersom det er stor spredning i respondentenes svar kan det indikere at det nettopp ikke finnes en typisk gjennomsnittsforbruker. I så fall blir forskjellen på de to tilnærmingsmåtene satt på spissen.

I og med at både EU-retten og norsk rett ser ut til å legge til grunn en gjennomsnittsforbruker som målestokk for omsetningskretsens oppfatning, kan det spørres om markedsundersøkelser overhodet er relevant. Bildet er imidlertid ikke entydig, og i visse europeiske land brukes markedsundersøkelser som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning i stor utstrekning.[157]

På generell basis er det klarlagt at EU-domstolen ikke utelukker bruk av markedsundersøkelser som bevis. I Gut Springenheide-avgjørelsen kommenterte retten eksplisitt at retten ikke har "… udelukket, at den nationale ret, i hvert fald under visse særlige omstændigheder, i overensstemmelse med sine nationale retsregler kan beslutte at anordne en

---

[155] Den juridiske betydning av dette skiftet drøftes nærmere i kapittel III pkt. 9 og kapittel V pkt.19.3 nedenfor.
[156] Dommerens erfaring som grunnlag for bevisvurderingen drøftes i i kapittel V, pkt. 19.2 nedenfor.
[157] Dette gjelder spesielt Tyskland og Østerrike. Se Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 327 flg. og Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 518 flg.

sagkyndig undersøgelse, eller bestille en opinionsundersøgelse, som skal afklare, om en oplysning i en reklame eventuelt er vildledende".[158]

I forhold til varemerkeretten har EU-domstolen i flere saker påpekt at spørsmålet om hvorvidt et varemerke har fornødent særpreg, dels skal bedømmes i forhold til de aktuelle varer eller tjenesteytelser, dels i forhold til den relevante kundekretsens oppfatning.[159] Dette kan fortolkes som en åpning for anvendelse av empiri som dokumentasjon for den relevante kretsens *faktiske* oppfatning.[160]

I Chiemsee-dommen ble det uttalt eksplisitt at dersom rettsanvenderen har særlige vansker med å bedømme distinktiviteten av et omsøkt varemerke, forbyr ikke EU-retten at man, i samsvar med lokal rett, søker veiledning i spørreundersøkelser.[161] I Lego-Juris dommen ble det for eksempel fremlagt en markedsundersøkelse som skulle dokumentere at Lego-klossen hadde opparbeidet særpreg som varemerke. EU-domstolen kom imidlertid frem til at legoklossen først og fremst hadde en bruksmessig funksjon, og spørsmålet om identifikasjonsmessige formål var ikke like aktuelt. Domstolen poengterte dermed at den fremlagte forbrukerundersøkelse ikke var relevant ved spørsmål om legoklossen i hovedsak var funksjonell.[162] Det at domstolen i det hele tatt kommenterte undersøkelsen kan bekrefte at slike undersøkelser generelt anses å være relevante når nasjonale domstoler skal vurdere spørsmål om særpreg som varemerkerettslig identifikasjon. Hvorvidt markedsundersøkelser kan anses å være relevante også i forhold til andre bestemmelser som åpner for å trekke inn omsetningskretsens oppfatning er et mer åpent spørsmål.

En studie av avgjørelser i de ulike organer i OHIM viste at "survey findings do play a significant role" i registreringspraksis i EU.[163] Det ble der påvist en økende tendens til å anvende markedsundersøkelser som bevis. Det er derfor grunn til å vurdere markeds-undersøkelsers rolle når omsetningskretsens oppfatning er vurderingstema i de materielle regler.

Som allerede nevnt innledningsvis er det også i Norge en økende tendens til å anvende denne type empiri i retten. En rask gjennomgang av dansk praksis viste at markeds-

[158] C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) premiss 35.
[159] Se for eksempel C-456/01 og C-457/01 av 29. april 2004 (Henkel II) premiss 35, C-25/05 av 22. juni 2006 (Storck, Shape of a sweet wrapper) premiss 25, C-304/06 av 8. mai 2008 (Eurohypo) premiss 67 og C-265/09 av 9. september 2010 (Borco) premiss 32.
[160] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 208.
[161] C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) premiss 53 og 54.
[162] C-48/09 av 14. september 2010 (Lego Juris) premiss 75 og 76.
[163] Se Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 261.

undersøkelser fremlegges i omtrent samme omfang som i norsk rett.[164] De siste fem årene er det for Sø- og Handelsretten og Højesteret fremlagt markedsundersøkelser i 7 av 21 relevante varemerkerettslige tvister og i 2 av 10 aktuelle markedsføringsrettslige tvister. Et søk i samme periode i saker fremlagt for den svenske Patentbesvärsrätten viste at retten har fått forelagt markedsundersøkelser i omtrent 50 saker.[165] Marknadsdomstolen i Sverige hadde i samme periode vurdert i overkant av 30 saker der markedsundersøkelser var en del av bevisføringen.[166] Det ser altså ut til at det er en økende tendens til å anvende markedsundersøkelser som bevis også i de andre skandinaviske land.

Denne skissemessige antydningen viser også en viss forskjell i anvendelse av markedsundersøkelser mellom norsk og dansk praksis på den ene side, og svensk praksis på den annen. Hvilken betydning dette skillet kan få for håndtering og vurdering av markedsundersøkelser som bevis drøftes nærmere i de ulike deler av denne avhandlingen.

Gjennomgangen og analysen i dette kapitlet er ment å vise i hvilken grad markedsundersøkelser, som dokumentasjon for oppfatninger i markedet, kan forankres i de materielle bestemmelser. Selv om det tas utgangspunkt i norske bestemmelser, vil også danske og svenske kilder trekkes inn i de løpende analyser.

[164] Søk er utført via Ugeskrift for Retsvæsen, Domssamlingen (Thomson Reuters) i perioden 2005-2010 med søkeordene "forbrugerundersøgelse", samt andre varianter av "undersøgelse", og henholdsvis "varmærkelov" og "markedsføringslov".
[165] Søk er utført på Patentbesvärsrättens hjemmeside med søkeordet "marknadsundersökning" og siden avgrenset til perioden 2005-2010.
[166] Søk er utført på Marknadsdomstolens hjemmeside i perioden 2005-2010, med søkeordet "marknadsundersökning".

5 Markedsundersøkelsers forankring i varemerkeretten

5.1 Varemerkets funksjoner

Varemerkets effekt på markedet beror dels på hvordan merkeinnehaveren anvender sitt merke, dels på hvordan allmennheten oppfatter dette.[167] Markedsundersøkelser kan nettopp si noe om allmennhetens oppfatning, og vil dermed kunne gi visse indikasjoner knyttet til varemerkets karakter som et bindeledd mellom produsent og kundekrets. Dette bindeleddet kan klargjøres gjennom de ulike funksjoner et varemerket kan sies å ha.[168]

En første forutsetning må i alle fall være at dersom et varemerke skal kunne fungere i et marked må det ha evne til individualisering.[169] Denne individualiseringsfunksjonen som uttrykk for å identifisere produktets kommersielle opprinnelse er flere ganger fremhevet av EU-domstolen.[170] Omsetningskretsens oppfatning vil utvilsomt ha stor betydning ved vurdering av merkets evne til individualisering.

Det presiseres også i varemerkedirektivets fortale pkt. 11 at formålet med rettsbeskyttelsen som oppnås ved registrering av varemerker blant annet er å sikre varemerkets funksjon som angivelse av varens opprinnelse. Varemerket kan sies å fungere som en garanti for produktets kommersielle opphav overfor omsetningskretsen.[171] Et varemerke kan imidlertid ikke oppfylle sin funksjon som uttrykk for opprinnelse dersom særpreg mangler. Hvorvidt merkene blir gjenkjent av omsetningskretsen som angivelse av varer fra en spesiell produsent er dermed avgjørende for merkets funksjon som uttrykk for opprinnelse.

Opprinnelsesfunksjonen gir også uttrykk for varemerkets doble formål som beskyttelse mot varemerkeinngrep og som garanti for at omsetningskretsen ikke blir villedet med hensyn til opprinnelse. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser uttalt at varemerkets hovedfunksjon er å innestå for merkevarens opprinnelsesekthet overfor forbruker, i det denne settes i stand til

---

[167] Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 226-227.

[168] Varemerkets funksjoner er ofte gjenstand for drøftelser i juridisk litteratur, se blant annet Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 25-27, Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 413, Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 389-391, Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 306 flg., Levin *Noveller i varumärkesrätt* (1990) s. 7 flg, Riis *Forretningskjendetegn og varemærker med egenværdi* NIR (2000) s. 19-23 og Nordell *Om varumärkets funktioner i ljuset av EU-domstolens avgöranden i mål C-487/07 (L'Oréal) och de förenade målen C-236/08 - C-238/08 (Google)* NIR (2010) s. 264 flg.

[169] Riis *Forretningskjendetegn og varemærker med egenværdi* NIR (2000) s. 20.

[170] Se for eksempel C-39/97 av 29. september 1998 (Canon) premiss 28, C-206/01 av 12. november 2002 (Arsenal) premiss 48-49, C-398/08 av 21. januar 2010 (Audi) premiss 33 og C-265/09 av 9. september 2010 (Borco) premiss 31.

[171] Stenvik *Varemerkerett: Søkemotorannonsering* NiP (2010) s. 14.

å skille varen fra varer av annen opprinnelse uten risiko for forveksling.[172] I forhold til spørsmål om beskyttelse mot bruk av identiske merker er det videre uttalt i Arsenal-dommen at det sentrale kriteriet for varemerkeinngrep er hvorvidt det gjør inngrep i varemerkets funksjoner, og da særlig den vesentligste funksjon som opprinnelsesgaranti.[173] Ved spørsmål om krenkelse av varemerkerett ved søkemotorannonsering, uttalte EU-domstolen at dersom tredjeparts kjennetegnsbruk gjør det umulig eller vanskelig for gjennomsnittsforbruker å fastslå om varen stammer fra varemerkeinnehaver eller foretak som står i kommersiell forbindelse med varemerkeinnehaver, vil det være en krenkelse.[174] Målestokken for denne vurderingen ble ansett å være gjennomsnittsforbrukers oppfatning.

Som allerede antydet vil det være en sammenheng mellom opprinnelsesfunksjonen og de garantier som følger med denne funksjonen.[175] Varemerkets garantifunksjon er i flere EU-dommer fremholdt som et vesentlig element.[176] Garantifunksjonen gjelder den forventning forbrukeren har om en viss ensartethet mellom alle de produkter merket er påført.[177] I dette kan det både ligge en garanti for den kommersielle opprinnelse, men også en kvalitetsgaranti overfor omsetningskretsen.[178] Varemerket garanterer dermed varenes kvalitet, ikke ved å garantere at varene kommer fra en bestemt virksomhet, men ved å garantere at de kommer fra samme (anonyme) virksomhet.[179] I og med at garantifunksjonen kan ses på som en garanti for merkets særpreg og sammenhengen med det kommersielle uttrykk, vil omsetningskretsens oppfatning også her ha stor betydning for vurderinger av varemerkets funksjon.[180]

Varemerkets markedsstyrende karakter kan enn videre vedlikeholdes gjennom reklame.[181] Reklamen vil da utgjøre et viktig grensesnitt mellom varemerkeinnehaver og

---

[172] C-102/77 av 23. mai 1978 (Hoffman La Roche) premiss 7 og C-3/78 av 10. oktober 1978 (Centrafarm) premiss 12. Se også C-39/97 av 29. september 1998 (Canon) premiss 28, C-206/01 av 12. november 2002 (Arsenal) premiss 48, C-371/02 av 29. april 2004 (Bostongurka) premiss 20, C-37/03 av 15. september 2005 (BioID) premiss 60 og 67 og C-236/08 - C-238/08 av 23. mars 2010 (Google) premiss 77 og 82.
[173] C-206/01 av 12. november 2002 (Arsenal) premiss 51. Se også Gundersen *Tillatt bruk av andres varemerker - grensene for varemerkeinnehavers enerett etter Varemerkedirektivet artikkel 5, 6 og 7* Aktuell immaterialrett (2008) s. 89 flg.
[174] C-236/08 - C-238/08 av 23. mars 2010 (Google) premisss 84 og C-278/08 av 25. mars 2010 (BergSpechte) premiss 35-36. Se også C-558/08 av 8. juli 2010 (Portakabin) premiss 34.
[175] Nordell *Om varumärkets funktioner i ljuset av EU-domstolens avgöranden i mål C-487/07 (L'Oréal) och de förenade målen C-236/08 - C-238/08 (Google)* NIR (2010) s. 268.
[176] Se for eksempel C-10/89 av 17. oktober 1990 (Hag II) premiss 13-14 og C-9/93 av 22. juni 1994 (Ideal Standard) premiss 37 og C-39/97 av 29. september 1998 (Canon) premiss 28.
[177] Riis *Forretningskjendetegn og varemærker med egenværdi* NIR (2000) s. 20-21.
[178] Levin *En ny nordisk känneteckensrätt inför 2000-talet* NIR (1994) s. 521.
[179] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 341, med videre henvisning til Schechter *The Historical Foundations of the Law relating to Trade Marks* (1925) s 147 flg.
[180] Levin *Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna i EU* NIR (1995) s. 466.
[181] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 14.

omsetningskrets.[182] Denne funksjonen kan dermed utgjøre et bindeledd mellom virksomhetens reklameaktiviteter og forbrukernes forventninger til produktet.[183] En selvstendig beskyttelse for reklamefunksjonen vil være naturlig når merker opparbeider en goodwill eller "egenverdi" som gjør at de kan omsettes som selvstendige merker, frikoblet fra de varer de opprinnelig ble forbundet med.[184] Slike merker har gått fra å være et uttrykk for opprinnelse til å bli et kommersielt symbol med selvstendig verdi.[185] Betydningen av denne reklamefunksjonen ble vurdert i Google-dommen.[186] Spørsmålet var blant annet om bruk av varemerker som søkeord, ved betalt søkemotorannonsering, hadde negative effekter for merkehaveren. EU-domstolen uttalte at den næringsdrivende kunne, i tillegg til å bruke varemerke som opprinnelsesfunksjon, ha som formål å bruke reklame for å informere og overbevise forbrukerne.[187] Selve reklamefunksjonen vil dermed kunne være beskyttelses-verdig.

EU-domstolen har i stadig større utstrekning tolket varemerkebeskyttelsen i lys av slike funksjonsanalyser.[188] Det kan imidlertid spørres om slike funksjonsanalyser kompliserer vurderingen av varemerkebeskyttelsen. Etter hvert som stadig flere funksjoner trekkes inn i disse analysene er det en fare for at vurderingene blir mer bundet, og derigjennom mindre fleksible. I så fall vil ikke slike analyser, i særlig grad, kunne være retningsgivende for vurderinger av varemerkers beskyttelse. Det er da også hevdet i juridisk teori at en slik tolkning heller ikke bør gjøres normerende.[189] Men i og med at praksis går i denne retning må det tas høyde for betydningen av varemerkets funksjoner når de enkelte bestemmelser fortolkes. Disse funksjonene vil dermed fungere som et bakteppe også når omsetningskretsens oppfatninger er vurderingstema.

---

[182] Nordell *Om varumärkets funktioner i ljuset av EU-domstolens avgöranden i mål C-487/07 (L'Oréal) och de förenade målen C-236/08 - C-238/08 (Google)* NIR (2010) s. 269.
[183] Riis *Forretningskjendetegn og varemærker med egenværdi* NIR (2000) s. 21.
[184] Levin *Noveller i varumärkesrätt* (1990) s. 72. Se også Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 15, med videre henvisning til Schechter *The Rational Basis Of Trademark Protection* Harvard Law Review (1927) s. 813.
[185] Levin *Noveller i varumärkesrätt* (1990) s. 7 flg., Kur *Kända märkens skydd mot renommésnylting - på väg mot en ny dimension inom varumärkesskyddet?* NIR (1988) s. 139 flg. og Riis *Forretningskjendetegn og varemærker med egenværdi* NIR (2000) s. 19.
[186] C-236/08 - C-238/08 av 23. mars 2010 (Google).
[187] C-236/08 - C-238/08 av 23. mars 2010 (Google) premiss 91. Domstolen kom i denne saken frem til at de negative effektene ikke var tilstrekkelige til å utsette reklamefunksjonen for skade, jfr. premiss 95. Se Stenvik *Varemerkerett: Søkemotorannonsering* NiP (2010) s. 14-15.
[188] Riis *Forretningskjendetegn og varemærker med egenværdi* NIR (2000) s. 23.
[189] Schovsbo *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten* (1996) s. 90.

5.2 Særpregsvurdering

5.2.1 Juridisk forankring

5.2.1.1 Det generelle utgangspunkt

Kravet til særpreg skal sikre oppfyllelse av varemerkets individualiseringsfunksjon. Som presisert i forarbeidene til den norske varemerkeloven kan særpregskravet sies å ha en dobbel begrunnelse.[190] Kravet bunner for det første i at merker som ikke har særpreg, vil være utjenlige som særlige kjennetegn. Det er spesielt i relasjon til dette at omsetningskretsens oppfatning kan få betydning. For det andre kan man ikke gjennom registrering gi en virksomhet enerett til å bruke betegnelser som er rent beskrivende for varen eller egenskaper ved den. Dette friholdelsesbehovet er også fremhevet av EU-domstolen.[191]

For forbrukerne kan nettopp kravet til særpreg sies å være det mest sentrale. Det vil være nærmest umulig å ha et godt overblikk over produktene, uten at et varemerke angis som kjennetegn for de enkelte virksomheters produkter.[192] For den næringsdrivende vil oppfyllelse av kravet til særpreg innebære at det gis beskyttelse mot andres urettmessige bruk av lignende merker.

Det følger av vml. § 2 første ledd at "ethvert tegn som er egnet til å skille en virksomhets varer eller tjenester fra andres" kan være et varemerke.[193] Bestemmelsen gjennomfører varemerkedirektivets artikkel 2. De angitte eksemplene på ulike varemerker er, ifølge forarbeidene, ikke uttømmende.[194] Det slås også fast at vml. § 2 stiller et *abstrakt* krav om særpreg, mens særpreg i forhold til konkrete varer og tjenester må vurderes etter vml. § 3 tredje ledd for innarbeidede varemerker, og etter § 14 for varemerker som søkes registrert.[195] Kravet til adskillende evne i vml. § 2 har dermed ikke full parallellitet med kravet til særpreg i vml. § 3 og § 14. I og med at markedsundersøkelser skal dokumentere den faktiske oppfatningen, kan slike undersøkelser ikke brukes for å dokumentere abstrakt særpreg etter vml. § 2.

Ifølge EU-domstolen må det foretas en samlet vurdering av om bruken har medført at merket har blitt egnet til å identifisere varens eller tjenestens opprinnelse hos en bestemt

[190] NOU 2001:8 s. 75 flg.
[191] Se for eksempel C-191/01 av 23. oktober 2003 (Doublemint) og C-363/99 av 12. februar 2004 (Postkantoor)
[192] Pehrson *Varumärken från konsumentsynpunkt* (1981) s. 15.
[193] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 41. Se også NOU 2001:8 s. 59.
[194] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 41.
[195] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 41.

virksomhet, jfr. Chiemsee-dommen.[196] I denne særpregsvurderingen kan det tas hensyn til varemerkets markedsandel, intensiteten, den geografiske utstrekning, varigheten av bruken av merket, størrelsen på investeringer som virksomheten har foretatt for å fremme varemerket, den andel av de relevante omsetningskretser som identifiserer produktet som tilhørende en bestemt virksomhet, samt erklæringer fra forhandlere eller andre sammenslutninger.[197] Selv om emnet for denne avhandlingen er vurderinger av omsetningskretsens oppfatning, vil også de andre momentene trekkes inn i ulike analyser.[198]

5.2.1.2 Særpreg som registreringsvilkår

Varemerkerett kan oppnås for hele riket ved registrering i varemerkeregistret, jfr. vml. § 3 første ledd og kapittel 2.[199] Varemerkets særpreg vil da være ett av flere vilkår for registrering, jfr. vml. § 14.[200] Dersom merket skal kunne registreres kreves det mer enn prinsipielt adskillende evne, angitt som et abstrakt krav til særpreg i vml § 2.[201]

Markedsundersøkelser forankring må vurderes i forhold til kravet om at merket må ha "særpreg som kjennetegn for slike varer eller tjenester som det gjelder", jfr. § 14 første ledd annet punktum. Bestemmelsen gjennomfører varemerkedirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav b. Særpregskravet i den norske bestemmelsen er, i likhet med den svenske 2 kap 5 § VML, formulert som et registreringsvilkår, mens den danske Vml. § 13 angir manglende særpreg som registreringshinder. Også etter de norske og svenske bestemmelsene vil manglende særpreg være absolutt registreringshinder.

Vurderingen av særpreg kan gli over i vml. § 14 annet ledd bokstav a og b, som utelukker registrering av visse betegnelser som skal kunne brukes fritt av alle næringsdrivende; det såkalte friholdelsesbehovet.[202] Det kan med andre ord være glidende overganger fra merker som friholdes og til merker som i utgangspunktet betegner et produkt, men som gjennom intensiv bruk opparbeider et særpreg. Blant annet kan intensive markedsføringskampanjer

[196] C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) premiss 49.
[197] C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) premiss 51.
[198] Se spesielt om markedsundersøkelsers forhold til andre bevismidler i kapittel V pkt. 20.3 nedenfor.
[199] Etter vml. § 3 annet ledd kan varemerkerett også oppnås for hele riket ved internasjonal registrering etter bestemmelsene i kapittel 10.
[200] Jeg går ikke nærmere inn på vilkåret om at tegnet må kunne gjengis grafisk, idet markedsundersøkelser vil ha mindre betydning her. Kravet om at merket må kunne gjengis grafisk gjelder kun ved registrerte merker. I dansk Vml. § 2 og svensk 1 kap 4 § VML angis dette imidlertid som et generelt krav for beskyttelse.
[201] NOU 2001:8 s. 76.
[202] Se om friholdelsesbehovet i NOU 2001:8 s. 75 flg.

føre til at merket får en annen betydning enn den generiske betegnelsen.[203] Friholdelses-behovet er da ikke ansett å være til hinder for registrering.[204]

Det er også presisert i forarbeidene at det ikke er bruken i seg selv, men virkningen den har hatt i den relevante omsetningskretsen, som er avgjørende.[205] Bruken må ha resultert i en virkelig innarbeidelse som gjerne krever at bruken er eksklusiv.[206] En slik eksklusiv bruk av merker som i utgangspunktet er generiske betegnelser, kan det være vanskelig å påvise. Det er blant annet uttalt i den danske Lotto-avgjørelsen at det må stilles strenge krav til bevis for at slike ord har endret betydning.[207] Det må kunne dokumenteres at merket har fått en sekundærbetydning ved siden av sin primærbetydning.[208] Spørsmålet er da om merker som har lite særpreg kan "repareres" gjennom innarbeidelse og dermed oppfylle kravet til registrering.[209] I denne vurderingen vil oppfatningen i markedet være svært viktig. Nettopp markedsundersøkelser kan derfor være relevante som dokumentasjon for at omsetningskretsen oppfatter at ord og betegnelser har fått en overført betydning på et bestemt område.

Markedsundersøkelsers relevans må imidlertid vurderes på bakgrunn av kravet om at alle tre vilkår i første og annet ledd må være oppfylt "både på søknadsdagen og registrerings-dagen", jfr. vml. § 14 tredje ledd første punktum. Dette følger av norsk registreringspraksis også før denne presiseringen og er blant annet slått fast som et utgangspunkt av Høyesterett i Gule sider dommen.[210] Den norske lovbestemmelsen slår også fast at det ved særpregs-vurderingen skal tas hensyn til alle omstendigheter som forelå på søknadsdagen, og "særlig til virkninger av bruk av varemerket før dette tidspunktet", jfr. vml. § 14 tredje ledd annet punktum. Bestemmelsen klargjør dermed også at et varemerke kan utvikle det nødvendige særpreg gjennom bruk, selv om det opprinnelig ikke har noen iboende distinktiv evne.[211] Avgjørende i forhold til markedsundersøkelsers relevans er da at undersøkelsen må gjennomføres før søknads- eller registreringsdagen.

Dokumentasjon som utarbeides etter at søknad er innlevert vil dermed være uten betydning for vurderingen av særpreg. Markedsundersøkelser utarbeidet for eksempel i forbindelse med klage på avslag av registrering vil da ikke være relevant. Patentstyret har for

---

[203] Se for eksempel Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 48.
[204] C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) premiss 44 og 47.
[205] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 50.
[206] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 67.
[207] U.2010.1979H (Lotto).
[208] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 23.
[209] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 60-61, Nordell *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens* (2004) s. 193, Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 404, samt Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 428.
[210] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 41. Se også Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 62.
[211] NOU 2001:8 s. 77.

eksempel avvist markedsundersøkelser fra 1999, 2000 og 2001 som viste kjennskap til "Ditt Distrikt" som navn på katalog når søknaden ble innlevert i 1998.[212] Slike undersøkelser vil ikke være relevante etter norsk rett, dersom de ikke kan bevise oppfatningen på et tidligere tidspunkt. Respondentene må i så fall gjenkalle en tidligere oppfatning i hukommelsen. Det må kunne sies at det kan by på både undersøkelsestekniske og psykologiske utfordringer å få frem en slik oppfatning. Det er imidlertid eksempler på at undersøkelsen er ansett å påvise at eksisterende oppfatning i markedet sannsynligvis også var til stede på et tidligere tidspunkt. I den foran nevnte Gule Sider dommen la Høyesterett nettopp til grunn en markeds-undersøkelse som var utarbeidet lenge etter at søknad om registrering var inngitt, begrunnet i at man anså at forholdene ikke var vesentlig annerledes på det tidligere tidspunkt.[213]

I varemerkedirektivets artikkel 3 nr. 3 åpnes det for at medlemsstatene kan velge å innføre regler om at merker også kan registreres dersom særpreg er oppnådd etter søknads- eller registreringstidspunktet. Den norske løsningen er altså at søknads - eller registrerings-tidspunktet i utgangspunktet er avgjørende. Begrensningen i forhold til at det kun er bruk før søknadsdagen som kan ha betydning, er imidlertid ikke tatt inn i den svenske loven, jfr. 1 kap 10 § VML.

I de svenske forarbeidene begrunnes dette med at dersom Patent- och registreringsverket har avslått en registreringssøknad med den begrunnelse at det mangler særpreg, vil det være vanskelig for søker å dokumentere i ettertid at særpreg var opparbeidet før søknadsdagen.[214] Det presiseres at en markedsundersøkelse viser oppfatningen på det tidspunkt den gjennomføres og dersom undersøkelser gjennomført senere ikke har noen bevisverdi vil en klage uansett bli avslått. Det ble påpekt som et problem at søkere da kunne anse seg nødt til å gjennomføre kostbare markedsundersøkelser allerede før søknad ble inngitt, for å være på den sikre siden. Dette kunne, etter regjeringens mening, føre til en oppfatning av søknads-prosessen som uforutsigbar og vanskelig.[215] På bakgrunn av dette kom regjeringen til at "det i nuläget inte finns tillräckliga skäl för att införa en regel om att endast användning som har ägt rum fram till ansökningsdagen får beaktas vid bedömningen av om ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga".[216] På dette punktet ble det altså valgt en annen løsning i Sverige enn i Norge. Begrunnelsen for den valgte løsningen i Sverige går direkte på bruk av

[212] PS 2004-7310 (Ditt Distrikt).
[213] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 63. Se mer om betydningen av tidspunktet for utarbeidelse av markedsundersøkelser i kapittel IV pkt. 16.1.3 nedenfor.
[214] Prop. 2009/10:225 s. 162.
[215] Prop. 2009/10:225 s. 163.
[216] Prop. 2009/10:225 s. 163.

markedsundersøkelser, mens denne problemstillingen ikke nevnes med et ord i de norske forarbeidene.[217] Det er da nærliggende å tolke dette som at det er noe ulike holdninger til markedsundersøkelsers relevans i henholdsvis Norge og Sverige.

Praksis i EU viser at bevis for bruk av et varemerke, utarbeidet etter søknadsdagen, kun legges til grunn dersom det gir muligheter for å trekke konklusjoner om bruken på det tidligere tidspunkt.[218] Førsteinstansretten presiserte i El Corte Inglés-saken at eldre varemerker under alle omstendigheter skal være kjent av kundekretsen på datoen for inngivelse av søknad, eller i alle fall på prioritetsdato.[219] I Vitakraft-avgjørelsen vises det imidlertid til at også undersøkelser utarbeidet på andre tidspunkt kan være aktuelle som dokumentasjon for særpreg.[220] Det kan dermed ikke utelukkes at undersøkelser utarbeidet etter søknadsdagen kan inneholde nyttige opplysninger.

5.2.1.3 Vilkår om særpreg ved innarbeidelse

Varemerkerettslig beskyttelse kan oppnås uten registrering dersom merket kan sies å være innarbeidet i omsetningskretsen, jfr. vml. § 3 tredje ledd. Verken varemerkedirektivet eller forordningen om EU-varemerker inneholder regler om beskyttelse gjennom innarbeidelse, og det vil derfor være opp til de nasjonale myndigheter om dette skal gi beskyttelse. Alle de skandinaviske land har regler som gir beskyttelse utover de registrerte merker.

Både rene fantasimerker og merker som i utgangspunktet er mer deskriptive kan oppnå enerett gjennom innarbeidelse. Det siste blir et spørsmål om merket, gjennom bruk, har fått en sekundærbetydning og dermed har opparbeidet særpreg.[221] På samme måte som for vurdering av særpreg som registreringsvilkår vil det være her markedsundersøkelser er mest relevant.

Etter norsk rett anses varemerket innarbeidet ”når og så lenge det i omsetningskretsen her i riket for slike varer eller tjenester det gjelder, er godt kjent som noens særlige kjennetegn” jfr. vml. § 3 tredje ledd annet punktum. Ved vedtagelsen av varemerkeloven av 1961var kravet at merket måtte være ”alminnelig kjent” i omsetningskretsen. Dette ble imidlertid endret til ”godt kjent” ved en lovendring i 1995. Begrunnelsen for endringen var at ”alminnelig kjent”

---

[217] Det er tydelig at det forutsettes i de svenske forarbeidene at markedsundersøkelser skal kunne brukes. I forhold til de kostnader som kan påregnes uttales det at ”För att visa att varumärket har förvärvat särskiljningsförmåga kan det bli nödvändigt för sökanden att ge in utredning om detta till PRV, exempelvis en marknadsundersökning”, jfr. Prop. 2009/10:225 s. 383.
[218] C-259/02 av 27. januar 2004 (La Mer Technology) premiss 31. Se også C-192/03 av 5. oktober 2004 (Alcon) premiss 41.
[219] T-8/03 av 13. desember 2004 (El Corte Inglés) premiss 71-73. Se også T-262/04 av 15. desember 2005 (Bic lighter) premiss 82.
[220] T-277/04 av 12. juli 2006 (Vitakraft) premiss 38.
[221] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 246-247.

som målestokk kunne være noe misvisende. I følge departementet kunne omstendighetene tilsi innarbeidelsesvern, også når det prosentuelt var en heller liten del av vedkommende omsetningskrets som kjente merket.[222] Det var altså ikke meningen å endre den norske rettstilstanden på området, men heller klargjøre denne.[223] Kravet til innarbeidelse måtte anses oppfylt når det var kjent av en så stor del av omsetningskretsen at det hadde fått en påtagelig goodwill-verdi for innehaveren. Det spørres altså etter resultatet, og ikke om det er foretatt investeringer for å oppnå innarbeidelse. Det må likevel ikke ses bort fra at energisk innarbeidelse kan føre til at et merke har større sjanse for å bli ansett som godt kjent.[224] Vilkåret om "godt kjent" videreføres i den nye varemerkeloven, uten at dette kommenteres ytterligere i forarbeidene.[225]

Også i Sverige ble det foretatt en liberalisering i varemerkeloven av 1960, men med en noe annen formulering.[226] Kravet til innarbeidelse ble i 1995 endret fra "allmänt känt" til "känt […] inom en betydande del av omsättningskretsen".[227] Dette videreføres i den nye loven, med formuleringen om at et varemerke skal anses innarbeidet når det "här i landet inom en betydande del av den krets till vilken det riktar sig (omsättningskretsen) är känt som beteckning för de varor eller tjänster som tillhandahålls under kännetecknet.", jfr. 1 kap 7 § VML.[228] Fortolkningen av formuleringen kan søkes i forarbeidene til lovendringen i 1995. Det ble i disse forarbeidene påpekt at praksis hadde utviklet seg slik at også merker som ikke var "allmänt känt" kunne oppnå beskyttelse.[229] Behovet for en presisering kom på bakgrunn av at det i praksis var utviklet en aksept for å legge avgjørende vekt på hvor stor andel som kjente merket. Den nye ordlyden skulle følge opp dette og klargjorde at en viss andel av omsetningskretsen måtte kjenne til merket for at de skulle anses innarbeidet. Det ble påpekt at kravet til innarbeidelse var kvantitativt, men at det ikke kunne angis noe krav til hvor mange prosent som oppfattet merket som innarbeidet.[230] Hvorvidt det likevel er utviklet retningslinjer for prosentvise minstekrav i rettspraksis drøftes nærmere i pkt. 5.2.3.2 nedenfor.

Disse antydninger om kvantitative vurderinger i svensk rett står i kontrast til den norske holdningen. I forarbeidene til den norske lovendringen i 1995 påpekes det at man nettopp *ikke*

---

[222] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 94.
[223] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 94-95.
[224] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 54.
[225] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 42.
[226] Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 239-240.
[227] Se forarbeider til den svenske lovendringen i Prop 1994/95: 59.
[228] Prop. 2009/10:225 s. 105.
[229] Prop 1994/95: 59 s. 43 flg. og Prop. 2009/10:225 s. 99.
[230] Prop 1994/95: 59 s. 43 og 45. Det samme ble presisert i forarbeidene til varemerkeloven av 1960, se SOU 1958:10 s. 222 og Prop. 1960:167 s. 57-58.

ønsker det samme fokuset på prosentgrenser som praksis har vist i Sverige.[231] Det uttales at det er "ingen holdepunkter som hos oss berettiger til å stille opp slike prosentgrenser som man har anført i Sverige, og det er vel åpenbart at slike tallfestede grenser ville harmonere dårligst mulig med tradisjonell konkurranserettslig tenkning og rettsanvendelse her i landet".[232] En tolkning av lovens ordlyd og forarbeider etterlater dermed et inntrykk av at norske og svenske regler på dette punktet ikke er like. Nærmere analyser av andre tilgjengelig kilder utskytes til drøftelser nedenfor av omsetningskretsens oppfatning som dokumentasjon for innarbeidelse, og kan eventuelt bekrefte eller avkrefte dette inntrykket.

I Danmark kan varemerkerett stiftes ved "ibruktagning", jfr. Vml. § 3 stk. 2.[233] Den danske varemerkeloven har ikke regler om innarbeidelse, men mange av de samme vurderinger anvendes. Blant annet vil spørsmålet om særpreg ha betydning ved vurdering av om et varemerke er stiftet gjennom ibruktagning, jfr."Har mærket ikke fornødent særpræg ved ibrugtagningen, stiftes retten først, når og for så vidt der skabes særpræg gennem mærkets anvendelse", jfr. Vml. § 3 stk 3 og § 13 stk 3. Det stilles i utgangspunktet ikke krav til intensitet eller tidsmessig utstrekning av bruken av merket. I prinsippet kan dermed et varemerke erverves på kun en dag.[234] Det kan dermed være nok at det er satt i gang en reklamekampanje.[235] Disse synspunkter passer imidlertid ikke på merker som i utgangspunktet mangler særpreg. I Danske Spil-avgjørelsen var det for eksempel spørsmål om merket Danske Spil, som i utgangspunktet manglet særpreg, ble ansett å være innarbeidet som varemerke etter at selskapet endret navn fra Dansk Tipstjeneste.[236] Retten kom til at det ikke var oppnådd særpreg, på tross av en intens kampanje. Det ble også presisert i Lotto-avgjørelsen at det skal mye til for å dokumentere innarbeidelse av merker som i utgangspunktet mangler særpreg.[237] Det avgjørende er om varemerket er kommet til kjennskap hos den tiltenkte avtagergrupper. Det ser dermed ut til at mange av de samme vurderinger som foretas i forhold til innarbeidelse i de norske reglene også gjelder i Danmark.

Med presiseringen av at beskyttelsen varer "så lenge" merket fortsatt er godt kjent som noens særlige kjennetegn, blir det klargjort i den norske lovteksten at beskyttelsen ikke

[231] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 94, med videre henvisninger til svenske forarbeider.
[232] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 94.
[233] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 405-406.
[234] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 25
[235] Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski *Markedsføringsretten* (2007) s. 316-317.
[236] U.2010.1S (Danske Spil).
[237] U.2010.1979H (Lotto).

nødvendigvis bortfaller selv om bruken opphører.[238] Det avgjørende er om merket fortsatt er godt kjent som noens varemerke i den relevante omsetningskretsen. En markedsundersøkelse kan typisk være relevant som dokumentasjon for om et merke fortsatt er godt kjent som særlig kjennetegn. Det ble ikke ansett nødvendig å ha med denne presiseringen i den svenske varemerkeloven, men den vil gjelde også der.[239]

Foreligger innarbeidelse bare i en del av riket, gjelder eneretten bare for dette området, jfr. vml § 3 tredje ledd tredje punktum. Denne fortolkningen er slått fast av EU-domstolen.[240] Vernet trenger ikke å være landsomfattende, slik som for registrering, og lokalt innarbeidede varemerker kan dermed være registreringshindrende.[241] For markedsundersøkelsers relevans betyr dette at undersøkelser kan foretas i et mindre område og kan likevel være relevante som dokumentasjon for innarbeidelse.

5.2.1.4 Forholdet mellom innarbeidelse og registrering

De konkrete lovbestemte vilkår som oppstilles for å få et merke registrert kan gi innrykk av at det skal mer til for å oppnå beskyttelse gjennom registrering enn ved innarbeidelse.[242] Hensynet til næringsdrivendes behov for å ha oversikt over beskyttede merker kan imidlertid tilsi at det stilles strengere krav til beskyttelse gjennom innarbeidelse enn gjennom registrering. Begge forhold gjør det betimelig å spørre om det skal foretas den samme særpregsvurdering ved innarbeidelse og registrering. Svaret kan ha betydning for håndteringen av markedsundersøkelser som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning.

Dette forholdet mellom vilkår for registrering og vilkår for innarbeidelse er kommentert av Høyesterett. Førstvoterende i Gule-sider dommen bemerket at vilkårene for at et varemerke skal oppnå vern gjennom innarbeidelse, ikke nødvendigvis er de samme som for at et rent beskrivende merke kan kreves registrert i kraft av at det er blitt innarbeidet som særmerke for søkeren.[243] Det ble videre vist til at av hensyn til konkurrentene kan det, for beskrivende merker, være aktuelt å stille noe større krav til graden av vern for innarbeidelse enn for registrering. Det ser dermed ut til at det ble stilt strengere krav til innarbeidelsesvern enn det som kreves for registrering. Noe av det samme kan leses ut av svensk juridisk teori, idet det

[238] Presiseringen følger opp forslaget i Varemerkeutredningen II, jfr. NOU 2001:8 s. 61-62. Bestemmelsen medfører at Høyesteretts uttalelse i Rt 1999 s. 1725 (Lundetangen) om at ikke-bruk i seg selv medfører tap av vern for innarbeidet varemerke fravikes. Praksis før denne avgjørelse er i samsvar med den presiseringen.
[239] Prop. 2009/10:225 s. 105-106.
[240] C-328/06 av 22. november 2007 (Fincas Terragona) premiss 20.
[241] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 52.
[242] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 259.
[243] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 47.

uttales at "fråga om inarbetning vid registrering är det därför knappast ändamålsenligt att tala om fullbordad inarbetning, utan i stället närmast om tillräcklig inarbetning, en huvudprincip som också framgår av registreringspraxis".[244]

Norsk Høyesterett påpekte også dette skillet i Livbøyedommen, men viste til at det ikke kan stilles for strenge krav til bruken.[245] Retten viste også til at det går et skille mellom bruk som gir rett til å forhindre en annen i å registrere et varemerke, og bruk som har gjort varemerket så godt kjent som særlig kjennetegn at det representerer en innarbeidelse, uten at dette ble spesifisert nærmere. I andre avgjørelser er det påpekt at det *ikke* skal legges opp til at det skal stilles lempeligere krav til registrerbarhet enn det som kreves for innarbeidelse.[246]

I Danmark ser det ut til at problemstillingen er klargjort ved Vml. § 3 stk. 2 som lyder: "Der kan ikke ved brug stiftes rettigheder til et varemærke, der efter sin beskaffenhed er udelukket fra registrering". Det må innebære at kravet til særpreg er det samme ved stiftelse av varemerkerett gjennom ibruktagning som ved registrering.[247]

Med reservasjon for forskjeller i de materielle regler, kan det nevnes at i det Tyskland opereres med forskjellige krav til særpreg for henholdsvis innarbeidelse og registrering.[248] Dette fremkommer tydelig ved vurdering av markedsundersøkelser som bevis, ved at det stilles forskjellige krav til hvor mange som i prosent oppfatter merket som særpreg ved spørsmål om innarbeidelse og registrering.[249] Dette kan dermed få direkte konsekvenser for bruken av markedsundersøkelser som bevis.

EU-domstolen har imidlertid gitt signaler i retning av at de nasjonale domstoler må stille de samme krav til særpreg, både ved innarbeidelse og registrering.[250]

Ved spørsmål om bruk av markedsundersøkelser som bevis i norsk rett kan ikke en vaklende praksis sies å gi noen klare signaler i den ene eller andre retning. Det er derfor usikkert om undersøkelser må utformes og tolkes forskjellig for innarbeidelse og registrering. Tysk praksis med ulike prosentgrenser vil i alle fall ikke stemme godt med holdningen i norsk rett.

---

[244] Nordell *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens* (2004) s. 194-195.
[245] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen) premiss 32.
[246] Se for eksempel LB-2009-99914 (Tippinga).
[247] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 73.
[248] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 201.
[249] Se nærmere drøftelsen i pkt. 5.2.3.2 nedenfor.
[250] C-108/05 av 7. september 2006 (Europolis) premiss 23.

5.2.2 Den relevante omsetningskrets ved særpregsvurderingen

For å kunne vurdere markedets oppfatning av et varemerke må den relevante krets avgrenses nærmere. Dersom markedsmekanismene trekkes inn gjennom en markedsundersøkelse, for å avklare kravet til særpreg, kreves en avgrensning av den *faktiske* krets og deres oppfatninger. Det er som nevnt likevel den *juridiske* fortolkning av rettskildene som må legges til grunn når denne kretsen defineres. Da må det blant annet tas høyde for at den relevante krets kan defineres forskjellig ut fra om det er krav til særpreg for registrering eller for innarbeidelse. Rent konkret vil det være nok å påvise særpreg lokalt ved dokumentasjon for innarbeidelse, mens det for registrering må påvises særpreg for hele riket.[251]

I norsk juridisk teori er omsetningskretsen for vurdering av særpreg definert som den krets slike varer eller tjenester som det gjelder falbys til eller avtas av - de forbrukere, brukere eller mellomhandlere som er (aktuelle eller potensielle) avtagere eller formidlere av slike varer eller tjenester".[252] I svensk juridisk teori er omsetningskretsen definert som kretsen av personer som dels normalt kan tenkes å kjøpe varetypen – forbrukeren – dels de personer som er virksomme i en bransje som forhandler med varen, tilvirker, distribusjonsledd, importører, grossister, agenter, detaljister.[253] Også personer som ikke til daglig arbeider med varer med det aktuelle merket, men som er virksomme i en bransje, må kunne inngå i omsetnings-kretsen.[254] I realiteten kan omsetningskretsen altså bestå av to hovedgrupper: forbrukere på den ene side og tilvirkere, distributører og agenter på den andre.

Vurderinger knyttet til disse to omsetningskretsene er vurdert i EU-domstolens avgjørelse av om "Bostongurka" skulle oppfattes som en artsbetegnelse for syltede, hakkede agurker.[255] Spørsmålet var om Procordias "Bostongurka" hadde mistet sitt særpreg og var blitt en alminnelig betegnelse, slik at det fritt kunne anvendes av Bjørnekulla. Begge parter påberopte markedsundersøkelser. Betydningen av omsetningskretsen ble satt på spissen idet undersøkelsen fremlagt av Bjørnekulla var rettet mot forbrukere og Procordias fremlagte undersøkelse var rettet mot virksomheter. Spørsmålet for EU-domstolen var hvem som var den relevante krets når en vare går gjennom flere ledd. Domstolen viste til at selv om varemerkets opprinnelsesfunksjon var viktig for sluttbrukerne, var den også viktig for mellomleddene som selger varen.[256] Det måtte derfor også tas hensyn til forhandlerleddenes

[251] Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen).
[252] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 244.
[253] Nordell *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens* (2004) s. 197.
[254] Pehrson *Varumärken från konsumentsynpunkt* (1981) s. 156.
[255] C-371/02 av 29. april 2004 (Bostongurka).
[256] C-371/02 av 29. april 2004 (Bostongurka) premiss 23.

påvirkning på innkjøpsbeslutningen, og til hvordan disse oppfattet merket, når omsetnings-kretsen skulle defineres.[257]

I den norske Gule sider dommen ble omsetningskretsen ansett å være "de som normalt kan tenkes å kjøpe vedkommende produkt".[258] Høyesteretts flertall kom da frem til at annonsørene var relevant omsetningskrets, og la til grunn en undersøkelse som dokumenterte høy grad av kjennskap i denne kretsen. Flertallet viste til at det måtte være de som betalte for tjenesten som utgjorde omsetningskretsen.[259] Mindretallet tok imidlertid utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelse i Bostongurka-saken og påpekte at den relevante omsetningskrets først og fremst var forbrukere og sluttbrukere, men at det kunne tas hensyn til mellomleddenes innflytelse.[260] Etter mindretallets syn var det derfor ikke riktig at den brukergruppe som Gule sider henvendte seg til, ikke var omfattet av omsetningskretsen. Det er imidlertid også i registreringspraksis eksempler på at annonsørene er ansett å være riktig omsetningskrets ved spørsmål om særpreg for ulike typer kataloger.[261]

En naturlig avgrensning av kretsen kan altså gjøres ut fra hvem som kjøper det enkelte vareslag eller type tjeneste. For den enkelte varemerkeinnehaver kan det selvsagt være fristende å anvende en snever definisjon av kretsen. Ved spørsmål om merket Manpower hadde opparbeidet seg særpreg i den tyske befolkning, ble det for eksempel hevdet at omsetningskretsen var personer som benyttet tjenester fra Manpower.[262] EU-domstolen godtok imidlertid Førsteinstansrettens utvidede definisjon av målgruppen, som omfattet hele den arbeidsdyktige tyske befolkning. Også i svensk rett er det eksempler på at det er lagt til grunn en forholdsvis vid definisjon av omsetningskretsen. Ved spørsmål om særpreg for merket Green Power for bensin- og dieseldrevne maskiner ble alminnelige forbrukere ansett å være relevant omsetningskrets.[263]

Det påpekes i forarbeidene til den norske varemerkeloven at for alminnelige forbruksvarer vil den relevante målestokken være gjennomsnittsforbruker, slik denne er definert i EU-praksis; en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet forbruker.[264] Men også innen kretsen av forbrukere vil det være behov for avgrensninger, etter hvilke varer det er snakk om. For spesialvarer kan det være en ganske liten gruppe, mens for margarin kan en

[257] C-371/02 av 29. april 2004 (Bostongurka) premiss 25.
[258] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 55.
[259] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 56.
[260] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 94.
[261] PS 2004-7310 (Ditt Distrikt) og PS 2006-7566 (Telefonkatalogen).
[262] C-553/08 av 2. desember 2009 (Manpower) premiss 61, jfr. 40.
[263] PBR 07-305 (Green Power).
[264] Se Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 49. Det vises til C-329/02 av 16. september 2004 (Sat. 1), C-37/03 av 15. september 2005 (BioID) og C-273/05 av 19. april 2007 (Celltech) som eksempler.

stor del av befolkningen være relevant omsetningskrets.[265] I en norsk tingrettsdom var det for eksempel fremsatt en påstand om at varemerket "First Price" for dagligvarer var til hinder for en tilsvarende betegnelse for en optikerkjedes produkter.[266] Det ble påpekt at assosiasjonen i stor grad gjaldt billige dagligvarer, og at omsetningskretsen var kjøpere som var opptatt av slike varer. Retten viste til at den relevante krets i så fall vil være en forholdsvis stor del av den norske befolkning.

Dersom det aktuelle merket gjelder produkter som er ansett for å ha høy kvalitet kan omsetningskretsen avgrenses til å gjelde kvalitetsbevisste kjøpere. Dette er også påpekt av Førsteinstansretten. Ved spørsmål om særpreg for de kostbare B&O-høyttalerne ble kretsen avgrenset til å gjelde forbrukere som ikke bare var alminnelig opplyste, rimelig oppmerksomme og velunderrettede, men også kvalitetsbevisst og nøye med detaljer.[267]

En forholdsvis snever avgrensning av forbrukerkretsen er også godtatt av den svenske Patentbesvärsrätten. Blant annet ble snusbrukere ansett å være relevant krets ved spørsmål om "Grov" som kjennetegn for snus.[268] Ved spørsmål om fargen rosa som kjennetegn for sportsbilag ble både allmennheten og personer som var "ganska eller mycket intresserade av sport" ansett å være relevant krets.[269] I forhold til spørsmål om Arlanda långtidsparkering hadde opparbeidet seg særpreg som et foretaksnavn var en undersøkelse rettet mot flypassasjer generelt.[270] Högsta domstolen avgrenset imidlertid den relevante omsetnings-krets til personer, for hvilke det var naturlig å ta bilen til flyplassen og parkere der over lengre tid. Undersøkelsen ble dermed ansett å være rettet til feil omsetningskrets.

Som nevnt tidligere kan målgruppen for merkeinnehavers markedsføring være en avgjørende faktor for hvordan domstolen bestemmer omsetningskretsen for varemerker.[271] Omsetningskretsen vil i så fall også omfatte potensielle kjøpere. Det må dermed avklares hvem som er aktuelle kjøpere av de enkelte varer eller tjenester. Det er imidlertid ikke sikkert at den målgruppen som er utsett av merkeinnehaver, samsvarer med den reelle omsetnings-krets. I Frischback-avgjørelsen godtok for eksempel Førsteinstansretten en forholdsvis vid

[265] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 244.
[266] TOSLO 2006-103922 (First Price).
[267] T-460/05 av 10. oktober 2007 (B&O) premiss 30.
[268] PBR 07-032 (Grov).
[269] PBR 06-366 (Aftonbladets sportbilag).
[270] NJA 1988 s. 209 (Arlanda).
[271] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 50.

omsetningskrets.[272] Selv om markedsføringen av skivet ost var rettet mot næringsdrivende, godtok retten OHIMs definisjon av målgruppen til også å innbefatte sluttbrukerne.[273]

Noe av den samme utvidelse av omsetningskretsen, i forhold til målgruppen for markedsføringen, er foretatt i svensk praksis. I Hits for kids-avgjørelsen la Patentbesvärsrätten til grunn at selv om Universal vendte seg til en målgruppe bestående av barn i alderen 5 – 12 år, måtte omsetningskretsen anses å være "konsumenter i allmänhet".[274] Oppfatningen i markedsføringens målgruppe hadde dermed ingen selvstendig betydning ved særpregs-vurderingen. Uten at det sies direkte kan dette ha sammenheng med at barn gjerne har med seg sine foreldre når de kjøper musikk. I så fall vil det også ha betydning hvordan foreldrene oppfatter varemerket.

Omsetningskretsen ble imidlertid tydeligere avgrenset i den svenske Hermes Italie-avgjørelsen.[275] Ved spørsmål om særpreg for damevesker ble det lagt til grunn at "omsättningskretsen för de ifrågavarande damväskorna till den helt dominerande delen får anses bestå av kvinnor i vuxen ålder." Retten viste til at selv om også menn kunne handle vesker, for eksempel som gave, ville ikke det føre til en annen vurdering. Omsetningskretsen ble heller ikke begrenset av at veskene prismessig lå i et øvre skikt av markedet. En begrensning som likevel ble lagt til grunn var at det måtte være snakk om svenske kvinner, idet en fremlagt markedsundersøkelse utført i Italia ikke ble ansett å være relevant. Det kan tolkes dit hen at undersøkelser utført i andre land ikke automatisk kan legges til grunn.

Et annet spørsmål i forhold til vurdering av særpreg for EU-varemerker er om merket skal ha opparbeidet særpreg i hele eller i deler av EU. I registreringspraksis er det i alle fall godtatt at det fremlegges dokumentasjon for særpreg fra noen sentrale land.[276] EU-domstolen har også vurdert spørsmålet om registrering av merket Matratzen, som består av ord som er hentet fra en annen medlemsstat og som i den angjeldende staten mangler særpreg.[277] EU-domstolen presiserte at det skal tas hensyn til oppfatningen i den berørte kundekrets der merket søkes registrert.[278] Domstolen kom frem til at direktivet ikke er til hinder for at et merke kan registreres på nasjonalt nivå selv om det mangler særpreg i et annet medlemsland.[279] I Europolis-saken kommenterte domstolen at det kan være nok at et varemerke som består av

[272] T-360/03 av 23. november 2004 (Frischpack).
[273] T-360/03 av 23. november 2004 (Frischpack) premiss 40-41.
[274] PBR 07-352 og 07-353 (Hits for kids).
[275] PBR 07/180 (Hermes Italie).
[276] R 1620/2006-2 (Whiskas Purple).
[277] C-421/04 av 9. mars 2006 (Matratzen).
[278] C-421/04 av 9. mars 2006 (Matratzen) premiss 24.
[279] C-421/04 av 9. mars 2006 (Matratzen) premiss 26.

ett eller flere ord i et offisielt språk har særpreg i en avgrenset krets, men da må det være klart at det oppfattes slik i hele det aktuelle språkområdet.[280] Den relevante krets må derfor anses å bestå av personer i hele språkområdet.

Selv om forbrukere og næringsdrivende kan sies å utgjøre to hovedgrupper av omsetningskretser, er det altså nødvendig å avgrense disse nærmere. I noen tilfeller fører avgrensningen til at særpregsvurderingen foretas overfor en forholdsvis snever omsetningskrets, mens i andre tilfeller vil det være allmennheten som er relevant krets. Denne avveiningen vil kunne få avgjørende betydning for om et merke anses å ha særpreg.

5.2.3 Omsetningskretsens oppfatning som dokumentasjon for særpreg

5.2.3.1 Den mentale assosiasjon

Formålet med en markedsundersøkelse er å dokumentere den eksisterende mentale assosiasjonen i markedet. Det er også presisert i EU-domstolen at det skal legges vekt på det helhetsinntrykket merket gir, og ikke hvorvidt de enkelte deler hver for seg mangler særpreg.[281] For at markedsundersøkelser skal kunne ha noen relevans må det være mulig å dokumentere dette helhetsinntrykket empirisk.

I forarbeidene til den norske varemerkeloven vises det til at målestokken for vurderinger av merker for alminnelige forbruksvarer vil være "gjennomsnittsforbruker".[282] Denne gjennomsnittsforbrukeren ble blant annet brukt som målestokk i God Morgon-avgjørelsen.[283] Spørsmålet var om merket God Morgen hadde nok særpreg til å kunne registreres som et varemerke. Høyesterett tok da utgangspunkt i en vurdering av "hvorvidt en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet gjennomsnittsforbruker vil oppfatte merket som distinktivt i den nevnte betydning". Retten viste videre til at forbrukere av dagligvarer gjennomgående har et relativt lavt bevissthetsnivå og at "et merke måtte ha større særpreg for å ha distinktiv evne for forbruksvarer enn for varer som henvender seg til en mer spesialisert kundekrets".

Hvorvidt markedsundersøkelser kan være relevante i vurderingen av særpreg nevnes ikke i forarbeidene. Når det gjelder spørsmål om særpreg for helt nye merker, kan det da også være vanskelig å dokumentere en faktisk assosiasjon i markedet. Det finnes ingen eksisterende

[280] C-108/05 av 7. september 2006 (Europolis) premiss 28.
[281] Se for eksempel C-363/99 av 12. februar 2004 (Postkantoor) premiss 99 og 100, C-329/02 av 16. september 2004 (Sat. 1) premiss 28, C-37/03 av 15. september 2005 (BioID) premiss 27 og C-273/05 av 19. april 2007 (Celltech) premiss 80.
[282] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 49.
[283] Rt 2002 s. 391 (God Morgon dommen) s. 397.

relevant omsetningskrets å hente informasjon fra. For nye merker vil vurderingen derfor måtte baseres på en skjønnsmessig avveining ut fra generell lovtolkning. Derimot vil det ved spørsmål om registrering eller innarbeidelse av merker som har vært i bruk i markedet kunne være aktuelt å dokumentere særpreg gjennom empiriske studier. Den reelle oppfatningen i markedet vil her kunne gi konkret informasjon.

Markedsundersøkelser vil kunne ha spesiell betydning for merker som i utgangspunktet mangler særpreg, men som over tid er brukt i stort omfang som kjennetegn for varer eller tjenester. I norsk rett er Gule sider et eksempel på et merke med lite særpreg som ble ansett å ha opparbeidet seg dette ved bruk.[284] Fra svensk praksis kan nevnes avgjørelsen knyttet til Hästens som varemerke.[285] Det påpekes der at en slik opparbeidet sekundærbetydning av et ord eller en betegnelse normalt bare kan oppstå dersom merket er godt kjent i omsetnings-kretsen. Det må ha oppstått en mental assosiasjon mellom merket og en bestemt, men anonym, virksomhet. Denne oppfatningen kan ha utviklet seg gjennom en sosial lærings-prosess. [286] Et merke kan feste seg i bevisstheten gjennom stadige gjentagelser og etablerer en spesiell assosiasjon til en kilde. Heller ikke ved spørsmål om sekundærbetydning stilles det krav til kunnskap om hvilken virksomhet som står bak merket.[287] Det er nok at merket forbindes med en anonym virksomhet.

Særpregsvurderingen er i utgangspunktet den samme for alle former for varemerker.[288] Utradisjonelle varemerker, knyttet til varens utforming, farger og lignende, kan imidlertid bli oppfattet av forbrukerne som utforming av produktet og ikke som et varemerke.[289] For slike tredimensjonale merker har EU-domstolen uttalt at det kun er varemerker som avviker betydelig fra normen eller bransjesedvanen, og derfor kan oppfylle sin grunnleggende opprinnelsesfunksjon, som kan oppfylle kravet til særpreg.[290] Ved utforming av en markeds-undersøkelse som skal dokumentere eventuelt særpreg for tredimensjonale merker, må det altså tas spesielle hensyn.

Det bør også påpekes at omsetningskretsens mentale assosiasjon kanskje lettest knyttes til en generell kjennskap til et merke. Markedsundersøkelser kan gi nokså direkte svar på

---

[284] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen).
[285] PBR 98-236 (Hästens).
[286] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 334.
[287] Nordell *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens* (2004) s. 183 og s. 375.
[288] C-299/99 av 18. juni 2002 (Philips) premiss 48 og C-53/01 av 8. april 2003 (Linde) premiss 42.
[289] C-24/05 av 22. juni 2006 (Werther´s Original) premiss 25.
[290] C-173/04 av 12. januar 2006 (SiSi-Werke) premiss 31, C-24/05 av 22. juni 2006 (Werther´s Original) premiss 26 og C-238/06 av 25. oktober 2007 (Develey) premiss 81.

spørsmålet om hvor stor prosentandel innen omsetningskretsen som *kjenner* varemerket.[291] Hvorvidt denne prosentandelen gir uttrykk for en oppfatning av merkets *særpreg* i de konkrete tilfelle kan være mer usikkert. Ved utarbeidelse av undersøkelser kan det være naturlig først å spørre etter respondentenes kjennskap til et merke, før det spørres om særpreg.[292] Det vil deretter kun være de respondentene som har kjennskap til merket som kan spørres om de forbinder merket med en bestemt virksomhet. På den måten unngår man at personer som ikke kjenner merket, gjetter seg til et svar på spørsmål om særpreg. Det er viktig at undersøkelsen søker å avdekke den eksisterende oppfatning.[293]

Det kan imidlertid også utarbeides markedsundersøkelser som kun spør etter merkekjennskap i sin alminnelighet og ikke konkret om merket oppfattes å ha særpreg. Slike markedsundersøkelser kan like fullt være med i vurderingen, siden det skal foretas en helhetsvurdering.[294] Det må også anerkjennes at det er en viss innbyrdes avhengighet mellom det kjennskap kundekretsen har til et merke og varemerkets særpreg. Jo større kjennskap den tilsiktede kundekrets har til et varemerke, desto mer kan dette varemerkes særpreg styrkes.

5.2.3.2 Krav til prosentvis andel av omsetningskretsen?

Ved vurdering av om omsetningskretsen oppfatter at et merke er særpreget kan det spørres hvor stor andel som må kjenne merke som et varemerke.[295] Den juridiske betydningen av prosentandeler henger også sammen med vurderinger av undersøkelsens kvalitative verdi, forankret i samfunnsvitenskapelige kriterier.[296] Jeg har likevel valgt å knytte noen kommentarer allerede her til spørsmålet om hvorvidt prosentgrenser kan forankres den materielle rett.

I Norge har Høyesterett vært tilbakeholden med å tallfeste en nedre grense som minstekrav for å godta at omsetningskretsen oppfatter at et merke har særpreg.[297] Høyesterett uttalte blant annet i Gule sider dommen at: "Noe bestemt krav til hvor stor del av omsetningskretsen som må kjenne varemerket for at det skal anses innarbeidet, kan ikke oppstilles".[298] Spørsmålet om hvor stor andel som kreves ble imidlertid ikke satt på spissen i denne saken idet varemerkeundersøkelsen viste at 90 % av annonsørene forbandt Gule sider fra papir-

[291] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 256.
[292] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 80-81. Se nærmere om betydningen av spørsmålsutformingen i kapittel IV pkt. 16.4 nedenfor.
[293] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 202.
[294] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 180.
[295] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 252.
[296] Se kapittel IV nedenfor.
[297] Se for eksempel Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen).
[298] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 61.

utgaven med en bestemt utgiver.[299] Prosentgrenser ble også diskutert i Tabac-dommen.[300] Den fremlagte undersøkelse ble ikke tillagt vekt, men retten kommenterte likevel resultatene. Undersøkelsen viste at av de 79 % som i utgangspunktet gjenkjente ordet Tabac i forbindelse med toalettartikler for menn også oppfattet det som et særlig kjennetegn. Retten var enig i at det tallmessig var en stor gruppe, men viste til at de resterende 13 % var en så vidt stor gruppe at det også måtte tas hensyn til dem. En slik forståelse av undersøkelsesresultatene ville oppstilt meget strenge krav til dokumentasjon for særpreg. Dette er heller ikke fulgt opp i senere praksis, jfr. Gule sider dommen. Som nevnt harmoniserer ikke tallfestede grenser med tradisjonell konkurranserettslig tenkning og rettsanvendelse i Norge.[301]

Norsk rett ser her ut til å være på linje med EU-domstolen, som heller ikke har stilt opp noe krav til en nedre grense. Det kan tvert imot hevdes at praksis går i retning av at det ikke bør oppstilles prosentgrenser. I Chiemsee-dommen uttales det at særpreg ikke kan anses oppfylt alene på grunnlag av alminnelig og abstrakte opplysninger, så som prosentforhold.[302] Dette følges opp i Lloyd-dommen, der det angis at kravet til særpreg må bestemmes etter et samlet vurdering og kan ikke angis ved hjelp av bestemte prosentgrenser for hvor kjent et merke er i den relevante omsetningskrets.[303]

Det er sparsomt med kilder i dansk rett i forhold til denne problemstillingen. I Lotto-avgjørelsen ble det for eksempel lagt frem en undersøkelse som viste en kjennskapsgrad på 75 % til lotto, uten at dette fikk noen innflytelse på dommens resultat.[304] Siden Høyesterett også kritiserte spørsmålene i undersøkelsen kan det være andre grunner til at undersøkelsen ikke ble ansett å være relevant. Dommen kan derfor ikke anses å gi noen informasjon om prosentkrav i dansk rett. Forøvrig har jeg ikke funnet kilder som berører dette spørsmålet i dansk rett.

Diskusjoner om prosentgrenser, knyttet både til særpregsvurderingen og krav til velkjente merker, er mer vanlig i Sverige. Fokus på vurderinger av prosentgrenser er dermed større enn tilfellet er i Norge og Danmark. I utgangspunktet var det presisert i forarbeidene til den svenske varemerkeloven av 1960 at det ikke skulle legges opp til prosentgrenser, men at det avgjørende skulle være goodwill-verdi.[305] Svensk praksis utviklet imidlertid etter hvert en

[299] For internettutgaven var tallet 80 %.
[300] Eidsivating Lagmannsrett 25. oktober 1976 (TABAC)
[301] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 94 jfr. s. 21. Se mer om omsetningskretsens oppfatning ved vern av velkjente merker i pkt. 5.4.3 nedenfor.
[302] C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) premiss 52.
[303] C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 24. Se også C-299/99 av 18. juni 2002 (Philips) premiss 61.
[304] U.2010.1979H (Lotto).
[305] SOU 1958:10 s. 222.

lære om at det avgjørende var hvilken prosentandel som oppfattet merket som særpreget.[306] Dette ble også fulgt opp i juridisk teori, gjennom diskusjoner om hvor stor andel av omsetningskretsen som skulle kjenne merket for at det skulle anses å være innarbeidet.[307] Lovendringen i 1995, knyttet til vern av velkjente merker, innførte deretter et krav om kjennskap "inom en betydande del". Dette var nettopp ment å gi uttrykk for et krav om at en viss andel av omsetningskretsen måtte kjenne til merket for at det skulle anses innarbeidet.[308] Men heller ikke der var det lagt opp til reelle prosentkrav.

Ordlyden, knyttet til kunnskap "innom en betydande del" av den krets merket rettes til, videreføres i den nye svenske varemerkeloven, jfr. 1 kap 7 § VML. Heller ikke i forarbeidene til den nye varemerkeloven ser det ut til at det åpnes for noe krav om en nedre prosent-grense.[309] Det gjenstår imidlertid å se om tidligere praksis vil videreføres når den nye loven trer i kraft.

Det er altså liten tvil om at svensk praksis, både eldre og nyere, har operert med prosent-grenser. Tidligere var det satt en nedre grense på minst 50 % kjennskap til varemerke som sådan, men kravene ble etter hvert senket.[310] Stockholms Handelskammares Varumärkes-nämnd opererte med en nedre på grense på cirka en tredjedel.[311] Det er også i juridisk teori hevdet at minst en tredjedel bør oppfatte et varemerke som sådant for at innarbeidelse skal anses å foreligge.[312] Imidlertid er det også påpekt at dersom et merke er anvendt over lang tid, kan innarbeidelse i mindre enn en tredjedel av omsetningskretsen godtas.[313] Det er likevel grunn til å påpeke at det alltid må være flere som oppfatter merket som et varekjennetegn enn som en generisk betegnelse.[314]

En gjennomgang av svenske avgjørelser kan illustrere hvor denne grensen er ansett å gå i praksis. Patentbesvärsrätten måtte blant annet ta stilling til prosentgrenser i M-saken.[315] Spørsmålet var om bokstaven M hadde varemerkerettslig beskyttelse som kjennetegn for en spesiell sjokolade. En undersøkelse utført av Svenska Gallup AB i oktober 2001 skulle dokumentere kjennskap til M som varemerke blant allmennheten. Undersøkelsen viste at 25

---

[306] Lassen og Stenvik *Oversikt over norsk varemerkerett* (2003) s. 214.
[307] Grundén *Skyddet för kända och ansedda kannetecken* NIR (1995) s. 227.
[308] Prop 1994/95: 59 s. 43 flg.
[309] Prop. 2009/10:225 s. 99 flg. og s. 103 flg.
[310] Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 388.
[311] Farrahi *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten* NIR (2006) s. 438.
[312] Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 387 og Bernitz *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2007) s. 219.
[313] Levin og Bonnier *Praktisk varumärkesrätt* (1998) s. 23.
[314] Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 387. Se også Bernitz *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2007) s. 220.
[315] PBR 03-099 (M).

% kjente til at bokstaven M ble brukt som varemerke for sjokoladeovertrukne nøtter. Retten uttalte; "…att en fjärdedel av omsättningskretsen på detta sätt uppfattar bokstaven M som varumärke kan emellertid inte fullt ut anses svara mot en betydande del av omsättningskretsen". Etter rettens mening var altså ikke en fjerdedel nok til at det var oppnådd særpreg for innarbeidelse. Uttalelsen kan tyde på at vilkåret om en tredjedel som en nedre grense følges i praksis. Heller ikke en kjennskapsgrad 24.9 % ble ansett å være nok til at merket Hits for kids hadde oppnådd innarbeidelse for Universals samlealbum for barn.[316]

Analysene av praksis fra Patentbesvärsrätten gir altså en indikasjon på at dersom kjennskap til et varemerke som sådan oppfattes av under 25 % er det for lite.[317] Den svenske El Molino-avgjørelsen kan kanskje illustrere den nedre grense.[318] Domstolen godtok der en kjennskapsgrad helt ned til 24 prosent for varemerket El Molino for vin. Dette ble begrunnet i at grensen for innarbeidelse må settes lavere i markeder som består av eksepsjonelt mange varemerker, slik som for vin. I en avgjørelse knyttet til spørsmål om bruk av Jägerbrännvin var et inngrep i varemerkene Jäger og Jägermeister ble det fremlagt en markedsundersøkelse som viste at 40 % spontant forbandt ordet Jäger med produktet Jägermeister.[319] Dette ble ansett å være nok til at ordet var innarbeidet. Patentbesvärsrätten har imidlertid påpekt at det må kreves høyere grad av kjennskap når omsetningskretsen er en spesielt informert gruppe, og har blant annet kommet til at 46 % ikke var nok til å anse merket Patentdagen som innarbeidet.[320]

Selv om svensk praksis ser ut til å være forholdsvis stringent med hensyn til prosentkrav fører den uttalte skepsis i norsk rett til at de svenske kildene ikke kan sies å være veiledende for norsk praksis på dette punktet.

Uten å gå nærmere inn på de materielle regler i tysk rett, kan det nevnes at prosentgrenser også er et stort diskusjonstema i tysk teori og praksis.[321] Etter at en tysk domstol fremla spørsmål om prosentgrenser for EU-domstolen i Chiemsee-avgjørelsen, presiseres det imidlertid at det ikke kan oppstilles prosentgrenser for særpreg.[322] Det er likevel i praksis

---

[316] PBR 07-352 og 07-353 (Hits for kids).
[317] Det er blant annet ikke ansett å oppfylle kravet når kun 11 % oppfattet kjennetegnet som et varemerke, jfr. PBR 97-778 (Bra Miljöval). Det er heller ikke nok at 21 % forbinder produktet med ett varemerket, jfr. PBR 97-435 (Svenska Nubbar). Når over 60 % har kjennskap til varemerket blir dette derimot ansett å styrke særpreg, jfr. PBR 02-113 (GB Glace AB), PBR 05-080 (Kexchoclad) og PBR 07-288 (Morakniv). Også en kjennskapsgrad på 56 % ble ansett å være nok til å dokumentere særpreg, jfr. PBR 07-109 (Apoteket).
[318] Svea HovR T 1792-96 (El Molino).
[319] NJA 2003 s. 163 (Jäger).
[320] PBR 96-833 (Patentdagen).
[321] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 203.
[322] C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee).

operert med en nedre grense på 50 % for at et merke skal anses å ha særpreg.[323] Tyske registreringsmyndigheter har også i sine retningslinjer satt et krav om at minst 50 % må oppfatte at et merke har særpreg, for å omgjøre nektelse av å registrere.[324]

Gjennomgangen ovenfor har imidlertid vist at det må være klart at det i norsk rett ikke kan stilles krav til prosentgrenser.

5.2.4 Markedsundersøkelsers relevans i særpregsvurderingen

EU-domstolen kan, som nevnt, tolkes dit hen at markedsundersøkelser anses å være relevante ved de nasjonale domstolers vurdering av om et kjennetegn har særpreg. Dette fremkommer ved uttalelsen i Chiemsee-dommen om at dersom rettsanvenderen har særlige vansker med å bedømme distinktiviteten av et omsøkt varemerke, forbyr ikke EU-retten at man, i samsvar med lokal rett, søker veiledning i spørreundersøkelser.[325] Uttalelsen tyder imidlertid på at utgangspunktet fortsatt skal være den foran nevnte helhetsvurdering, men at en undersøkelse kan være aktuell dersom denne vurderingen etterlater usikkerhet. Dette følges opp i en norsk tingrettsavgjørelse der det uttales at norsk rett inneholder få bevisforbud; ei heller et forbud mot å gjennomføre og fremlegge spørreundersøkelser.[326] Tingretten fant da, i samsvar med Chiemsee-dommen, at spørreundersøkelser kan legges frem og anvendes, i alle fall i grensetilfeller, ved bedømmelsen av om et varemerke er distinktivt.

De fremlagte undersøkelser i Gule sider dommen ble også ansett å være relevante for vurderingen av Gule sider som et særpreget varemerke.[327] Det samme gjaldt undersøkelsene i Livbøyedommen.[328] Også ved vurdering av sol.no som innarbeidet kjennetegn på internett ble de fremlagte undersøkelser ansett å være relevante.[329]

Flere markedsundersøkelser ble også fremlagt for å dokumentere at det såkalte kløvermerket, registrert for Philips, hadde oppnådd særpreg gjennom bruk.[330] Etter rettens oppfatning viste markedsundersøkelsene at merkebevisstheten i forhold til det aktuelle varemerket var tydelig, særlig blant brukere av barbermaskin. Undersøkelsene ble dermed ansett å være relevante. En fremlagt markedsundersøkelse i Myklegard-dommen ble også

---

[323] Rohnke *Markengesetz* (2010) rn 341-342. Se for eksempel GRUR 2006, 760 - Lotto. , GRUR 2009, 954 - Kinder III og GRUR 2010, 138 - Rocher-Kugel.
[324] Se retningslinjer fra Deutches Patent- und Markenamt, 2005 BIPMZ 245. Avgjørelsen gjengitt i GRUR 2008, 710 – Visage er et eksempel fra praksis. Se også Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 203.
[325] C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) premiss 53.
[326] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[327] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen).
[328] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[329] RG 2003 s. 1092 (Asker og Bærum tingrett, sol.no).
[330] TOSLO-2004-101336 (Philips).

ansett å være relevant.[331] Undersøkelsen skulle dokumentere at navnet Myklegard var et særpreget fantasiord som hadde festet seg i omsetningskretsens bevissthet som kjennetegn på et veiserviceanlegg.

I NetCom-kjennelsen ble det fremlagt en markedsundersøkelse for å dokumentere at "Trådløs Bedrift" ble oppfattet som et kjennetegn.[332] Spørsmålet var om NetCom kunne nekte en konkurrent å anvende begrepet "Trådløs bedrift" på bakgrunn av sitt registrerte figur- og ordmerke. Retten vurderte undersøkelsen og anså den som relevant.

Også andre avgjørelser kan tyde på at retten anser dokumentasjon av forbrukernes faktiske oppfatning som relevant for spørsmålet om særpreg. Ved vurdering av om begrepet "fargepletter" for sjokolade var innarbeidet ble det i tingrettens begrunnelse kommentert at det *ikke* var fremlagt markedsundersøkelser.[333] Tingretten kom da også til at navnet ikke hadde oppnådd enerettsbeskyttelse gjennom innarbeidelse, og lagmannsretten sluttet seg til dette.

Gjennomgangen av norsk rettspraksis tyder på at undersøkelser som dokumenterer at et merke har særpreg i stor grad anses relevante. Uttalelsen i Imperia-dommen, som går i retning av at det i alle fall ikke bør være forbud mot å fremlegge markedsundersøkelser, kan være betegnende for holdningen i rettspraksis.

Også i Patentstyrets veiledning for vurdering av innarbeidelse nevnes markeds-undersøkelser som relevant dokumentasjon.[334] Enkelte avgjørelser kan imidlertid gi et inntrykk av en viss tilbakeholdenhet i forhold til slike undersøkelser. Ved spørsmål om kjennskap til merket M for sjokolade ble det for eksempel fremlagt en markedsundersøkelse for å dokumentere at merket hadde opparbeidet særpreg ved innarbeidelse.[335] Undersøkelsen ble utført av Norsk Gallup og skulle dokumentere hva omsetningskretsen tenker på når de ser eller hører bokstaven M. Patentstyrets uttalelse om at slike undersøkelser alltid vil være beheftet med usikkerhetsfaktorer kan også tyde på at slike heller ikke anses å være relevante i sin alminnelighet. I forhold til dette ble det påpekt at det er vanskelig å stille spørsmålene slik at man får frem intervjuobjektenes syn på spørsmålet om varemerket oppfattes som et

[331] RG 2003 s. 70 (Borgarting, Myklegard-dommen).
[332] LB 2007-54369 (Netcom - kjennelse).
[333] LB-2007-95820 (Hval Sjokoladefabrikk).
[334] Se Patentstyrets eksempler på dokumentasjon for innarbeidelse av et varemerke, http://www.patentstyret.no/no/For-eksperter/Varemerkeeksperten/Innarbeidelse-og-bruk-av-et-varemerke--/Eksempler-pa-dokumentasjon/
[335] PS 2006-7456 (M). Avgjørelsen er kommentert i Lassen *Markedsundersøkelser som bevis for innarbeidelse av varemerke* NiP (2007) nr. 4 s. 14.

særmerke for én næringsdrivende. Det ble videre vist til at konteksten spørsmålene stilles i, og de svaralternativer som gis, kunne ha stor betydning for resultatene som oppnås.

Andre avgjørelser av Patentstyret gir et inntrykk av det motsatte standpunkt. I Denim de ville-avgjørelsen kommenterte Patentstyrets første avdeling, som annen avdeling sluttet seg til, at det ved spørsmål om innarbeidelse *ikke* var lagt ved relevant dokumentasjon, som for eksempel omsetningstall, markedsandeler, eventuelle markedsundersøkelser, reklame-kostnader etc.[336] Etterlysningen av markedsundersøkelser må sies å gi en indikasjon på at dette er ansett å være relevant. I Jägermeister-saken ble også en markedsundersøkelse vurdert og funnet relevant.[337] Undersøkelsen skulle dokumentere at det var skapt en merkebevissthet i omsetningskretsen som førte til at en grønn flaskeform ble oppfattet som et varekjennetegn for Meist-Jägermeister. Patentstyrets annen avdeling la undersøkelsen til grunn for sin vurdering av spørsmålet om innarbeidelse. Det må imidlertid påpekes at Patentstyrets vaklende praksis på dette område fører til at enkeltavgjørelser ikke har særlig høy rettskildemessig verdi.

Nærheten mellom norsk og dansk rett gir også grunn til å se på markedsundersøkelsers relevans i dansk praksis. I den danske Torres-dommen ble det for eksempel fremlagt en markedsundersøkelse for å dokumentere kjennskap til varemerket Torres for vin.[338] Høyesterett sluttet seg til begrunnelsen fra Sø- og Handelsretten som la til grunn at markedsanalysen var gjennomført på helt sedvanlig måte og at den ikke ga et misvisende bilde av kjennskapen til Torres. Det ser dermed ut til at undersøkelsen ble ansett å være relevant i vurderingen av særpreg. Også i Hugo Boss-avgjørelsen ble det fremlagt en undersøkelse som skulle dokumentere kjennskap til merket Hugo Boss.[339] Undersøkelsens relevans ble ikke kommentert, men merket ble ansett å ha oppnådd enerett gjennom ibruktagelse. I en annen dansk Høyesterettsdom ble det fremlagt en markedsundersøkelse som blant annet skulle dokumentere at kjennskap til emballasjen på en sjokoladeplate førte til varemerkerettslig beskyttelse for Ritter Sport.[340] Undersøkelsens relevans ble heller ikke her kommentert i domspremissene, men i og med at retten, på tross av de høye prosentandeler for kjennskap til emballasjen som kjennetegn for Ritter Sport, kom til at det ikke var særpreg, kan det tyde på at undersøkelsen ikke ble ansett å være relevant. Noe av den samme holdningen

[336] PS 2009-7723 (Denim de ville). Den samme kommentaren fremkom også i PS 2007-7628 (Red Carabao).
[337] PS 2011-7962 (Jägermeister).
[338] U.2000.620H (Torres).
[339] U.1997.783/2H (Hugo Boss). Fremlagte undersøkelser som dokumenterte høy grad av kjennskap i henholdvsis U.2005.1291H (Jutlandoor) og U.2008.241S (Lån & Spar) ble heller ikke kommentert.
[340] U.1996.848H (Ritter Sport).

fremkom i Smarties-avgjørelsen.[341] Spørsmålet var om et sylinderformet rør som emballasje for sjokoladepastiller hadde oppnådd særpreg og dermed varemerkerettslige beskyttelse. De fremlagte undersøkelser skulle dokumentere hvorvidt forbrukere i de nordiske land identifiserte rørene med Smarties. Med hjulpet kunnskap om produkttype identifiserte 57 % av de danske respondentene det sylinderformede røret med Smarties. Høyesterett kommenterte ikke undersøkelsens relevans i sine premisser, men la til grunn at røret var en grunnform uten karakteristiske elementer. En undersøkelse utarbeidet for å dokumentere kjennskap til Danske Spil ble heller ikke ansett å godtgjøre at Danske Spil var innarbeidet som varemerke.[342] Undersøkelsen som ble fremlagt i Lotto-avgjørelsen ble i alle fall vurdert av retten, og det kan derfor forutsettes at den, som sådan, ble ansett å være relevant.[343]

På samme måte som i det norske Patentstyret har også det danske Ankenævnet kommentert at det *ikke* er fremlagt markedsundersøkelser som dokumentasjon av kjennskapsgraden i omsetningskretsen. I en innsigelsessak om registrering av merket CK var det spørsmål om dette allerede var innarbeidet for produkter fra Calvin Klein.[344] Ankenævnet kommenterte at det var fremlagt tre bransjeerklæringer for å dokumentere at CK var innarbeidet, men at det ikke var gitt opplysninger om merkets anvendelse. Det ble spesielt vist til at det manglet opplysninger om omsetningstall, markedsandeler og markedsundersøkelser av kjennskapsgraden i omsetningskretsen. Uttalelsen kan tyde på at markedsundersøkelser som skal dokumentere at et merke har oppnådd særpreg ved bruk, kan ha bevisverdi i registreringssaker. Det er også eksplisitt uttalt at: "De kan dokumentere, at mærket er indarbejdet, f.eks. ved at indsende en udtalelse fra en brancheorganisation eller en markeds-undersøgelse".[345] Det er litt pussig at slike signaler ikke medfører at flere legger frem markedsundersøkelser som bevis.

Gjennomgangen ovenfor tyder i alle fall på at det i dansk rett ikke er noen klar holdning til markedsundersøkelsers relevans ved særpregsvurderingen. Dansk praksis kan dermed ikke gi særlig veiledning med hensyn til vurderingen av undersøkelsers relevans i norsk rett.

---

[341] U.2003.2400H (Smarties).
[342] U.2010.1S (Danske Spil).
[343] U.2010.1979H (Lotto).
[344] AN 1997 00686 (Calvin Klein). I AN 2004 00031 (Weekendavisen) ble det også det vist til at det ikke var fremlagt en markedsundersøkelse for å dokumentere at det var opparbeidet særpreg.
[345] Se for eksempel AN 2004 00030 (X-Large), AN 2005 00017 (Citapram), AN 2006 00022 (E-Boks), AN 2007 00001 (Softlotion), AN 2007 00009 (Boligagenten) og AN 2010 00020 (Sansegynge).

I svensk juridisk teori har holdningen lenge vært at spørsmålet om et merke er innarbeidet eller ikke, fint kan bevises gjennom markedsundersøkelser.[346] Gjennomgangen av svensk praksis ovenfor har vist at markedsundersøkelser i stor grad anvendes for å dokumentere innarbeidelse, og anses utvilsomt for å være relevante.[347] Det vil nettopp være i de tilfeller merket i utgangspunktet ikke har særpreg, men kan ha opparbeidet seg en sekundærbetydning, at undersøkelser kan anvendes.[348] Det påpekes imidlertid at bedømmelsen også må bero på omstendighetene i det enkelte tilfelle.[349] I så fall kan markedsundersøkelser anses å være et komplement til andre bevis.[350]

Forskjeller med hensyn til reglenes begrunnelse i forarbeidene og fokuset på prosent-grenser i praksis kan føre til svenske avgjørelser ikke kan gi noen direkte veiledning for vurdering av markedsundersøkelsers relevans i norsk rett. Dette gjelder i alle fall slik rettstilstanden ser ut til å være i dag. Svensk praksis kan likevel fortsatt, i forhold til enkeltmomenter, gi inspirasjon til håndtering av markedsundersøkelser som dokumentasjon for særpreg i norsk rett.

Behandlingen av markedsundersøkelser i OHIM kan også illustrere den generelle oppfatningen av markedsundersøkelsers relevans. Det er for eksempel påvist, gjennom den tidligere nevnte studien, at markedsundersøkelser i stadig større grad er ansett å være relevant som dokumentasjon for innarbeidelse ved spørsmål om registrering av EU-varemerker.[351]

Gjennomgangen ovenfor har også vist at markedsundersøkelser i utgangspunktet må anses å være relevant dokumentasjon i en særpregsvurdering i norsk rett. Dette gjelder spesielt ved vurdering av om et mer deskriptivt merke har oppnådd særpreg gjennom bruk i markedet.

---

[346] Pehrson *Varumärken från konsumentsynpunkt* (1981) s. 159. Se også Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 388, Nordell *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens* (2004) s. 190 og Farrahi *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten* NIR (2006) s. 436 flg.
[347] Se for eksempel PBR 03-099 (M), PBR 05-080 (Kexchoclad), PBR 07-032 (Grov), PBR 07-067 (Swedish Match), PBR 07-109 (Apoteket), PBR 07-288 (Morakniv) og PBR 08-017 (Helt perfekt). Se også Farrahi *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten* NIR (2006) s. 462.
[348] Se for eksempel PBR 05-192 og 05-193 (Pim Pim).
[349] Svea HovR T 1792-96 (El Molino). Se også Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 387.
[350] Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 388.
[351] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 260 flg.

5.3 Forvekslingsvurdering

5.3.1 Juridisk forankring

5.3.1.1 Det generelle utgangspunkt

Spørsmålet om forvekslingsfare er et sentralt vurderingstema i varemerkeretten, både ved spørsmål om registrering av varemerker og ved spørsmål om varemerkeinngrep. Beskyttelsen mot forvekselbare merker kan både begrunnes i at forbrukerne ikke skal forvirres, men også i at de næringsdrivende skal beskyttes mot urettmessig utnyttelse av varemerker.

I varemerkeretten opereres det med to former for forveksling; direkte og indirekte forveksling. Den *direkte* forveksling henspeiler på situasjoner der omsetningskretsen kan komme til å blande sammen de to aktuelle merkene. Hvis det derimot ikke er merkene som blandes sammen, men merkenes innehavere vil det være *indirekte* forveksling.[352] I sistnevnte tilfelle vil det være nok at mottakerne kan komme til å tro at det er et kommersielt fellesskap mellom merkene. Det er en risiko for mottakerne assosierer det yngre merket med det eldre.

Det er likegyldig om omsetningskretsen har noen forestilling om *hvem* som er produsent, importør eller forhandler av de angjeldende varer. Det er inntrykket av at det eksisterer et kommersielt fellesskap som er avgjørende. Spørsmålet er altså om markedsundersøkelser kan være relevante i denne vurderingen.

Bedømmelse av risikoen for forveksling avhenger av en lang rekke faktorer, herunder hvor kjent det etablerte varemerket er i kundekretsen i det aktuelle marked. EU-domstolen har i en rekke saker fremhevet at det er større risiko for forveksling, jo sterkere det beskyttede varemerkets særpreg er.[353] Denne sammenhengen mellom vurderingen av forvekslingsfare og det eldre merkets særpreg fører til at varemerker som har et sterkt særpreg får en videre beskyttelse enn varemerker hvis særpreg er mindre.

Graden av særpreg kan få betydning både ved spørsmål om kjennetegnslikhet og vareslagslikhet.[354] Særlig sterk innarbeidelse av et merke kan dermed også anses å motvirke faren for forveksling. Det innebærer at tankegangen knyttet til beskyttelse for velkjente merker gjenfinnes også i forvekslingsvurderingen.[355] Betydningen av forholdet mellom

---

[352] C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 16. Se også Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 317.
[353] Se for eksempel C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 24, C-39/97 av 29. september 1998 (Canon) premiss 18 og C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 20. Se også T-277/04 av 12. juli 2006 (Vitakraft) premiss 33.
[354] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 325.
[355] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 327.

graden av særpreg og vareslagslikhet fremkom i Picasso-avgjørelsen i EU-domstolen.[356] Ved spørsmål om forvekslingsfare mellom maleren Pablo Picasso og merket Picasso for motorkjøretøyer kom EU-domstolen frem til at det nettopp ikke var forvekslingsfare fordi maleren Picasso var så kjent og ga så klare assosiasjoner.[357] I samme retning går den danske avgjørelsen om forvekslingsfare mellom McAllen som kjennetegn for en virksomhet som solgte pølser fra en pølsevogn og restaurantvirksomheten McDonalds.[358] Selv om det ble ansett å være en viss likhet mellom navnene var det ikke forvekslingsfare. Det ble heller ikke ansett å være forvekslingsfare, verken i norsk eller svensk praksis, mellom den dyre likøren Galliano og likøressensen Gaetano.[359] Det er likevel ingen tvil om at det er en sammenheng mellom et merkes særpreg og vurdering av forvekslingsfare. Markedsundersøkelser kan da være aktuelle både i forhold til spørsmål om det påstått krenkede merkes særpreg og ved spørsmål om det i praksis foreligger forvekslingsfare mellom merkene.

Hvorvidt det er mulig å måle en oppfatning om dette ut fra empirisk materiale kan imidlertid diskuteres. Det er da også tatt til orde for at slike vurderinger må ha en mer normativ karakter, med inndragning av alle de ulike omstendigheter.[360] Analysene nedenfor skal søke å avklare nærmere markedsundersøkelsers juridiske forankring og relevans ved forvekslingsvurderingen.

5.3.1.2 Forvekslingsfare som registreringshinder

Varemerkeloven § 16 oppstiller registreringshindre i form av eldre private rettigheter. I forhold til vurdering av markedsundersøkelsers forankring er det reglene i § 16 bokstav a og b som er interessante. Regler om forvekslingsfare som registreringshinder gjenfinnes i den danske Vml. § 15 og i den svenske 2 kap 8 § VML.

Etter vml. § 16 bokstav a kan ikke et varemerke registreres uten samtykke av vedkommende rettighetshaver hvis bruk av merke ville "krenke en annens rett her i riket". Det slås fast i forarbeidene til bestemmelsen at også lokalt innarbeidede varemerker kan være registreringshindrende.[361] Det avgjørende er om det eldre merket har etablert en enerett.

---

[356] C-361/04 av 12. januar 2006 (Picasso).
[357] C-361/04 av 12. januar 2006 (Picasso) premiss 27.
[358] U.1997.253H (McAllan).
[359] Se for norsk retts vedkommende; LF-2009-117966 (Galliano-kjennelse) og for svensk rett; NJA 1995 s. 635 (Galliano).
[360] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 47 og Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 41.
[361] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 52. Begrunnelsen er basert på EU-domstolen avgjørelse i C-328/06 av 22. november 2007 (Fincas Terragona).

Et varemerke kan heller ikke registreres uten samtykke av vedkommende rettighetshaver dersom merket er "egnet til å forveksles" med eldre kjennetegn som søker kjente til, og søknaden må anses å ha skjedd "i strid med god forretningsskikk", jfr. vml § 16 bokstav b. Bestemmelsen skal beskytte eldre merker som verken er registrert eller innarbeidet, men som er tatt i bruk som kjennetegn.[362] Registrering kan nektes dersom søkeren handlet i ond tro.[363]

Etter ordlyden i bestemmelsen er det kun vurderingen etter vml. § 16 bokstav b som skal trekke inn forvekslingsfare. Bestemmelsen i vml. § 16 bokstav a er imidlertid ment å få anvendelse både der det foreligger risiko for forveksling og der registreringen ville medføre krenkelse av velkjente merker.[364] Det innebærer at vurderinger av forvekslingsfare må innfortolkes i bokstav a, selv om dette ikke er nevnt i bestemmelsen. Til sammenligning er det i den danske Vml. § 15 nr 1 registreringshindrende dersom merket er "identisk" med et eldre merke, når varene er av samme eller lignende slag. Velkjente merker er da registrerings-hindrende etter Vml. § 15 stk. 4.

Forvekslingsvurderingen har en dobbeltrolle som registreringshindring og ugyldighets-grunn.[365] Dette vil også ha betydning i forholdet til innsigelser ved at varemerkeregistrering kan oppheves dersom den er skjedd i strid med vml. § 16. Det er imidlertid ingen logisk nødvendighet at registreringshindringer også skal være ugyldighetsgrunn.[366] Det kan være at det yngre merket er utviklet og tatt i bruk før man oppdager et eldre lokalt merke. I den norske varemerkeloven er det tatt hensyn til at varemerker ikke kan kjennes ugyldig dersom det yngre merket er innarbeidet kun i en mindre del av riket, jfr. vml. § 35 annet ledd annet punktum.[367] Spørsmålet om hva som skal regnes som en *mindre del* av riket, vil avhenge av en konkret vurdering som vil kunne variere mellom ulike bransjer. Selv om lokalt innarbeidede varemerker ikke kan utgjøre ugyldighetsgrunn, kan innehaveren fortsette å bruke merket innenfor det geografiske området det er vernet i, jfr. vml. § 9 første ledd om sam-eksistens, samt varemerkedirektivet artikkel 6 nr 2. Lokalt innarbeidede varemerker vil fortsatt være registreringshindrende etter vml. § 16 bokstav a, og vil dermed kunne gjøres gjeldende ved innsigelse innen tre måneder etter kunngjøringen av registreringen.

[362] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 165.
[363] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen) premiss 61.
[364] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 52-53.
[365] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 133.
[366] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 164-165.
[367] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 52 og 67.

5.3.1.3 Forvekslingsfare ved varemerkeinngrep

Varemerkerettens innhold fremgår av den norske vml. § 4 første ledd. Eneretten gir innehaver av et varemerke rett til, på visse vilkår, å nekte andre å bruke tegn som kan forveksles med varemerket. Nærmest likelydende regler finnes i dansk Vml. § 4 stk. 1 og i svenske 1 kap 10 § VML.

Etter vml. § 4 bokstav a kan ingen uten samtykke fra varemerkeinnehaver, i nærings-virksomhet, bruke tegn som er "identisk" med varemerket for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for. Bestemmelsen tilsvarer varemerkedirektivets artikkel 5 nr. bokstav a. Det presiseres i forarbeidene at bestemmelsen ikke bare retter seg mot identiske kjennetegn, men også mot tegn som skiller seg så lite fra varemerket at ulikhetene kan bli oversett av en gjennomsnittsforbruker.[368] Det er derimot ikke noe krav om at det skal påvises risiko for forveksling, idet det er tilstrekkelig å vise at merket og varene er identiske. Spørsmålet er om markedsundersøkelser kan være relevante for å dokumentere om merker er identiske. Henvisningen til "gjennomsnittsforbruker" i forarbeidene tyder i alle fall på at det også her er omsetningskretsens oppfatning som er vurderingstema. EU-domstolens formulering av vurderingstema kan likevel tyde på at det skal være en mer abstrakt vurdering av ulikhetene.[369] Det kan by på praktiske problemer å foreta en undersøkelse av hvorvidt et varemerke som betraktes i sin helhet "udviser forskelle, der er så ubetydelige, at de kan blive oversett af en gennemsnitsforbruger".[370] Det er vanskelig å forestille seg at det i praksis er mulig å teste om en forbruker overser ulikheter, uten å forveksle dem.

Etter vml. § 4 bokstav b kan ingen uten samtykke fra innehaveren av varemerkeretten i næringsvirksomhet bruke tegn som er "identisk med eller ligner varemerket for varer eller tjenester av samme eller lignende slag, såfremt det er risiko for forveksling, for eksempel ved at bruken av tegnet kan gi inntrykk av at det finnes en forbindelse mellom tegnet og vare-merket". Det er ikke nok med kjennetegnslikhet, idet det også må gjelde varer av samme eller lignende slag, en slags kombinasjonseffekt.[371] Det sies ingenting i lovteksten om overfor hvem denne vurderingen skal foretas. Det presiseres imidlertid i forarbeidene at vurderings-tema ved spørsmål om varemerkeinngrep er om en "ikke ubetydelig del av omsetnings-kretsen" for de varer eller tjenester det gjelder kan komme til å ta feil av kjennetegnene

[368] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 42. Det vises i forarbeidene til EU-domstolens praksis, jfr. C-291/00 av 20. mars 2003 (Arthur et Félicie). Se også Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 310 og for dansk rett Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 98-99.
[369] C-291/00 av 20. mars 2003 (Arthur et Félicie).
[370] C-291/00 av 20. mars 2003 (Arthur et Félicie) premiss 54.
[371] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 311 og 327 flg.

(direkte forveksling), eller komme til å tro at det foreligger en kommersiell forbindelse mellom de to kjennetegnenes innehavere (indirekte forveksling).[372] Også her vil altså oppfatningen i markedet ha betydning.

5.3.1.4 Forholdet mellom registreringshinder og varemerkeinngrep

Etter de norske reglene vil forvekslingsvurderingen foregå i forhold til om registreringen vil "krenke en annens rett her i riket" eller vil være "egnet til å forveksles" med annet kjennetegn som er tatt i bruk, jfr. vml. § 16 bokstav a og b. Ved vurdering av forvekslingsfare i forhold til varemerkeinngrep må det vurderes om det er "risiko for forveksling", jfr. vml. § 4 første ledd bokstav b. Etter varemerkeloven av 1961 ble begrepet "egnet til å forveksles" brukt om begge disse forhold.[373] Det kan derfor diskuteres om forvekslingsfare som hinder for registrering og som grunnlag for varemerkeinngrep skal tolkes på samme måte.

Norsk juridisk teori, knyttet til formuleringen i loven av 1961, viste til at forvekslings-vurderingene i disse situasjonene var like og måtte vurderes på samme måte.[374] Spørsmålet er da om også reglene i den nye loven skal forstås på samme måte, selv om formuleringene ikke lenger er like. I følge forarbeidene til den nye loven er bestemmelsen om forvekslingsfare som registreringshinder ment å videreføre de gamle reglene.[375] Dette kan det tyde på at endringen i ordlyden ikke er ment å innebære en realitetsendring.[376] Også reglene om varemerkeinngrep er ment, i det vesentlige, å videreføre de gamle reglene om varemerkerettens innhold.[377] Det er dermed mest naturlig å forutsette at forvekslingsvurderingen i de norske bestemmelsene kan foregå etter de samme prinsipper, både for spørsmål om registrering og for varemerkeinngrep. Det ville heller ikke gitt noen god innbyrdes sammenheng i loven dersom det var forskjellige vurderinger av registreringshindring og varemerkeinngrep.

I den danske varemerkeloven er ordlyden i henholdsvis Vml. § 4 og § 15 nærmest likelydende. Det må dermed anses som klart at formuleringene også skal forstås på samme måte.[378] Nærmest likelydende bestemmelser knyttet til forvekslingsfare gjenfinnes også i den svenske varemerkeloven, jfr. 1 kap 10 § og 2 kap 8 § VML.

Dette taler for at de norske bestemmelsene om forvekslingsfare skal fortolkes innbyrdes på samme måte.

---

[372] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 42.
[373] Se varemerkeloven av 1961 § 14 nr 6 og nr 7 som registreringshinder og § 4 jfr. § 6.
[374] Lassen og Stenvik *Oversikt over norsk varemerkerett* (2003) s. 137 og 273.
[375] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 52.
[376] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 312.
[377] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 42.
[378] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 209.

5.3.2 Den relevante omsetningskrets ved forvekslingsvurderingen

Overfor hvem forvekslingsfaren skal vurderes nevnes ikke i lovteksten i de norske varemerkereglene. I varemerkeloven av 1961 var vurdering av kjennetegnslikhet knyttet til forvekslingsfare "i den alminnelige omsetning".[379] Det er liten tvil om at bestemmelsen med dette siktet til et utsnitt av allmennheten, og ikke til allmennheten i sin alminnelighet.[380] Varemerkedirektivet artikkel 4 nr. 1 b anvender begrepet "on the part of the public", men kan ikke forstås annerledes enn fortolkningen av den norske loven av 1961 på dette punkt. I forarbeidene til vml. 4 første ledd siktes det også til "omsetningskretsen" som målestokk.[381] Eventuell forvekslingsfare må altså vurderes i forhold til denne kretsen.

EU-domstolen har presisert at risiko for forveksling foreligger dersom omsetningskretsen kan ta feil med hensyn til varers eller tjenesteytelsers opprinnelse, jfr. Canon-avgjørelsen.[382] Hvorvidt personer utenfor den relevante omsetningskrets tar feil vil dermed være uten betydning.[383] Den relevante omsetningskrets må derfor presiseres nærmere.

I norsk juridisk teori er omsetningskretsen ansett å være den gruppen som varen er ment å tilfredsstille behovene hos.[384] Dette vil i utgangspunktet være de endelige avtagerne, men også mellomleddene mellom produsent og endelig avtager kan få betydning. Det innebærer at forhandlerleddet kan være relevant omsetningskrets, og kan trekkes inn i vurdering av forvekslingsfare. Dersom de ulike distribusjonsledd er profesjonelle, kan det hende at likhets-bedømmelsen må innsnevres.[385]

Det vil også, som ved vurdering av særpreg, kunne ha betydning hvem markedsføringen er rettet mot. Et eksempel på at forhandlerleddet ble ansett å være markedsføringens målgruppe er avgjørelsen i en norsk dom der navnet på brilleglasset Orma ble ansett å være forvekselig med Forma for brilleglass.[386] Det ble påpekt at selv om den enkelte bruker av briller selvfølgelig er siste ledd i omsetningskjeden, er det ikke sikkert at denne hører med til den omsetningskrets som skal vernes mot forvekslingsfare. Lagmannsretten viste til at kunden, praktisk talt unntaksfritt, ikke vil interessere seg for hvor glassene skriver seg fra, altså hvem som er produsent. Etter rettens mening var det således ikke kunden, men selgeren som influerte på hvilken produsents glass som ble innsatt i brillen. Lagmannsretten fant at det i all

[379] Se varemerkeloven av 1961 § 4 første ledd tredje punktum.
[380] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 317.
[381] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 42.
[382] C-39/97 av 29. september 1998 (Canon) premiss 26.
[383] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 317.
[384] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 318.
[385] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 458.
[386] RG 1991 s. 409 (Eidsivating, Orma).

hovedsak var optikere som var de reelle kunder og vurderte disse som den relevante omsetningskrets. I Dermanor-avgjørelsen ble den relevante omsetningskrets, på samme måte, vurdert ut fra at markedsføringen var rettet mot hudsalonger, parfymerier og kursvirksomhet tilknyttet dette.[387] Vurderingstema i tilfeller der forhandleren tar inn ulike varer må bli om varemerkebruken kan føre til at det blant dem som kjøper begge varer kan oppstå forestillinger om et kommersielt fellesskap.[388]

Spesielt for legemidler kan det bli spørsmål om det er legene som skriver ut medisinene eller sluttbrukeren som er relevant omsetningskrets. I en norsk dom ved spørsmål om forvekslingsfare mellom Selo-zok og Metozok for legemiddelgruppen betablokkere, la retten til grunn av leger var riktig omsetningskrets.[389] Det kunne derfor tas høyde for at disse sjekker Felleskatalogen, en oversikt over relevante opplysninger om legemidler, før resept skrives ut. I forhold til vurdering av forvekslingsfare mellom merkene "Trivatan" og Travatan" for legemidler uttalte imidlertid EU-domstolen at omsetningskretsen for reseptbelagte medisiner også omfatter pasientene som sluttbrukere.[390] Den relevante omsetningskrets ble dermed ansett å være både profesjonelle farmasøyter og pasienter. EU-domstolen påpekte at det kunne være nok at det ble påvist forvekslingsfare i en av gruppene, ut fra en alminnelig vurdering av risiko.[391] Den praktiske konsekvensen av en slik utvidet krets vil være at oppfatningen må vurderes i begge kretser. En markedsundersøkelse må dermed utarbeides ved at både profesjonelle og sluttbrukere må omfattes av målgruppen.

Dersom forbrukere er relevant omsetningskrets blir det spørsmål om hvordan denne kretsen skal avgrenses. EU-domstolens henvisning til en gjennomsnittsforbruker som målestokk for forvekslingsvurderingen, kan tyde på at det legges opp til en skjønnsmessig avgrenset krets.[392] Kretsen vil da bestå av alminnelig opplyste, rimelig oppmerksomme og velinformerte forbrukere.[393] En markedsundersøkelse må dermed søkes rettet mot en krets som kan sammenfalle med en slik definisjon.

En nærmere avgrensning kan for eksempel foretas ut fra hvilke varer eller tjenester de to merkene representerer. I den norske Galliano-saken ble for eksempel omsetningskretsen avgrenset til de som drikker likør, både de som kjøper essens og blander og de som kjøper

[387] LG 2007-80128 (Dermanor-dommen).
[388] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 319.
[389] LB-2001-2641 (Selo-zok). Dommen ble først anket til Høyesterett, men partene kom til enighet gjennom forlik, se Rt 2003 s.1596 (Selo-zok - kjennelse og dom).
[390] C-412/05 av 26. april 2007 (Travatan) premiss 56 og 57.
[391] C-412/05 av 26. april 2007 (Travatan) premiss 51.
[392] C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 23.
[393] C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 26.

alkoholholdig likør.[394] En må også regne med en viss overlapping når det gjelder kretsen av avtagere.[395] Det er blant annet ikke sikkert at det kun er menn som er relevant kjøpekrets for slips, idet også kvinner kjøper slips.

Også varer eller tjenester som i utgangspunktet er tilsynelatende like kan ha to helt forskjellige omsetningskretser. I en avgjørelse fra det danske Ankenævnet var spørsmålet om det eldre merket Backseat Boys, stiftet ved bruk, var til hinder for registrering av figurmerke Backstreet Boys.[396] Begge var musikkband, men mens Backstreet Boys var rettet mot tenåringer hadde Backseat Boys et mer modent publikum. I og med at her var to helt forskjellige omsetningskretser ble det ikke ansett å være forvekslingsfare.

De samme vurderinger knyttet til forskjellige omsetningskretser er for øvrig foretatt i forhold til spørsmål om passing off i England. Selv om passing off-systemet skiller seg fra de norske varemerkereglene, kan uttalelser knyttet til en faktisk avgrenset krets være interessante. I en avgjørelse var det spørsmål om forvekslingsfare mellom to aviser; strenge Morning Star og tabloide Daily Star.[397] Retten påpekte da, spesifikt i forhold til markeds-undersøkelsers relevans, at dersom undersøkelsen må utføres i to forskjellige omsetnings-kretser kan det tyde på at det nettopp ikke er forvekslingsfare. Dette kan utvilsomt være en rettesnor for forvekslingsvurderinger også i norsk rett.

Det kan videre være naturlig å avgrense kretsen ut fra den antatte merkebevissthet knyttet til det enkelte vareslag. Merkebevisstheten vil høyst sannsynlig være forskjellig for luksusvarer og dagligvarer. Det kan dermed bli spørsmål om å avgrense kretsen til å gjelde kun forbrukere som har veldig høy, eller veldig lav, merkebevissthet knyttet til varene. I Høyesterettsdommen om vurdering av forvekslingsfare mellom ”Søtt + salt” og ”Pascal Søtt og Salt” ble det for eksempel uttalt at målestokken måtte være ”en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velinformert forbruker av gourmetmat og restauranttjenester m.v.”[398] Retten viste da til at når begge varemerker rettet seg mot dem som liker gourmetmat og dyre råvarer av høy kvalitet, måtte de anses å ha den samme målgruppe.[399]

Også i Adidas-dommen foretok retten en nærmere avgrensning av omsetningskretsen ut fra merkebevissthet.[400] Retten skulle ta stilling til om bruken av fire parallelle striper i kontrastfarger var egnet til å forveksles med Adidas' tre parallelle striper ”i den alminnelige

[394] LF-2009-117966 (Galliano-kjennelse).
[395] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 318.
[396] AN 1997 00919 (Backseat Boys).
[397] Morning Star Co-operative Society Ltd. Express Newspapers Ltd [1979] FSR s. 113.
[398] Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 41.
[399] Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 48-49.
[400] RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen).

omsetning", slik vilkåret var definert i varemerkeloven av 1961 § 4. Den alminnelige omsetning måtte, etter rettens mening, i dette tilfelle bety markedet for Adidas' joggesko. Det avgjørende var da om bruken av fire striper i det konkrete tilfellet kunne medføre at kjøpere kunne ta feil og tro at de hadde fått en Adidas-sko, eller en sko som skrev seg fra eller kunne knyttes til Adidas som produsent. Retten la dermed til grunn et svært merkebevisst marked.

Også i den danske Burberry-avgjørelsen ble omsetningskretsene ansett å være på to ulike nivåer.[401] Spørsmålet var om lommebøker solgt i Tiger-forretninger til kr. 20,-, innebar et inngrep overfor lommebøker med det velkjente Burberry rutemønster, som ble solgt for cirka kr 2 000, -. Høyesterett kommenterte at Burberrys lommebøker måtte antas å være en eksklusiv vare, i motsetning til de billige lommebøkene fra Tiger. Det ble vist til at: " De to produkter må antages at have så forskellige målgrupper, at det har formodningen mod sig, at salg af den billige pung i Tiger-forretningerne kan substituere Burberrys salg af eksklusive punge.".

I forhold til utarbeidelse av en markedsundersøkelse kan kretsen avgrenses ved at det kun stilles spørsmål om forvekslingsfare til respondenter som viser høy grad av merkebevissthet. Da kan det imidlertid ikke, ved vurdering av resultater om kretsens oppfatning, legges opp til at det må være en høyere grad av forvekslingsfare i denne gruppen.[402] Dette er det jo allerede tatt høyde for i avgrensningen av kretsen, og betydningen av merkebevissthet skal ikke komme inn på begge nivåer. Dersom gjennomsnittsforbruker legges til grunn som målestokk, vil ikke dette skillet mellom avgrensning av relevant omsetningskrets og den konkrete vurderingen av denne kretsens oppfatning komme like klart frem.

Lagmannsretten har også lagt til grunn at det ved spørsmål om forvekslingsfare kan tas utgangspunkt i de varesegmenter er merkebevisstheten var lavest.[403] I en ugyldighetssak var det spørsmål om forvekslingsfare mellom to figurvaremerker. Retten viste til at de vareslag partenes varemerker var registrert for, kunne omfatte lavprisprodukter solgt over disk til det alminnelige publikum. Lagmannsretten la til grunn at kjøpernes merkebevissthet ofte vil være lavere ved slike salg enn for eksempel ved salg av datautstyr til profesjonelle brukere. Noe av de samme vurderinger ble foretatt ved spørsmål om Barablu kunne forveksles med Lebara, idet lagmannsretten presiserte at omsetningskretsen for de aktuelle produkter først og fremst vil være vanlige forbrukere som ringer mye til utlandet - for en stor del med en annen

[401] U.2009.1018H (Burberry).
[402] Se nærmere om betydningen av merkebevissthet ved vurdering av omsetningskretsens oppfatning i pkt. 5.3.3.2 nedenfor.
[403] RG 2001 s.1 (Borgarting, X/Open).

opprinnelse enn norsk.[404] Vurderingstema var derfor om varemerkene var så like at de for en gjennomsnittsforbruker i den aktuelle kundegruppe var egnet til å forveksles.

I en nyere avgjørelse av EU-domstolen er også internettbrukere generelt angitt som en relevant krets.[405] Dette vil i så fall være en forholdsvis vid og diffus krets. I realiteten vil det nærme seg befolkningen i alminnelighet.

Det kan også spørres om potensielle kunder skal medregnes til den relevante omsetningskrets. Fra norsk praksis kan nevnes en dom der spørsmålet var om det var forvekslingsfare mellom ”hpshop.no” og ”hp.no”.[406] Lagmannsretten la til grunn som naturlig at også potensielle kunder benyttet internettadressen ”hpshop.no”. Forvekslingsvurderingen ble dermed foretatt med en potensiell omsetningskrets som målestokk.

EU-domstolen har også presisert at forvekslingsfare ikke behøver fastslås i alle medlemsstater eller språkområder innenfor EU.[407] Vurdering av forvekslingsfare kan dermed begrenses til oppfatningen i en relevant krets i enkelte land. Det samme fremkommer i den danske Gosha-dommen, der retten påpekte at merket Gosh for de fleste vil minne om den engelsk/amerikanske interjeksjonen “gosh”, mens Gosha nok ikke vil være betydnings-bærende eller assosierende for alminnelige danske forbrukere.[408] Det var dermed tydelig at omsetningskretsen ble ansett å bestå av kun danske forbrukere.

Den relevante omsetningskrets som grunnlag for vurderinger av forvekslingsfare kan altså variere sterkt, og vil i mange tilfeller være helt avgjørende for vurderingen av denne kretsens oppfatninger.

5.3.3 Omsetningskretsens oppfatning ved forvekslingsvurdering

5.3.3.1 Helhetsvurdering

Ifølge varemerkedirektivets fortale pkt. 11 må risiko for forveksling vurderes på grunnlag av ”i hvor høj grad varemærket er kendt på markedet, den association, som det anvendte eller registrerede tegn fremkalder, lighedsgraden mellem varemærket og tegnet samt mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser.” Direktivet legger opp til en helhetsvurdering av

[404] LB-2007-133644 (Lebara - kjennelse).
[405] C-558/08 av 8. juli 2010 (Portakabin) premiss 51 og 52.
[406] RG 2003 s. 997 (Borgarting, Hewlett-Packard).
[407] Se for eksempel C-514/06 av 18. september 2008 (Nomafoam) premiss 57.
[408] SH2009.V-0149-06 (Gosha).

forvekslingsfare, men overlater til de enkelte medlemsland å regulere hvordan risikoen for forveksling vil kunne konstateres gjennom nasjonale prosessrettslige bevisbyrderegler.[409]

Ved forvekslingsvurderingen må det tas utgangspunkt i hvordan markedet oppfatter merke og produkt i en helhet, og om dette i det konkrete tilfelle resulterer i direkte eller indirekte forveksling. Det avgjørende er om omsetningskretsen kan komme til å ta feil av varene eller komme i uriktig oppfatning, sett i forhold til både kjennetegnslikhet og vareslagslikhet.[410]

Henvisning til denne helhetsvurderingen er vel forankret i EU-domstolens praksis. Det vises til at risikoen for forveksling i offentlighetens bevissthet må foretas under hensyntagen til alle relevante faktorer i det foreliggende tilfelle.[411]

Som nevnt ovenfor vil graden av særpreg for det beskyttede merket ha betydning. Jo større grad av *særpreg* det eldre merket har, jo større er risikoen for forveksling.[412] Ved spørsmål om forvekslingsfare mellom to merker med springende rovdyr av katteslekten påpekte for eksempel EU-domstolen at det eldre merket (Puma) ikke var særlig kjent eller fantasifullt og at den begrepsmessige likhet mellom merkene dermed ikke var nok til at det skapte risiko for forveksling.[413] Noe av det samme ble påpekt i Canon-avgjørelsen.[414] Spørsmålet i saken var om det var forvekslingsfare mellom Cannon for videofilmer og Canon for videospillere. Det ble da lagt til grunn at siden det var snakk om forskjellig type produksjoner ville den gjennomsnittlige kjøper forstå at videofilmer og videospillere ble produsert på forskjellige steder. Det ble likevel påpekt at siden Canon var et kjent merke, kunne det føre til at omsetningskretsen trodde det var en sammenheng mellom merkene. Risiko for forveksling kunne da oppstå selv om omsetningskretsen ikke forvekslet det sted varene ble produsert.[415]

EU-domstolen har videre uttalt i forhold til forvekslingsfare at denne helhetsvurderingen "indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne

[409] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 380, Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 455 og Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 430.
[410] Rt 1998 s. 1988 (Cosmica dommen) Se også Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 43.
[411] Se for eksempel C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 22, C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 18, C-421/04 av 9. mars 2006 (Matratzen) premiss 28, C-206/04 av 23. mars 2006 (Zirh) premiss 18 og C-334/05 av 12. juni 2007 (Shaker) premiss 34.
[412] C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 24.
[413] C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 25.
[414] C-39/97 av 29. september 1998 (Canon) premiss 24.
[415] C-39/97 av 29. september 1998 (Canon) premiss 29 og 30.

og omvendt".[416] Denne såkalte produktregelen klargjør at kjennetegnslikhet og vareslagslikhet ikke skal ses hver for seg, men samlet.[417] Forvekselbarhet er altså en kombinasjonseffekt mellom kjennetegnslikhet og vareslagslikhet.[418] Det innebærer blant annet at kravet til kjennetegnslikhet kan stilles lavere dersom varene er identiske, mens det kan stilles mindre krav til vareslagslikhet dersom kjennetegnene er nærmest identiske.

Det er imidlertid liten tvil om at dersom varene er helt forskjellige kan det ikke være forvekslingsfare. I den norske kjennelsen om vurdering av forvekslingsfare mellom drops og essens for tilsetning i drinker der begge hadde betegnelsen "Tyrkisk pepper", ble det for eksempel påpekt at vareslagene var fysisk forskjellige og at det derfor ikke kunne være forvekslingsfare.[419] Klokker og klær ble heller ikke ansett å være varer av samme slag, jfr. Mango-avgjørelsen.[420]

Hvorvidt det er mulig å oppstille generelle retningslinjer for forvekslingsvurderingen kan diskuteres. Det er da også påpekt i forhold til en vaklende norsk praksis at det kan være vanskelig å trekke ut generelle retningslinjer for vurdering av forvekslingsfare.[421] Det er vel heller ikke særlig veiledning å hente i konstruksjonen av gjennomsnittsforbrukers oppfatning. EU-domstolen presiserer imidlertid at "den opfattelse, som gennemsnitsforbrugeren har af de pågældende varer og tjenesteydelser, spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen".[422] Dersom det legges opp til en skjønnsmessig vurdering av forvekslingsfare vil det til en viss grad bli snakk om gjetninger om kundepsykologi i forhold til betydningen av omsetningskretsens oppfatning.[423] I den grad markedsundersøkelser anses relevante vil disse kunne bidra med dokumentasjon for en mer konkret faktisk oppfatning.

Det er i juridisk litteratur utviklet tre prinsipper for vurdering av hvordan kjøperkretsen oppfatter merkene.[424] For det første er det slått fast at det skal tas utgangspunkt i et helhetsinntrykk, deretter angis et prinsipp om det utviskede erindringsbilde og til slutt et prinsipp om betydningen av varens art og kjøperkretsens beskaffenhet. Drøftelsene nedenfor i

---

[416] C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 19 og C-39/97 av 29. september 1998 (Canon) premiss 17.
[417] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 99-100.
[418] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 311.
[419] LF-1994-354 (Tyrkisk pepper).
[420] RG 2008 s.161 (Borgarting, Mangodommen).
[421] Se Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 380. Det diskuteres spesielt om tendensen i rettspraksis viser at man er forsiktigere enn før med å statuere forveksling ved at RG 1988 s. 56 (Oslo byrett - Dim Vim) bygger på en slappere norm enn i Rt 1968 s.181 (Svanemerket).
[422] Se for eksempel C-334/05 av 12. juni 2007 (Shaker) premiss 25. Se også C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 23, C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 25, C-206/04 av 23. mars 2006 (Zirh) premiss 19.
[423] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 319.
[424] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 457 flg. og Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 435-436.

forhold til kjennetegnslikhet tar utgangspunkt i disse prinsippene, slik de er utformet i teori og praksis.

EU-domstolen har slått fast at det ved sammenligning av varemerker ved spørsmål om forvekslingsfare er det *helhetsinntrykket* merkene etterlater seg i erindringen som er avgjørende.[425] Prinsippet om helhetsinntrykk beror på at markedet normalt ikke foretar en nøye gransking av detaljer. Det skal ses bort fra uvesentlig forskjeller i detaljer.[426] Det påpekes at gjennomsnittsforbrukeren normalt oppfatter et varemerke som en helhet og foretar ikke en undersøkelse av forskjellige detaljer. Dette er også fulgt opp i norsk rettspraksis.[427] Gjennomsnittsforbrukeren forventes å ha en noe begrenset interesse i og evne til å skille merker, og antas heller å stole på det ufullstendige bilde.[428] Hvorvidt det er mulig å måle dette konkret ved gjennomføring av en markedsundersøkelse kan være noe tvilsomt. En undersøkelse vil nødvendigvis ikke klare å gjengi virkeligheten fullt ut. Dersom en gjennomsnittsforbruker skal handle dagligvarer en travel ettermiddag, vil sannsynligvis oppmerksomhetsnivået være forholdsvis lavt. En slik situasjon vil det være vanskelig å gjengi gjennom en undersøkelse. Bare den omstendighet at respondentene skal være med på en undersøkelse kan føre til at oppmerksomhetsnivået skjerpes.

Det må imidlertid også tas høyde for at en dommer som sitter med de aktuelle merkene foran seg, og vet at de kommer fra forskjellige produsenter, heller ikke vil forveksle dem. Dommeren må derfor legge til side sin egen konkrete sammenligningssituasjon og sette seg inn i kjøperens situasjon.[429] Han eller hun må gjøre seg opp en mening om hvordan en kundekrets som man ofte selv ikke tilhører (og i alle fall ikke er representativ for) må antas å reagere i en situasjon som er annerledes enn den man selv befinner seg i.[430] Poenget kan illustreres ved den danske Sø- og Handelsrettens avgjørelse i Transformers-saken.[431] Ett av spørsmålene var om salg og markedsføring av leketøyet Transformax innebar varemerke-inngrep overfor det etablerte varemerket Transformers, også for leketøy. Begge parter viste til at barn var målgruppen, men begrunnet betydningen av dette helt forskjellig. Det ble fra den ene partenes side hevdet at barn ikke er mindre observante enn voksne når det gjelder kjøp av leketøy, mens den annen part hevdet at barn mangler kritisk sans og evne til å skjelne mellom merker som ligner hverandre. Det ser imidlertid ut til at retten ikke la vekt på noen av disse

[425] C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 23 og C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 25.
[426] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 457.
[427] Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 41 og RG 2010 s. 1116 (Borgarting, Esthetique - kjennelse).
[428] C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 26.
[429] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 26.
[430] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 381.
[431] SH2009.V-0107-07 (Transformers).

anførslene, men vurderte forvekslingsfaren ut fra et skjønnsmessig helhetsinntrykk, og kom frem til at det var forvekslingsfare og dermed varemerkeinngrep.

EU-domstolen har videre presisert at vurderingen skal baseres på helhetsinntrykket av de bestanddeler av varemerkene som har særpreg eller dominans.[432] Ved sammensatte merker blir det et spørsmål om de enkelte elementer kan sies å ha en uavhengig rolle.[433] I den norske Lebara-kjennelsen uttalte retten at det ved helhetsvurderingen bør "tas hensyn til at uttalen av ordene i kundegruppen kan være noe slurvet, og at det etter hvert bare er grunnstammen i ordet "bara" som er sentrum i gruppens forestillingsverden".[434] Kundegruppen var her personer - for en stor del med en annen opprinnelse enn norsk - som ofte ringte til utlandet. Hvorvidt en markedsundersøkelser bedre kan dokumentere dette kommer, som nevnt, an på i hvilken grad det er mulig å skape en tilnærmelsesvis reell kjøpssituasjon.

Dansk høyesterett foretok også en skjønnsmessig helhetsvurdering av begrepene Minimal og Maximal og kom til at de to ord adskilte seg begrepsmessig fra hverandre, idet begrepet "minimal" var et velkjent ord i betydningen minst mulig, mens "minimax" var et kunstord med motsetningen mellom "mini" og "max".[435]

Prinsippet om *det utviskede erindringsbilde* tar høyde for at den normale kjøper ikke ser de to varemerker samtidig. Igjen må dommeren sette seg inn i en kjøpssituasjon der kjøper en gang har sett eller kjøpt et produkt og vurdere om han vil ta feil når han ser det andre merket senere. Slike tankeeksperimenter kan bli vanskelige.[436] Det er også presisert i eldre norsk rettspraksis at det ikke er lett å forveksle varemerkene hvis man har dem foran seg samtidig til sammenligning, men at det heller ikke er avgjørende.[437] Denne tankegangen er fulgt opp ved vurdering av forvekslingsfare mellom varemerket Vitasol for margarin og det eldre registrerte merket Sol Margarin.[438] Høyesterett viste da til at syns- og lydinntrykk ikke var avgjørende, men at hovedvekten måtte legges på de forestillinger som blir stående igjen som det vesentlige når man bare har igjen erindringen om merkene.

Hvorvidt det er mulig å påvise slike forestillingsbilder i praksis kan diskuteres. Det avgjørende vil være om personer som står i selve kjøpssituasjonen vil kunne ta feil av

---

[432] C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma) premiss 23.
[433] C-120/04 av 6. oktober 2005 (Thomson Life) premiss 35. Fra norsk praksis kan nevnes Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 64 og PS 2009-7680 (Kinder).
[434] LB-2007-133644 (Lebara - kjennelse).
[435] U.2009.754H (Minimal).
[436] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 457-458 og Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 436.
[437] Se mindretallets uttalelse i Rt 1936 s. 946 (Bjørn Uldgarn). Se også Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 381-382.
[438] Rt 1979 s. 758 (Vitasol).

varene.[439] Ved bruk av markedsundersøkelser må det i så fall legges opp til at respondentene spørres om hva tenkte da de kjøpte de aktuelle varene. I og med at det er den reelle oppfattelsen som søkes målt, er det viktig at respondentene ikke gjetter, men klarer å erindre denne situasjonen uten å tillegge nye elementer. Siden respondentene normalt må presenteres for begge de aktuelle merker på nytt, kan det være vanskelig å gjenskape en situasjon som ligner den som skjer ved vanlige innkjøp.[440] Det er blant annet gjort forsøk på å lage en slik situasjon i den svenske Knorr-avgjørelsen. [441] Saken gjaldt spørsmål om forvekslingsfare mellom to typer buljongpakker. Det rettslige grunnlaget for vurderingen var markedsføringslovens regler, men undersøkelsesmetoden kan diskuteres også i forhold til forvekslingsfare etter varemerkeloven. Undersøkelsen ble utført ved at respondentene ble bedt om å hente den buljongpakken som ble vist av intervjueren og ble deretter spurt om de forvekslet merkene. Marknadsdomstolen kritiserte undersøkelsen og viste til at det er fare for at respondentene konsentrerte seg ekstra når de skulle hente en pakke i en test, og situasjonen kunne dermed ikke sammenlignes med daglige kjøpevaner.

Det må også tas høyde for at det ikke skal anvendes samme målestokk ved alle varemerker, men at disse skal differensieres ut fra *varens art og kjøperkretsens beskaffenhet*.[442] Dette prinsippet henger sammen med omsetningskretsens merkebevissthet, se straks nedenfor. Det sentrale er at oppfatningen av merkene må tilpasses de faktiske forhold i markedet. Det må også tas hensyn til at omsetningskretsens oppmerksomhetsnivå kan variere, alt etter hvilke kategorier av varer eller tjenester det er snakk om, og hvorledes de omsettes. I dansk praksis er det blant annet hevdet at forvekslingsvurderingen bør være strengere på legemiddelområdet, på grunn av den risiko som er forbundet med feilmedisinering.[443] Det ser imidlertid ut til at EU-domstolen ikke legger en strengere vurdering til grunn på dette området. Ved spørsmål om forveksling mellom de reseptbelagte medisinene Trivatan og Travatan ble forvekslingsvurderingen foretatt både overfor apotekpersonalet og den endelige forbruker.[444] Det legges da opp til en alminnelig vurdering av risikoen for forveksling.[445]

I dansk praksis ble det ansett å være forvekslingsfare selv om det ble påpekt at det var snakk om forskjellige kundekretser.[446] Det ene selskapet drev virksomhet med transport og

[439] RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen).
[440] Se også Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 382.
[441] MD 1995:9 (Knorr).
[442] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 458.
[443] Se for eksempel AN 2001 00076 (Paraplatin).
[444] C-412/05 av 26. april 2007 (Travatan) premiss 56-57.
[445] C-412/05 av 26. april 2007 (Travatan) premiss 51.
[446] U.2010.1908H (TLT).

spedisjon, mens det andre drev med utleie av trailere. Begge selskaper drev altså virksomhet innenfor transportsektoren, og "selv om de i væsentligt omfang har forskellige kundekredse, finder Højesteret, at de tjenesteydelser, som leveres af TBL, må anses for at være af lignende art som de tjenesteydelser, som leveres af TLT". I en annen dom ble cateringvirksomhet ansett å være beslektet med hotelldrift, siden hoteller også i et visst omfang leverer mat ut av huset.[447]

Helhetsvurderingen innebærer at markedsundersøkelser som bevis for den faktiske oppfatning kan være aktuell, men det må tas høyde for at slike undersøkelser gir uttrykk for mer enn lovens krav som er knyttet til "fare for forveksling".

5.3.3.2 Omsetningskretsens merkebevissthet

Et av prinsippene for vurdering av kjennetegnslikhet er altså forholdet mellom varens art og kjøperkretsens beskaffenhet. Likhetsbedømmelsen må foregå på bakgrunn av at vurderingen kan endres etter hvilke varer og hvilken omsetningskrets det er snakk om.[448] For noen varer kan det, som nevnt, være grunn til å bruke en strengere norm for forveksling.

EU-domstolen påpekte i Picasso-avgjørelsen at det skal "tages hensyn til det forhold, at gennemsnitsforbrugerens grad af opmærksomhed ved købet af sådanne varer er særlig høj som følge af de omhandlede varers art og herunder navnlig deres pris og deres meget tekniske karakter".[449] Det ble vist til at risikoen for forveksling er mindre dersom gjennomsnitts-forbruker antas å undersøke varens art, pris og tekniske ferdigheter spesielt inngående. [450]

Det må tas hensyn til at gjennomsnittsforbrukers oppmerksomhetsnivå kan variere etter hvilken kategori av varer og tjenesteytelser det er snakk om.[451] Merkebevissthet kan derfor ha betydning allerede ved definisjonen av den relevante omsetningskrets. Dersom det er tatt høyde for merkebevissthet ved valg av omsetningskretskan det, som nevnt ovenfor, ikke også tas hensyn til dette ved vurdering av denne kretsens oppfatning.

Merkebevisstheten i omsetningskretsen ble tillagt spesiell vekt i den eldre norske Teeni-dommen.[452] Det ble der uttalt at "TEEM" var en lime-drikk mens "TEENI" var en fruktchampagne. Begge ble brukt som leskedrikker og kundekretsen var i hovedsak barn og tenåringer. Med det varetilbud disse sto overfor når det gjaldt leskedrikker hadde de, i følge retten, utviklet en varebevissthet som gjorde at de valgte sine favorittdrikker først og fremst ut

[447] U.2010.240H og U.2010.243/1H (Orientexpressen).
[448] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 458.
[449] C-361/04 av 12. januar 2006 (Picasso) premiss 39.
[450] C-361/04 av 12. januar 2006 (Picasso) premiss 40.
[451] C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 26.
[452] Rt 1971 s. 962 (Teeni).

fra tidligere erfaringer om mineralvannets smak. Etter rettens mening måtte disse rent praktiske hensyn spille inn når forvekselbarheten skulle vurderes. Man kunne tillate større likhet varemerkene imellom når kundene visste nøyaktig hva de foretrakk. Også i Søtt og Salt-dommen var det spørsmål om forvekslingsfare overfor en merkebevisst gruppe av forbruker som liker gourmet mat og dyre råvarer til høy kvalitet.[453] Høyesterett la likevel ikke særlig vekt på en mulig større merkebevissthet blant kundene i restaurant- og cateringbransjen enn det som ellers er vanlig i omsetningslivet.[454] Det ble kommentert at økt merkebevissthet kan føre til begge resultater.

Dersom forvekslingsvurderingen rettes mot merkebevisste kunder, kan det legges inn en høyere terskel før det anses å være forvekslingsfare. Også i den norske Adidas-dommen hadde det betydning at det dreide seg om svært merkebevisste kjøpere.[455] Retten viste til at Adidas er en kostbar kvalitetssko som retter seg mot den "øvre del" av joggeskomarkedet. Champion-skoen var en lavprissko og man henvendte seg her til den "nedre del" av markedet. I betraktning av at det var kostbare joggesko, at innarbeidelsen av Adidas-merket var sterkt og at markedet var svært merkebevisst, antok retten at det dreide seg om en ubetydelig del av markedet som ville ta feil i en kjøpssituasjon. Retten kom til at det ikke forelå forvekslings-fare.

Noe av de tilsvarende vurderinger ble foretatt i den danske Adidas-dommen.[456] Spørsmålet var om det var varemerkeinngrep overfor Adidas, når en supermarkedkjede solgte en jakke med fire parallelle striper. I vurderingen inngikk at kundekretsen måtte forventes å være klar over at Adidas varemerke besto av nettopp tre, og ikke flere, striper. Det ble ikke ansett å være forvekslingsfare. I Burberry-avgjørelsen kommenterte Højesteret at det ikke var fare for at kundene ville ta feil av Burberrys eksklusive lommebøker og de billige lommebøkene fra Tiger.[457] Det var heller ikke der ansett å være fare for forveksling.

I den norske Mangodommen ble forholdet mellom merkebevissthet og merkeutvidelser kommentert.[458] En klokkeimportør ble nektet å registrere et figurmerke bestående av ordet Mango fordi ordmerket Mango allerede var registrert for klær og skotøy med mer. Lagmanns-retten fant imidlertid at det ikke forelå vareslagslikhet, og dermed ikke forvekslingsfare, på søknadstidspunktet og kjente nektelsen ugyldig. Retten vurderte markedsutviklingens

[453] Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 48-49.
[454] Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 61.
[455] RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen) s. 1015-1016.
[456] U.2006.600H (Adidas).
[457] U.2009.1018H (Burberry).
[458] RG 2008 s.161 (Borgarting, Mangodommen).

betydning for forvekslingsfaren og la til grunn at varemerkebevisstheten hos store deler av omsetningskretsen for klokker og moteklær var nokså høy. Dette ble antatt særlig å gjelde de som raskt fanger opp nye trender. Utviklingen med merkeutvidelser i Norge, herunder bruken av klesvaremerker for klokker, ble imidlertid antatt å ha kommet for kort ved registrerings-tidspunktet i 1997. Det var derfor ikke grunn til å tro at en ikke ubetydelig del av omsetnings-kretsen kunne la seg villede til å tro at varemerket Mango for klær og Mango for klokker hadde samme kommersielle opprinnelse. Betydningen av merkebevissthet ved forvekslings-fare ble også kommentert av Patentstyret i Solvo-avgjørelsen.[459] Patentstyret kom da frem til at det var forvekslingsfare mellom Volvo og Solvo, selv om omsetningskretsen besto av profesjonelle og merkebevisste brukere.

Dersom en snur på det kan det hevdes at liten merkebevissthet kan føre til at det blir lettere å konstatere forvekslingsfare. Ved spørsmål om forvekslingsfare mellom Triumphs registrerte varemerke Diana for bysteholdere og Diana som varebetegnelse på longs og truser, ble det for eksempel uttalt at forvekslingsfaren er større når det dreier seg om innarbeidelse av billigvarer.[460] Dette ble begrunnet med at kundekretsen i slike tilfeller har mindre sak-kunnskap.

Den internasjonale dimensjonen kan også bli mer fremtredende i vurderinger av omsetningskretsens oppfatning. I vurdering av forvekslingsfare mellom Herring King og Sildakongen la for eksempel tingrettten til grunn at omsetningskretsen i Norge behersker både norsk og engelsk språk i en slik grad at meningsinnholdet i ”Herring’” og ”King” uten videre vil bli forstått, og forbundet med selskapets merke ”Sildakongen”.[461] Tingretten la til grunn at forbrukeren for de merker saken gjelder i stor grad vil hente frem det felles assosiasjonsbilde også ved eksponering for varemerker utformet på ulike språk, i alle fall så fremt språket er så kjent at en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen vil gjøre seg den samme innholds-messige assosiasjon.

Når omsetningskretsens oppfatning skal vurderes vil merkebevisstheten ha stor betydning for om det anses å være forvekslingsfare eller ikke. Ved utarbeidelse av en markeds-undersøkelse vil det imidlertid ikke være nødvendig å ta stilling til dette, idet det må tas høyde for graden av merkebevissthet allerede ved avgrensningen av den relevante omsetningskrets.

[459] PS 2010-7928 (Solvo).
[460] LE-1989-542 (Triumph-dommen). Også i RG 2001 s.1 (Borgarting, X/Open) ble det tatt utgangspunkt i de varesegmenter der merkebevisstheten er lavest.
[461] TOSLO-2009-71342 - TOSLO-2008-187040 (Sildakongen).

5.3.3.3 En ikke ubetydelig del av omsetningskretsen vil kunne ta feil

Det har etter norsk varemerkerett vært vanlig å si at forvekselbarhet foreligger dersom det må regnes med at "en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen" vil kunne ta feil.[462] Dette er også fulgt opp i forarbeidene til den nye varemerkeloven.[463] En slik formulering av vurderingstema kan henspeile på en kvantitativ vurdering av hvor mange som forveksler merkene. Uttalelser i norsk rettspraksis kan imidlertid tyde på at det ikke skal oppfattes slik. Blant annet uttalte lagmannsretten i en dom om forvekslingsfare mellom Petroleum Geo-Services og det eldre varemerke og firmanavnet Geoservices at en "ikke ubetydelig del" av omsetningskretsen må oppfattes relativt.[464] Retten viste til at det normalt ikke spiller noen rolle om det absolutte tall på kjøpere som man kan regne med vil ta feil er stort eller lite, men at det ikke er nok hvis man antar at bare én kjøper vil kunne ta feil.[465]

Det er imidlertid også presisert i juridisk teori at vurdering av forvekselbarhet ikke må bygge på antagelser om hva *flertallet* innenfor omsetningskretsen vil forestille seg.[466] Varemerkevernet ville bli temmelig utilstrekkelig dersom det ikke rakk lenger enn til å hindre at flertallet av avtagerne forvekslet kjennetegnene.[467] Kravet til en "ikke ubetydelig del" er derfor heller ikke ansett å være et flertallskrav.

Hvorvidt det er sammenfall mellom uttrykksmåtene "ikke ubetydelig del av omsetningskretsen" og "gjennomsnittsforbruker" er også drøftet i juridisk teori. [468] Det kan blant annet påpekes at definisjonen av gjennomsnittsforbruker ikke tar høyde for atypiske avtagere. Det er imidlertid ikke sikkert at det er noen reell uoverensstemmelse mellom formuleringene. EU-domstolen har da også åpnet for at det må tas hensyn til at gjennomsnitts-forbrukers oppmerksomhetsnivå kan variere, alt etter hvilken kategori av varer eller tjenester det dreier seg om.[469] Det vil uansett bero på en skjønnsmessig vurdering. I Søtt + Salt-dommen ble gjennomsnittsforbruker ansett å være synonymt med "en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen".[470] Disse to formuleringene ble dermed tolket på samme måte. Rettens vurderingstema ble ansett å være hvorvidt gjennomsnittsforbrukeren som "en alminnelig

[462] Se for eksempel Rt 1998 s. 1988 (Cosmica dommen) og Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) avsnitt 41.
[463] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 42.
[464] RG 1997 s. 258 (Borgarting, Geoservices).
[465] RG 1997 s. 258 (Borgarting, Geoservices) s. 261-262.
[466] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 319-320.
[467] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 320.
[468] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 320.
[469] C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 25 og 26 og C-361/04 av 12. januar 2006 (Picasso) premiss 38.
[470] Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 41.

opplyst, rimelig oppmerksom og velinformert forbruker av gourmetmat og restauranttjenester m.v." vil kunne blande merkene sammen".[471]

En mer konkret vurdering av omsetningskretsens oppfatning kan imidlertid vise nyanseforskjeller i disse begrepene. Dersom resultater fra en markedsundersøkelse skal vurderes i forhold til forvekslingsfare, kan det derfor spørres om resultatene skal tolkes forskjellig ut fra om det er gjennomsnittsforbruker eller en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen som er målestokk. Dersom det er stor spredning i resultatene fra en markedsundersøkelse, kan det nettopp gi indikasjoner i retning av at undersøkelsen ikke klarer å dokumentere at en "ikke ubetydelig del av omsetningskretsen" vil kunne ta feil.

5.3.4 Markedsundersøkelsers relevans ved forvekslingsvurderingen

Markedsundersøkelsers relevans må vurderes i forhold til at slike undersøkelser er ment å gi uttrykk for *faktisk* forveksling, mens det juridiske vurderingstema er *faren* for forveksling. Spørsmålet er imidlertid om en markedsundersøkelse kan være relevant som en indikasjon på at det er fare for forveksling. I så fall vil det være mest aktuelt å vurdere den faktiske oppfatningen i markedet ved spørsmål om varemerkeinngrep. Det er ofte kun da det faktisk eksisterer et reelt marked. Ved spørsmål om forvekslingsfare som registreringshinder har ikke avgjørelsesmyndighetene den samme tilgangen til informasjon om oppfatningen i et reelt marked.[472] Vurderingene må i større grad baseres på mer abstrakte avveininger.

Tradisjonelt har det i norsk rettspraksis vært hevdet at det normalt er uten betydning å legge frem bevis for om forveksling faktisk har funnet sted, jfr. for eksempel Cash & Carry-dommen.[473] Synspunktet om at dokumentasjon for faktisk forveksling har liten betydning når det avgjørende er om det er *egnet til* forveksling, er også fremmet i norsk juridisk teori.[474] Det hevdes eksplisitt at det i særlig grad bør utvises skepsis overfor markedsundersøkelser som bevis for forvekselbarhet.[475]

Det er også presisert i praksis at det ikke er nødvendig å fremlegge dokumentasjon for faktisk forveksling.[476] En slik holdning vil imidlertid ikke utelukke at markedsundersøkelser

[471] Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen) premiss 41.
[472] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 393.
[473] Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen). Se også RG 1993 s. 754 (Agder, Blomsterhallen), RG 2010 s. 1116 (Borgarting, Esthetique - kjennelse).
[474] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 321.
[475] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 322.
[476] Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen).

kan være relevant. I Adidas-dommen ble det da også uttalt at forekomsten av faktisk forveksling kan belyse spørsmålet om forvekslingsfare.[477]

I Esthetique-avgjørelsen var retten noe mer kritisk.[478] Det ble da uttalt at denne type undersøkelser foretatt på vegne av en av partene i saken under enhver omstendighet bør anvendes kritisk, og kunne i den foreliggende sak ikke rokke ved den konklusjon som de øvrige momenter tilsa. I vurderingen av om Skagenmeglerne var egnet til å forveksles med "Skagen Fondene", bemerket retten også at en må være forsiktig med å trekke for bastante konklusjoner ut fra markedsundersøkelser.[479] Det ble likevel vist til at undersøkelsen inngikk som et relevant moment i bevisvurderingen.

Markedsundersøkelser er også fremlagt som bevis for faktisk forveksling i dansk rett. Selv om undersøkelsene ikke kommenteres i domspremissene, tyder manglende vektlegging på at de ofte ikke anses relevante.[480] Det danske Ankenævnet ser imidlertid ut til å ha tatt hensyn til en undersøkelse i vurdering av assosiasjon mellom Seaways og DFDS.[481] Ankenævnet viste til markedsundersøkelsen og kommenterte at den bekreftet en relativt høy grad av assosiasjon fra Seaways til DFDS blant de intervjuede. På tross av kritikk fra motparten ble også flere markedsundersøkelser ansett relevante for forvekslingsvurderingen i Lindeberg-saken.[482]

I svensk juridisk teori er det hevdet at markedsundersøkelser kan være aktuelle som dokumentasjon for forvekslingsfare.[483] Det påpekes imidlertid at det blir vanskeligere å dokumentere forvekslingsfare fordi det er flere fakta som legges til grunn ved inngrep siden meningsaspektet må hensyntas. I den svenske Bregott-avgjørelsen påpekte også Hovrätten er spørsmålet om undersøkelsens relevans er et bevisspørsmål som må avklares av retten i det konkrete tilfelle.[484] Det er også et poeng, påpekt i svensk teori, at to merker kan anses å være forvekselbare av domstolen, mens det ikke forekommer faktisk forveksling i den konkrete omsetningskrets. [485] Det er i alle fall liten tvil om at den juridiske vurderingen av forvekslingsfare kan avvike fra omsetningskretsens faktiske oppfatning. I slike tilfeller vil forholdet mellom en formell lovtolkning og reell dokumentasjon bli satt på spissen. Det kan

[477] RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen).
[478] RG 2010 s. 1116 (Borgarting, Esthetique - kjennelse).
[479] TSTVG-2005-178340 (Skagen fondene).
[480] Se for eksempel U.1996.848H (Ritter Sport).
[481] AN 2000 00061 (Balticum Seaways).
[482] AN 2005 00004 (Lindeberg).
[483] Nordell *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens* (2004) s. 380.
[484] RH 1999:63 (Bregott).
[485] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 37.

imidlertid være vanskelig å påvise dette forholdet, idet rettsanvendelse og bevisvurdering kan flyte over i hverandre.[486]

Et sentralt moment, når det gjelder markedsundersøkelsers relevans ved forvekslings-vurderingen, er at det kan være vanskelig å konstruere en situasjon som skal ligne på virkeligheten. Dette henger også sammen med i hvilken grad undersøkelsen følger de kvalitative krav som kan stilles i den vitenskapelige metode, se drøftelsene i kapittel IV nedenfor. Selve situasjonen for en markedsundersøkelse er helt annerledes enn det den vil være i den alminnelige omsetningssituasjon.

Markedsundersøkelsers relevans som dokumentasjon for forvekslingsfare kan også oppfattes forskjellig i ulike land.[487] Også i tysk rettspraksis er det, som i skandinavisk rett, presisert at forvekslingsfare i utgangspunktet er et spørsmål om juridisk lovtolkning.[488] Dokumentasjon for faktisk forveksling er likevel ansett å være en viktig indikasjon på at det er fare for forveksling.[489] I tysk rett er også undersøkelser som skal dokumentere kjennskap til et merke koblet til forvekslingsfare ved at høy grad av kjennskap indikerer at også forvekslingsfaren er høy, mens liten grad av kjennskap indikerer at forvekslingsfaren er liten.[490] På tross av at domstolene utviser noe tilbakeholdenhet, er det også eksempler på at partene blir bedt om å utarbeide en markedsundersøkelse for å dokumentere oppfatningen i markedet.[491] Hvorvidt markedsundersøkelser egentlig egner seg som dokumentasjon for forvekslingsfare er imidlertid også diskutert i tysk juridisk teori.[492]

Selv om ordlyden i de norske lovbestemmelsene om forvekslingsvurdering viser at vurderingstema er fare for forveksling, hindrer ikke dette at markedsundersøkelser som dokumenterer faktisk forveksling kan anses relevante. En noe sparsom underrettspraksis gir imidlertid ikke noe klart svar på markedsundersøkelsers relevans som bevis. Tatt i betraktning den skeptiske holdningen i sentral juridisk teori kan det imidlertid være grunn til å være noe varsom med å anse slike undersøkelser som relevante.

---

[486] Se drøftelsene i kapittel V pkt. 19.3 nedenfor.
[487] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 330.
[488] Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part two* IIC (2000) s. 540. Se for eksempel avgjørelser gjengitt i GRUR 1991, 609 - SL, GRUR 1993, 972 - Sana og GRUR 1997, 611 - Berliner Zeitung.
[489] Se blant annet GRUR 1957, 426 Getränke-Industrie, GRUR 1969, 357 - Sihl og GRUR 1992, 48 - frei öl.
[490] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 205.
[491] Se for eksempel GRUR 1988, 635 – Grundcommerz.
[492] En viss skepsis er uttrykt i Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 343, mens Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 205 er mer positiv.

5.4 *Vern av velkjente merker*

5.4.1 Juridisk forankring

5.4.1.1 Det utvidede vernet

Etter hvert som visse varemerker har fått en verdi utover den rene garantien for opprinnelse, oppstår et behov for beskyttelse mot utnyttelse eller skade, også dersom det ikke er fare for å forveksle produktene.[493] Dette er naturlig når verdien av et merke ikke bare er knyttet til selve produktet, men til varemerket som sådan. For å oppnå utvidet vern må dermed merke-innehaver dokumentere at merket har fått en verdi utover opprinnelsesfunksjonen. Spørsmålet er om markedsundersøkelser kan egne seg som dokumentasjon for en slik oppfatning.

Beskyttelse som gis uavhengig av vareslagslikhet har tradisjonelt blitt kalt Kodak-vernet i skandinavisk rett.[494] Dette vernet har imidlertid gjennomgått flere justeringer og gir i dag et generelt unntak fra kravet om forveksling, ikke bare unntak fra vareslagslikhet.[495] Det er enn videre slått fast at vernet gjelder overfor alle vareslag.[496] Velkjente merker oppnår dermed i dag generell beskyttelse, også for reklamefunksjonen.[497] For å markere et skille fra det mer snevre Kodak-vernet har jeg i det følgende valgt å bruke betegnelsen "vern av velkjente merker".[498]

Varemerkeloven § 4 annet ledd angir at: "For et varemerke som er velkjent her i riket, innebærer varemerkeretten at ingen uten samtykke fra merkehaveren kan bruke et tegn som er identisk med eller ligner varemerket for varer eller tjenester av samme eller annet slag, hvis bruken ville medføre en urimelig utnyttelse av eller skade på det velkjente varemerkes særpreg eller anseelse (goodwill)." Bestemmelsen gjennomfører den valgfrie muligheten for utvidet beskyttelse for velkjente merker i varemerkedirektivets artikkel 5 nr. 2. Beskyttelse

---

[493] Hvorvidt det utvidede vernet har sin begrunnelse i utvanningslæren eller i forvekslingslæren drøftes ikke her. Se om dette i Levin *Noveller i varumärkesrätt* (1990) s. 72, Riis *Forretningskjendetegn og varemærker med egenværdi* NIR (2000) s. 37 og spesielt om den amerikanske utvanningslæren i Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 254 flg.

[494] Navnet stammer fra den engelske dommen: Eastman Kodak Co. v. Kodak Cycle Co., [1898] 15 RPC105. Spørsmålet var om anvendelse av varemerket Kodak for sykler kunne føre til at forbrukeren ble villedet med hensyn til en kommersiell forbindelse med merket Kodak for kamera. Selv om sykler og kamera i denne saken ble ansett å være varer av samme vareslag, slik at det uansett var forvekslingsfare, er dommen blitt stående som et eksempel på utvidet beskyttelse for velkjente merker. Se Levin *Noveller i varumärkesrätt* (1990) s. 71.

[495] C-292/00 av 9. januar 2003 (Davidoff) premiss 26-28. Se også C-408/01 av 23. oktober 2003 (Adidas-Salomon) premiss 19 og 22.

[496] C-292/00 av 9. januar 2003 (Davidoff) premiss 25 og 26.

[497] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 49.

[498] I andre norske fremstillinger anvendes begrepene "Kodakvernet" og "Kodakregelen" om det jeg her kaller "Vern av velkjente merker", se for eksempel Hurlen *Kodakvern i varemerkeretten* Aktuell immaterialrett (2008) s. 148 flg. og Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 363 flg. Meningsinnholdet er ment å være det samme.

mot registrering som krenker etablerte velkjente merker er i norsk rett ment å falle inn under vml. § 16 første ledd bokstav a.[499] Bestemmelser om utvidet vern for velkjente merker finnes i den danske Vml. § 4 stk. 2 og i den svenske 1 kap 10 § første ledd nr. 3 VML.

I og med at reglene i varemerkeloven § 4 annet ledd er ment i stor grad å videreføre bestemmelsen slik den lød i loven av 1961, vil også forarbeidene til denne få betydning.[500] Det må imidlertid tas høyde for utvidelsen av Kodak-vernet gjennom en lovendring i 1995. Det ble da klargjort at velkjente merker var beskyttet mot urimelig utnyttelse, selv om det ikke var fare for at forbrukeren anså at det var en forbindelse mellom merkene. [501] Formålet var å senke terskelen for anvendelse av den daværende Kodak-regelen. Det var ved denne lovendringen det ble slått fast at det ikke skulle stilles krav til risiko for forveksling.

Generelt kan det sies at bestemmelsen åpner for en nokså bred rimelighetsvurdering, der det særlig er viktig å være oppmerksom på at utstrekningen av det utvidede vernet forutsettes å variere etter omstendighetene i den konkrete sak.[502] Det kan, i følge forarbeidene, dreie seg om å utvide vernet til noen få varegrupper, som ikke kan sies å være av lignende slag, men som likevel er meget nærliggende, eller en bredere utvidelse.[503] Det åpnes også for at de store verdensmerker kan være vernet overfor alle varer og/eller tjenester.

Selv om det ikke kreves vareslagslikhet etter vml. § 4 annet ledd kan nærheten mellom vareslagene få betydning ved vurderingen av om bruk av det yngre merket kan anses å innebære en urimelig utnyttelse eller forringelse av det eldre varemerkets særpreg.[504]

5.4.1.2 Vurdering av om merket er velkjent

Det utvidede vernet gjelder dersom et varemerke er ”velkjent her i riket” jfr. vml. § 4 stk. 2.

Vilkåret må ses i sammenheng med at det kun vil være lovstrid dersom merkets ”særpreg eller anseelse” blir skadet eller utnyttet.[505] Vernet gjelder altså merker som både er velkjente og som i tillegg har opparbeidet seg en viss anseelse i markedet. Omsetningskretsens oppfatning vil ha betydning i denne vurderingen, og spørsmålet er da om markeds-undersøkelser kan være målestokk ved vurdering av merkets kjennskapsgrad og goodwill.

I forarbeidene til lovendringen i 1995 uttales det at kravet om at kjennetegnet skal være ”velkjent” normalt forutsettes å innebære at det må dreie seg om et kjennetegn som er

[499] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s.53.
[500] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 43.
[501] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 105.
[502] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 105.
[503] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 105.
[504] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 373.
[505] Se i forhold til svensk rett; Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 51 og Grundén *Skyddet för kända och ansedda kannetecken* NIR (1995) s. 240.

innarbeidet i omsetningskretsen.[506] En henvisning til innarbeidelse i omsetningskretsen ble imidlertid ikke tatt inn i lovteksten, for ikke å utelukke at et kjennetegn kan oppnå utvidet vern selv om det ikke er klart at innarbeidelse foreligger. Kravet til at et merke er velkjent er imidlertid ikke noe krav om at varene skal ha høy kvalitet.[507] Også lavprisvarer kan ha et utvidet vern ved å ha opparbeidet seg særpreg eller anseelse.[508] Det avgjørende er at en så stor andel kjenner merket at det har oppnådd goodwill.[509] Dette henspeiler på at omsetnings-kretsens oppfatning, skjønnsmessig eller reelt fortolket, har betydning.

For at et merke skal anses å være velkjent må det være kjent av "en betydelig del av den relevante omsetningskrets".[510] Rent umiddelbart kan det se ut at dette kravet baseres på en mer kvantitativ vurdering. Denne tolkningen beror på EU-domstolens praksis, jfr. General Motors-dommen, der varemerket Chevy ble ansett å være velkjent for motorer.[511] Ved vurderingen av om vilkåret om "betydelig del" er oppfylt uttales det at det skal tas hensyn til alle relevante omstendigheter, blant annet til varemerkets markedsandel, intensiteten, den geografiske utstrekning og varigheten av bruken av varemerket, og til størrelsen av de investeringer innehaveren har foretatt for å fremme varemerket.[512] Siden omsetningskretsens oppfatning ikke nevnes spesifikt i disse momentene må det vurderes om dette kan sies å falle inn under henvisningen til "alle relevante" momenter.

Denne kvantitative fortolkningen av kravet til utvidet vern er fulgt opp i den nye svenske varemerkeloven, idet vernet gjelder for varemerker som anses "känt inom en betydande del av omsättningskretsen", jfr. 1 kap 10 § første ledd nr. 3 Vml. Ifølge forarbeidene til bestemmelsen er ordlyden endret for å komme mer i samsvar med uttalelsen i General Motors avgjørelsen.[513] Det påpekes imidlertid at også begrepet "väl ansett" i den gamle varemerke-loven også tilsvarte direktivets innhold. Det er også hevdet i svensk juridisk teori at det dagjeldende kravet om "väl ansätt" kan ses i sammenheng med kravet til særpreg ved innarbeidelse av varemerker.[514] Praksis utviklet i Sverige, med hensyn til markeds-undersøkelser, kan imidlertid ikke automatisk legges til grunn ved vurdering av om et merke

[506] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 105.
[507] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 370.
[508] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 21.
[509] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 105.
[510] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 43.
[511] C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors).
[512] C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors) premiss 27.
[513] Se de svenske forarbeidene i Prop. 2009/10:225 s. 123-124.
[514] Grundén *Skyddet för kända och ansedda kannetecken* NIR (1995) s. 237.

er velkjent. Regler for vern av velkjente merker er ikke inspirert av de svenske reglene for innarbeidelse.[515]

Det kan likevel spørres om svensk praksis i forhold til bruk av markedsundersøkelser som bevis for innarbeidelse, vil kunne overføres til vurderinger av om et merke er velkjent. I tidligere praksis ble ofte innarbeidelse og "väl ansett" sammenstilt.[516] I den nye svenske varemerkeloven er også ordlyden, knyttet til krav om kjennskap innen en "betydande del" av omsetningskretsen, helt lik for innarbeidelse, jfr. 1 kap 7 § VML og for velkjente merker, jfr. 1 kap 10 § første ledd nr. 3 VML. En ren fortolkning av ordlyden vil altså måtte føre til at kriteriene behandles likt for begge disse beskyttelsesformene. Det må imidlertid tas hensyn til at mens kriteriene for velkjente merker må ses i sammenheng med graden av utnyttelse så vil kravet til innarbeidelse for et varemerke vurderes mer isolert for det ene merket.[517] Dette kan også tale for at eventuelle empiriske studier må utformes forskjellig i disse situasjonene.

I Danmark anvendes begrepet "velkende", som i Norge, jfr. Vml. § 4 annet ledd. Den danske bestemmelsen er imidlertid noe annerledes bygget opp, idet den er utformet som en begrensning av hovedregelen om vareslagslikhet.[518]

5.4.1.3 Vurdering av kjennetegnslikhet

Vernet gjelder overfor "tegn som er identisk med eller ligner" det velkjente varemerket, jfr. vml. § 4 annet ledd. Ordlyden i de danske og den svenske varemerkelover er på dette punktet helt like den norske.

Bestemmelsen omfatter tilfeller der likheten ikke er sterk nok til man blander sammen merkene, men likevel såpass fremtredende at det yngre merket fremkaller det eldre i gjennomsnittsforbrukers erindring.[519] Også her kan det bli et spørsmål om kjennetegns-likheten skal vurderes rent juridisk eller om forbrukerens faktiske sammenblanding kan legges til grunn som bevis.

Kravet til kjennetegnslikhet ble drøftet av EU-domstolen i Adidas-saken.[520] Adidas hadde gått til sak mot Fitnessworld og hevdet at Adidas´ tre parallelle striper på treningsklær var til hinder for bruk av to striper på treningsklær. Adidas gjorde gjeldende at markedsføringen av treningsklær med to striper utnyttet Adidas` varemerkes renommé og derved påførte

[515] Levin *Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna i EU* NIR (1995) s. 464 og Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 51.
[516] Se for eksempel PBR 04-247 (Löplabbet).
[517] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 51.
[518] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 466 flg.
[519] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 371.
[520] C-408/01 av 23. oktober 2003 (Adidas-Salomon). Dommen er kommentert i Bruus *Beskyttelse af renommerede varemærker - Adidas - en streg i sandet?* NIR (2004) s. 23 flg.

særpreget betydelig skade. Spørsmålet som var forelagt domstolen var om beskyttelsen av et velkjent merke forutsatte en slik likhet mellom tegnet og varemerket at det var risiko for forveksling i omsetningskretsen. Domstolen svarte benektende på dette, men tilføyde at vern for velkjente merker forutsetter at det i forbrukerens bevissthet skapes en sammenheng mellom merkene, selv om de ikke forveksles.[521] Det er påpekt i juridisk teori at Adidas-dommen med dette innførte en innskrenkning i vernet for velkjente merker.[522] Det kreves dermed en viss likhet mellom tegnet som benyttes og det beskyttede varemerket, men ikke risiko for forveksling.[523]

I den norske Volvo Import-dommen var det blant annet avgjørende om bruken av volvo i domenenavnet skapte "en sterk forventning hos publikum om at det er tilhørighet eller i alle fall en forretningsmessig forbindelse" mellom bruken av domenenavnet volvoimport og Volvokonsernet.[524]

Hvordan dette kravet til "sammenheng" mellom merkene i forbrukers bevissthet skal forstås ble forelagt EU-domstolen i Intel-saken.[525] Domstolen presiserte at den omstendighet at det yngre merke hos en gjennomsnittsforbruker leder tanken hen på det eldre velrenommérte merke kan bety at det er en sammenheng mellom de omtvistede merker. En vurdering av denne sammenhengen må gjøres på bakgrunn av en helhetsvurdering av alle relevante faktorer i hvert enkelte tilfelle.[526] Domstolen nevnte flere aktuelle momenter som kan vurderes; blant annet graden av likhet mellom merkene, vareslaget, det eldre merkes renommé og særpreg, samt risikoen for forveksling.[527] Flere av disse momentene kan forsøkes dokumentert gjennom en markedsundersøkelse.

5.4.1.4 Vern mot utnyttelse eller skade av særpreg eller anseelse

Selv om et varemerke er velkjent, og det konstateres kjennetegnslikhet mellom tegnet og det beskyttede merket, vil det ikke automatisk være merkeinngrep. Lovstrid oppstår kun dersom "bruken ville medføre en urimelig utnyttelse av eller skade på det velkjente varemerkes særpreg eller anseelse (goodwill)", jfr. vml. § 4 annet ledd. Dette er kalt rettsstridsvilkåret i bestemmelsen.[528]

---

[521] C-408/01 av 23. oktober 2003 (Adidas-Salomon) premiss 29. Se også C-102/07 av 10. april 2008 (Adidas/Marca Mode) premiss 41.
[522] Bruus *Beskyttelse af renommerede varemærker - Adidas - en streg i sandet?* NIR (2004) s. 27-28
[523] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 43. Se også de svenske forarbeidene i Prop. 2009/10:225 s. 125-126.
[524] Rt 2004 s. 1474 (Volvo import dommen) premiss 45.
[525] C-252/07 av 27. november 2008 (Intel).
[526] C-252/07 av 27. november 2008 (Intel) premiss 41.
[527] C-252/07 av 27. november 2008 (Intel) premiss 42.
[528] Hurlen *Kodakvern i varemerkeretten* Aktuell immaterialrett (2008) s. 150 og s. 167 flg.

I den danske bestemmelsen forbys bruk av varemerke for varer eller tjenesteytelser av annen art hvis et eldre varemerke er velkjent her i landet, "og brugen ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpreg eller renommé eller skade særpreg eller renommé", jfr. dansk Vml. § 4 stk. 2. I den svenske bestemmelsen angis at ingen får bruke et merke dersom anvendelsen "avser varor eller tjänster och drar otillbörlig fördel av eller utan skälig anledning är till skada för varukännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende", jfr. 1 kap 10 § første ledd nr. 3 VML.

Både den danske og svenske loven legger til grunn et utilbørlighetskriterium. Det kan dermed spørres om dette skal tolkes annerledes enn det norske urimelighetskriterium. I forarbeidene til den norske bestemmelsen pekes det på at bruk av begrepet "utilbørlig" kan virke vesentlig mer fordømmende enn "urimelig".[529] Det pekes også på at utilbørlighets-kriterier brukes sjeldnere i norsk markedsføringsrett.[530] I Varemerkeutredningen II kom man derfor frem til at det ville være lite heldig å legge kriteriet om "utilbørlig" inn i den dagjeldende Kodak-regelen, selv om det språkmessig ville gitt bedre samsvar med de nordiske versjonene av direktivteksten.[531] Begge begreper må imidlertid sies å dekke den engelske direktivtekstens "unfair", jfr. varemerkedirektivets artikkel 5 stk. 2. Det er derfor ingen grunn til å tro at det danske "utilbørlig" eller det svenske "otilbörlig" skal forstås annerledes enn det norske "urimelig".

I følge forarbeidene til den norske bestemmelsen legges det opp til en bred rimelighets-vurdering av hvorvidt det vil være utnyttelse eller skade av særpreg eller anseelse.[532] Blant annet vil særpregsvurderingen, knyttet til om et merke anses å være velkjent, ha betydning i for rettstridsvilkåret.[533] EU-domstolen uttalte i General Motors avgjørelsen at jo større varemerkets særpreg og anseelse er, desto lettere vil en skade kunne antas å foreligge.[534]

Dersom tredjemann ved sin bruk av tegn som er identisk med, eller ligner et velkjent varemerke, legger seg i kjølvannet på dette med henblikk på å dra fordel av det, uten å yte noen økonomisk kompensasjon eller selvstendig innsats, vil det være en urimelig utnyttelse av

[529] I NOU 2001:8 s. 66.
[530] Se en vurdering av disse begrepene i Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave* (2003) s. 28-29.
[531] NOU 2001:8 s. 66.
[532] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 43.
[533] C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors) premiss 23.
[534] C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors) premiss 30.

særpreg eller renommé.[535] Det er videre slått fast i Google-dommen at det kun er bruk av kjennetegnene i forbindelse med egen kommersielle virksomhet som rammes.[536]

Det kan anses å være "skade" på det velkjente merkes særpreg dersom merket utvannes gjennom bruk.[537] Hvorvidt et merke er utvannet, og dermed har forringet sin individualiseringsfunksjon, kan vurderes målt gjennom omsetningskretsens assosiasjoner. Det vil blant annet kunne være skade på merkets særpreg dersom tredjemanns bruk svekker det etablerte varemerkes identitet og kjennskapsgrad i offentlighetens bevissthet.[538] Førsteinstansretten uttalte i VIPS-avgjørelsen at følgene av eksponeringen av et merke må vurderes i varemerkets omsetningskrets.[539] Dersom omsetningskretsen ikke lenger forbinder merket med varer i et bestemt foretak reduseres reklamefunksjonen.[540]

I Intel-saken uttalte EU-domstolen at for at det skulle anses å skade særpreg måtte det vises til at det hadde skjedd en endring i den økonomiske adferd hos gjennomsnittsforbrukeren.[541] Dersom det ikke vises til en faktisk endring må det bevises at det er en alvorlig risiko for at en slik endring kan oppstå i fremtiden. Det vises imidlertid til at vurderingen av om det foreligger skade beror på en helhetsvurdering.[542] Domstolen gir ingen retningslinjer med hensyn til hvordan endring av gjennomsnittsforbrukers økonomiske adferd skal fortolkes.[543] Det kan for eksempel tenkes at en faktisk endring av økonomisk adferd kan måles direkte gjennom en markedsundersøkelse.

Det kan videre forekomme skade på varemerkets anseelse dersom et yngre merke har en slik innflytelse på kundekretsen at det etablerte merkes tiltrekningskraft reduseres.[544] I Opel-saken ble det blant annet uttalt at det kunne skade Opels logo dersom lekebilene ikke var oppdatert og av god kvalitet.[545] Skade vil altså kunne oppstå dersom det yngre merke har et kjennetegn eller en egenskap som vil kunne ha en negativ innflytelse på det velkjente merkes image.[546]

---

[535] C-487/07 av 18. juni 2009 (L'Oréal) premiss 49.
[536] C-236/08 - C-238/08 av 23. mars 2010 (Google) premiss 92.
[537] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 123.
[538] C-487/07 av 18. juni 2009 (L'Oréal) premiss 39.
[539] T-215/03 av 22. mars 2007 (Vips) premiss 64.
[540] Hurlen *Kodakvern i varemerkeretten* Aktuell immaterialrett (2008) s. 191.
[541] C-252/07 av 27. november 2008 (Intel) premiss 77.
[542] C-252/07 av 27. november 2008 (Intel) premiss 79.
[543] Rienth *The concept of dilution with special focus on recent case law from the European Court of Justice - L'Oréal v Bellure and Intel - CPM* NIR (2010) s. 155.
[544] C-487/07 av 18. juni 2009 (L'Oréal) premiss 40.
[545] C-48/05 av 25. januar 2007 (Opel logo) premiss 35.
[546] C-487/07 av 18. juni 2009 (L'Oréal) premiss 40.

Det er imidlertid presisert i Førsteinstansretten at innehaveren av det eldre varemerke ikke er forpliktet til å påvise at det foreligger en faktisk og aktuell krenkelse, men skal fremkomme med opplysninger som gjør det mulig umiddelbart å fastslå hvorvidt det foreligger en fremtidig, ikke-hypotetisk risiko for urimelig utnyttelse eller skade.[547] Dette kan gjøres på grunnlag av logiske slutninger som følger av sannsynlighetsanalyse og med hensyn til alminnelig praksis innenfor den relevante virksomhetssektor, samt til alle øvrige omstendigheter i saken.[548] Disse uttalelsene legger opp til at dokumentasjon for faktiske omstendigheter kan være relevant, men ikke nødvendig.

Markedsundersøkelser kan dermed få betydning i relasjon til rettsstridsvilkåret gjennom den helhetsvurdering som er lagt til grunn i praksis. Målestokken vil være omsetningskretsens oppfatning, gjennom vurdering av gjennomsnittsforbrukers økonomiske adferd eller gjennom påvisning av markedets assosiasjoner generelt.

5.4.2 Den relevante omsetningskrets ved vern av velkjente merker

Den relevante omsetningskrets kan altså være målestokk både ved vurdering av om et merke er velkjent, om det er kjennetegnslikhet mellom merkene, samt ved spørsmål om et merke urimelig utnytter eller skader et velkjent merkes særpreg eller anseelse. Utfordringen kan ligge i å definere og eventuelt avgrense den relevante omsetningskrets.[549]

Ved spørsmål om et merke er velkjent vil det, ifølge EU-domstolens uttalelse i General Motors-avgjørelsen, være avgjørende om merket er kjent av en betydelig del av "den offentlighed, der er relevant for de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af dette mærke".[550] EU-domstolen gir dermed en anvisning på at merket kan være velkjent, enten i den brede offentlighet eller en mer spesialisert krets, for eksempel et bestemt faglig miljø.[551] Dette er i teorien tolket dit hen at det kan være nok å påvise hvorvidt et merke er velkjent i merkeinnehaverens egen omsetningskrets.[552] I Trips -avtalen artikkel 16.2 gis det også anvisning på at det er "the relevant sector" som er avgjørende.

For alminnelige forbruksvarer kan omsetningskretsen være den brede offentlighet. For spesialvarer kan imidlertid kretsen være mer begrenset.[553] I Nasdaq-avgjørelsen var EU-

[547] T-67/04 av 25. mai 2005 (Spa Finders) premiss 40.
[548] T-181/05 av 16. april 2008 (Citibank) premiss 78.
[549] Grundén *Skyddet för kända och ansedda kannetecken* NIR (1995) s. 240-241.
[550] C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors) premiss 26.
[551] C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors) premiss 24.
[552] Grundén *Skyddet för kända och ansedda kannetecken* NIR (1995) s. 237, Pehrson *Chevy-målet - EG-domstolen tolkar anseendeskyddet i varumärkesdirektivet* JT (1999/2000) s. 424 og Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 364.
[553] Hurlen *Kodakvern i varemerkeretten* Aktuell immaterialrett (2008) s. 161-162.

domstolen enig med Førsteinstansretten i at omsetningskretsen for børsinformasjon både var profesjonelle og forbrukere som konsulterte finansiell informasjon som sin hovedoppgave eller for egen del.[554] Ved spørsmål om utvidet vern for Citibank påpekte Førsteinstansretten at stavemåten for ordet "citi" adskilte seg fra seg fra det engelske ord "city" og dessuten omfattet "den berørte kundekreds i det foreliggende tilfælde millioner af mennesker, som ikke er engelsksprogede".[555] Ordet Citi ble derfor ansett å ha særpreg. Det er imidlertid også eksempler på at kretsen er noe mer begrenset. I Vips-avgjørelsen i Førsteinstansretten ble for eksempel den relevante omsetningskrets ansett å bestå av en relativt begrenset krets av innehavere av hoteller og restauranter.[556]

I den norske Red Carabao-avgjørelsen måtte Patentstyret ta stilling til hvilken omsetningskrets som gjaldt for salg av energidrikk.[557] Spørsmålet var om merket Red Carabao for energidrikk skulle nektes registrert på grunn av forvekslingsfare med det eldre, påstått velkjente, merket Red Bull. Patentstyrets annen avdeling pekte på at det gjaldt varer som var rettet mot den brede allmennhet, slik at man måtte regne med varierende grad av oppmerksomhetsnivå og merkebevissthet. Målestokken ble dermed ansett å være gjennomsnittsforbrukeren.

I den danske Pasta Basta-avgjørelsen var det spørsmål om navnet Pasta Basta var velkjent for en restaurant i København. [558] I følge retten måtte den relevante omsetningskrets anses å være både personer i bransjen som var knyttet til restaurantvirksomhet, samt publikum i hele landet. Det ville derfor ikke være nok at navnet på restauranten var kjent i København. Det ser imidlertid ut til at retten godtok at omsetningskretsen i en markedsundersøkelse fremlagt i After Eigth avgjørelsen var avgrenset personer som spiste sjokolade minst en gang per måned.[559] Spørsmålet var om After Eight som navn på et danseband utgjorde inngrep i varemerket After Eight for sjokolade.

Uttalelser om omsetningskretsen i svensk praksis tyder også på at den relevante omsetningskrets kan avgrenses i forholdsvis stor grad. I den svenske Silva-avgjørelsen var det spørsmål om Silva som varemerke for kompass var velkjent.[560] Omsetningskretsen ble avgrenset til å være aktive medlemmer av det svenske orienteringsforbundet, i alderen 16-74 år.

---

[554] C-320/07 av 12. mars 2009 (Nasdaq) premiss 50-51.
[555] T-181/05 av 16. april 2008 (Citibank) premiss 71.
[556] T-215/03 av 22. mars 2007 (Vips) premiss 63.
[557] PS 2007-7628 (Red Carabao).
[558] SHD 03.02.2006 (Pasta Basta).
[559] U.1997.795S (After Eight).
[560] NJA 1990 s. 469 (Silva).

I den svenske Snille och Smak-avgjørelsen ble omsetningskretsen, både for det yngre og det etablerte merket, ansett å være ”allmännheten i stort”.[561] Spørsmålet var om figurmerke Snille och Sak for diverse møbler utgjorde varemerkeinngrep overfor Svenska Akademiens valgspråk og registrerte figurmerke Snille och Smak, blant annet anvendt i publiserings-virksomhet. Den fremlagte undersøkelsen, bestilt av Svenska Akademien, ble kritisert av motparten for at den var kun rettet mot høyt utdannede personer i internettbefolkningen. Retten la imidlertid undersøkelsen til grunn for sin avgjørelse uten å kommentere dette poenget.

Konkrete uttalelser om potensielle kunder, som del av omsetningskretsen, finnes i den svenske Microlax-avgjørelsen.[562] Spørsmålet var om Pfizers varemerke Microlax var så velkjent at det kunne hindre registrering av Miralax for laksermiddel. Patentbesvärsrätten la da til grunn at laksermiddel och lavemang i praksis kunne anvendes av alle mennesker, uavhengig av kjønn og alder og pekte på at omsetningskretsen derfor måtte omfatte alle ”normalt informerade samt skäligen uppmärksamma och upplysta genomsnittskonsumenter”.

Den geografiske utstrekning av omsetningskretsen er kommentert i forhold til EU-varemerker. I EU-domstolens avgjørelse i Fincas Terragona-saken var det spørsmål om den geografiske utstrekning av kjennskap til et eldre merke.[563] Spørsmålet var om merket måtte være vitterlig kjent i en medlemsstat, eller i et geografisk område med selvstyrende fellesskap, som merket faktisk henvendte seg til. EU-domstolen la til grunn at et varemerke ikke kunne utgjøre registreringshinder eller ugyldighetsgrunn som velkjent varemerke hvis det ikke var kjent innenfor hele territoriet til et land, eller en vesentlig del av dette.[564] EU-domstolen ga imidlertid samtidig uttrykk for at lokalt innarbeidede varemerker kan være registrerings-hindrende på grunnlag av denne bestemmelsen. I Pago-avgjørelsen presiserte EU-domstolen at merket måtte være kjent av en *betydelig del* av omsetningskretsen i en *vesentlig del* av den europeiske union.[565] Den aktuelle medlemsstatens territorium ble imidlertid ansett å utgjøre en vesentlig del av unionen.

Dersom merkene anvendes i den samme personkretsen er det nok å vurdere om det eldre merket er velkjent i denne kretsen, Bildet kompliseres imidlertid av at det eldre og yngre merket kan være tilknyttet helt ulike vareslag og dermed også helt adskilte omsetningskretser.

---

[561] PBR 08-287 (Snille och smak).
[562] PBR 03-230 (Microlax). Andre eksempler på at Patentbesvärsrätten har kommentert målgruppen finnes i PBR 96-833 (Patentdagen), PBR 01-412 (Byggnadsställningar) og PBR 02-236 (Toblerone).
[563] C-328/06 av 22. november 2007 (Fincas Terragona).
[564] C-328/06 av 22. november 2007 (Fincas Terragona) premiss 17.
[565] C-301/07 av 6. oktober 2009 (Pago) premiss 30.

I Intel-saken vises det for eksempel til at det ikke kan utelukkes at det eldre merkes kundekrets er helt forskjellig fra det yngre merkes kundekrets.[566] I så fall kan et merke som anses velkjent i den ene kretsen være helt ukjent i den andre. I slike tilfeller vil disse merkene aldri bli konfrontert med hverandre, og det kan medføre at det heller ikke vil være mulig å skape noen sammenheng mellom dem. Det må innebære at bruken av det yngre merket ikke vil være lovstridig.

Det må imidlertid tas høyde for at det kan påvises skade på særpreg eller anseelse også dersom den yngre krets er helt ukjent med det eldre merket.[567] Dette vil for eksempel kunne være tilfelle dersom bruk av det yngre merket skaper sterkt uheldige assosiasjoner som er helt uforenlige med dem det velkjente merket står for.[568] I så fall kan det være vanskelig å foreta noen konkrete målinger av dette gjennom empiriske studier.

Dersom den relevante omsetningskrets ikke er den brede offentlighet vil det vil altså være en utfordring å fastslå hvilken krets en markedsundersøkelse skal rettes mot. Ved utarbeidelse av undersøkelsen må det i så fall vurderes om omsetningskretsen kan avgrenses til det beskyttede merkets egen krets eller om det også må medregnes en krets utenfor denne.[569] Dersom det slås fast at det er to omsetningskretser vil det være svært vanskelig å foreta empiriske studier av spørsmålet om brudd på vern av velkjente merker. Slike undersøkelser vil så fall kun gi indikasjoner på at et merke er velkjent.

5.4.3 Omsetningskretsens oppfatning ved vern av velkjente merker

Forutsatt at definisjonen av omsetningskretsen åpner for at det vil være mulig å måle empirisk hvorvidt det er brudd på vernet av velkjente merker må denne kretsens oppfatning vurderes i forhold til de enkelte lovbestemte vilkår.

Ved spørsmål om et merke er *velkjent* vil utgangspunktet, som nevnt, være kravene til innarbeidelse. For at et særpreg skal være sterkere enn normalt på grunn av det kjennskap kundekretsen har til et varemerke forutsettes det altså at merket er kjent av i det minste "en betydelig del" av den berørte kundekrets. Det kan da spørres om det er en kvantitativ eller kvalitativ vurdering som skal legges til grunn.

EU-domstolen har i General Motors-avgjørelsen presisert at verken ordlyden eller formålet i varemerkedirektivet artikkel 5 nr 2 gir hjemmel for å kreve at varemerket er kjent av en bestemt prosentdel av offentligheten, eller at dette renommé skal være til stede innenfor

[566] C-252/07 av 27. november 2008 (Intel) premiss 48.
[567] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 364.
[568] Se i denne retning Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 375.
[569] Grundén *Skyddet för kända och ansedda kannetecken* NIR (1995) s. 237.

en vesentlig del av det berørte område.[570] Det tas imidlertid ikke avstand fra tanken om at andelen personer som har kjennskap til et varemerke har betydning for om varemerke oppfyller kjennskapskravet. Avgjørelsen er, i alle fall svensk juridisk teori, tolket slik at avgjørelsen ikke *hindrer* bruk av markedsundersøkelser.[571] Det påpekes enn videre at rene bevis for andelen personer som kjenner merket kan ha stor betydning for vurdering av om et merke kan anses velkjent.[572]

Det kan imidlertid være en utfordring å avgjøre hvordan den utvidede beskyttelsen skal håndteres i praksis.[573] Dersom det settes en nedre grense for å anse et merke velkjent ledes tankene raskt hen på andeler og prosent, men det må holdes fast ved at det skal foretas en helhetsvurdering av alle relevante omstendigheter.[574]

Prosentgrenser stemmer heller ikke, som nevnt, godt med den norske rettstradisjonen.[575] Hotell Cæsar-dommen er et eksempel på at retten baserte avgjørelsen på rene juridiske vurderinger av omsetningskretsens oppfatning, og så bort fra en fremlagt markeds-undersøkelse som skulle dokumentere hvor mange prosent som kjente til navnet hotell Cæsar.[576] Saken gjaldt spørsmål om bruk av foretaksnavnet Cæsar Lagerhotell stred mot varemerket Hotell Cæsar registrert for en TV-serie på norsk TV. I forhold til en fremlagt markedsundersøkelse uttalte tingretten at vurderingen ikke kunne bygge på en enkel bevisførsel vedrørende publikums kjennskap til merkene. Det ble vist til at slike undersøkelser normalt kun viser publikums kjennskap til ordene, og kan vanskelig skille mellom kjennskap i form av navn på en fjernsynsserie og i form av et varemerke. I følge retten er man "i stor grad henvist til mer generelle betraktninger og antakelser, som vil være langt mer omtrentlige i forhold til et empirisk grunnlag, enn der spørsmålet simpelthen er hvor mange blant publikum som har hørt om et ord eller en ordkombinasjon, og vet hva det innebærer." Retten foretok så en analyse at de faktiske forhold basert på skjønnsmessige vurderinger og kom til at det var brudd på vernet av velkjente merker.

I den påankede Kvikk Lunsj-saken ble imidlertid markedsundersøkelser ansett å være relevante som dokumentasjon for at både emballasje og varemerket Kvikk Lunsj var særlig

---

[570] C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors) premiss 25 og 28. Se også Pehrson *Chevy-målet - EG-domstolen tolkar anseendeskyddet i varumärkesdirektivet* JT (1999/2000).
[571] Pehrson *Chevy-målet - EG-domstolen tolkar anseendeskyddet i varumärkesdirektivet* JT (1999/2000) s. 425
[572] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 366.
[573] Levin *Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna i EU* NIR (1995) s. 466.
[574] Rosén *Kännetecken goodwillskydd: från anseende till uppmärksamhetsvärde i svensk kännetecken- och marknadsrätt* Festskrift til Mogens Koktvedgaard (2003) s. 482.
[575] Ot.prp. nr 59 (1994-1995) s. 94.
[576] Se for eksempel TOSLO-2008-41683 (Hotell Cæsar).

sterkt innarbeidet og velkjent.[577] Tingretten kommenterte at undersøkelsene fra 2007 og 2008 som skulle dokumentere merkevarekunnskap viste at 98 % i 2007 og 99 % i 2008 kjente igjen emballasjen for Kvikk Lunsj. Etter rettens syn var det særlig denne delen av undersøkelsen som var relevant.

Dokumentasjon for at et merke er velkjent, og dermed registreringshindrende, kan også fremlegges i innsigelses- og ugyldighetssaker for Patentstyret. I den norske KEA!-saken ble det for eksempel fremlagt en markedsundersøkelse for å dokumentere kjennskap til ordmerket IKEA.[578] Spørsmålet var om ordmerket Kea! skulle nektes registrert for datamaskiner og diverse utstyr, idet det var egnet til å forveksles med ordmerket IKEA. Den fremlagte undersøkelsen viste at 98 % av befolkningen hadde hørt om IKEA, 77 % oppfattet dette som et varemerke som tilhørte ett foretak og 95 % forbandt ingen andre firmaer eller produkter med varemerke IKEA. Patentstyrets annen avdeling kommenterte ikke den fremlagte undersøkelsen og la i stedet vekt på egen kjennskap og erfaring med varemerket IKEA. Det ble lagt til grunn at det var sannsynlig at IKEA var velkjent og dermed beskyttet av Kodak-regelen.

Også i den norske Kinder-avgjørelsen ble kjennskapsgraden forsøkt dokumentert gjennom markedsundersøkelser.[579] Saken gjaldt en klage over Patentstyrets avgjørelse av å registrere varemerke "Soo gross! Durch I.HIIPP's Kinder-Zwieback-Mehl" i flere vareklasser. Spørsmålet var om merket var egnet til å forveksles med det registrerte ordmerke Kinder. Det ble vist til flere undersøkelser som skulle dokumentere at Kinder hadde oppnådd en sterk grad av særpreg. En av undersøkelsene, utført av GfK Norge på flere tidspunkter, ble gjennomført med intervjuer av 1021 personer i alderen 18-60 år. Undersøkelsen gjaldt sammenstilling av ordmerket Kinder og henholdsvis Surprise, Bueno og Maxi. Kinder Surprise var, ifølge undersøkelsen, godt kjent av 97 % av målgruppen i 1999 og i 2002. Kinder Bueno var godt kjent av 36 % av de spurte i 2003. Kinder Maxi var godt kjent av 42 % av målgruppen i 2005 og andelen økte til 49 % i 2005. Patentstyrets første avdeling viste i sin begrunnelse til markedsanalysene, men kommenterte dem ikke. De la likevel til grunn at produktene var godt kjent i Norge, men at verneområdet var snevert da det ble ansett å være distinktivt for disse varene. Registreringen av varemerke ble opprettholdt fordi det ikke var forvekslingsfare mellom merkene. Patentstyrets annen avdeling nevnte ikke undersøkelsene overhodet, men sa

[577] TOSLO-2010-86774 (Kvikk Lunsj). Lagmannsrettens ankebehandling forventes våren 2012.
[578] PS 2002-6923 (KEA!).
[579] PS 2009-7680 (Kinder).

at mye talte for at Kinder var innarbeidet for sjokoladevarer, kanskje også kjent i en slik grad at det var Kodak-vern.

Ved spørsmål om Laban var et velkjent merke for godterier ser det imidlertid ut til at Patentstyrets annen avdeling anså en fremlagt markedsundersøkelse som relevant.[580]

Gjenomgangen av norsk praksis viser likevel tendenser til at spørsmålet om vern av velkjente merker ofte bestemmes ut fra en mer skjønnsmessig vurdering av omsetnings-kretsens oppfatning.

Det er heller ikke tradisjon for bruk av empiri som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning for spørsmålet om vern av velkjente merker i dansk praksis.[581] I Thomas Tivoli-avgjørelsen ble det blant annet fremlagt undersøkelser som skulle dokumentere kjennskap til Tivoli som velkjent varemerke.[582] Undersøkelsen viste forholdsvis høy grad av kjennskap. Retten kommenterte imidlertid ikke undersøkelsen, men la til grunn en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt Tivoli var et velkjent merke.[583]

Bildet er imidlertid heller ikke entydig i dansk rett. Det er også eksempler på at faktisk oppfatning legges til grunn. I den danske Fisherman's Friend-avgjørelsen ble det for eksempel fremlagt markedsundersøkelser som skulle dokumentere kjennskapsgraden til Fisherman's Friend.[584] Spørsmålet i saken var om en produsent av lakrispastiller med navnet Fisherman's Friend kunne forby salg mv. av en vodka shot under navnet Fisherman. Retten la til grunn at rapporter vedrørende markedsundersøkelser, som var fremlagt av Lofthouse of Fleetwood Ltd., var utarbeidet av selvstendige markedsanalysebyråer uavhengig av den foreliggende tvist. Det ble påpekt at selv om undersøkelsene var bestilt av Lofthouse selv, måtte rapportene kunne tillegges sedvanlig bevisverdi. Høyesterett la særlig vekt på en rapport fra desember 2001, som angikk en markedsundersøkelse foretatt omkring det tidspunkt, da Nortlander A/S brakte sin Fisherman vodka shot på markedet. Ifølge rapporten var det blant de intervjuede 1003 personer over 15 år en kjennskapsgrad til Fisherman's Friend på 29,2 % uhjulpet og 69,8 % hjulpet. Høyesterett fant at varemerket Fisherman's Friend måtte anses å være velkjent. Det ser også ut at undersøkelsen som skulle dokumentere kjennskap til Rolls Royce ble ansett relevant.[585]

---

[580] PS 2009-7836 (Laban).
[581] Wallberg *Varemærkeret* (2008) s. 122.
[582] U.2010.2249S (Thomas Tivoli).
[583] Noe av den samme holdningen fremkommer i U.2008.241S (Lån & Spar).
[584] U.2007.1896H (Fisherman's friend).
[585] U.2007.1941S (PR Chocolade).

Den svenske tradisjonen med å anvende innarbeidelsesundersøkelser kan få betydning også ved vurdering av om et merke er velkjent. En innføring av prosentgrenser er da mer nærliggende enn det har vært i norsk og dansk praksis. I den svenske Silva-avgjørelsen la for eksempel retten direkte til grunn en undersøkelse som skulle dokumentere omsetningskretsens oppfatning.[586] Også i Snille och Smak-avgjørelsen ble markedsundersøkelser ansett som uttrykk for omsetningskretsens oppfatning.[587]

Ved vurdering av *kjennetegnslikhet* har EU-domstolen forutsatt at det i forbrukerens bevissthet skapes en sammenheng mellom merkene, uten at de forveksles.[588] Presiseringen av kravet til sammenheng i Intel-avgjørelsen viste blant annet til "arten af de varer eller tjenesteydelser, som de omtvistede varemærker hver er registreret for, herunder graden af disse varers eller tjenesteydelsers nærhed eller manglende lighed, samt den berørte kundekreds".[589] Det kan da spørres om det vil være mulig å påvise en sammenheng i forbrukerens bevissthet gjennom faktisk dokumentasjon. Det må i alle fall i utgangspunktet tas høyde for at de ulike momenter legger opp til en nyansert vurdering. I en dansk avgjørelse var det for eksempel spørsmål om beskyttelse for supermarkedkjedens varemerke Netto overfor malerfirmaets logo Net2 Maleren.[590] Sø- og Handelsretten kom da frem til, gjennom en skjønnsmessig vurdering, at logoen til Net2 Malerens skapte en visuell assosiasjon til, eller en antagelse om sammenheng med, Nettos varemerke og at bruken av dette ble ansett som en utilbørlig utnyttelse som kunne skade Nettos renommé. Det kan da vise seg at markeds-undersøkelser ikke egner seg like godt som dokumentasjon for kjennetegnslikhet.

I Intel-saken ble beskyttelsen av velkjente merker nærmere presisert ved et krav om at det må påvises en endring i gjennomsnittsforbrukers økonomiske adferd før utnyttelse kan fastslås.[591] I og med at det må forutsettes at det kan være vanskelig å påvise en slik endring i praksis, kan dette kriteriet innebære en innstramming av beskyttelsen for velkjente merker.[592]

Omsetningskretsens oppfatning kan også trekkes inn i helhetsvurderinger av om det er *skade på særpreg eller anseelse*. Jeg har imidlertid ikke funnet noen eksempler på at dette er forsøkt dokumentert gjennom empiri.

---

[586] NJA 1990 s. 469 (Silva).
[587] PBR 08-287 (Snille och smak).
[588] C-408/01 av 23. oktober 2003 (Adidas-Salomon) premiss 29. Se også C-102/07 av 10. april 2008 (Adidas/Marca Mode) premiss 41.
[589] C-252/07 av 27. november 2008 (Intel) premiss 41 og 42.
[590] U.2011.280S (Net2 Maleren).
[591] C-252/07 av 27. november 2008 (Intel) premiss 81.
[592] Rienth *The concept of dilution with special focus on recent case law from the European Court of Justice - L'Oréal v Bellure and Intel - CPM* NIR (2010) s. 155.

5.4.4 Markedsundersøkelsers relevans ved vern av velkjente merker

Sammenhengen mellom de krav som stilles til ved vern av velkjente merker og krav til innarbeidelse, særpreg og forvekslingsfare er påpekt flere ganger. Også i relasjon til spørsmålet om markedsundersøkelsers relevans vil dette ha betydning. Blant annet kan det drøftes om bevisførselen ved dokumentasjon for innarbeidelse kan være den samme som ved spørsmål om et merke er velkjent.[593]

Markedsundersøkelser nevnes ikke eksplisitt som et relevant moment i General Motors-avgjørelsen.[594] Men i og med at det skal tas hensyn til alle relevante omstendigheter, kan ikke de nevnte momenter anses å gi uttrykk for en uttømmende liste.[595] Dommen gir derfor ikke grunnlag for å utelukke bruk av markedsundersøkelser ved vurderinger av om et merke er velkjent. Svensk juridisk teori har også tolket dommen i retning av at markedsundersøkelser kan være relevante.[596] Det samme syn fremgår av Førsteinstansrettens dom i TDK-saken. [597] Ved spørsmål om utvidet vern for varemerket TDK for opptakskassetter, ble markeds-undersøkelser ansett å være relevante i en helhetsvurdering.

En mer restriktiv holdning fremkommer imidlertid i EU-domstolens avgjørelse i Werthers Original-saken.[598] Ved spørsmål om beskyttelse for Werthers Original ble det, for den nasjonale domstol, fremlagt markedsundersøkelser. [599] EU-domstolen uttalte da at sådanne opinionsundersøkelser ikke skjelner mellom de ulike situasjoner der forbrukeren er blitt konfrontert med varemerket. Det er imidlertid tvilsomt om uttalelsen kan tas til inntekt for en generell skepsis til bruk av markedsundersøkelser som bevis for de nasjonale domstoler.

I den foran nevnte Hotell Cæsar-dommen utviste Oslo tingrett generell skepsis til bruk av markedsundersøkelser.[600] I Kvikk Lunsj-saken ble imidlertid markedsundersøkelser ansett å være relevante som dokumentasjon for at både emballasje og varemerket Kvikk Lunsj var særlig sterkt innarbeidet og velkjent.[601] Den rettskildemessige verdien av denne siste avgjørelsen er imidlertid liten, siden dommen er anket.

---

[593] TOSLO-2008-41683 (Hotell Cæsar).
[594] C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors) premiss 27.
[595] Se også Hurlen *Kodakvern i varemerkeretten* Aktuell immaterialrett (2008) s. 165.
[596] Pehrson *Chevy-målet - EG-domstolen tolkar anseendeskyddet i varumärkesdirektivet* JT (1999/2000) s. 425.
[597] T-477/04 av 6. februar 2007 (TDK). Det rettslig grunnlag for vurderingen var forordningens artikkel 8 stk. 5. Appell til EU-domstolen ble forkastet, jfr. C-197/07 av 12. desember 2008 (TDK).
[598] C-24/05 av 22. juni 2006 (Werther´s Original).
[599] C-24/05 av 22. juni 2006 (Werther´s Original) premiss 75. Se også Lassen *Markedsundersøkelser som bevis for innarbeidelse av varemerke* NiP (2007) nr. 4 s. 14.
[600] TOSLO-2008-41683 (Hotell Cæsar).
[601] TOSLO-2010-86774 (Kvikk Lunsj).

Som allerede nevnt er det i norsk registreringspraksis en tendens til at Patentstyret legger til grunn egen erfaring fremfor empirisk grunnlag ved vurdering av om et merke er velkjent.[602] I Red Carabao-avgjørelsen la imidlertid Patentstyrets annen avdeling opp til at markedsundersøkelser kan være relevante som dokumentasjon for velkjente merker.[603] Patentstyret uttalte, i forhold til dokumentasjon for kjennskap til Red Bull i Norge, at selv om kjennskapen ikke har vært underbygd med markedsundersøkelser eller lignende, var det tilstrekkelig godtgjort at Red Bull var velkjent. Uttalelsen levner liten tvil om at empiri anses relevant. Også i Laban-saken ble den fremlagte markedsundersøkelse ansett å dokumentere at merket Laban for sukkertøy var velkjent.[604]

Det utvidete vernet for velkjente merker må sies å være likt i norsk og dansk rett. Det kan derfor være interessant å vurdere danske domstolers holdning til markedsundersøkelsers relevans. En noe skeptisk holdning fremkom blant annet i Escort-avgjørelsen.[605] Den fremlagte undersøkelsen viste en forholdsvis høy grad av kjennskap til Escort som merke for tobakk. Når retten, på tross av dette, kom til at Escort ikke var velkjent kan det tyde på at undersøkelsen ikke ble ansett å være relevant.

Det ser imidlertid ut til at undersøkelser i større grad er ansett relevante som bevis i senere dommer. I den danske Tordenskjold-dommen ble det for eksempel fremlagt en markeds-undersøkelse for å dokumentere den danske befolknings kjennskap til navnet Tordenskjold og bilde av Peter Tordenskjold på fyrstikkesker.[606] Undersøkelsen viste høy grad av kjennskap og ble også ansett å være relevant. Sø- og Handelsretten kom til at merket var velkjent. Også i After Eight-avgjørelsen ser det ut til at undersøkelsen ble ansett å være relevant som dokumentasjon for at After Eight var et velkjent merke.[607] Den nevnte undersøkelsen i Fisherman's Friend-avgjørelsen ble utvilsomt ansett relevant.[608] Undersøkelser, som er ment å dokumentere at Tivoli er velkjent, er også fremlagt i flere avgjørelser uten at deres relevans er kommentert. [609] Både vaklende praksis og lite kommentarer knyttet direkte til undersøkelses relevans fører til at dansk praksis ikke kan gi noen veiledning med hensyn til betydningen av markedsundersøkelser som bevis.

---

[602] Se for eksempel PS 2002-6923 (KEA!), PS 2005-7364 (Smirnov), PS 2005-7365 (Statoil) og PS 2009-7680 (Kinder).
[603] PS 2007-7628 (Red Carabao).
[604] PS 2009-7836 (Laban).
[605] U.1986.276S (Escort).
[606] U.1994.147/2S (Tordenskjold).
[607] U.1997.795S (After Eight).
[608] U.2007.1896H (Fisherman's friend).
[609] U.2005.1438H (Tivoli småkager), U.2010.320H (Tivoli Night) og U.2010.2249S (Thomas Tivoli).

På tross av de påpekte ulikheter i reglene for innarbeidelse og krav til velkjente merker i norsk og svensk rett kan det spørres om svensk praksis kan gi inspirasjon til løsninger i norsk rett. Det må da først presiseres at vurderinger av om et varemerke skal anses velkjent ("väl ansett") i svensk rett er drøftet direkte opp mot det generelle kravet til innarbeidelse.[610] Etter lovendringen knyttet til velkjente merker i 1995 ble det diskutert i svensk teori hvorvidt empiriske undersøkelser kunne få stor betydning for vurdering av beskyttelse for velkjente merker.[611] Siden markedsundersøkelser brukes i større grad i Sverige, kom også spørsmålet om markedsundersøkelser som dokumentasjon for velkjente merker opp. Det påpekes imidlertid i juridisk teori at beskyttelse mot velkjent merker ikke er inspirert av de svenske reglene for innarbeidelse.[612] Selv om hovedvekten av vurderinger om utvidet vern ligger på de kvalitative aspektene er det fremhevet i teorien at markedsundersøkelser også kan anvendes som dokumentasjon for at et merke er velkjent.[613] Det kan dermed, som et utgangspunkt, være nok å dokumentere i hvor stor grad et merke er innarbeidet i markedet. Resten må bero på de konkrete omstendigheter. Markedsundersøkelser vil i alle fall ikke nektes som bevismiddel som svensk rett.[614]

Den fremlagte undersøkelsen i Snille och Smak-avgjørelsen ble for eksempel ansett å være relevant for vurderingen av om det var et velkjent merke.[615] Undersøkelsen som skulle dokumentere at bokstavkombinasjonen SAF var velkjent for Svenska Arbetsgivareföreningen ble også ansett å være relevant.[616] Den fremlagte undersøkelsen skulle også dokumentere at omsetningskretsen trodde at det var en sammenheng mellom SAF som kjennemerke for arbeidsgiverforeningen og SAF som kjennemerke for motordeler, uten av resultatene var entydige.

Til slutt kan det spørres om annen fremmed rett kan gi inspirasjon ved vurdering av markedsundersøkelsers relevans i norsk rett.

Det er flere ganger påpekt at markedsundersøkelser i større grad brukes som bevis i tysk varemerke- og markedsføringsrett. Utfordringen ligger i at vurderingene dermed får et sterkt kvantitativt preg. Dette gjelder også ved spørsmål om vern av velkjente merker. Dette blir tydelig når det opereres med prosentgrenser der minst 80 % må kjenne merket for at det skal

---

[610] Grundén *Skyddet för kända och ansedda kannetecken* NIR (1995) s. 237.
[611] Grundén *Skyddet för kända och ansedda kannetecken* NIR (1995) s. 240-241.
[612] Levin *Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna i EU* NIR (1995) s. 464 og Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 51.
[613] Levin *Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna i EU* NIR (1995) s. 475.
[614] Levin *Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna i EU* NIR (1995) s. 475.
[615] PBR 08-287 (Snille och smak).
[616] RÅ 2001 ref. 14 I (SAF).

være velkjent.[617] Ved spørsmål om merket Camel var velkjent for sigaretter ble det altså ansett å være nok at 86 % av den totale befolkning kjente til Camel som et varemerke.[618] Dette prosentkravet er imidlertid i teorien kritisert som for høyt.[619] På den annen side er det også diskutert hvorvidt retten i det hele tatt selv bør tillates å legge egen erfaring til grunn ved vurdering av om et merke er velkjent. [620]

Også i forhold til utvanningslæren i USA er det diskutert om det kreves bevis for faktisk utvanning eller om det er nok med risiko for utvanning.[621] Uten at jeg har gjennomgått alle relevante kilder ser det ut til at rettspraksis er noe vaklende i forhold til et krav om faktisk utvanning. I noen avgjørelser ser det ut til at det statueres et krav om dokumentasjon for faktisk utvanning.[622] I andre avgjørelser er det uttalt at markedsundersøkelser kan være kostbare, upålitelige og vanskelig å lage og at det fører til at de ikke anses nødvendige for å dokumentere faktisk utvanning.[623]

Det utvidete vernet for velkjente merker er i større grad knyttet opp mot mer subjektive kriterier, og vurderinger av inngrep beror på konkrete omstendigheter. Markedsundersøkelser kan likevel være relevante for å kunne fastslå hvorvidt et merke "er velkjent". Dette gjelder spesielt dersom de aktuelle merker kan anses å ha samme omsetningskrets. Det ser imidlertid ut til å være en viss tilbakeholdenhet i norsk praksis.

---

[617] GRUR 1991, 863 - Avon. Se også GRUR 2009, 669 - POST II.
[618] GRUR 1985, 559 - Camel.
[619] Niedermann *Emprische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung* GRUR 2006, 367 s. 368-369.
[620] Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part two* IIC (2000) s. 534. Se også drøftelser av rettens erfaringsgrunnlag ved bevisvurderingen i kapittel V pkt. 19.2 nedenfor.
[621] Wessman *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten* (2002) s. 318 flg.
[622] Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows Inc. v. Utah Division of Travel Development 170 F.3d 449 (4th Cir. 1999) og Westchester Media v. PRL USA Holdings, Inc. 214 F.3d 658 (5th Cir 2000).
[623] Se for eksempel Nabisco, Inc. v. PF Brands, Inc., 191 F.3d 208 (2d Cir. 1999) og V Secret Catalogue, Inc. v. Moseley 259 F.3d 464 (6th Cir. 2001).

6 Markedsundersøkelsers forankring i markedsføringsretten

6.1 Markedsføringsrettens formål

Det er påpekt i juridisk teori at markedsføring egentlig er et økonomisk begrep som refererer seg til hvordan virksomheten kan få avsetning på sine varer eller tjenester.[624] Enhver markedsøkonomi kan sies å ha som en naturlig og nødvendig forutsetning at de nærings-drivende har adgang til å opplyse mottagerne om de varer eller tjenester som tilbys.[625] Markedsføring er derfor i markedsføringslitteraturen ganske enkelt definert som "meeting needs profitably".[626] Markedsføringen skal med andre ord håndtere relasjonene til kunder, men også virke til fordel for bedriften og dens eiere.[627]

Markedsføringsretten består av lovgivning som har som hovedformål å innrette markedet mot en rimelig og fungerende konkurranse.[628] Den skal imidlertid *både* sikre en effektiv og tilbørlig konkurranse i markedet *og* beskytte forbrukerne.[629] Mer presist kan det sies at lovgivningen skal sikre at konkurransen mellom de næringsdrivende skjer på en lovlig måte, slik at avtagere av produkter kan treffe rasjonelle valg på bakgrunn av pris, kvalitet og service.[630] Avtagernes mulighet for å treffe rasjonelle valg vil være en forutsetning for effektiv konkurranse. Markedsføringsrettens oppgave blir dermed også å beskytte mot ulike former for aggressiv konkurranse som kan skade enten forbrukere eller næringsdrivende.

De ulike reguleringer retter seg mot handlinger som foretas i næringsvirksomhet. Det er den kommersielle kommunikasjon, i realiteten alle former for salgsfremmende tiltak, som skal reguleres i markedsføringsretten. Begrensninger for denne reguleringen ligger i ytringer som foretas i samfunnsdebatten eller gjennom politisk reklame.[631] Slike ytringer vil være beskyttet av ytringsfriheten; lovfestet i Grunnlovens § 100 i norsk rett.

Den norske markedsføringsloven skal, i tillegg til å beskytte både forbrukernes interesser og de næringsdrivendes interesser, også beskytte mer allmenne samfunnshensyn.[632] På grunn av disse ulike hensynene som loven er ment å ivareta, ble det ikke utformet en felles i

---

[624] Gram Mortensen og Steinicke *Dansk markedsret* (2006) s. 209.
[625] Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 197.
[626] Kotler og Keller *Marketing management* (2009) s. 45.
[627] Se også Framnes, Thjømøe og Pettersen *Markedsføringsledelse* (2011) s. 33.
[628] Nordell *Marknadsrätten: en introduktion* (2008) s. 13.
[629] Bernitz *Svensk och europeisk marknadsrätt: konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar* (2009) s. 27.
[630] Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski *Markedsføringsretten* (2007) s. 17.
[631] Emnet er grundig behandlet i Heide-Jørgensen *Reklameret* (2008).
[632] Se for eksempel forbudet mot markedsføring i strid med god markedsføringsskikk i mfl. § 2 første ledd.

formålsbestemmelse i markedsføringsloven av 2009.[633] Den norske loven inneholder derfor en mer overordnet bestemmelse som angir at den gjelder "kontroll med markedsføring, handelspraksis og avtalevilkår i forbrukerforhold og stiller krav til god forretningsskikk mellom næringsdrivende". Formålsbetraktninger må dermed foretas i forhold til de enkelte bestemmelser, vurdert ut fra hvem som skal beskyttes.

For flere av enkeltbestemmelsene som skal drøftes i denne delen, vil beskyttelsen omfatte både forbrukere og næringsdrivende. For eksempel skal bestemmelsen om vern mot lovstridig etterligning i hovedsak beskytte *næringsdrivende*, men i vurderingen av bestemmelsen vil det ha betydning om *forbrukeren* blir villedet med hensyn til opprinnelse. Det er dermed også indirekte en forbrukerbeskyttelse. Motsatt vil det for bestemmelser om forbud mot urimelig handelspraksis og villedende markedsføring være forbrukeren som skal beskyttes. Imidlertid er det også her et viktig hensyn at markedet ikke ødelegges av lovstridig markedsføring, og derigjennom skader de næringsdrivende.[634]

Dette todelte formålet kan skape noen utfordringer når omsetningskretsen skal defineres. Det kan blant annet være en utfordring at mottagerleddet ofte ikke er en klart definert gruppe i markedet. Alle som nås av en markedsføringskampanje eller annen handelspraksis kan i utgangspunktet presumeres å tilhøre målgruppen.[635] Det innebærer at både forbrukere og næringsdrivende kan være relevante omsetningskretser for ett og samme produkt. Hvordan denne kretsen defineres eller avgrenses kan ha stor betydning for vurderingen av eventuell lovstrid.

I tillegg må det tas høyde for at markedsføringsretten i større grad trekker inn subjektive elementer i lovstridsvurderingen. I og med at markedsføringsrettens formål tilsier at det også stilles krav til den handling som utføres, er det ikke nok at markedsføringen eller handlingen resulterer i bestemte oppfatninger eller reaksjoner i markedet. De subjektive elementene fører dermed til at markedsundersøkelsers forankring og relevans må drøftes med et litt annet utgangspunkt enn det som gjøres ved varemerkerettslige spørsmål.

[633] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 25.
[634] Se i denne retning Heide-Jørgensen *Reklameret* (2008) s. 290-291.
[635] Steen *Genomsnittskonsumentens snedvridna ekonomiska beteende* ERT (2009) s. 623.

6.2 Vurdering av urimelig handelspraksis

6.2.1 Juridisk forankring

6.2.1.1 Det generelle utgangspunkt

Den norske markedsføringslovens regler om beskyttelse mot lovstridig markedsføring overfor forbrukere er i stor grad bygget opp etter EU-direktivet om urimelig handelspraksis.[636] Formålet med direktivet er å harmonisere reglene for urimelig handelspraksis når denne skader forbrukerens økonomiske interesser, jfr. handelspraksisdirektivet artikkel 1. I den norske markedsføringsloven har man valgt å skille mellom forbrukerbeskyttelse basert på direktivet og beskyttelse av næringsdrivende.[637] Regler som skal beskytte forbrukernes interesser er samlet i kapittel 2 til 5, mens regler om forholdet mellom næringsdrivende er lagt til kapittel 6. Reglene i kapittel 6 videreføres uendret fra loven av 1972. Det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis overfor forbrukere finnes i markedsføringslovens § 6, etterfulgt av presiseringer i de følgende bestemmelsene.

I den danske markedsføringsloven har man valgt i stor grad å videreføre den tidligere oppbygningen av loven, men tilpasset bestemmelsene til handelspraksisdirektivet.[638] Forbrukerbeskyttelse og forholdet mellom næringsdrivende behandles derfor i felles bestemmelser i den danske loven.[639] Bestemmelsene om villedende og utilbørlig markedsføring finnes i dansk Mfl. § 3. Også den nye svenske marknadsföringslagen er tilpasset direktivet, men er bygget opp etter mønster av loven av 1994, med generelle reguleringer av ulike typer av "vilseledande marknadsföring" i 8 § og 10 § MFL. Bestemmelsene ses også i sammenheng med generalklausulen om "god marknadsföringssed" i 5 §, jfr. 6 § MFL.

I utgangspunktet skal ikke de valg som er foretatt med hensyn til oppbyggingen av lovene i skandinaviske land ha noe å si for fortolkningen av reglene. Det norske Markedsrådet har da også tidvis vist til praksis fra den svenske Marknadsdomstolen i sin fortolkning av urimelig handelspraksis overfor forbrukere.[640] Siden handelspraksisdirektivet er et total-harmoniseringsdirektiv er det også nærliggende å se hen til danske og svenske kilder i den løpende fremstillingen.

---

[636] Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet).
[637] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 19.
[638] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 23.
[639] Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 30.
[640] Se for eksempel MR 1996-11 (Ikea).

Begrepet ”handelspraksis” defineres i mfl. § 5 bokstav d som ”enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere en ytelse til forbrukerne”. Definisjonen tilsvarer handelspraksisdirektivets definisjon i artikkel 2 bokstav d og legger opp til skjønnsmessige vurderinger. I den norske markedsføringsloven videreføres også markedsføringsbegrepet, uten at dette defineres nærmere. Det har medført at begrepet markedsføring benyttes i bestemmelser som er en videreføring av den gamle loven, mens begrepet handelspraksis benyttes når bestemmelsene er basert på direktivet. Noen klare skillelinjer mellom begrepene vil det imidlertid ikke være.

I den danske loven er begrepet ”markedsføring” beholdt og er dermed ment å omfatte alle former for ”afsætningsbestræbelser”.[641] Begrepet må imidlertid forstås videre og vil også omfatte enhver handling foretatt i næringsøyemed.[642] Det ble også i Sverige vurdert om begrepet ”affärsmetoder” skulle innføres i den nye markedsføringsloven, men man valgte å innlemme dette i begrepet ”marknadsföring”, som så skal omfatte affärsmetoder.[643]

Etter handelspraksisdirektivet fortale punkt 14 skal villedende handelspraksis omfatte villedende handlinger og villedende utelatelser. Det er presisert i den norske loven at handelspraksis alltid vil være urimelig dersom den er villedende etter mfl. § 7 eller § 8, eller aggressiv etter § 9, jfr. mfl. § 6 fjerde ledd.

Sentralt i disse vurderinger er hvordan gjennomsnittsforbruker oppfatter handelspraksisen, jfr. direktivets fortale pkt. 18. EU domstolens praksis vil være retningsgivende i denne vurderingen.[644] Internasjonale retningslinjer utarbeidet i samarbeid mellom ICC og Esomar kan imidlertid også få betydning når de ulike bestemmelser skal fortolkes.[645]

6.2.1.2 Urimelig handelspraksis

En handelspraksis er urimelig dersom den ”strider mot god forretningsskikk overfor forbrukere” og er ”egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet”, jfr. mfl. § 6 første og annet ledd. Bestemmelsen videreføre handelspraksisdirektivet artikkel 5 nr. 2. Den danske loven har ikke en slik generalklausul, men viser i Mfl. § 3 stk. 1 direkte til forbudet mot ”vildledende eller urigtige

[641] Krüger Andersen *Markedsføringsret* (1978) s. 17-18.
[642] Madsen *Markedsret Del 2, Markedsføringsret og konkurrenceværn* (2007) s. 21.
[643] Se de svenske forarbeidene i Prop. 2007/08:115 s. 63.
[644] Sentrale avgjørelser er C-470/93 av 6. juli 1995 (Mars), C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) og C-112/99 av 25. oktober 2001 (Toshiba).
[645] ICC/Esomar International Code on Market and Social Research http://www.esomar.org/uploads/pdf/professional-standards/ICCESOMAR_Code_English_.pdf

angivelser" og "udelatelse av væsentlige informationer". I svensk rett er markedsføring som anses å være "vilseledande" etter lovens bestemmelser også å anse som "otilbörlig", dersom det påvirker mottagerens mulighet for å ta en velbegrunnet beslutning, jfr. 8 § VML.

Hvorvidt en handelspraksis er urimelig vurderes altså opp mot en standard for "god forretningsskikk". Dette er en oversettelse av direktivets henvisning til "yrkesmessig aktsomhet" i artikkel 5 nr. 2 bokstav a. I den svenske loven fremkommer henvisningen til en god skikk norm ved at 5 § MFL åpner for vurderinger i forhold til "god marknadsföringssed". I den danske gjennomføringen av direktivet er det lagt opp til en god skikk norm i Mfl. § 1 stk. 1. Denne rettslige standarden defineres ikke i loven, idet den er ment å være fleksibel og skal kunne tilpasses den generelle samfunnsutviklingen.[646] Dette må også innebære at den til enhver tid rådende oppfatning i markedet vil få betydning. Det kan derfor tenkes at det vil være mulig å måle empirisk hvorvidt en handelspraksis oppfattes som stridende mot god forretningsskikk.

Handelspraksisdirektivet har definert visse handlinger som alltid skal anses urimelige i bilag I til direktivet. Denne såkalte "svartelisten" på 31 punkter er innført i norsk rett gjennom en forskrift om urimelig handelspraksis.[647] Bilaget er også inkorporert i dansk rett gjennom en bekentgørelse.[648] I den svenske loven er listen lagt inn som vedlegg til loven, jfr. 4 § MFL. Svartelisten er ikke basert på skjønnsmessige vurderinger av oppfatningen i markedet og har derfor heller ikke nevneverdig betydning i forhold til fortolkninger av omsetningskretsens oppfatning.

Kriteriet om endring av forbrukernes økonomiske adferd drøftes nærmere i pkt. 6.2.1.4 nedenfor.

6.2.1.3 Villedende handlinger overfor forbrukere

Som nevnt ovenfor vil villedende handlinger og utelatelser alltid anses å være urimelig handelspraksis, jfr. mfl. § 6 fjerde ledd. Regler om villedende handlinger er i norsk lov angitt i mfl. § 7, mens villedende utelatelser er angitt i mfl. § 8. Reglene viderefører handelspraksisdirektivet artikkel 6. Etter markedsføringsloven av 1972 var alle former for villedende forretningsmetoder, både overfor forbrukere og næringsdrivende, fastlagt i de samme bestemmelser. I markedsføringsloven av 2009 finnes regler om villedende handlinger mellom

[646] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 48 og 49.
[647] Forskrift om urimelig handelspraksis av 1. juni 2009 nr. 565.
[648] BEK nr 1084 af 14/09/2007 Bekendtgørelse om urimelig markedsføring i forbrugerforhold. Se Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 226.

næringsdrivende i mfl. § 26.[649] De danske reglene for villedende handlinger og villedende utelatelser finnes, som nevnt, samlet for forbrukere og næringsdrivende i Mfl. § 3. Det samme gjelder for den svenske loven, jfr. 10 § MFL.

En handelspraksis er villedende dersom den inneholder "uriktige opplysninger og dermed er usannferdig eller på annen måte er egnet til å villede forbrukerne", jfr. mfl. § 7 første ledd. For vurderingen av "uriktige opplysninger" skal det påpekes at omsetningskretsens oppfatning har mindre betydning. Reelt sett usanne påstander trenger ingen nærmere vurdering av hvordan disse oppfattes. Slike påstander er lovstridige i seg selv, uavhengig av hvordan de oppfattes av mottakerne. Det vil derfor være spørsmålet om hvorvidt opplysningene er "egnet til å villede" forbrukerne som vies oppmerksomhet her.

Vurderinger av om handlingen er egnet til å villede kan baseres på de i bestemmelsen angitte elementer. Listen er ikke ment å være uttømmende, men angir blant annet opplysninger om ytelsens eksistens eller art, ytelsens hovedegenskaper, prisen på ytelsen, hvordan prisen beregnes eller eksistensen av en prisfordel.[650] Om en handelspraksis skal anses å være villedende, beror på det helhetsinntrykket som skapes hos mottageren.[651] Omsetnings-kretsens oppfatning vil dermed ha betydning i denne vurderingen.

Tatt i betraktning at villedningsforbudet i mfl. § 7 skal anses å dekke både direktivets innhold og reglene om villedende forretningsmetoder i loven av 1972 kan praksis etter den gamle loven ha betydning ved fortolkningen.[652]

Forbudet mot villedende utelatelser følger av den norske mfl. § 8. En handelspraksis er villedende dersom den, i sin konkrete sammenheng og etter en helhetsvurdering, utelater eller skjuler vesentlige opplysninger som forbrukerne ut fra sammenhengen trenger for å kunne ta en informert økonomisk beslutning eller presenterer opplysningene på en uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig måte. Som nevnt inneholder den danske mfl. § 3 også forholdet til utelatelse. Den svenske bestemmelsen i 10 § siste ledd MFL, har nærmest likelydende ordlyd som den norske bestemmelsen.

---

[649] Mfl. § 26 gjennomfører Direktiv 2006/114/EF (Direktiv om villedende og sammenlignende reklame). Også etter denne bestemmelsen vil det være avgjørende hvordan en gjennomsnittsforbruker oppfatter tiltaket, se for eksempel MR 2008-787 (Ryanair), MR 2008-791(Bauhaus) og MR 2008-1185 (Skeidar). Se forøvrig Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 152 flg.

[650] For en nærmere gjennomgang av disse momentene, se Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009)s. 71 flg.

[651] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 53, jfr. s. 32 flg.

[652] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 54.

6.2.1.4 Vilkår om endring av forbrukernes økonomiske atferd

Vurderingen av hvorvidt handelspraksisen er urimelig skal knyttes opp mot om det er "egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet", jfr. mfl. § 6 annet ledd.[653] Vilkåret følger av handelspraksisdirektivet artikkel 2 bokstav e.

Det avgjørende vil være om en handelspraksis merkbart reduserer forbrukernes evne til å treffe en informert beslutning og at de dermed treffer en transaksjonsbeslutning de ellers ikke ville ha truffet. Noe av den samme formuleringen gjenfinnes ved vurdering av villedende handelspraksis i mfl. § 7 annet ledd og villedende utelatelser i § 8 annet ledd. Ordlyden er imidlertid ikke helt lik, idet ordet "vesentlig" er utelatt i spesialbestemmelsene i § 7 og § 8. Det er imidlertid i teorien fremsatt flere argumenter til støtte for at ulik ordlyd ikke innebærer nevneverdige realitetsforskjeller.[654] Det påpekes at det sentrale vil være hvorvidt forbrukerne merkbart har redusert sin beslutningsevne.[655]

Ordlyden i den danske loven er knyttet til hvorvidt markedsføringen er "egnet til mærkbart at forvride" forbrukerens "økonomiske adfærd" på markedet, jfr. Mfl. § 3 stk. 1. Det er da ment å være nok at det er egnet til å påvirke markedsadferden ved å lokke publikum inn i forretningen.[656]

I de svenske bestemmelsene er ordlyden knyttet opp til om handlingen "påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut", jfr. 8 §, jfr. 6 § MFL. Hvorvidt forbrukerne er ansett å være påvirket i denne retning er i eldre svensk praksis vurdert ut fra en transaksjonstest.[657] Disse testene har, på tross av navnet, vært basert på rene juridiske vurderinger.[658] I følge de svenske forarbeidene til den nye markedsføringsloven innebærer ikke direktivets krav noen endring i forhold til tidligere svensk praksis.[659] Dette må anses også å gjelde praksis knyttet til transaksjonstesten.

I følge ordlyden i den norske bestemmelsen er det nok at praksisen er "egnet til" å påvirke forbrukere til å treffe en beslutning de ellers ikke ville ha truffet. Dette følger også av den likelydende danske ordlyden, samt det svenske "mottagarens förmåga". Det kan dermed ikke *kreves* dokumentasjon for faktisk endret adferd.

---

[653] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 49.
[654] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 63-64.
[655] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 64.
[656] Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 221.
[657] Steen *Genomsnittskonsumentens snedvridna ekonomiska beteende* ERT (2009) s. 630 flg.
[658] Se for eksempel MD 2010:30 (Easycredit).
[659] Prop. 2007/08:115 s. 110.

Et nærliggende spørsmål er likevel om fremleggelse av dokumentasjon for faktisk endret adferd kan være *relevant* i vurderingen. I forarbeidene til den norske markedsføringsloven legges det opp til at håndhevingsmyndighetene skal fastlegge det nærmere innholdet av kravet om at en handelspraksis er egnet til vesentlig å endre den økonomiske atferden.[660] Dersom det kan dokumenteres at et visst antall forbrukere *faktisk* har endret sin adferd kan det spørres om dette kan være et moment i vurderingen av om det er *egnet til* å endre den økonomiske atferden. Problemstillingen ble nevnt av partene i den norske Fokus Bank-avgjørelsen.[661] Spørsmålet i saken var om bankens vervekampanje for kredittkort var urimelig ved at det var knyttet såkalt cashback på 100,- kr for hver ny kunde som ble vervet. Forbrukerombudet viste til at det ikke er et krav om faktisk endret økonomisk adferd og hevdet at det måtte være nok at besittelsen av kredittkortet kunne innebære et "potensielt økonomisk ansvar for kundene ved eventuelt misbruk av kortet". Innklagede hevdet på sin side at anskaffelsen av kredittkortet ikke alene skyldtes den aktuelle vervekampanje, og viste til at det også måtte tas hensyn til forbrukernes reelle behov og andre fordeler som oppnås ved anskaffelse av kortet. Innklagede ønsket dermed en mer reell vurdering av forbrukernes økonomiske adferd. Markedsrådet kom imidlertid til at vervekampanjen i seg selv ikke var urimelig og gikk ikke nærmere inn på denne problemstillingen.

I dansk teori er det påpekt at det skal tas utgangspunkt i de mottakere som markedsføringen kan påvirke, ikke bare de konkrete mottakere av markedsføringen.[662] Dette peker også i retning av en ren juridisk vurdering, og derigjennom en viss tilbakeholdenhet knyttet til dokumentasjon for faktisk endret atferd. Bevisføring for konkret villedning vil i alle fall ikke være nødvendig, selv om den kan være relevant.[663]

Også i svensk juridisk teori er det uttrykt en viss skepsis knyttet til empiriske undersøkelser som dokumentasjon for faktisk endret økonomisk atferd.[664] Det påpekes at vilkåret om "avsevärd snedvridning" ikke skal oppfattes som et krav om statistiske tester.[665]

Analysene overfor tyder i alle fall på at det bør utvises en viss tilbakeholdenhet med å anerkjenne markedsundersøkelser som dokumentasjon for faktisk endret adferd.

---

[660] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 51.
[661] MR 2009-1195 (Fokus Bank).
[662] Trzaskowski *Urimelig handelspraksis - europæisering af dansk markedsføringsret* UfR (2008) s. 275 flg.
[663] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 228.
[664] Engelbrekt *EG-direktivet om utillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?* ERT (2005) s. 250.
[665] Engelbrekt *EG-direktivet om utillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?* ERT (2005) s. 250.

6.2.2 Den relevante omsetningskrets ved urimelighetsvurderingen

Det presiseres i forarbeidene til den norske markedsføringsloven at det alltid vil ha betydning hvem som er målgruppen for den aktuelle handelspraksis.[666] Dette ble også påpekt av EU-domstolen i en sak der spørsmålet var om det var villedende å angi i reklamen at tidligere innregistrerte biler, som ennå ikke hadde kjørt på offentlige veier, var "nye".[667] Det avgjørende for hvordan reklamen ble oppfattet var, i følge EU-domstolen, oppfatningen til de forbrukerne reklameangivelsen var beregnet på.[668]

Sammenlignet med omsetningskretsen for varemerker vil den relevante krets oftere være andre enn dem som faktisk kjøper samme type produkter i dag.[669] En markedsførings-kampanje har jo gjerne som formål å finne helt nye kjøpergrupper. De potensielle kjøperne er dermed ikke like enkle å identifisere, og det kan være vanskeligere å definere den relevante omsetningskrets. Dette kan gi noen utfordringer for utformingen av en markedsundersøkelse.

Det vil også ha betydning at markedsføringsloven skal ivareta det kollektive forbruker-hensyn.[670] Gjennomsnittsforbrukeren til typisk kunne være en representant for disse kollektive forbrukerne når urimelig handelspraksis skal vurderes.[671] Dersom markedsføringen rettes mot befolkningen i alminnelighet er det også naturlig å ta utgangspunkt i en gjennom-snittsbetraktning, basert oppfatningen hos den generelle allmennhet.[672] Dette er gjerne det en i dagligtale vil kalle en vanlig forbruker.[673]

Selve forbrukerbegrepet ble drøftet i forarbeidene, både i den norske og den svenske markedsføringsloven.[674] Det ble i begge lover tatt inn en definisjon av forbrukeren som en fysisk person som ikke hovedsaklig handler som ledd i næring, jfr. den norske mfl. § 5 bokstav a og den svenske 3 § MFL. Denne definisjonen samsvarer med den kjøpsrettslige definisjon av forbrukeren.[675] Selv om den danske loven ikke inneholder noen slik definisjon, vil det være naturlig å tolke det danske forbrukerbegrepet på samme måte.[676] Det må også kunne legges til grunn at forbrukerbegrepet har samme funksjon som fellesbetegnelsen

---

[666] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 35.
[667] C-373/90 av 16. januar 1992 (Nissan).
[668] C-373/90 av 16. januar 1992 (Nissan) premiss 15.
[669] Pehrson *Varumärken från konsumentsynpunkt* (1981) s. 157.
[670] Ot.prp. nr 44 (2001-2002) s. 31.
[671] C-470/93 av 6. juli 1995 (Mars) premiss 24, C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) premiss 31 og C-220/98 av 13. januar 2000 (Estée Lauder) premiss 37.
[672] Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski *Markedsføringsretten* (2007) s. 109.
[673] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 32. Se for eksempel MR 1975-3 (Rex) og fra nyere praksis MR 2008-791 (Bauhaus), MR 2009-13 (Tyrkia gratis) og MR 2009-1195 (Fokus Bank).
[674] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 30 flg. og Prop. 2007/08:115 s. 64 flg.
[675] Lov 21. juni 2002 nr. 32 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 1 tredje ledd.
[676] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 144.

gjennomsnittsforbruker, slik begrepet er brukt i handelspraksisdirektivet.[677] Gjennomsnitts-forbrukers oppfatning er dermed utgangspunktet for vurderinger av om en handelspraksis er villedende.

I forhold til vurdering av forbrukere som mottagere av markedsføringstiltak kan det også bli spørsmål om å avgrense kretsen nærmere. EU-domstolen har lagt opp til at målestokken vil være hvorvidt praksisen har hatt betydning for kjøpsbeslutningen hos et betydelig antall forbrukere som den pågjeldende vare henvender seg til.[678] Kretsen av forbrukere kan avgrenses både i forhold til de produkter som markedsføres, hvem markedsføringen direkte er rettet mot og i forhold til eksisterende eller potensielle kunder. Det kan også bli spørsmål om hvem som er relevant krets når markedsføringen rettes mot andre enn den som faktisk tar avgjørelsen om å kjøpe produktet. Dette kan typisk være en problemstilling ved markedsføring rettet mot barn og unge. I så fall må det vurderes om omsetningskretsen skal bestå av begge grupper.

Et eksempel på at forbrukerkretsen kan avgrenses finnes i den norske Top form-avgjørelsen.[679] Spørsmålet var om navnet Top form ble assosiert med konkrete helsemessige og kondisjonsskapende egenskaper og dermed var villedende. Omsetningskretsen ble imidlertid ansett å være den "vanlige kostholdsinteresserte forbruker". Markedsrådet avgrenset dermed kretsen til en gruppe som måtte antas å vite at slike frokostblandinger bare er ment som kosttilskudd og ikke som erstatning for et vanlig måltid. Selve avgrensningen av kretsen var dermed til en viss grad avgjørende for vurderingen av om forbrukerne trodde det ville være mulig å spise seg til en topp form gjennom produktet.

Omsetningskretsen ble også avgrenset i Svenska Spel-avgjørelsen, idet denne ble ansett å være "konsumenter som er intresserade av spel och som i viss omfattning ägnar sig åt spel eller övervägar att ägna sit åt spel".[680] Bedømmelsen måtte derfor gjøres med utgangspunkt i den gjennomsnittlige forbrukeren i denne målgruppen.

Dersom det er avgjørende hvem som er målgruppen for markedsføringen kan det innebære at det ikke har noen betydning hvilket inntrykk andre enn disse kan få av markedsføringens budskap. Dette kan illustreres ved den svenske Easycredit-avgjørelsen.[681] Spørsmålet var om det var urimelig å hevde at rask kreditt var et avgjørende argument i forhold til øvrige kredittvilkår. Marknadsdomstolen kom da frem til personer med stabil økonomi normalt ikke

[677] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 35.
[678] C-373/90 av 16. januar 1992 (Nissan) premiss 16.
[679] MR 1977-8 (Top form).
[680] MD 2009:25 (Svenska Spel).
[681] MD 2010:30 (Easycredit).

hadde interesse av slike kreditter. Målgruppen måtte derfor anses å være personer med svak økonomi, og markedsføringen ble ansett å være særskilt rettet mot disse. Vurderingen måtte dermed rettes mot en gruppe der det måtte regnes som sannsynlig at tilbudet om rask kreditt kunne være lokkende.

Det må også tas høyde for at markedsføring kan rettes særskilt mot barn, jfr. mfl. § 19 flg.[682] Barn vil for eksempel være naturlig målgruppe dersom markedsføringen gjelder leker eller sukkertøy. Det må imidlertid også tas hensyn til at barn kan se eller høre reklamen, selv om disse ikke er direkte målgruppe, jfr. mfl. § 20. Dette siste må innebære at i noen tilfeller må barn anses å være en del av omsetningskretsen, selv om handelspraksisen ikke direkte er rettet mot dem. Et eksempel fra tidligere norsk praksis er en avgjørelse der spørsmålet var om markedsføring av kataloger med pornografisk materiale var urimelig.[683] Katalogen ble direkteadressert til personer i alle aldersgrupper, fra mindreårige til personer over 90 år, til døde personer og navngitte personer på arbeidsplasser. Det måtte da tas utgangpunkt i at målgruppen dermed måtte anses å være "den alminnelige forbruker". Urimeligheten ble ansett å være kvalifisert ved at katalogene ved denne type markedsføring også ble sendt til husstander med barn. Noen av de samme vurderingene av reklame rettet mot barn ble foretatt i en sak om utsendelse av reklame for slankemidler.[684] Barn kan altså være en del av den relevante omsetningskrets, selv om reklamen ikke direkte er rettet til dem.

Også i andre tilfeller kan det være behov for å avgrense kretsen nærmere, jfr. mfl. § 6 tredje ledd.[685] Dersom handelspraksisen er rettet til en bestemt forbrukergruppe, eller en klart avgrenset gruppe er særlig sårbare og den næringsdrivende burde ha forstått dette, må vurderingen foretas med utgangspunkt i denne gruppen. Bestemmelsen er basert på handelspraksisdirektivet artikkel 5 nr. 3. Den relevante omsetningskrets vil i så fall være det gjennomsnittlige medlem av denne forbrukergruppen.[686] En markedsundersøkelse må, for å være relevant, rettes direkte mot denne gruppen.

[682] Barn er i norsk rett definert som mindreårige under 18 år, jfr. lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven) § 8.
[683] MR 1996-20 (Porno i posten).
[684] MR 2001-9 (Slankemiddel).
[685] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 35. Se om betydningen av denne gruppens perspektiv i pkt. 6.2.3.2 nedenfor.
[686] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 34.

6.2.3 Omsetningskretsens oppfatning som målestokk

6.2.3.1 Gjennomsnittsforbrukerens oppfatning

I forarbeidene til markedsføringsloven av 2009 sies det helt generelt at det er sikker praksis for at Markedsrådet foretar en vurdering av markedsføringstiltaket opp mot hvordan det er egnet til å bli forstått av en "vanlig forbruker".[687] Ifølge handelspraksisdirektivets fortale pkt. 18 er det nødvendig å undersøke virkningen på en tenkt, typisk forbruker. Direktivet tar da utgangspunkt i gjennomsnittsforbrukeren, som anses å være rimelig opplyst og rimelig observant og kritisk, idet det tas hensyn til sosiale, kulturelle og språklige faktorer slik de er tolket av EU-domstolen.[688] Det legges altså opp til at det kan stilles visse krav til gjennomsnittsforbrukerens oppmerksomhetsnivå.[689]

Hvorvidt det kan sies å være den samme gjennomsnittsforbrukers oppfatning som skal legges til grunn i hele EU kan imidlertid diskuteres. Det at lingvistiske, sosiale, og kulturelle faktorer kan føre til at et merke kan anses villedende i ett land, men ikke et annet, ble betonet av EU-domstolen ved vurdering av om et varemerke var villedende, jfr. Graffione-saken.[690] Avgjørelsen er imidlertid av eldre dato og tar ikke høyde for totalharmoniseringen etter handelspraksisdirektivet. Spørsmålet om hvorvidt gjennomsnittsforbrukers oppfatning skal tolkes likt i de ulike EU-land er ikke avklart i nyere praksis.

En presisering som må legges til grunn er i alle fall at det er avgjørende hvordan *handelspraksisen* blir oppfattet, ikke hva forbrukeren tror om *selve produktet*.[691] Hvorvidt denne handelspraksisen er egnet til å villede eller er urimelig må altså bero på det helhetsinntrykk som skapes hos mottakeren.[692] Det vil da være nærliggende å analysere hvor praksis har lagt listen i forhold til fortolkningen av gjennomsnittsforbrukers oppfatning. I og med at rettspraksis knyttet til vurderinger av villedende markedsføring er sparsom i norsk rett vil hovedfokuset rettes mot Markedsrådets avgjørelser.

En eldre avgjørelse som Markedsrådet selv ofte viser til kan nok fortsatt illustrere fortolkningen av omsetningskretsens oppfatning som målestokk i norsk rett. Den såkalte Rex-

---

[687] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 32 flg. Se også de svenske forarbeidene Prop. 2007/08:115 s. 66-67. For dansk rett, se Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 30 og 224.
[688] C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) premiss 31 og C-220/98 av 13. januar 2000 (Estée Lauder) premiss 30.
[689] C-470/93 av 6. juli 1995 (Mars) premiss 24.
[690] C-313/94 av 26. november 1996 (Graffione) premiss 22.
[691] Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 575.
[692] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 53, jfr. s. 32 flg. Se også Nordell *Marknadsrätten: en introduktion* (2008) s. 66 og Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 199.

saken omhandlet vurderinger av hvorvidt et utsagn som objektivt sett var riktig, men som var egnet til å misforstås, var villedende.[693] Spørsmålet var om utsagnet; " Det finnes ikke noe vaskemiddel som trekker smuss og flekker ut av undertøy bedre enn Rex" ble oppfattet som en påstand om å være best. I så fall kunne det kreves dokumentasjon for at påstanden var sann. Manglende dokumentasjon ville føre til at utsagnet var villedende. Den næringsdrivende hadde fremlagt gallup- og markedsundersøkelser som skulle bringe på det rene hvordan slike reklamer faktisk ble oppfattet av den alminnelige forbruker. Det ble hevdet at menings-målingene syntes å vise at den vanlige forbruker oppfattet *enhver* reklame som en påstand om at det produkt det ble annonsert for var det beste. Det ble derfor påstått at Rex-annonsen i så måte ikke atskilte seg fra andre, helt nøytrale reklamebudskap. Markedsrådet viste til gallup- og markedsundersøkelser og hevdet at slike undersøkelser var beheftet med så mange feilkilder og hadde så vidt begrenset verdi, at det ikke var noe å bygge på. Flertallet mente at det etter en vurdering ut fra alminnelig erfaring måtte legges til grunn at de vanlige forbrukergrupper ville oppfatte et reklameutsagn av denne art som en påstand om at dette er det beste på markedet. Markedsrådet foretok altså en ren skjønnsmessig avveining, og flertallet uttalte at i forhold til spørsmålet om villedende reklamer "er det avgjørende om utsagnene, uansett om de er riktige, må karakteriseres som villedende. Etter flertallets syn må dette vilkår anses oppfylt når utsagnet er av den art at det er egnet til å bibringe den vanlige forbruker i den markedssituasjon han befinner seg i, en uriktig forståelse av reklamebudskapet, uansett hvordan dette etter en reflektert, objektiv språklig oppfatning måtte være å tolke." Det avgjørende var altså det umiddelbare inntrykket som skapes hos den vanlige forbruker.[694]

Markedsrådet la også til grunn en skjønnsmessig vurdering ved spørsmål om gjennomsnittsforbrukers oppfatning av begrepene drosje og taxi.[695] Markedsrådet sluttet seg til Forbrukerombudets oppfatning om at ordene "drosje" og "taxi" i gjennomsnitts-forbrukerens bevissthet måtte antas å betegne en trygg transport, med taksameter, utført av en yrkessjåfør med bevilling til å drive persontransport. Også ved spørsmål om et inkassovarsel var urimelig foretok Markedsrådet en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt det ville være en belastning for den gjennomsnittlige forbruker å motta et inkassovarsel.[696] Markedsrådet antok at gjennomsnittsforbrukeren ikke kjente til prosessen og resultatet av en inkasso, utover at

[693] MR 1975-3 (Rex).
[694] Dette følges opp i senere avgjørelser, se for eksempel MR 1978-7 (OMO), MR 2003-5 (Pluss tid), MR 2008-787 (Ryanair I) og MR 2008-791 (Bauhaus).
[695] MR 2005-19 (Vadsø Taxi).
[696] MR 2007-1 (Inkasso).

faren for at det påløper betydelige gebyrer, og at man eventuelt kan ende opp med en betalingsanmerkning som kan gjøre det vanskelig å søke lån eller få kreditt. Ved spørsmål om villedende reklame for et slankemiddel uttalte Markedsrådet at "selv om det er benyttet enkeltformuleringer som isolert sett neppe rammes av forbudet mot villedende markedsføring, er det grunn til å understreke at vurderingstemaet er om markedsføringen samlet sett er egnet til å villede gjennomsnittsforbrukeren. At det i så måte inngår enkeltformuleringer som isolert sett ikke er villedende, vil således normalt ikke medføre at den villedende virkningen av andre enkeltutsagn bortfaller."[697]

Ved spørsmål om oppfatningen av begrepet "gratis" var villedende, uttalte Markedsrådet helt konkret om gjennomsnittsforbrukers oppfatning at "selv om en velinformert gjennomsnittsforbruker må anses for å være innforstått med at det må betales ekstra for tjenester ved spa-anlegg, etterlater likevel den konkrete markedsføringen motsatt inntrykk; nettopp det sterke fokus på "gratis" trekker fokus bort fra for eksempel sondringen mellom "spa-område" og "spa-behandling".[698] Noe av den samme fortolkningen fremkom i den første Ryanair-saken. [699] Spørsmålet var om manglende informasjon om beløpsbegrensninger knyttet til markedsføring av prisdifferanse var villedende. Det avgjørende for gjennomsnitts-forbrukerens oppfatning var hvilket inntrykk annonsen gir i sin helhet. Markedsrådet uttalte da at det måtte antas at forbrukerne ikke ville ta seg bryet med å undersøke nærmere de vilkår som det vises til i annonsen. Begrensningen måtte derfor fremgå av selve annonseteksten for at den ikke skulle være villedende.

Ved spørsmål om lovstridig markedsføring av "garanti for laveste pris" påpekte Markedsrådet at en sterk vektlegging av garantielementet kunne gi forbrukeren det inntrykk at selskapet alltid vil være billigst og at det slik sett ikke er nødvendig å foreta nærmere undersøkelser av konkurrerende selskapers tilbud. Det er også uttalt at det er nærliggende at gjennomsnittsforbrukeren – den vanlige forbruker – umiddelbart forstår uttrykket "lavprisløfte" slik at annonsøren lover lav pris.[700] I Fokus Bank-avgjørelsen ble det imidlertid forutsatt at gjennomsnittsforbruker ikke får svekket sitt beslutningsgrunnlag ved at det lokkes med 100,- kroner i vervepremie.[701]

Felles for disse sakene er at når oppfatningen hos den vanlige forbruker legges til grunn, legges ikke listen særlig høyt i forhold til hva en slik forbruker oppfatter. I og med at det er

[697] MR 2009-969 (Nuform).
[698] MR 2009-13 (Tyrkia gratis).
[699] MR 2008-787 (Ryanair I).
[700] MR 2008-791 (Bauhaus). Se også MR 2008-1185 (Skeidar).
[701] MR 2009-1195 (Fokus Bank).

svært sjelden at det fremlegges empiri som skal dokumentere omsetningskretsens reelle oppfatning baseres denne observasjonen på Markedsrådets skjønnsmessige vurderinger.

Det er imidlertid også eksempler på at listen legges noe høyere dersom kretsen kan avgrenses til personer som anses å ha noe mer kunnskap om produktet. I den foran nevnte Top form saken var målestokken begrenset til den vanlige kostholdsinteresserte forbruker.[702] Markedsrådet kom da frem til at denne gruppen måtte antas å vite at slike frokostblandinger bare var ment som kosttilskudd og ikke som erstatning for et vanlig måltid, og vil dermed heller ikke tro at man kan spise seg til noen toppform ved hjelp av produkter av denne art. I Hovedinntrykket er likevel at det ikke skal mye til før en handelspraksis anses å være egnet til å villede en gjennomsnittsforbruker.

Gjennomsnittsforbrukers oppfatning tolkes skjønnsmessig også i dansk praksis. Det er blant annet uttalt, spesielt i forhold medievalgets betydning, at det avgjørende er hva som oppfattes gjennom et "hastigt overblikk".[703] I Bilka-avgjørelsen fremholdt retten at den selv ikke ville ha vanskeligheter med å gi en skjønnsmessig vurdering av forbrukeres generelle oppfatning av prisangivelser.[704] Det ble påpekt at målestokken var den formodede forventning i forbindelse med reklamen hos en gjennomsnittsforbruker. Denne uttalelsen må imidlertid ses på bakgrunn av at domstolen likevel godtok at det ble utarbeidet en forbrukerundersøkelse. Domstolen kan dermed ikke ha ment at den skjønnsmessige vurderingen hindret dokumentasjon for faktiske forhold.

Ved spørsmål om villedende markedsføring av telefonabonnement uttalte Sø- og Handelsretten at det måtte "stå en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet forbruger, som læser tilmeldingsblanketten igennem, klart, at forbrugeren ved sin underskrift herpå tegner telefonabonnement hos tiltalte".[705] På samme måte som i norsk praksis ser det altså ut til at listen legges lavere på områder der det kreves noe mer informasjon. Ved markedsføring av premieobligasjoner ble det blant annet fremsatt ulike påstander om muligheten for oppsparing, uten å opplyse om begrensninger.[706] Retten fant at utsagnene, især lest i sammenheng, var uriktige og villedende.

Begrepet læderlook ble imidlertid ikke ansett å være villedende fordi navnet i seg selv, i forbrukerens bevissthet, gis en advarsel om at det er en etterligning.[707] Heller ikke

[702] MR 1977-8 (Top form).
[703] U.1988.989H (Preben Elkjær). Se Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 197.
[704] U.1999.449S (Bilka).
[705] SH2005.M-0001-05 (Telefonabonnement).
[706] U.2003.827H (Dansk Præmieinvest).
[707] U.1989.1143S (Læderlook).

betegnelsen Rigtig juice ble ansett å være meningsbærende etter 30 års innarbeidelse.[708] Det var derfor ikke villedende overfor forbrukerne. Betegnelsen "hjemmelavet chocolade" ble heller ikke ansett å være villedende overfor forbrukerne.[709] Selv om disse avgjørelsene ikke kan sies å vise det fulle bildet kan gjennomgangen ovenfor tyde på at listen i forhold til hva gjennomsnittsforbrukeren oppfatter ligger noe høyere i dansk praksis.

Den svenske Marknadsdomstolens praksis kan også være veiledende ved fortolkningen av gjennomsnittsforbrukerens oppfatning. I den svenske Ryanair-saken var det for eksempel spørsmål om markedsføring av billige flybilletter var villedende, blant annet grunnet manglende informasjon om begrensninger knyttet til tilbudet.[710] Marknadsdomstolen uttalte at "en genomsnittskonsument med normal fattningsförmåga men utan närmare produktkännedom och andra fackkunskaper under alla förhållanden torde känna till att lågpriserbjudanden av ifrågavarande slag oftast är förenade med olika begränsningar." Det ble videre vist til en fremlagt markedsundersøkelse som blant annet viste at 80 % trodde at tilgangen til spesielt billige billetter i realiteten var begrenset. Marknadsdomstolen baserte dermed sin vurdering av gjennomsnittsforbrukers oppfatning både på en skjønnsmessig tolkning og på fremlagt dokumentasjon. Domstolen foretok også en skjønnsmessig vurdering av hva forbrukerne forbandt med betegnelsen Villa Villekulla.[711] Et hotell fikk ikke bruke navnet Villa Villekulla idet Marknadsdomstolen mente, ut fra en skjønnsmessig vurdering, at forbrukerne ville forbinde dette med Astrid Lindgrens univers.

Det ser også ut til at listen kan legges forholdsvis lavt innenfor områder som krever noe mer kunnskap. Ved spørsmål om villedende markedsføring av pensjonsforsikring i svensk praksis, ble for eksempel listen tilsynelatende lagt lavt.[712] Marknadsdomstolen viste til at forbrukerne, i følge en rapport fra Konsumentverket, vanligvis ikke hadde tilstrekkelig kunnskap eller erfaring til å kunne kontrollere om påstander om forsikring er korrekte. Behovet for relevant og saklig informasjon, som bakgrunn for å kunne foreta en beslutning, var derfor viktig. Marknadsdomstolen viste også til en markedsundersøkelse som konkluderte med at kunnskapsnivået om tjenestepensjon var lavt i de aktuelle gruppene. Ved spørsmål om villedende informasjon i en websiden for fondsinvesteringer uttalte Marknadsdomstolen at "avgörande för hur de aktuella framställningarna ska bedömas är hur de uppfattas av en genomsnittlig mottagare i en bred grupp av konsumenter, intresserade av att investera i

[708] U.2001.2161Ø (Rigtig juice).
[709] U.2002.908Ø (Hjemmelavet chocolade).
[710] MD 2003:33 (Ryan Air).
[711] MD 2008:8 (Villa Villekulla).
[712] MD 2010:6 (Pensjonsforsikring).

fonder, som marknadsföringen får anses rikta sig till. En sådan genomsnittskonsument kan inte förutsättas ha några djupare kunskaper i ämnet".[713]

Det kan imidlertid spørres hvor langt ned listen kan legges når det gjelder den vanlige forbruker. Mer generelle uttalelser i svensk praksis knyttet til den vanlige forbruker kan tyde på listen legges forholdsvis lavt. Ved spørsmål om forbrukernes oppfatning av pris-annonsering har Marknadsdomstolen blant annet uttalt at "genomsnittskonsumenten antas sakna närmare produktkännedom och andra fackkunskaper. Hänsyn tas till att reklam ofta läses mycket flyktigt. Utgångspunkten vid vederhäftighetsbedömningen skall därför vara det intryck som framställningen förmedlar till en genomsnittskonsument vid en flyktig kontakt".[714] Også i Card Keep-avgjørelsen viste Marknadsdomstolen til at det avgjørende var det helhetsinntrykk som budskapet formidlet til den gjennomsnittlige mottager ved en flyktig lesning.[715] Denne uttalelsen videreførte dermed svensk praksis med hensyn til at forbrukerne anses å lese reklame flyktig og uengasjert.[716] Dette kan tyde på at dersom gjennomsnitts-forbrukeren anses å være representant for den alminnelige befolkning stilles det ikke store krav til oppmerksomhetsnivået. De samme tendenser ses også i Norge, om enn ikke så tydelig som i svensk praksis.

Det kan da stilles spørsmål ved om skandinavisk praksis, kanskje i særdeleshet svensk praksis, er i tråd med gjennomsnittsforbrukeren slik den er fortolket av EU-domstolen.[717] Det kan diskuteres om en forbruker som er "alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet" vil mangle produktkunnskap eller lese reklame "mycket flyktig". Det ser i alle fall ut til at svensk praksis har lagt seg på en linje som ligger noe under de krav som stilles til gjennomsnittsforbruker i EU-domstolen. Det kan likevel forsvares å legge listen lavere på visse områder, ut fra tolkningen om at det er helhetsinntrykket som er avgjørende.[718] EU-domstolen har tidligere presisert at oppmerksomhetsnivået kan variere etter hvilken kategori av varer eller tjenester det er snakk om.[719] Men spørsmålet her er vel snarere om gjennomsnittsforbrukeren kan forstås forskjellig i de ulike land. Dette vil ha direkte betydning i forhold til bruk av markedsundersøkelser som skal dokumentere oppfatningen til denne forbrukeren empirisk. Det vil da være avgjørende om undersøkelsens målgruppe skal kunne

[713] MD 2010:31 (Tanglin).
[714] MD 2007:24 (Elgiganten).
[715] MD 2010:2 (CardKeep).
[716] Se for eksempel MD 2004:27 (Bauhaus), MD 2007:24 (Elgiganten) og MD 2009:8 (Fordonsvärderingen)
[717] Engelbrekt *EG-direktivet om utillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?* ERT (2005) s. 249.
[718] Svensson... [et al.] *Praktisk marknadsrätt* (2010) s. 154.
[719] Se fra varemerkerettens område C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 26.

hentes fra ett land eller fra flere land. Som nevnt er ikke dette spørsmålet avklart av EU-domstolen.

Når omsetningskretsens oppfatning er målestokk kan det også spørres om det skal settes et minstekrav til hvor stor andel av forbrukeren som kan bli villedet. Siden de kollektive interesser skal beskyttes vil det være naturlig at det legges inn et kriterium om at et visst antall forbrukere kan bli villedet. Ved en skjønnsmessig vurdering av omsetningskretsens oppfatning vil det imidlertid ikke være noe poeng å tallfeste en nedre grense.

EU-domstolen har lagt opp til at det skal være en "ikke ubetydelig del" av omsetnings-kretsen som kan bli villedet, uten at dette spesifiseres nærmere.[720] Det er på den annen side uttalt som et vilkår i svensk praksis at "en betydande del av mottagerkretsen skall löpe risk att vilseledas".[721] Det kan da spørres om dette er et strengere enn kravet om at en "ikke ubetydelig del" villedes. I så fall vil ikke svensk praksis være i samsvar med praksis i EU. Imidlertid viser gjennomgangen av svensk praksis at listen gjennomgående legges forholdsvis lavt ved vurdering av villedning. På bakgrunn av den skjønnsmessige vurderingen kan det dermed hevdes at ulik fortolkning i praksis ikke innebærer noen realitetsforskjell med hensyn til hvor listen legges.

Spørsmålet om en nedre grense blir derimot mer aktuelt ved vurdering av markeds-undersøkelser som bevis. Empiri gjør det mulig å måle hvor mange som faktisk blir villedet av en handelspraksis, eller som oppfatter den som urimelig. I så fall kan dokumentasjon for faktisk villedning gi indikasjoner på om handelspraksisen er "egnet til å villede". Jeg har ikke funnet kilder i de skandinaviske land som gir veiledning med hensyn til om det kan oppstilles et minstekrav. Dette i seg selv kan jo tyde på at det ikke er slike krav.

I Tyskland opereres det imidlertid helt konkret med prosentgrenser ved spørsmål om markedsføring er villedende overfor forbrukere. [722] Tysk høyesterett har blant annet uttalt til at det ikke var villedende selv om 15-20 % var villedet i en undersøkelse.[723] En slik praksis kan ikke sies å være veiledende for norske forhold.

Uavhengig av om omsetningskretsens oppfatning vurderes skjønnsmessig eller gjennom en markedsundersøkelse kan det altså ikke oppstilles noen nedre grense for lovstrid, utover at det må være en ikke ubetydelig del som kan påvirkes.

---

[720] C-373/90 av 16. januar 1992 (Nissan) premiss 16.
[721] Se for eksempel MD 2001:26 (Falu rödfärg) og MD 2003:31 (FörsäkringsRådet)
[722] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 207.
[723] GRUR 2004, 162 - Mindestverzinsung. Se mer om tysk praksis i kapittel IV pkt. 15.4 nedenfor.

6.2.3.2 Særlige forbrukergruppers perspektiv

Dersom en handelspraksis er rettet til en bestemt forbrukergruppe, eller dersom en klart identifiserbar gruppe er særlig sårbare på grunn av psykisk eller fysisk svakhet, alder eller godtroenhet og den næringsdrivende burde ha forstått dette, vurderes praksisens urimelighet ut fra den aktuelle forbrukergruppens perspektiv, jfr. mfl. § 6 tredje ledd.[724] Dette gjelder også der markedsføringen ikke er rettet til en særlig gruppe, men er egnet til å påvirke en sårbar gruppe. Bestemmelsen viderefører handelspraksisdirektivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b og nr. 3, jfr. fortalens pkt. 19.

Det avgjørende er påvirkningskraften på et gjennomsnittlig medlem av denne gruppen. Dette antas å gjelde uansett om den aktuelle gruppen er lettere eller vanskeligere å påvirke enn gjennomsnittet.[725] Ved spørsmål om utforming av markedsundersøkelser må det selvsagt tas hensyn til at målgruppen vil være noe snevrere enn den vanlige forbruker.

Dersom handelspraksisen er særskilt rettet mot barn, eller er egnet til å påvirke barn, skal det tas hensyn til dette i vurderingen av om den er urimelig etter mfl. § 6, jfr. mfl. § 20 første ledd. Et skjerpet krav til markedsføring rettet mot barn gjaldt også etter den norske markedsføringsloven av 1972, ved at dette ble innfortolket i de alminnelige reglene.[726] De krav som ble etablert i praksis er imidlertid i stor grad kodifisert i den nye loven og tidligere praksis kan derfor være relevant ved tolkningen av de nye reglene.[727]

Også den danske markedsføringsloven har nå en egen bestemmelse om markedsføring rettet mot barn, jfr. dansk Mfl. § 8 stk. 1. Bestemmelsen er, på samme måte som for norsk rett, utformet på basis av tidligere praksis.[728] Etter den svenske loven skal markedsføring rettet mot barn vurderes etter de vanlige regler, men det stilles spesielt høye krav til sannferdighet og hederlighet.[729] De detaljerte anvisningene i ICC grunnregler for reklamepraksis artikkel 18 vil her være veiledende.[730]

Det skal ved vurderingen av urimelig handelspraksis både legges vekt på om den egnet til å påvirke barn og om den næringsdrivende kan forutse barns særlige sårbarhet. Generelt skal det også ved vurdering av om en handelspraksis er urimelig tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare, jfr. mfl. § 19 annet ledd. Det vil selvsagt være forskjell på hva som er egnet til å villede barn og hva som villeder profesjonelle på et

[724] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 33.
[725] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 66.
[726] Se Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 59.
[727] Se for eksempel MR 1999-1 (Wasa).
[728] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 317 flg.
[729] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 64.
[730] Svensson... [et al.] *Praktisk marknadsrätt* (2010) s. 159.

område.[731] Normen for hva som anses urimelig eller villedende vil for eksempel kunne være strengere dersom barn er mottagergruppe.[732] Det vil imidlertid også være en strengere vurdering dersom handelspraksisen kan ses eller høres av barn, uten at disse er den direkte målgruppe. Det må dermed antas at en handelspraksis lettere vil anses lovstridig dersom barn regnes som en del av omsetningskretsen.

Dersom markedsføringen enten er rettet direkte til barn eller kan sees eller høres av barn, vil det gi en ekstra utfordring knyttet til gjennomføring av selve undersøkelsen. Det kan blant annet være nødvendig å ta spesielle etiske hensyn når slike undersøkelser rettes direkte mot barn. Dette presiseres i Esomars retningslinjer artikkel 8; "researchers shall take special care when interviewing children and young people. The consent of the parent or responsible adult shall first be obtained before interviewing children".[733] Det er en videre utarbeidet egne retningslinjer når barn og unge intervjues i en undersøkelse.[734] Av retningslinjene fremgår blant annet at definisjonen av barn kan variere fra land til land, men dersom ikke annet er spesifisert skal barn tolkes som personer opp til 14 år. Det presiseres videre at undersøkelsene må foregå i et beskyttet miljø, med en ansvarlig voksen til stede eller i nærheten. Det stilles også krav til at det skal tas hensyn til barns modenhet i forhold til de spørsmål som stilles, ved at det må unngås at barnet blir redd, forvirret eller villedet. Norsk Markedsanalyseforenings retningslinjer viser til disse kravene i de etiske reglenes pkt. 6.[735]

6.2.4 Markedsundersøkelsers relevans ved urimelig handelspraksis

I handelspraksisdirektivets fortale pkt. 18 uttales det at begrepet gjennomsnittsforbruker ikke er et statistisk begrep. Rent umiddelbart kan det dermed se ut til at markedsundersøkelser ikke er ansett å være relevante som bevis i vurdering av om handelspraksis er urimelig eller villedende.[736] Det presiseres også i forarbeidene til den norske markedsføringsloven at domstoler og myndigheter må bruke sitt eget skjønn for å bestemme gjennomsnitts-forbrukerens typiske reaksjon i et gitt tilfelle.[737] Det skal imidlertid tas hensyn til EU-domstolens rettspraksis i denne vurderingen. Det må derfor få betydning at EU-domstolen i

[731] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 198.
[732] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 65.
[733] ICC/Esomar International Code on Market and Social Research http://www.esomar.org/uploads/pdf/professional-standards/ICCESOMAR_Code_English_.pdf
[734] Esomar World Research Codes & Guidelines. Interviewing children and young people http://www.esomar.org/uploads/pdf/ESOMAR_Codes&Guidelines_InterviewingChildren.pdf
[735] Norsk Markedsanalyse Forenings Retningslinjer knyttet til de Etiske Regler http://www.markedsanalyse.org/article.php?id=28#anchor6
[736] I denne retning, se Engelbrekt *EG-direktivet om utillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?* ERT (2005) s. 249.
[737] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 34.

Gut-Springenheide saken ikke utelukker at domstolen i den nasjonale rett kan anvende en markedsundersøkelse for å avklare om en reklame er villedende.[738] Nasjonale domstolers mulighet for å trekke inn markedsundersøkelser i vurderinger av om reklame er villedende gjentas også i Estee Lauder-avgjørelsen.[739]

Hvorvidt markedsundersøkelsers anses relevant i norsk rett må utledes fra praksis. Den skepsisen som ble utvist av Markedsrådet i Rex-saken ser imidlertid ut til å være knyttet direkte til den konkrete undersøkelsen og trenger derfor ikke å være uttrykk for en holdning om at slike undersøkelser generelt ikke anses å være relevante.[740]

Den fremlagte markedsundersøkelsen i Top form-saken skulle dokumentere at Top form ble assosiert med helsemessige eller kondisjonsskapende egenskaper.[741] Markedsrådet gikk ikke nærmere inn på undersøkelsen, men hevdet at den var av utpreget hypotetisk karakter og var ikke tilstrekkelig representativ til å kunne tillegges noen utslagsgivende vekt. Undersøkelsen viste ikke, ifølge Markedsrådet, at de spurte på grunnlag av navnet virkelig trodde at "Top-form" hadde helsemessige eller kondisjonsskapende egenskaper. Hvorvidt det var spørsmålene eller resultatene som ble kritisert av Markedsrådet vites ikke. Det kan likevel spores en viss skepsis til bruk av markedsundersøkelser som bevis også her.

Markedsundersøkelser ble også fremlagt i en sak i Markedsrådet der det var spørsmål om det var urimelig overfor forbrukerne at Telenor Privat hadde innført automatisk betalings-påminnelse (ABP) som ledd i innfordringen av forfalte regninger, uten at forbrukerne hadde gitt samtykke til dette.[742] Telenor viste til tre ulike undersøkelser foretatt av Norsk Gallup som viste at over halvparten av de spurte i alle tre undersøkelsene sa at ABP er nyttig, men kun 10,7 % syntes den var plagsom. Telenor hevdet derfor at en ikke kunne utlede av undersøkelsene at tiltaket oppfattes som belastende eller krenkende for kundene. Markedsrådet flertall foretok en skjønnsmessig vurdering av ABP og viste til at den kunne være nyttig for forbrukerne, var holdt i en nøytral form, og det er liten fare for at andre enn abonnenten vil motta meldingen. Flertallet viste også til at ifølge de tre kundeundersøkelser som Telenor hadde foretatt via Norsk Gallup syntes mer enn 50 % av dem som ble at ABP var nyttig. Det kan dermed se ut til at Markedsrådet mente at undersøkelsen var relevant, uten at dette ble kommentert nærmere.

[738] C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) premiss 35.
[739] C-220/98 av 13. januar 2000 (Estée Lauder) premiss 31.
[740] MR 1975-3 (Rex).
[741] MR 1977-8 (Top form).
[742] MR 1996-18 (Telenor).

I den danske Bilka-avgjørelsen ble imidlertid markedsundersøkelsers relevans nevnt eksplisitt. [743] Undersøkelsen skulle møte Forbrukerombudsmannens påstand om at ulike reklameutsagn skapte forventninger om at et lavprisvarehus til enhver var billigst. Sø- og Handelsretten kom til at det ikke kunne utelukkes at det kunne ha betydning for grensedragningen mellom anprisninger og faktiske opplysninger, hvordan reklameutsagn av den nevnte art rent faktisk oppfattes av forbrukere. Det var derfor ikke grunnlag for å nekte Bilka tillatelse til å rette henvendelse til et analyseinstitutt. Slike forbrukerundersøkelser ble altså ansett å være relevante. Det påpekes også generelt i dansk juridisk teori at bevisføring for konkret villedning vil kunne være relevant ved vurdering av om markedsføringen er egnet til å villede forbrukere. [744] Det vil likevel ikke anses å være *avgjørende* om det konkret har skjedd en villedning av markedet. [745] Det er imidlertid også et eksempel på at enkeltforbrukere ble innhentet som vitner ved vurdering av om markedsføring av et telefonabonnement var villedende. [746] Forbrukerombudsmannen hadde innkalt vitnene for at de skulle forklare seg om hvordan de oppfattet teksten i tilmeldingsblanketten for abonnementet. Retten viste i sin begrunnelse til disse forbrukernes utsagn og la det til grunn som uttrykk for en faktisk oppfatning blant forbrukere. Faktisk oppfatning ble altså utvilsomt ansett å være relevant.

Markedsundersøkelser utelukkes altså ikke som dokumentasjon i Norge og Danmark, men det er vanskeligere å gi noe konkret bilde av undersøkelsenes relevans på grunnlag av de relativt få avgjørelsene som er aktuelle.

En gjennomgang av svensk praksis viser at markedsundersøkelser er ansett å være relevante som dokumentasjon for villedende markedsføring, jfr. blant andre Ryanair-saken og i Pensjonsforsikringssaken. [747] Selv om markedsundersøkelser legges frem i mye større grad i Sverige er det påpekt i juridisk teori at det må tas utgangspunkt i en hypotetisk vurdering av om handelspraksis er urimelig eller villedende. [748]

Det ser dermed ut at holdningen til markedsundersøkelsers relevans på dette området er noe mer likeartet i de tre skandinaviske land. Undersøkelsene kan anses å være relevante, men vurderingen av urimelig handelspraksis bygger i stor grad på mer skjønnsmessige hensyn.

---

[743] U.1999.449S (Bilka).
[744] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 228.
[745] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 228.
[746] SH2005.M-0001-05 (Telefonabonnement).
[747] MD 2003:33 (Ryan Air) og MD 2010:6 (Pensjonsforsikring).
[748] Svensson... [et al.] *Praktisk marknadsrätt* (2010) s. 156 og 201.

6.3 Vurdering av lovstridig etterligning

6.3.1 Juridisk forankring

6.3.1.1 Det generelle utgangspunkt

Beskyttelse mot lovstridig etterligning er basert på Pariskonvensjonen artikkel 10 om illojal konkurranse. Regler som generelt beskytter næringsdrivende er i den norske markedsføringsloven plassert samlet i lovens kapittel 6. Den nye markedsføringsloven, basert på handelspraksisdirektivet, endret ikke innhold i reguleringen av forholdet næringsdrivende imellom.[749] Bestemmelser som skal beskytte næringsdrivende videreføres derfor uendret, og eldre praksis kan danne grunnlag for fortolkningen av etterligningsbeskyttelsen.

En spesialbestemmelse om etterligningsbeskyttelse finnes i mfl. § 30. Det er i næringsvirksomhet forbudt å "anvende etterliknede kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling". Omsetningskretsens oppfatning kan trekkes inn både ved spørsmål om hvilke produkter som er beskyttelsesverdige og ved spørsmål om det er forvekslingsfare.

Denne spesialbestemmelsen om etterligningsbeskyttelse var ny i den norske markedsføringsloven av 1972. Tidligere ble etterligning utenfor immaterialrettens område vurdert etter generalklausulen i lov om utilbørlig konkurranse av 1922. Den slo fast at under utøvelse av næringsvirksomhet "er det ikke tillatt i konkurranseøiemed å foreta handlinger som efter god forretningsskikk er utilbørlige". I og med at denne generalklausulen ble hyppig vurdert i forhold til etterligning, mente departementet at det var behov for å gi de næringsdrivende noe bedre veiledning gjennom en spesialbestemmelse.[750]

Etterligning kan imidlertid også fortsatt vurderes etter mer generelle prinsipper om etterligninger som "strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom", jfr. mfl. § 25.[751] Det synes imidlertid å gå frem av forarbeidene til markedsføringsloven av 1972 at generalklausulen ikke bør benyttes der det foreligger spesialbestemmelser som regulerer alle sider ved det aktuelle forholdet .[752] Også i rettspraksis finnes det uttalelser i denne retning.[753]

---

[749] Ot.prp. nr 55 (2007-2008) s. 9.

[750] Ot.prp. nr. 57 (1971–72) s. 27. Se Innst. fra Konkurranselovkomitéen 1966 s. 36. For gjennomgang av etterligningsbeskyttelse etter konkurranseloven av 1922, se Brunsvig *Utilbörlig efterligning av produkt under den norske konkurranseloven* NIR (1960) s. 146 flg.

[751] Forholdet mellom generalklausulen og spesialbestemmelsen om etterligning er utførlig drøftet i Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 214 flg. og s. 230 flg.

[752] Innst. fra Konkurranselovkomitéen 1966 s. 23 og 24, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) s. 27.

Det er dermed kun i unntakstilfeller at det kan være aktuelt å anvende generalklausulen ved spørsmål om etterligning. Jeg har derfor valgt å fokusere på spesialbestemmelsen i mfl. § 30 ved vurdering av markedsundersøkelsers relevans.

Spesialbestemmelsen om etterligningsbeskyttelse følger av den danske Mfl. § 18 som lyder; "Erhvervsdrivende må ikke benytte forretningskendetegn og lign., der ikke tilkommer dem, eller benytte egne kendetegn på en måde, der er egnet til at fremkalde forveksling med andres." Bestemmelsen er omtalt som den lille generalklausul og beskytter diverse former for forretningskjennetegn som ikke er omfattet av spesiallovgivningen.[754] Den danske spesialbestemmelsen har dermed et snevrere virkeområde enn den norske, idet den gjelder "forretningskendetegn og lign.", mens den norske gjelder alle typer "frambringelser". Den danske bestemmelsen retter seg også mer mot forvekslingsfare spesielt, mens den norske har en noe mer nyansert vurdering.[755] Utviklingen av varemerkelovgivningen har medført at det ikke er mye igjen av etterligningstilfellene for varemerker som vurderes under den danske mfl. § 18. [756] Den mest praktiske anvendelse av Mfl. § 18 er knyttet til en avgrenset beskyttelse innen et lokalt marked.[757] Beskyttelse mot etterligning kan også søkes etter den danske generalklausulen i Mfl. § 1, som stridende mot "god markedsføringsskik".[758] Generalklausulens benyttes i stor utstrekning overfor produktetterligninger. Også i denne vurderingen vil markedsadferden ha betydning.[759]

Den svenske etterligningsbestemmelsen, angitt i 14 § MFL, lyder; "En näringsidkare får vid marknadsföringen inte använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Detta gäller dock inte efterbildningar vilkas utformning huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell." Den svenske bestemmelsen retter seg mer spesifikt mot "vilseledande" etterligninger overfor en gjennomsnittsforbruker, med hensyn til kommersiell opprinnelse og forveksling når dette påvirker forbrukernes kjøpsbeslutning.[760] Det avgjørende er, i følge forarbeider og praksis, om villedningen har hatt noen økonomisk effekt overfor mottakerne.[761]

---

[753] Rt 1995 s.1908 (Mozelldommen).
[754] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 388. Se også Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski *Markedsføringsretten* (2007) s. 342-343.
[755] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 171.
[756] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 389 -390.
[757] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 404 og Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski *Markedsføringsretten* (2007) s. 301.
[758] Borcher *Produktefterligningsbeskyttelsen efter markedsføringsloven § 1* UfR (2009) s. 151 flg.
[759] Koktvedgaard *Konkurrenceprægede immaterialretspositioner* (1965) s. 356 og Borcher *Produktefterligninger* (2003) s. 153.
[760] Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 320.
[761] Se de svenske forarbeidene, Prop. 2007/08:115 s. 102.

Det skal også påpekes at etterligningsbestemmelsen er overlappende med 10 § 2 stk. MFL om villedning med hensyn til kommersiell opprinnelse.[762] Kravene til beskyttelse er hevdet å være noe strengere i den svenske loven enn etter de norske reglene.[763]

Selv om hensynet bak etterligningsvernet i stor grad er beskyttelse av den nærings-drivende, vil forholdet til forbrukere vektlegges i vurdering av lovstrid.[764] Dette fremkommer tydelig i bilag 1 til Handelspraksisdirektivet, gjengitt i den norske forskriften om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 13. Det vil alltid være urimelig å "fremme salg av en ytelse som ligner på en ytelse som framstilles av en bestemt produsent, på en slik måte at det bevisst forleder forbrukeren til å tro at ytelsen er framstilt av samme produsent når det ikke er det".

Ved vurdering av den markedsføringsrettslige etterligningsbeskyttelse blir forholdet mellom varemerkeloven og markedsføringsloven tydeligere. Mens beskyttelse i varemerkeretten gis uavhengig av om tredjemann har vært i god tro, vil de subjektive vilkår i markedsføringsloven innebære at det må foretas en konkret vurdering av den handling som ligger bak en eventuell etterligning. Mens varemerkeretten etablerer enerett til bestemte objekter, oppstiller markedsføringsloven forbud mot visse handlinger. Objektiv likhet i produktene er dermed ikke tilstrekkelig til at forholdet rammes av markedsføringsloven.[765]

6.3.1.2 Urimelig utnyttelse av innsats eller resultater

En handling vil rammes som lovstridig dersom den er "en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater" jfr. mfl. § 30. Med "innsats" siktes det til investeringer av tidsbruk, kapital og markedsføringskostnader, mens "resultater" vil knyttes til goodwill og merkeverdi.[766] Mest interessant i forhold til vurdering av markedsundersøkelsers relevans er hvorvidt nedlagt innsats kan måles gjennom de resultater dette har gitt i markedet. Vurderinger av den urimelige handlingen som fører til lovbrudd drøftes derfor ikke særlig inngående. Det skal likevel presiseres at i praksis vil vurderinger av den urimelige handling og de objektivt målbare forhold kunne gli over i hverandre.

I følge forarbeidene stilles det krav om at den krenkede selv har gjort en selvstendig arbeidsinnsats for å oppnå beskyttelse mot etterligning.[767] Det ser ut til at det i norsk praksis også er innfortolket et krav om at frembringelsen må ha en viss originalitet og et visst særpreg

[762] Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 320.
[763] Borcher *Produktefterligninger* (2003) s. 50 og Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 171.
[764] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 275.
[765] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 247–248.
[766] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 175.
[767] Ot.prp. nr 57 (1971-1972) s. 27-28.

for å oppnå beskyttelse.[768] Det er imidlertid litt uklart om det kan stilles et absolutt krav om særpreg og originalitet.[769] Et slikt krav kan blant annet medføre at fokuset flyttes bort fra en bred og dynamisk vurdering av den urimelige utnyttelse til en mer statisk vurdering av originalproduktet i seg selv.[770] Det må likevel kunne slås fast at jo mer originalt et produkt er, jo lettere er det å konstatere urimelig utnyttelse.[771] Originalitet og særpreg vil i så fall kunne opparbeides gjennom en systematisk og langvarig markedsbearbeidelse.[772]

I forarbeidene til markedsføringsloven åpnes det for eksempel for at opparbeidet goodwill for originalproduktet kan få betydning i vurderingen av om en senere etterligning er lovstridig.[773] Innarbeidede markedsposisjoner kan derfor være et mer treffende utgangspunkt for vurderinger av etterligningsbeskyttelse.[774] Ved spørsmål om etterligning av Hvals fargepletter med sjokolade hadde det for eksempel betydning, i vurderingen av beskyttelse, at de fargede sjokoladeplettene var en suksess og at Hval sto for 40 % av omsetningen.[775] Dokumentasjon for innarbeidelse i markedet kan dermed være et sentralt moment i vurderingen av beskyttelse mot etterligning.

Betydningen av markedsposisjoner kan også illustreres ved praksis fra Næringslivets konkurranseutvalg. Aktiv markedsføring over mange år, samt etablering av Marius-mønsteret som et begrep, førte blant annet til at Marius genseren ble ansett å være særlig sterkt innarbeidet og beskyttelsesverdig.[776] I Storby-saken ble nettopp uttalt at det *ikke* var dokumentert en konsekvent og aktiv innarbeidelse av betegnelsen Storby som ga rett til beskyttelse.[777] Konkurranseutvalget kom også til at Universitet i Oslo og Naturhistorisk Museum hadde nedlagt en betydelig markedsinnsats ved lansering av Ida-fossilet.[778]

---

[768] Se for eksempel LA-1994-262 (Hydralift), RG 2002 s.1060 (Agder, Nordstrikk), LG 2007-160205 (Crocs-kjennelse) og RG 2008 s. 225 (Agder, Omsorgstjeneste), samt fra konkurranseutvalget NKU 1999-11(Cherrox) og NKU 2007-11 (Vaffeljern).
[769] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 253 flg. og Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 566-567. Se også Borcher *Produktefterligninger* (2003) s. 215.
[770] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 254 flg. Kritikken mot originalitskravet får også tilslutning i Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 566-567.
[771] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 258. Se også Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 176 og Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 569.
[772] Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave* (2003) s. 149.
[773] Innst. fra Konkurranselovkomitéen 1966 s. 36 og Ot.prp. nr 57 (1971-1972) s. 28.
[774] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 262. Se også Knoph *Åndsretten* (1936) s. 559, Brunsvig *Utilbörlig efterligning av produkt under den norske konkurranseloven* NIR (1960)s. 157 flg og Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave* (2003) s. 157.
[775] Se for eksempel LB-2002-1200 (Opplysningen - kjennelse) og LB-2007-95820 (Hval Sjokoladefabrikk).
[776] NKU 1992-22 (Marius).
[777] NKU 1994-9 (Storby).
[778] NKU 2009-6 (Ida fossilet). Forhistorien til konkukurranseutvalgets behandling av saken er litt spesiell. Et postordrefirma hadde nemlig "snappet" den varemerkerettslige beskyttelsen til Ida-fossilet gjennom registreringssøknad. Naturhistorisk Museum har i ettertid forsøkt å begrense postordefirmaets bruk av merket, blant annet gjennom klagen til konkurranseutvalget.

Universitetet hadde foretatt en planmessig lansering flere steder i verden, kombinert med et bokprosjekt og dokumentarfilm. Ida-fossilet ble ansett å være innarbeidet i markedet og dermed beskyttelsesverdig.

I dansk rett er det i utgangspunktet nok å påvise faktisk ibrugtagning for å oppnå beskyttelse.[779] Det settes ikke noe krav til brukens intensitet, men det er et minstekrav at den skal være reell. Det er imidlertid også i dansk rett innfortolket et krav om at originalproduktet må ha et visst særpreg for å oppnå rettsbeskyttelse.[780] I denne vurderingen vil graden av innarbeidelse spille en vesentlig rolle. Det er også påpekt i teorien at konstatering av innarbeidelse er et faktisk bevisspørsmål hvor tema er i hvilket omfang et kjennetegn har festnet seg i omsetningskretsens bevissthet.[781]

Etter den svenske bestemmelsen beskyttes "kända och särpräglade produkter", jfr. 14 § MFL. Kravet til særpreg fremkommer altså her av ordlyden selv. Ved vurderingen av om et merke er kjent vil omsetningskretsen være den naturlige målestokk.[782] Et produkt anses for å være kjent hvis det i den omsetningskrets som etterspør produktene forbindes med en bestemt virksomhet.[783]

For produkter som er knyttet opp mot et varemerke, kan det bli spørsmål om hvilken betydning kravet til innarbeidelse av et varemerke i varemerkeloven § 3 tredje ledd kan få ved vurdering av goodwill etter mfl. § 30. Det er hevdet i norsk juridisk teori at det markedsføringsmessige kravet om innarbeidelse ikke bør knyttes opp mot det varemerke-rettslige kravet.[784] Dette begrunnes i at innarbeidelse av et varemerke kun stiller krav til *resultatet*, mens innarbeidelse etter markedsføringsloven også retter seg mot den *innsats* som er nedlagt. Dette må innebære at en markedsundersøkelse som dokumenterer innarbeidelse etter varemerkeloven ikke automatisk kan legges til grunn ved spørsmål om innarbeidelse etter markedsføringsloven. Det presiseres også i svensk rett at det ikke kreves at det er innarbeidet på samme måte som etter varemerkeloven, men at mange av prinsippene er like.[785] Varemerkerettslig innarbeidelse kan derfor være ett av flere momenter.

---

[779] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 395.
[780] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 397.
[781] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 401.
[782] Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 321.
[783] Se for eksempel MD 2008:15 (Mag).
[784] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 265.
[785] Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 321.

6.3.1.3 Forvekslingsfare

Anvendelsen av et produkt rammes bare av mfl. § 30 dersom etterligningen "fører med seg fare for forveksling".[786] Departementet valgte å legge dette kriteriet inn i lovteksten i loven av 1972 og viderefører det i ny lov, men gir liten veiledning med hensyn til fortolkningen.[787]

Den danske spesialbestemmelsen rammer benyttelse av kjennetegn som er "egnet til at fremkalde forveksling med andres", jfr. Mfl. § 18. Vurderingstema vil dermed være det samme som etter den norske bestemmelsen. Ved vurdering av produktetterligning vil det imidlertid være generalklausulen i Mfl. § 1 som er det rettslige grunnlag. Et forvekslings-kriterium er innfortolket i bestemmelsen.[788] I svensk rett er lovstrid knyttet til produkter som er "vilseledande" og "lätt kan förvekslas" med andres produkter, jfr. 14 § MFL. Det avgjørende er, også etter den svenske bestemmelsen, om etterligningen medfører fare for forveksling.[789]

Faren for forveksling vil utvilsomt kunne oppstå i situasjoner der likheten mellom produktene kan medføre at kundene tar feil produkt eller kjøper en etterligning i den tro at det var originalen.[790] Det kan imidlertid spørres om det også i forhold til markedsføringsretten er nok at omsetningskretsen assosierer det ene produktet med det andre. Det er blant annet påpekt i to danske avgjørelser, ved spørsmål om etterligningsbeskyttelse for joggesko, at det kan ha betydning at kundekretsen får en assosiering til Puma når de ser det påstått etterlignede produktet.[791] Det er også i norsk teori hevdet at det må være nok at det er en fare for at kundene forveksler virksomheten som står bak fremstillingene.[792]

Når forvekslingsfaren vurderes ut fra kundens synsvinkel er det aktuelt å vurdere forvekslingsfaren både ovenfor eksisterende og potensielle kunder.[793] Markedsundersøkelser må i så fall rettes mot begge grupper.

6.3.2 Den relevante omsetningskrets ved etterligningsvern

Den relevante omsetningskrets må defineres både i forhold til vurdering av eventuell innarbeidelse av det originale produktet og ved spørsmål om forvekslingsfare. Det må imidlertid være den samme krets som er målestokk for begge disse vurderingene.

---

[786] Innst. fra Konkurranselovkomitéen 1966 s. 34 og 36.
[787] Ot.prp. nr 57 (1971-1972) s. 27.
[788] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 67.
[789] Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 322.
[790] Se for eksempel RG 1997 s. 258 (Borgarting, Geoservices).
[791] U.2008.446H (Coop-Puma) og U.2009.233S (Netto-Puma).
[792] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 235.
[793] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 181.

Utgangspunktet for en definisjon av den relevante krets må være en vurdering ut fra hvordan, og overfor hvem, produktene markedsføres. Omsetningskretsen vil derfor være den kundekrets, eksisterende eller potensiell, som produktene henvender seg til. [794] Det vil da gå et naturlig skille mellom forbrukere og næringsdrivende, vurdert ut fra hva slags produkter markedsføringen gjelder. Dette kan illustreres ved rettspraksis og praksis fra Næringslivets konkurranseutvalg.

Dersom produktene for eksempel rettes mot store oljeselskaper vil den naturlige omsetningskrets være profesjonelle innen oljebransjen.[795] På samme måte ble omsetningskretsen, ved spørsmål om etterligning av lamellpumper, ansett å være profesjonelle kunder innen fiskeindustrien.[796] Betydning av kundegruppe er også nevnt av konkurranseutvalget i en avgjørelse der spørsmålet var om det var forvekslingsfare mellom to typer flagg.[797] Det påstått originale flagget var kjennetegn for en virksomhet innen skipsfart, industri og annen næringsvirksomhet, mens det påstått etterlignede flagget gjaldt virksomhet innen investering og finansforvaltning. Konkurranseutvalget uttalte at selskapet bak det påstått etterlignede flagget drev virksomhet som særlig var rettet mot bank- og finansmarkedet. Det ble da lagt til grunn at langt de fleste av dem som kommer i kontakt med selskapets flagg, er profesjonelle aktører og ikke alminnelige forbrukere. Omsetningskretsen ble ansett å være profesjonell, med de følger dette kan ha for etterligningsvurderingen.

Det samme skillet mellom forbrukere og fagpersoner er sentralt i vurderingen av den relevante omsetningskretsen også i dansk rett.[798] I Ølarmatur-avgjørelsen ble for eksempel den relevante krets definert av en sakkyndig som vurderte forvekslingsfare ut fra at den "almindelige kundekreds" var profesjonelle.[799]

Konkurranseutvalget har også lagt vekt på at omsetningskretsen har vært knyttet til et spesialisert marked. Ved spørsmål om forvekslingsfare mellom tidskriftene "Energi" og "Energiteknikk" uttalte konkurranseutvalget at det gjaldt tidsskrifter i et spesialisert marked der både annonsører og abonnenter var profesjonelle, med få konkurrerende produkter.[800] Forvekslingsvurderingen ble dermed basert på en profesjonell kundekrets i et spesialisert marked.

---

[794] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 234.
[795] RG 1997 s. 258 (Borgarting, Geoservices).
[796] LG-2003-5873 (Lamellpumpe). Se også LB 2003-1979 (Blindflensventil) og LB-2004-2405 (Stavdal - kjennelse).
[797] NKU 2004-12 (Fred. Olsen).
[798] Se for eksempel U.1994.671H (Lænestol), U.1999.786H (Tvangsblander), U.1999.1061S (Ølarmatur) og U.2001.1006H (Farehytte).
[799] U.1999.1061S (Ølarmatur).
[800] NKU 2009-2 (Energiteknikk).

Valg av omsetningskrets ble satt på spissen i den svenske Elko-avgjørelsen.[801] Spørsmålet i saken gjaldt etterligning av dimmere og andre elektriske installasjoner. Marknadsdomstolen kom til at kretsen besto dels av fagpersoner og dels av forbrukere. Dimmerne ble solgt til profesjonelle grossister, men de kunne også kjøpes direkte i butikkene. Selv om markedsføringen i hovedsak ble rettet mot detaljister som har inngående kunnskaper om produktene de kjøper inn, vurderte Marknadsdomstolen forvekslingsrisikoen opp mot gjennomsnittsforbrukers oppfatning.[802] Både profesjonelle og forbrukere ble dermed ansett å være del av den relevante omsetningskrets. I Astra Zenica-saken ble det kommentert at det ikke var klarlagt hvilke målgruppe markedsføringen var rettet mot, og det kunne derfor heller ikke legges til grunn at kun apotekspersonale var riktig målgruppe for undersøkelsen.[803] Også sluttforbrukeren kunne være en aktuell målgruppe.

Dersom etterligningen vurderes i forhold til vanlige forbruksvarer, må det tas utgangspunkt i at den aktuelle målestokken vil være gjennomsnittsforbrukeren slik den er definert i EU-domstolens praksis.[804] I den norske Crocs-kjennelsen ble det for eksempel påpekt at det aktuelle produktet typisk rettet seg mot forbrukermarkedet.[805] Den aktuelle omsetningskrets ble ansett å være den vanlige forbruker. Også i Panorama-kjennelsen, ved spørsmål om ulovlig etterlikning av smykker, ble gjennomsnittsforbruker brukt som målestokk for vurdering av forvekslingsfare.[806] Det samme gjaldt vurderinger av relevant omsetningskrets ved spørsmål om etterligning av sukkertøy.[807] Markedsføring av sukkertøy ble ansett å være rettet mot den vanlige forbruker, og gjennomsnittsforbrukeren var dermed uttrykk for den relevante omsetningskrets.

Også innen forbrukermarkedet kan den relevante krets avgrenses nærmere. I Souvenirtroll-dommen ble det for eksempel påpekt at det hovedsaklig var turister som kjøpte souvenirene.[808] Retten påpekte at de ofte har liten tid til rådighet når de handler, og når de handler skjer det gjerne på impuls. Det var derfor behov for å avgrense kretsen nærmere.

Også i den første danske Montana-avgjørelsen, ved spørsmål om lovstridig etterligning av reolsystemer, ble omsetningskretsen avgrenset ved at forvekslingsfaren ble vurdert opp mot et

[801] MD 2009:1 (Elko).
[802] Se også andre eksempler i MD 2003:22 (Finn Crisp), MD 2005:33 (Puma) og MD 2008:15 (Mag).
[803] MD 2008:13 (AstraZenica).
[804] Se for eksempel C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) premiss 31 og C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd) premiss 26.
[805] LG 2007-160205 (Crocs-kjennelse).
[806] LA-2010-35846 (Panorama - kjennelse). Se også NKU 2005-10 (Laban).
[807] LF-2009-117966 (Galliano-kjennelse).
[808] LF-2000-1115 (Souvenirtroll).

publikum uten særlig sakkunnskap.[809] Valg av omsetningskrets fikk dermed betydning ved at det ble lagt til grunn at publikum ikke kjente til detaljene i slike reolsystemer.

Det er også eksempler på at en sterk avgrensning av omsetningskretsen er godtatt i svensk rett. I Blomin-avgjørelsen ble for eksempel husmødre i Stockholms-området godkjent som relevant omsetningskrets for salg av plantevekstmidler.[810] Det er imidlertid tvilsomt om en slik avgrensning ville ha blitt godtatt i dag. I den svenske Mag-saken kom for eksempel Marknadsdomstolen til at det var for snevert å si at kun kjøpere av Rust lamper var relevant omsetningskrets. Kretsen måtte bestå av alle om som etterspør lommelykter – det vil si hele forbrukerkollektivet.[811]

Kundenes merkebevissthet kan også ha betydning for hvordan kretsen avgrenses. En inndeling i et øvre og nedre skikt av markedet er blant annet kjent fra den norske Adidas-dommen.[812] Også i Kaporal-avgjørelsen, ved spørsmål om etterligning av jeans, uttalte retten at det var snakk om to forskjellige kundegrupper, den markedsbevisste og den prisbevisste gruppe.[813] Forvekslingsfaren måtte dermed vurderes ut fra at det var to ulike kundegrupper.

Også en geografisk eller bransjemessig adskillelse av virksomheter kan ha betydning når den relevante krets skal defineres.[814] I den norske Geoservice-avgjørelsen kommenterte lagmannsretten at partene ikke var konkurrenter og at de tilbød sine tjenester til ulike aktører innenfor samme bransje.[815] I realiteten vil det da være to omsetningskretser og forvekslingsfaren blir mindre. Noen av de samme vurderingene ble foretatt i den danske Aktiv Invest-avgjørelsen.[816] Spørsmålet var om det var forvekslingsfare mellom navnene Aktiv Invest og Aktiv Investering. Retten påpekte da at selv om navnene Aktiv Invest og Aktiv Investering var så vidt like, måtte forvekslingsvurderingen ta utgangspunkt i at selskapene rettet seg mot to ulike målgrupper. Faren for forveksling var da ansett å være liten.

Det er liten tvil om at avgrensningen av den krets som vurderingen av lovstrid skal rettes mot kan være helt avgjørende for spørsmålet om etterligning. Dette gjelder spesielt når produkter rettes både mot forbrukere og profesjonelle. Vurderingene må dermed foretas overfor begge grupper. Når undersøkelser skal utformes må det vies spesiell oppmerksomhet til denne avgrensningen.

---

[809] U.1999.1859S (Montana I).
[810] MD 1974:5 (Blomin).
[811] MD 2008:15 (Mag).
[812] RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen).
[813] TOSLO-2009-188723 (Kaporal).
[814] Se Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 242 og Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 600.
[815] RG 1997 s. 258 (Borgarting, Geoservices).
[816] U.1987.653/2H (Aktiv Invest).

6.3.3 Omsetningskretsens oppfatning ved etterligningsvern

Omsetningskretsens oppfatning kan vurderes både opp mot spørsmålet om frembringelsen er beskyttelsesverdig og ved spørsmål om forvekslingsfare. Hvorvidt etterligningen er lovstridig kan som utgangspunkt avhenge av markedets antagelige reaksjon.[817] Spørsmålet er i hvilken grad markedets reelle reaksjon kan anses å være relevant.

Hvorvidt etterligningen er en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater beror på en helhetsvurdering, jfr. ordlyden "under hvilke omstendigheter" i mfl. § 30.[818] Selv om det legges opp til en skjønnsmessig vurdering, må denne baseres på de konkrete forhold. Ved vurdering av om en nedlagt markedsinnsats har gitt resultater i form av at originalproduktet anses innarbeidet i markedet, kan det for eksempel være avgjørende i hvilket omfang produkt eller kjennetegn har festet seg i omsetningskretsens bevissthet.[819] Markedsundersøkelser kan da være aktuelle som dokumentasjon for den reelle oppfatning.

Et eksempel på at markedsundersøkelser ble ansett å være relevante som uttrykk for den faktiske oppfatningen i markedet er den norske Iskremdommen.[820] Et av spørsmålene i saken var blant annet om slagordet "Hele Norges Iskrem" var innarbeidet i markedet. Dette ble forsøkt dokumentert gjennom to undersøkelser, gjennomført med to års mellomrom. Undersøkelsene, som viste kjennskap til slagordet på henholdsvis 39 % og 56 %, ble ansett å dokumentere at slagordet var innarbeidet i markedet.

I den svenske California White-saken ser det ut til at markedets oppfatning ble fortolket *både* ut fra en skjønnsmessig vurdering *og* en fremlagt undersøkelse som skulle dokumentere kjennskap til etiketten for vin.[821] Undersøkelsen viste en kjennskapsgrad på 17 % for gammel etikett og 29 % for ny etikett. Prosentandelen som kjente merket var altså forholdsvis lav, men Marknadsdomstolen fant likevel støtte i undersøkelsen for at det var opparbeidet kjennskap til merket.

I praksis har markedets oppfatning vært mest sentral i forhold til vurderinger av faren for forveksling. Det presiseres blant annet i teorien at eventuell forvekslingsfare skal vurderes ut fra det helhetsinntrykk som skapes hos potensielle kunder.[822] Dette kan formuleres som et

---

[817] Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 301.
[818] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 175.
[819] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 401.
[820] Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen).
[821] MD 2010:21 (California White).
[822] Knoph *Åndsretten* (1936) s. 563, Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave* (2003) s. 163, Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 234.

spørsmål om etterligningen i det vesentlige gir det samme erindringsbilde som originalen.[823] I den norske Kavli-kjennelsen foretok retten for eksempel en skjønnsmessig vurdering av potensielle kunders oppfatning ut fra det synbare helhetsinntrykket.[824] Retten presiserte også at det ved vurderingen av forvekslingsfare mellom to smøreoster måtte tas hensyn til hvilken kunnskap kundene ble ansett å ha om produktene. Det vil altså ha betydning at en profesjonell kjøper normalt har bedre produktkunnskap enn en forbruker. Det skal dermed noe mer til før det kan sies å være forvekslingsfare mellom produkter som er rettet mot profesjonelle kjøpere.[825] Det ble for eksempel ikke ansett å være forvekslingsfare når de aktuelle kjøperne var representanter for fiskeindustrien, som måtte antas å ha solide kunnskaper om egne behov og de lamellpumper som fantes på markedet.[826]

Ved spørsmål om forvekslingsfare overfor forbrukere vil det være oppfatningen til en gjennomsnittsforbruker som er utgangspunktet. Retten foretok en slik skjønnsmessig vurdering av omsetningskretsens oppfatning i Souvenirtroll-dommen og trakk ikke inn forbrukerens faktiske oppfatning.[827] Tingretten, som lagmannsretten sluttet seg til, kommenterte at det for en tilfeldig kjøper i et impulspreget marked ikke ville være mulig å sortere sikkert den ene parts figurer fra den annens.

Ved vurdering av forvekslingsfare mellom to produkter må det også tas hensyn til at kunden som regel ikke kan sammenligne originalprodukt og den påståtte etterligning ved siden av hverandre.[828] Forvekslingsfaren må da knyttes til produktet som helhet. Det vil være noe av den samme vurderingen som foretas i forhold til det utviskede erindringsbilde i varemerkeretten.[829] Små ulikheter kan dermed være uten betydning for forvekslingsfaren. Etter rettens mening var det blant annet ikke tvil om at en gjennomsnittsforbruker ville kunne forveksle smykkene i Panorama-kjennelsen.[830] Retten viste til at det kun var når man holdt de to smykkene opp mot hverandre, med det formål for øyet å lete etter ulikheter, at man ble oppmerksom på forskjellene. Det ble videre påpekt at det ikke er vanlig at gjennomsnitts-forbrukeren foretar en slik sammenligning ved kjøp av ringer og det forelå dermed forvekslingsfare.

---

[823] Bernitz *Marknadsföringslagen* (1997) s. 59. Se fra svensk praksis MD 1996:1 (Ajax II). Avgjørelsens resonnementer er fulgt opp i for eksempel MD 2010:4 (Red Bull II).
[824] Rt 2000 s. 1698 (Kavli, kjennelse).
[825] Det er en rekke eksempler fra norsk praksis på at forvekslingsfare er vurdert ut fra en profesjonell omsetningskrets. Se for eksempel LG-2003-5873 (Lamellpumpe), LB-2004-2405 (Stavdal - kjennelse), NKU 2004-12 (Fred. Olsen) og NKU 2009-2 (Energiteknikk).
[826] LG-2003-5873 (Lamellpumpe).
[827] LF-2000-1115 (Souvenirtroll).
[828] NKU 1999-11 (Cherrox). Se også Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 236.
[829] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 411.
[830] LA-2010-35846 (Panorama - kjennelse).

Dersom de aktuelle produkter selges i forskjellige forretninger eller via helt ulike kanaler kan det bli spørsmål om hvordan dette påvirker faren for forveksling. Det norske konkurrans-eutvalget har blant annet uttalt at forvekslingsfaren kan øke når varene selges i forskjellige forretninger.[831] Saken gjaldt spørsmål om forvekslingsfare mellom to typer emballasje for undertøy. Utvalget påpekte at kundene mister muligheten til å sammenligne dem direkte og at det lettere kan være fare for forveksling. Det er imidlertid også kommentert i en norsk kjennelse, ved spørsmål om etterligning av ullsokker, at det forhold at de to sokkemerkene *ikke* fins side om side i samme forretning i betydelig grad reduserer forvekslingsfaren.[832]

Det er også eksempler fra dansk praksis på uttalelser om at det lettere kan være forvekslingsfare dersom varene ikke er utstilt sammen.[833] Dette baseres på en sammen-ligningsmodell der det foretas en helhetsvurdering av den fysiske avstand mellom det originale produktet og etterligningen.[834] Det legges i så fall opp til en mer teoretisk vurdering av forvekslingsfare.

Siden det avgjørende vil være selve kjøpssituasjonen vil det også for spørsmålet om etterligning av produkter ha betydning hvordan produktene er merket, samt utseende på emballasjen.[835] Dersom emballasjen er helt forskjellig når kundene ser dem innpakket i butikken, kan det helle i retning av at det heller ikke forvekslingsfare mellom produktene. Lagmannsretten la blant annet i en kjennelse om vurdering av etterligning av villmarks-artikler, særlig lagt vekt på at bruksgjenstandene ble markedsført i emballasje/innpakning som var helt forskjellige.[836] Også i svensk rett er det hevdet at forvekslingsrisikoen nøytraliseres når man i innkjøpssituasjonen har emballasje som tydelig atskiller seg fra original-produktet.[837]

Forvekslingsrisiko foreligger derimot dersom emballasjen, gjennom et helhetsinntrykk, skaper i alt vesentlig det samme erindringsbilde. [838] For varer som selges i selvbetjenings-butikker vil det typisk være det helhetsinntrykket som emballasjens form og farge gir ved et flyktig øyekast som er avgjørende for valg av en vare.[839] I den svenske Digestive-saken ble det blant annet lagt vekt på forbrukernes erindringsbilde når kundene tar kjekspakker raskt og

[831] NKU 2010-8 (Pierre Robert).
[832] LB-2000-3388 (Ulvang sokker - kjennelse).
[833] U.1994.671H (Lænestol).
[834] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 82.
[835] Rt 1985 s. 612 (Pyrox-dommen), Rt 1994 s. 1584 (Legodommen) og LB-2006-3616 (Cobi).
[836] RG 2005 s.991 (Borgarting, Villmarksartikler - kjennelse).
[837] MD 2006:3 (Lego II).
[838] MD 1996:1 (Ajax II) og MD 2010:4 (Red Bull II).
[839] MD 1995:9 (Knorr).

rutinemessig ned fra hyllene.[840] Faren for forveksling vil da være større. Det samme ble ansett å gjelde når kunder vinker inn en taxi, uten å oppdage små forskjeller knyttet til taklykt og logo.[841]

Spørsmålet er om det vil være mulig å vise markedets reelle oppfatning i de ulike situasjoner. I den svenske Liljeholmen-avgjørelsen var for eksempel forvekslingsfare forsøkt dokumentert ved en markedsundersøkelse.[842] Spørsmålet var om det var forvekslingsfare mellom to emballasjer med antikklys. Undersøkelsen var basert på at respondentene ble vist en maskert forpakning. Da den påståtte etterlignerens emballasje ble vist trodde 64 %, i følge undersøkelsens resultater, at det var originalproduktet. Det ser ut til at domstolen godtok at dette var uttrykk for en reell situasjon og viste til at kundene tok varene raskt fra hyllene.

Omsetningskretsens oppmerksomhetsnivå kan også variere ut fra om det er dagligvarer eller varer som kjøpes mer sjelden. I den første svenske Hästens-avgjørelsen ble det påpekt at senger, til forskjell fra dagligvarer, kjøpes sjelden.[843] Det ble vist til at en forbruker som ønsker å kjøpe en seng kan antas å skaffe informasjon om senger i markedet og skaffer seg nærmere kunnskap om de sengene som viser seg aktuelle. Marknadsdomstolen påpekte også at det etterlignede produktet befant seg i en annen prisklasse en Hästens-sengen. Det måtte antas at forbrukerne foretok overveielser knyttet til pris, bruk og komfort og at det derfor ikke var forvekslingsfare mellom produktene. Fra norsk praksis kan nevnes Amcar-avgjørelsen i Næringslivets konkurranseutvalg.[844] Spørsmålet var om det var forvekslingsfare mellom navnene på medlemsbladet Amcar for Amcar Car Club of Norway og Amcar Børsen som annonseblad for amerikanske biler. Utvalget hevdet at selv om to magasiner henvendte seg til folk med samme underliggende interesse, ble det påpekt at Amcar var et medlemsblad, og at det kunne forventes at foreningens medlemmer ikke hadde problemer med å holde de to magasinene fra hverandre. Det var derfor ikke grunnlag for noen utvidet etterlignings-beskyttelse.

Omsetningskretsens oppmerksomhetsnivå henger også sammen med ulike grader av merkebevissthet. Dette kan få betydning for forvekslingsvurderingen. Inndelingen i det øvre og nedre skikt av joggeskomarkedet er allerede nevnt flere ganger.[845] I en annen avgjørelse knyttet til forvekslingsfare for jeans uttalte tingretten at en kunde som skal kjøpe Kaporal

[840] MD 2003:7 (Digestive).
[841] MD 2008:20 (Taxiåkeriet).
[842] MD 1990:3 (Liljeholmen).
[843] MD 2000:25 (Hästens I).
[844] NKU 2007-12 (Amcar).
[845] RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen).

jeans, vil nok være ganske bevisst på at det er dette merket han skal ha.[846] Han vil være villig til å betale en relativt høy pris for merket, og oppsøker høyprofilerte butikker. Det er liten sjanse for at han i disse butikker finner en billigbukse som Munk jeans. Om han skulle finne en, er det liten sjanse for at han vil kjøpe en bukse av dette merke.

På samme måte som ved spørsmål om forvekslingsfare i varemerkeretten er det viktig å ta hensyn til at dersom kretsen i utgangspunktet er avgrenset til merkebevisste kunder eller personer med spesielle interesser, kan det ikke i tillegg stilles et strengere krav til forvekslingsfare. Det samme må gjelde ved analyser av markedsundersøkelsers resultater. Dersom undersøkelsesspørsmål stilles til en sterkt avgrenset krets av respondenter kan det ikke i tillegg kreves høyere prosentandel for at forvekslingsfare skal anses å foreligge.

Det kan imidlertid også generelt spørres om det kan stilles krav til hvor mange som vil forveksle merket eller produktet.[847] Verken i den norske, danske eller svenske lovteksten, stilles det noe krav til at forvekslingsfaren skal knyttes til et visst antall. Det må imidlertid være på det rene, på samme måte som for varemerkeretten, at det ikke stilles noe krav om et flertall som forveksler produktene.[848] Det er enn videre hevdet i juridisk teori at det vil være nok at enkelte kunder vil kunne ta feil.[849] Slike påstander er imidlertid blitt kritisert, idet det hevdes at bestemmelsen om etterligningsbeskyttelse i så fall blir uforutsigbar og kan ramme handlinger som ikke vil være urimelige.[850] Dersom varemerkeretten anses veiledende på dette punktet vil det måtte stilles krav om at en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen vil forveksle produktene, jfr. pkt. 5.3.3.3 ovenfor.[851] I den norske Superlek-dommen kommenteres det for eksempel at det vil være forvekslingsfare dersom "en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen kan komme til å anta at det foreligger en eller annen form for kommersielt fellesskap.[852] I den svenske Hästens-avgjørelsen nevnes også "betydande del" som et minste kriterium for lovstridig etterligning. Det er likevel langt fra slike skjønnsmessige avveininger til å fastslå at en viss prosent forveksler merker eller produkter. Noe prosentkrav kan ikke oppstilles.

---

[846] TOSLO-2009-188723 (Kaporal).
[847] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 238.
[848] Se fra norsk rettspraksis; RG 1997 s. 258 (Borgarting, Geoservices).
[849] Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 582.
[850] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 181.
[851] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 238.
[852] Rt 1999 s. 641 (Superlekdommen).

6.3.4 Markedsundersøkelsers relevans ved etterligningsvern

Markedsundersøkelser kan altså være relevante ved vurdering av om et merke eller et produkt er beskyttelsesverdig og dermed innarbeidet. Det ser blant annet ut til at de fremlagte markedsundersøkelser i den norske Iskremdommen ble ansett å være relevante som dokumentasjon for kjennskap til slagordet "Hele Norges iskrem".[853]

I Lego-dommen ble det imidlertid utvist en noe mer skeptisk holdning til slike undersøkelsers relevans.[854] Et av spørsmålene i saken var om salg og markedsføring av leketøytoget Tomy Train var en lovstridig etterligning av Legos produkter. En fremlagt markedsundersøkelse utført i Norge i 1988 var utformet ved at respondentene enten ble vist et bilde av Tomy Trains togsett eller av emballasjen til dette toget. I følge undersøkelsesresultatene trodde 49 % av respondentene at Tomy Train toget kom fra Lego. Høyesterett viste i sine domspremisser til tingrettens bemerkninger der det fremkom at undersøkelsen ikke ble ansett å være relevant for spørsmålet i saken.[855] Tingretten viste til at resultatene var basert på at Lego hadde en klar markedsdominans og at folk flest bare hadde kjennskap til Lego. Undersøkelsen ble dermed ikke ansett å være relevant for spørsmålet om hvorvidt Tomy Train var en etterligning av Legos produkter.

En gjennomgang av praksis Næringslivets konkurranseutvalg viser at markeds-undersøkelser er fremlagt i fem etterligningssaker de siste fem årene.[856] Ved spørsmål om etterligningsbeskyttelse for emballasjen til omega-3 kapsler ble det for eksempel fremlagt en undersøkelse som skulle dokumentere kjennskap til Triomega som originalprodukt.[857] Undersøkelsen viste at 78 % av respondentene kjente til merke Triomega. Dette skulle indikere at det også var kjennskap til den karakteristiske emballasjedesignen. Konkurranse-utvalget kommenterte ikke undersøkelsen, men la til grunn at emballasjen var beskyttelses-verdig. Det er dermed uklart om undersøkelsen ble ansett å være relevant. Eksemplet illustrerer godt utvalgets praksis knyttet til vurdering av markedsundersøkelser, idet disse svært sjelden kommenteres i begrunnelsene. Praksis fra konkurranseutvalget kan dermed ikke si noe om markedsundersøkelsers relevans i etterligningssaker.

---

[853] Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen).
[854] Rt 1994 s. 1584 (Legodommen).
[855] Tønsberg byrett 12. desember 1990 (Lego).
[856] Svaret er fremkommet på bakgrunn av søk i Lovdata med søkeordene "markedsundersøkelse" og forbrukerundersøkelse".
[857] NKU 2006-2 (Triomega I) og NKU 2006-7 (Triomega II). Andre avgjørelser fra de siste fem år er der markedsundersøkelser er fremlagt som bevis er NKU 2005-10 (Laban), NKU 2007-11 (Vaffeljern) og NKU 2010-4 (Maaruds ferske nøtter). Eksempler på eldre avgjørelser er NKU 1979-2 (Nescafé), NKU 1982-11 (Freia Melkesjokolade), NKU 1998-3 (Duosystem) og NKU 2000-6 (Stjørdals-Nytt).

I dansk rett er det uttalt generelt at dokumentasjonskravet for originalproduktets særpreg må sies å være lempelig.[858] Uten at det nevnes i domspremissene, kan en fremlagt markedsundersøkelse i Nykredit-avgjørelsen som viste at 76 % av den voksne danske befolkning kjente til begrepet, ha hatt relevans i saken.[859] En fremlagt markedsundersøkelse rettet mot virksomheter som brukte Melitta kaffemaskiner skulle dokumenter kjennskap til tallene 202, 206 og 220 som særpreget for Melitta kaffefilter.[860] Undersøkelsen viste at til sammen 61 % nevnte Melitta ved disse tallangivelsene. Domspremissene inneholder ingen kommentarer om undersøkelsens relevans, men retten kom frem til at tallangivelsene ikke var innarbeidet spesielt for Melitta. Den fremlagte undersøkelsen som skulle dokumentere kjennskap til Mars som varemerke for sjokolade ble heller ikke kommentert av retten.[861] Det er derfor vanskelig å lese ut av dommene hvorvidt markedsundersøkelser er ansett å være relevante som bevis i dansk rett.

Det er imidlertid klarere at innarbeidelsesstudier er ansett å være relevante ved vurdering av etterligningsbeskyttelse i svensk markedsføringsrett. [862] Markedsundersøkelser er da også lagt frem for å dokumentere kjennskap i en rekke saker for Marknadsdomstolen.[863] Blant annet ble undersøkelsen i Xante-avgjørelsen vurdert som relevant, selv om retten kom frem til at undersøkelsesresultatene ikke ga støtte til kjennskap.[864] En markedsundersøkelse ble også ansett å være relevant i Whiskas-avgjørelsen, men heller ikke der ble særpreg ansett dokumentert. [865] Den fremlagte undersøkelsen som skulle dokumentere kjennskap til bokstaven M som særpreget for sjokoladekuler ble også ansett relevant.[866] Undersøkelsen, som dokumenterte kjennskapsgrad på 80 % til sjokoladen M, ble lagt til grunn for domstolens vurdering.

I den svenske Blomin-saken ble det fremlagt en markedsundersøkelse som skulle dokumentere at "Växt Vital" var en etterligning av Blomins produkt.[867] Respondentene ble forevist Blomins emballasje med maskert navn og ble spurt om hva den het og hvilket merket det var. 20 % kunne spontant oppgi Blomin som merke og 29 % kunne oppgi vareslaget, men

---

[858] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 397, med fyldige referanser til praksis.
[859] U.1989.216 (Nykredit.
[860] U.2003.1020H (Melitta).
[861] U.1997.467S (Twist).
[862] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 476-477.
[863] Se for eksempel MD 2004:23 (Lego-Coco), MD 2005:3 (Filterball), MD 2005: 13, (Whiskas), MD 2007:27 (Twinner), MD 2009:12 (Xanté) og MD 2010:3 (Cederroth).
[864] MD 2009:12 (Xanté).
[865] MD 2005: 13 (Whiskas). Se også MD 2005:20 (Live!) og MD 2005:26 (Taxi Göteborg).
[866] MD 2010:29 (M&M).
[867] MD 1974:5 (Blomin).

ikke varemerket. Domstolen kom til at undersøkelsen, sammen med omfattende annonsering og salgsstatistikk, førte til at Blomin måtte anses å være velkjent.

I den svenske Red-Bull-avgjørelsen ble det vist til mange markedsundersøkelser, med den siste fra 2007 som viste kjennskap til Red Bull på 90 % blant svenske forbrukere i alderen 15-39 år. [868] Sammen med markedsandeler og salgstall ble merket Red Bull ansett å være velkjent. Marknadsdomstolen har også påpekt at markedsundersøkelser mangler i vurdering av kjennskapsgrad.[869] Markedsundersøkelser må derfor anses å være relevante i vurderinger av om et merke er innarbeidet og beskyttelsesverdig i svensk rett.

Markedsundersøkelser kan også få betydning for vurdering av forvekslingsfare som vilkår for etterligningsbeskyttelse. Den samme kritikken som ble rettet mot forvekslingsfare i varemerkeretten vil imidlertid langt på vei gjelde også i forhold til markedsføringsrettslig forvekslingsfare. Det innebærer at slike undersøkelser kan kritiseres som bevismiddel fordi vurderingstema er fare for forveksling og ikke reell forveksling. Illustrerende for domstolens praksis kan være Kavli-kjennesen, der en fremlagt markedsundersøkelse skulle dokumentere at det *ikke* var forvekslingsfare mellom smøreostene til Kavli og Finden.[870] Lagmannsretten viste til den fremlagte undersøkelsen som skulle dokumentere at det faktisk skjedde en forveksling, men fant det ikke nødvendig å gå nærmere inn på realiteten i denne, da det var tilstrekkelig at det var fare for forveksling etter markedsføringsloven. Lagmannsretten foretok en skjønnsmessig vurdering av forvekslingsfare ut fra "det synbare helhetsinntrykket". Dette var også etter Høyesteretts mening en riktig vurdering av loven.

En fremlagt markedsundersøkelser fra MMI ble også ansett å ha begrenset verdi for vurdering av forvekslingsfare i en kjennelse om midlertidig forføyning for navnebruk. [871] Et av spørsmålene i saken var om distribusjon av gratisavisen "Lokalavisen Groruddalen" innebar en lovstridig etterligning av "Akers Avis Groruddalen". Den fremlagte undersøkelsen fra MMI skulle blant annet dokumentere at det var forvekslingsfare mellom navnene. Retten gikk ikke nærmere inn på undersøkelsen, men uttalte at den hadde liten verdi. Hvorvidt kommentaren innebar en generell skepsis til slike undersøkelser vites ikke.

Ved spørsmål om forvekslingsfare mellom slagordet "Lyden av Norge" for radiokanalen P4 og TV-programmet "Lyden av lørdag" ble det fremlagt en undersøkelse som skulle

[868] MD 2010:4 (Red Bull II).
[869] Marknadsdomstolen påpekte at det ikke var fremlagt markedsundersøkelser i MD 2007:27 (Twinner). Også i andre saker er det påpekt at det mangler dokumentasjon for forbrukernes oppfatning, se for eksempel MD 2003:40 (Rebex), MD 2005:16 (Autobytel) og MD 2005:3 (Filterball).
[870] Rt 2000 s. 1698 (Kavli, kjennelse).
[871] RG 2006 s. 312 (Borgarting, Akers Avis Groruddalen - kjennelse). Kravet om midlertidig forføyning gjaldt med grunnlag både i varemerkeloven og i markedsføringsloven.

dokumentere om publikum knyttet til kjennemerket "Lyden av Norge" til P4.[872] Nesten halvparten av de som ble spurt svarte at de forbandt "Lyden av Norge" med P4, og at de trodde program med tittelen "Lyden av lørdag" ville bli sendt på P4. 53 % mente at uttrykkene kunne forveksles. Retten foretok imidlertid en ren juridisk analyse av forvekslingsfaren og nevnte ikke undersøkelsen i sin begrunnelse.

I dansk rett er det utvist en viss generell skepsis mot bruk av markedsundersøkelser ved forvekslingsfare.[873] Blant annet ble ikke den fremlagte markedsundersøkelsen i en dom om etterligning av bordløfter en gang kommentert, mens fremlagt syn og skøn ble vektlagt.[874] I dansk juridisk teori påpekes det at det legges opp til mer tekniske enn markedsmessige vurderinger som tillater domstolen å foreta en passende balanse mellom de konkurrerende elementer, enn kriterier som leder frem til kjøperkretsens normaloppfattelse av forvekslingsrisikoen.[875] Dette skyldes at det ved fastleggelsen av beskyttelsen inngår avveininger som kan føre til frakjennelse av forvekslingsrisiko, selv om det må antas at en sådan kan bestå for en gjennomsnittsforbruker. Markedsundersøkelser vil dermed kun være et veiledende element ved vurdering av forvekslingsfare i dansk rett.[876]

Som påpekt flere ganger legges markedsundersøkelser frem i større grad i svensk praksis. Den svenske Marknadsdomstolen har imidlertid også vært noe tilbakeholden med å legge til grunn markedsundersøkelser som skal dokumentere forvekslingsfare. Dette fremkom tydelig i M&M-avgjørelsen.[877] Mens domstolen la til grunn den fremlagte undersøkelse som dokumenterte kjennskapsgrad til sjokoladen M, ble det kommentert at undersøkelse som skulle dokumentere forvekslingsfare måtte bedømmes med forsiktighet. Kommentarene kan tyde på det også i Sverige kan utledes en viss skepsis til forvekslingsstudier.

Bildet er imidlertid ikke entydig og i flere andre avgjørelser er forvekslingsstudier av ulike varianter ansett å være relevante. I den svenske Lego-Coco-avgjørelsen ser det blant annet ut til at en markedsundersøkelse som dokumenterte at 84 % forvekslet legoklossene fra Coco med det registrerte Lego, ble ansett å være relevant.[878] Også i Puma-saken ble en undersøkelse som skulle dokumentere forvekslingsfare mellom joggesko ansett å være relevant.[879] I en forvekslingsundersøkelse i Finn-Crisp-avgjørelsen koblet 38 % av

[872] RG 2008 s.117 (Borgarting, Lyden av lørdag - kjennelse).
[873] Borcher *Produktefterligningsbeskyttelsen efter markedsføringsloven § 1* UfR (2009) s. 156.
[874] U.2008.1834H (Bordløfter).
[875] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 411-412.
[876] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 412.
[877] MD 2010:29 (M&M).
[878] MD 2004:23 (Lego-Coco).
[879] MD 2005:33 (Puma).

respondentene den maskerte påståtte etterligningen til originalproduktet.[880] Undersøkelsen, som viste at 64 % av respondentene blandet sammen produktene og trodde at det var en kommersiell forbindelse mellom dem, ble ansett å være relevant. Også forvekslingsstudiene i Knorr-avgjørelsen ble ansett å være relevante.[881]

En utfordring som følger med fokuset på bruk av markedsundersøkelser er at begge parter legger frem slike. For eksempel hadde begge parter fått utført hver sin undersøkelse knyttet til forvekslingsfare i den svenske Mag-saken.[882] Marknadsdomstolen kommenterte at hver av partene hadde kritisert motpartens undersøkelser og viste til uttalelser fra sakkyndige vitner som satt spørsmålstegn ved undersøkelsene. Marknadsdomstolen viste deretter til at undersøkelsene ikke ga tilstrekkelig grunnlag for å trekke noen konklusjoner basert på undersøkelsesresultatene. Undersøkelsene ble dermed "nullet ut".

Ved vurdering av etterligningsbeskyttelse anses undersøkelser som skal dokumentere at et merke eller produkt er innarbeidet i markedet, og dermed beskyttelsesverdig, å være relevante. I tråd med de varemerkerettslige saker, utvises det imidlertid en noe mer restriktiv holdning til dokumentasjon for faktisk forveksling som bevis for forvekslingsfare.

6.4 Vurdering av renommésnylting

6.4.1 Juridisk forankring

En generell beskyttelse av opparbeidet goodwill kommer i markedsføringsretten til uttrykk gjennom beskyttelsen mot renommésnylting.[883]

Dette vernet mot renommésnylting er i norsk rett forankret i ulike bestemmelser. For det første kan renommésnylting være "i strid med god forretningsskikk" mellom nærings-drivende, jfr. mfl. § 25. Generalklausulens relevans for vurdering av rennomésnylting er slått fast i Mozelldommen.[884] Dersom en næringsdrivende snylter på konkurrenters markeds-posisjon kan det også være i strid med spesialregler i forskrift om sammenlignende reklame § 3 bokstav g. Bruk av sammenlignende reklame kan være lovstridig dersom den drar " urimelig fordel av den anseelse som er knyttet til en konkurrents varemerker, handelsnavn eller andre kjennetegn, eller av konkurrerende varers geografiske opprinnelsesbetegnelse

[880] MD 2003:22 (Finn Crisp).
[881] MD 1995:9 (Knorr). Se også MD 1990:3 (Liljeholmen)
[882] MD 2008:15 (Mag).
[883] Nordell *Marknadsrättens goodwillskydd* (2003) s. 21.
[884] Rt 1995 s.1908 (Mozelldommen) spesielt s. 1917-1918.

(renommésnylting)". Forskriften bygger på direktivet om sammenlignende reklame.[885] Lovbestemmelsen og forskriften supplerer hverandre i norsk rett.[886]

Også i dansk rett forankres beskyttelse mot renommésnylting i ulike bestemmelser. I utgangspunktet vil renommésnylting kunne være i strid med "god markedsføringsskikk" etter generalklausulen i Mfl. § 1.[887] Disse reglene suppleres imidlertid av Mfl. § 5 stk. 2 nr. 7 om sammenlignende reklame. Sammenlignende reklame er ansett tillatt dersom den "ikke drager utilbørlig fordel af den anseelse, der er knyttet til en konkurrents varemærke, firmanavn eller andre karakteristisk kendetegn, eller af konkurrerende produkters oprindelsesbetegnelser".

Etter de svenske reglene kan renommésnylting være i strid med "god marknadsföringsed", jfr. 5 § jfr. 6 § MFL.[888] Også her vil reglene om sammenlignende reklame i 18 § nr. 7 MFL være aktuelle. Sammenlignende reklame er ansett tillatt så langt den "inte drar otilbörlig fördel av en annan näringsidkares renommé som er förknippat med näringsidkarens varumärke, firma eller andra kännetecken eller varans ursprungsbeteckning".

Fortolkningen av reglene om beskyttelse av renommésnylting i skandinavisk rett er bygget opp over den samme lest, og må forstås på samme måte. Et kjennetegn, et produkt eller annen frembringelse som vurderes beskyttet etter disse reglene må ha oppnådd markedsførings-messig goodwill gjennom opparbeidelse av en økonomisk egenverdi.[889] I motsatt fall vil det ikke være noe å beskytte.[890] En slik beskyttelse forutsetter at det aktuelle produkts, eller merkes, renommé er kjent i markedet. I denne vurderingen vil omsetningskretsens oppfatning få betydning. Det kan dermed også diskuteres om markedsundersøkelser kan være relevante som dokumentasjon for kretsens oppfatning.

Vern mot renommésnylting har også en nær grense til markedsføringslovens regler om etterligningsbeskyttelse. Tap av renommé knyttet til den originale frembringelsen kan ha betydning for spørsmålet om etterligning, ved at dette tapet kan føre til utvanning av et produkts eller et kjennetegns særpreg.[891] Det vil i tillegg kunne være glidende overganger

---

[885] Direktiv 2006/114/EF (Direktiv om villedende og sammenlignende reklame).
[886] Renommésnylting ble antatt å falle inn under generalklausulen i loven av 1972 dersom forholdet falt utenfor den egentlige sammenlignende reklame, se Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave* (2003) s. 83. I og med at det ikke er foretatt endringer i disse reglenes innhold må denne tolkningen fortsatt gjelde i den nye loven.
[887] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 104.
[888] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 464.
[889] Nordell *Marknadsrättens goodwillskydd* (2003) s. 21.
[890] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 105.
[891] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 179.

mellom vern av velkjente merker i varemerkeretten og vern mot renommésnylting i markedsføringsretten.[892]

Snylting kan sies å innebære et ønske om å skape positive assosiasjoner hos avtagerne, knyttet til andres opparbeidede goodwill. Snylteren skaffer seg en ufortjent økonomisk fordel, samtidig som den utsatte virksomheten risikerer skade.[893] Denne vurderingen må foretas på bakgrunn av hvorvidt markedet er påvirket av en slik utnyttelse. Førstvoterende i den norske Iskremdommen gikk ganske langt i å innrømme beskyttelse for slagordet "Hele Norges iskrem". [894] Det ble da vist til at den konkrete vurderingen skulle ta utgangspunkt i at kravet til "god forretningsskikk" skulle sikre sunn konkurranse innen næringslivet. Det ble videre vist til at bestemmelsen ikke skulle virke hemmende på konkurransen. Det måtte likevel, i følge førstvoterende, påses at den som gjennomfører en aktiv og kostbar kampanje for å markedsføre sine produkter måtte kunne oppnå vern mot at konkurrenter høster fordeler av den goodwill vedkommende på denne måten har opparbeidet.[895]

Det er forholdsvis få kilder knyttet til vurderinger av renommésnylting i norsk og dansk praksis.[896] Tilfanget på praksis er mye større i svensk rett. Det er derfor naturlig i stor grad å trekke veksler på svenske avgjørelser i analysene nedenfor. Det klassiske eksempel på renommésnylting kan også hentes fra svensk praksis. I en reklame for personbilen Mazda ble utsagnet "Mazda 929 Legato, Familjens Nya Rolls" benyttet som blikkfang både i brosjyrer og i avisannonser.[897] Uppsala tingsrett påpekte at utsagnet var brukt for å trekke inn et annet varemerke med det formål å høyne statusen til eget markedsførte bilmerke. Bruken av merke innebar også, i følge retten, en risiko for at det kjente merke skulle miste sitt særpreg og bli en vanlig betegnelse for særlige luksusbiler. Utsagnet ble derfor ansett å være en krenkelse av det kjente merket Rolls Royce.

6.4.2 Den relevante omsetningskrets ved renommésnylting

Spørsmålet er hvilken krets av mottagere renommésnylting skal vurderes opp mot. Dette må vurdere både i forhold til om det er opparbeidet goodwill og i forhold til om det anses å være utnyttelse av en slik goodwill.

---

[892] Nordell *Marknadsrättens goodwillskydd* (2003) s. 11 flg. og Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 483-484.
[893] Svensson... [et al.] *Praktisk marknadsrätt* (2010) s. 436.
[894] Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen).
[895] Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen) s. 1323.
[896] Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 241 og Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave* (2003) s. 172. Renommésnylting nevnes også i Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 483.
[897] Uppsala tingsrätt, dom av 11. desember 1980 (Rolls Royce). Se *Ur svensk praxis* NIR (1981) s. 421 flg.

Siden det er i de endelige avtagernes bevissthet snylteproduktet får et løft, er det naturlig å ta utgangspunkt i disse når renommésnylting vurderes.[898] Disse avtagerne kan være både forbrukere og næringsdrivende. Mange av de samme vurderingene som foretas ved vern av velkjente merker i varemerkeretten kan dermed være aktuelle. Den relevante krets kan også anses å bestå av *både* forbrukere *og* næringsdrivende, jfr. Elko-avgjørelsen nevnt ovenfor.[899]

Også her, som ellers i markedsføringsretten vil utgangspunktet være at gjennomsnitts-forbruker er representant for omsetningskretsen. I den første svenske Hästens-avgjørelsen uttalte Marknadsdomstolen; "Vid bedömningen av marknadsföringsåtgärder som riktar sig till enskilda konsumenter i allmänhet är utgångspunkten en tänkt genomsnittskonsument med normal fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap men utan närmare kunskap om den vara som marknadsförs.[900] Det ble pekt på at en slik krets vil medføre at forholdsvis mange kan bli villedet med hensyn til markedsføringen.

Gjennomsnittsforbrukeren kan imidlertid plasseres i en mer avgrenset krets. Dette var tilfelle i Svenska spel-avgjørelsen.[901] Marknadsdomstolen uttalte at "Den i målet relevanta målgruppen får - såsom inledningsvis anförts - anses bestå av konsumenter som är intresserade av spel och som i viss omfattning ägnar sig åt spel eller överväger att ägna sig åt spel. Utgångspunkten vid bedömningen är således det budskap som materialet förmedlar till den genomsnittlige konsumenten i denna målgrupp."

Omsetningskretsen kan også avgrenses i forhold til de produkter som selges. I den svenske Pre Glandin-avgjørelsen var det for eksempel naturlig å avgrense kretsen. I og med at Pre Glandin var et naturmiddel som skulle redusere premenstruelle plager ble omsetningskretsen ansett å bestå av kvinner som kjøpte helsekostprodukter minst en gang per kvartal og var i alderen 19 til 49 år.[902]

6.4.3 Omsetningskretsens oppfatning ved renommésnylting

Ved spørsmål om renommésnylting vil det være helt grunnleggende at beskyttelse forbeholdes merker eller produkter som er kjent i markedet.[903] En markedsundersøkelse vil typisk kunne være relevant for å dokumentere kjennskapsgrad. Det er imidlertid ikke nok at et merke eller et produkt er kjent.

---

[898] Borcher og Bøggild *Markedsføringsloven* (2006) s. 105.
[899] MD 2009:1 (Elko).
[900] MD 2000:25 (Hästens I).
[901] MD 2009:25 (Svenska Spel).
[902] MD 1987:10 (Pre-Glandin).
[903] Se for eksempel MD 2007:20 (Eniro) og MD 2009:1 (Elko).

Den svenske Robinson-avgjørelsen er ansett å være en av de sentrale dommene om renommésnylting og kan være veiledende i vurderingen av hva som skal til for å oppnå beskyttelse.[904] Spørsmålet var om markedsføring av "Robinson-chips" utgjorde snylting på det svenske TV-programmet Ekspedition Robinson. Domstolen slo fast at TV-programmet hadde opparbeidet seg en oppmerksomhetsverdi overfor mange forbrukere etter relativt kort tid og at dette utgjorde renommé i videre betydning enn den vanlige.[905] Denne oppmerksomhetsverdien ble ansett å være avgjørende for at TV-programmet var beskyttet mot snylting fra produktet "Robinson-chips".

Også i Hästens-avgjørelsen ble det påpekt at det må ha oppstått et kommersielt renommé som gir grunnlag for beskyttelse.[906] Det må dermed påvises at det ligger en positiv forestilling hos forbrukeren som har blitt skapt gjennom innsatsen til den næringsdrivende. Dette ble nærmere presisert i en svensk avgjørelse der spørsmålet var om Lokaldelen var vernet mot renommésnylting.[907] Domstolen viste da til en markedsundersøkelse som viste kjennskap til "Lokaldelen" på 87 % i det svenske markedet. I følge domstolen fremgikk det av undersøkelsen at Lokaldelen besatt "gott renommé då 70 % av de tillfrågade anser att de har en positiv eller mycket positiv inställning till Lokaldelen". Også Ingloo ble ansett å være godt kjent i markedet på grunnlag av en fremlagt markedsundersøkelse.[908] Det samme gjaldt spørsmålet om beskyttelse for Puma-skoen.[909]

Utnyttelse av en positiv oppmerksomhetsverdi som grunnlag for renommésnylting er også fulgt i senere praksis fra Marknadsdomstolen.[910] Det kan derfor sies at det i svensk praksis er utviklet et vilkår om at et merket eller produktet må ha knyttet til seg en oppmerksomhets-verdi som er vernet mot renommésnylting.[911]

Det er dermed utnyttelse av dette positive imaget som vil være lovstridig.[912] Det vil for eksempel kunne være renommésnylting dersom det i forbrukernes bevissthet skapes et inntrykk av at det er en forbindelse mellom merkene eller produktene. Det uttales blant annet i den første Hästens-avgjørelsen at renommésnylting primært bygger på en uautorisert

---

[904] MD 1999:21 (Robinson).
[905] Også TV-programmet Gladiatorerna ble ansett å ha den samme beskyttelsen, jfr. MD 2002:17 (Gladiatorerna).
[906] MD 2000:25 (Hästens I).
[907] MD 2010:16 (Lokaldelen).
[908] MD 2002:10 (Hygglo).
[909] MD 2005:33 (Puma).
[910] Se for eksempel fra svensk praksis MD 2002:28 (Santa Maria), MD 2005:20 (Live!), MD 2009:12 (Xanté), MD 2010:2 (CardKeep) og MD 2010:29 (M&M).
[911] Rosén *Känneteckens goodwillskydd: från anseende till uppmärksamhetsvärde i svensk känneteckens- och marknadsrätt* Festskrift til Mogens Koktvedgaard (2003) s. 484 flg.
[912] MD 2000:25 (Hästens I) Se Nordell *Marknadsrätten: en introduktion* (2008) s. 60.

assosiasjonskapende oppfatning.[913] Omsetningskretsens oppfatning vil derfor ha betydning både i forhold til om det krenkede merket eller produkt har oppnådd et renommé og i forhold til om dette utnyttes av en konkurrent.

I den norske Mozelldommen uttales det imidlertid at ikke enhver kritikkverdig bruk av assosiasjoner rammes, men at det "må opereres med en terskel, og denne vil kunne variere med de konkrete omstendigheter".[914] I Champagneria-saken ble det for eksempel påpekt at hvilken assosiasjon navnet gir, vil avhenge av hvilken kunnskap forbrukerne har fra før.[915] Spørsmålet var blant annet om navnet Champagneria på en restaurant utvannet merket champagne for musserende vin og medførte skade på dette. Lagmannsretten påpekte at navnet Champagneria like gjerne kunne tas til inntekt for at det selges champagne. Det var derfor, i følge retten, ingen fare for utvanning. Lagmannsretten foretok en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt det var renommésnylting og kom frem til at navnet ikke skapte noen sterk forventning om forretningsmessig forbindelse med de ankende parter ut over det opplagte; at stedet solgte champagne. Effekten på mottageren må altså vurderes i det enkelte tilfelle og snylting kan konstateres når terskelen for merkbar påvirkning er overskredet.[916]

I den norske Nettfinn-avgjørelsen ble også sammenhengen mellom de krav som stilles til beskyttelse av et merke og graden av utnyttelse presisert.[917] I følge retten hadde Finn.no tatt en betydelig risiko da selskapet valgte et navn som var så beskrivende og lite distinkt, og som lett kunne gi assosiasjoner til andre navn med "finn" som et ledd i navnet. Retten fant ikke at hensynet til å motarbeide den såkalte snylteeffekten kunne begrunne et forbud, selv om Telecom Europe hadde lagt seg svært nær opp til Finn.no's betegnelse av tjenesten.

Marknadsdomstolen presiserte også i Hygglo-avgjørelsen at en forutsetning for at kan være snakk renommésnylting er at det merket eller produktet som utnyttes er kjent på markedet, og at det forbindes med en annen næringsdrivendes virksomhet.[918]

6.4.4 Markedsundersøkelsers relevans ved vern av renommésnylting

På samme måte som ved vern av velkjente merker kan det være aktuelt å dokumentere i hvilken grad et merke eller produkt er godt kjent i markedet, før renommésnylting kan være aktuelt. Undersøkelser om kjennskap til et merke eller et produkt kan indikere goodwill i markedet.

[913] MD 2000:25 (Hästens I).
[914] Rt 1995 s.1908 (Mozelldommen).
[915] LB-2008-117063 (Champagneria).
[916] Svensson... [et al.] *Praktisk marknadsrätt* (2010) s. 437.
[917] LB-2004-10163 (Nettfinn - kjennelse).
[918] MD 2002:10 (Hygglo).

Markedsundersøkelser som kan ha betydning for vurdering av renommésnylting er fremlagt i noen få norske avgjørelser. De fremlagte markedsundersøkelser i Iskremdommen ble for eksempel ansett å være relevante også ved vurdering av renommésnylting.[919] Retten viste blant annet til at en av markedsundersøkelsene indikerte at navnevalget skapte betydelig fare for forveksling av de to selskapene, med korresponderende mulighet for Norges-Is AS til å nyte godt av den opparbeidete goodwillen.[920] Undersøkelsen ble dermed ansett å være relevant for spørsmålet om renommésnylting.

I den norske Zielinsky-kjennelsen ble det kommentert at det savnes opplysninger om at det blant forbrukere har dannet seg en bestemt oppfatning om at Zielinskys produkt er bedre enn konkurrentenes.[921] Uttalelsen kan tyde på at undersøkelser av den reelle oppfatning i markedet er ansett relevant. Den fremlagte markedsundersøkelsen som skulle dokumentere kjennskap til varemerket Finn ble imidlertid ikke kommentert, og retten foretok en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt begrepet Finn hadde opparbeidet særpreg.[922]

Det ble også fremlagt en markedsundersøkelse for å dokumentere kjennskap til uttrykket "elleville dager" som salgskampanje for Steen & Strøm.[923] Spørsmålet var om registreringen av domenenavnet "ellevilledager.no" var i strid med god forretningsskikk, grunnet Steen & Strøms salgskampanje "elleville dager". Undersøkelsen ble utført av Norsk Gallup Institutt AS på oppdrag av Steen & Strøm i 12 fylker i mars 2005. Av denne fremgikk det at 70 % av befolkningen over 15 år kjente til "elleville dager", 53 % forbandt det med salg og 22 % forbandt det med Steen & Strøm. På spørsmål om hvem som arrangerer "elleville dager" svarte 37 % Steen & Strøm. Retten viste til undersøkelsen og dens resultater, og må dermed ha ansett den som relevant.

Kildematerialet i Danmark må sies å være for tynt til at det kan knyttes noen kommentarer til hvorvidt markedsundersøkelser er ansett relevante i dansk rett. Undersøkelsene som ble fremlagt i Danske Spil-avgjørelsen, knyttet til dokumentasjon for kjennskap til Danske Spil, ble for eksempel ikke kommentert i domspremissene.[924]

I svensk rett er det derimot flere eksempler på at markedsundersøkelser er ansett å ha relevans for spørsmålet om renommésnylting. Det presiseres også at bevisbyrden påhviler den

[919] Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen).
[920] Lassen *Om iskrem i Høyesterett og isenkram i Brønnøysund* Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002 (2002) s. 535-542.
[921] LF 2008-1008 (Zielinsky-kjennelse).
[922] LB-2004-10163 (Nettfinn - kjennelse).
[923] TOSLO-2006-136792 (Elleville dager).
[924] U.2010.1S (Danske Spil).

som påstår at et merke er velkjent i markedet.[925] Marknadsdomstolen la for eksempel til grunn en undersøkelse som dokumenterte at 40 % av kvinnelige helsekostbrukere spontant kunne oppgi Pre Glandin når de skulle nevne et naturmiddel mot PMS-plager. [926] I Eniro-avgjørelsen ble en undersøkelse som viste at 96.7 % kjente til Gulesidorna ansett å være relevant.[927] De fremlagte undersøkelser som skulle dokumentere at Hästens anvendte rutemønster på sengetøy var godt kjent på markedet og hadde opparbeidet seg et særpreg, ble også ansett å være relevante.[928] Markedsundersøkelser ble ansett å dokumentere at Igloo fortsatt var godt kjent i markedet, idet 87 % spontant oppgav Hygglo eller Igloo.[929] Dersom begge parter fremlegger markedsundersøkelser med motsatt konklusjon er det imidlertid en tendens til at retten ikke legger dem til grunn.[930]

I den grad markedsundersøkelser fremlegges som dokumentasjon i saker som omhandler renommésnylting er det for å dokumentere at et merke eller produkt har opparbeidet anseelse i markedet. Undersøkelsene kan ikke si noe direkte om hvorvidt det er snakk om lovstridig snylting. Det må da også kunne hevdes at det vil være vanskelig å stille spørsmål som knyttes direkte til renommésnylting, uten av dette blir ledende.[931] Det må derfor legges til grunn at dokumentasjonen ikke blir mer treffsikker enn det som kan leses ut av generelle innarbeidelsesundersøkelser. Noen nærmere vurderinger av om et merke eller et produkt har *tapt* renommé kan vanskelig måles gjennom empiri.

[925] MD 2005:20 (Live!).
[926] MD 1987:10 (Pre-Glandin).
[927] MD 2007:20 (Eniro).
[928] MD 2000:25 (Hästens I), MD 2001:16 (Hästens II), MD 2002:24 (Hästens III), MD 2002:33 (Hästens IV), MD 2003:3 (Hästens V) og MD 2004:2 (Hästens VI).
[929] MD 2002:10 (Hygglo). Se også MD 1983:3 (Ajax I) og MD 2010:16 (Lokaldelen).
[930] Se for eksempel MD 2004:13 (Residence) og MD 2009:25 (Svenska Spel).
[931] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 467.

7 Kommentarer og refleksjoner til kapittel II

Den juridiske forankring av markedsundersøkelser er i dette kapitlet drøftet i forhold til et forholdsvis stort spenn av materielle lovbestemmelser. Fellesnevneren har vært bestemmelser som åpner for omsetningskretsens oppfatning som del av det enkelte vurderingstema. Jeg har pekt på at rettsanvendere vil kunne ha to tilnærmingsmåter ved vurdering av omsetningskretsens oppfatning; konstruksjon av en gjennomsnittsforbruker og resultater fra en markedsundersøkelse. Dette skillet mellom en formell og reell anvendelse av jussen vil få betydning for om vurderingen baseres på skjønnsmessige kriterier eller en faktisk tilnærming gjennom empiri. Dette vil naturligvis også kunne ha prosessuelle sider som drøftes i kapittel III nedenfor.

En første refleksjon knyttet til markedsundersøkelsers juridiske forankring er de norske lovgivernes taushet når det gjelder spørsmålet om empiri som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning. Markedsundersøkelser nevnes ikke, verken i varemerkelovens eller markedsføringslovens forarbeider. Dette trenger imidlertid ikke å innebære en avvisende holdning til bruk av empiri. En nærliggende forklaring på denne tausheten kan rett og slett være manglende bevissthet rundt bruk av markedsundersøkelser som bevis i norsk rett. Dette står i så fall i kontrast til funn i de svenske kildene, der også visse lovforarbeider eksplisitt nevner markedsundersøkelser som mulig dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning. Analysene viser da også at markedsundersøkelser brukes som bevis i langt større grad i svensk praksis enn tilfellet er i Norge og Danmark.

Det ser også ut til at EU-domstolen har lagt opp til at de nasjonale domstoler i utgangspunktet må anses å være i stand til å vurdere oppfatningen hos gjennomsnittsforbruker ut fra en juridisk fortolkning, og at den bare i spesielle tilfeller trenger å se på markedsundersøkelser.[932] I forhold til spørsmålet om markedsundersøkelsers relevans som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning må utgangspunktet likevel være at disse *kan* være relevante.

Markedsundersøkelsers relevans er vurdert med utgangspunkt i de enkelte vurderingstema. Analysene har da vist at undersøkelsene anses relevante i varierende grad. Den mest iøynefallende forskjellen ligger mellom dokumentasjon for innarbeidelse for særpreg på den ene side og dokumentasjon for forvekslingsfare på den andre. Hvorvidt det foreligger

[932] C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) og C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) . Se også Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part one* IIC (2000) s. 409.

innarbeidelse i et marked vil være et faktisk spørsmål, mens vurderinger av forvekslingsfare vil være et normativt spørsmål.[933] Det er derfor naturlig at markedsundersøkelser lettere anses relevante som dokumentasjon for innarbeidelse enn som dokumentasjon for forvekslingsfare.[934] Dette skillet kan kanskje illustreres ved den svenske Marknadsdomstolens holdning i M&M-avgjørelsen.[935] Domstolen la da til grunn en undersøkelse som skulle dokumentere kjennskap til bokstaven M som varemerke, mens undersøkelsen som skulle dokumentere forvekslingsfare utløste standardformuleringen om at "marknadsundersökningar och deras resultat måste bedömas med försiktighet och får anses ha ett relativt lågt bevisvärde".

Analysene viste også at det kan by på utfordringer å måle empirisk hvorvidt et yngre merke skader et velkjent merkes særpreg eller anseelse. Utfordringene kan knyttes til at det kan være snakk om to helt adskilte omsetningskretser. På tross av at det ene merke ikke skaper noen assosiasjoner til det andre, kan det være behov for en utvidet beskyttelse for det velkjente merke. I slike tilfeller vil det i større grad måtte foretas mer skjønnsmessige vurderinger. Dersom allmennheten er relevant omsetningskrets kan imidlertid markedsundersøkelser anvendes som dokumentasjon for at et merke *er* velkjent.

I og med at avhandlingens tema er rettet mot dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning blir parallellene mellom markedsføringslov og varemerkelov tydelige. Når blikket rettes mot markedet vil det ofte være den samme kretsen som trekkes inn som målestokk, både for varemerkerettslige og markedsføringsrettslige spørsmål. Det vil dermed være mange av de samme vurderingene som legges til grunn ved spørsmål om særpreg, forvekslingsfare og vern mot snylting på merkers eller produkters anseelse. Det vil for eksempel være en flytende grense mellom vern for velkjente merker i varemerkeretten og vern mot renommésnylting i markedsføringsloven.[936]

Analysene viser likevel at det kan utvikles noe ulik praksis for anvendelse av markedsundersøkelser som relevant bevis i varemerke- og markedsføringsrett. Uten at bildet kan sies å være helt entydig, kan det se ut til at fokuset på omsetningskretsens faktiske oppfatning er større i varemerkeretten. En naturlig forklaring kan være at markedsføringsrettens mer fleksible regler åpner for at markedsføringsaktivitetene må vurderes i en større helhet og behovet for avklaring av markedets oppfatning blir mindre. Dette kan for

---

[933] Se for eksempel kommentarer hos Pehrson *Varumärken från konsumentsynpunkt* (1981) s. 159 flg.
[934] Nordell *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens* (2004) s. 380. Se også Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 343.
[935] MD 2010:29 (M&M).
[936] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 483-484.

eksempel gjelde vurderinger av etterligning der også subjektive elementer knyttet til en urimelig handling vil ha betydning når eventuell beskyttelse skal vurderes.

Som nevnt innledningsvis kan det også i praksis være behov for å fremme søksmål der begge regelsett kan utgjøre mulige rettslige grunnlag. Dette er uproblematisk dersom de enkelte tvister kan behandles av den samme domstolen. Dersom varemerkerettslige og markedsføringsrettslige tvister derimot behandles av forskjellige avgjørelsesmyndigheter blir dette skillet satt på spissen. Avgjørelsesmyndighetenes rolle drøftes derfor nærmere i kapittel III pkt. 11 nedenfor.

Kapittel III Prosessuelle føringer og begrensninger

8 Innledning

I dette kapitlet drøftes hvorvidt prosessreglene generelt, og bevisreglene spesielt, kan legge føringer og begrensninger på bruk av markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister.[937] Mer overbyggende prinsipper kan også få betydning for hvordan markedsundersøkelser håndteres av retten, og gjennomgås eksplisitt.

Formålet er å plassere markedsundersøkelser i det prosessrettslige landskapet, samt peke på spesielle problemstillinger som aktualiseres når denne type empiri fremlegges som bevis for faktiske forhold. Blant annet kan det drøftes om markedsundersøkelsers ulike elementer av subjektive vurderinger og rene faktagjengivelser kan føre til spesielle føringer eller begrensninger i bevisfremleggelsen.[938]

I tillegg vil selve utarbeidelsen og analysen av undersøkelsens resultater føre til et behov for bruk av sakkyndig ekspertise. I hvilken grad og på hvilket stadium i prosessen slik ekspertise trekkes inn, drøftes med utgangspunkt i de prosessuelle regler. Den nærmere analyse av den juridiske håndteringen av de vitenskapelige kriterier som ligger til grunn for markedsundersøkelsers verdi gjennomgås i kapittel IV.

Behovet for ekspertise kan også drøftes med utgangspunkt i avgjørelsesmyndighetenes rolle. Allerede det forhold at forvaltningsorganer, i praksis Markedsrådet og Patentstyret, har avgjørelsesmyndighet i de aktuelle saker kan ha prosessuelle konsekvenser. Selve organiseringen kan derfor ha betydning for ulike organers kompetanse. Avgjørelses-myndighetenes organisering i Norge, Danmark og Sverige vil derfor gjennomgås. Selv om de prosessuelle forskjeller mellom de skandinaviske land tilsier at direkte sammenligninger av regler ikke har noe for seg, kan det være interessant å vurdere om organiseringen av avgjørelsesmyndighetene i de ulike land adskiller seg fra hverandre.

[937] Fremstillingen gir ikke uttrykk for en generell redegjørelse for de prosessrettslige problemstillinger, men trekker inn de bestemmelser og kilder som kan ha betydning for fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis.

[938] Denne utfordringen knyttet til forholdet mellom gjengivelse av faktum og rene vurderinger diskuteres også i engelsk juridisk teori, se Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 197 flg.

9 Markedsundersøkelsers materielle forankring

De materielle bestemmelser i varemerke- og markedsføringslov styrer bevistema, gjennom angivelse av rammen for det faktum som er relevant for løsningen av det primære rettsspørsmål.[939] Fortolkningen av innholdet i den enkelte lovbestemmelse vil være med på, eller i det minste bør være med på, å påvirke utformingen av undersøkelsen og analysen av dens resultater. Dersom det materielle vurderingstema misforstås eller feiltolkes, kan ikke markedsundersøkelser som er basert på dette, være relevante som bevis.

Direkte relevante fakta med umiddelbare følger ligner påstandsgrunnlag og kan angis som *rettsfakta*.[940] Gjennomgangen ovenfor viste imidlertid at markedsundersøkelser som bevis for omsetningskretsens oppfatning ikke kan sies å være rettsfakta, men kan være et av flere aktuelle momenter i en bevisføring. Det er dermed mer nærliggende å si at markedsundersøkelser er *bevisfakta* som godtgjør vedkommende rettsfaktum.[941]

Selve analysen av undersøkelsesresultatene vil bygge på en vekselvirkning mellom jus og faktum. Avhengighetsforholdet mellom disse fremkommer ved at jussen generelt er bestemmende for hvilke fakta som har relevans, og fakta er bestemmende for hvilken jus som kan anvendes.[942] Både relevansen og bevisverdien av de konkrete svar som gis i en markedsundersøkelse vil være avhengig av fortolkningen av den materielle forankring. For eksempel kan den juridiske definisjon av omsetningskretsen få avgjørende betydning for hvilke resultater som fremkommer i undersøkelsen. Som påpekt i kapittel II kan det for eksempel gi ulike utslag om spørsmålene stilles til et merkebevisst publikum, enn om de samme spørsmål stilles til et mer prisbevisst publikum.

Når det i en konkret tvist skal tas standpunkt til et praktisk spørsmål bygges det både på rettskilder og fastsettelse av faktiske forhold.[943] Ved spørsmål om markedsundersøkelser som dokumentasjon for faktiske forhold vil det imidlertid også være nødvendig å vurdere samspillet mellom den juridiske forankring og de vitenskapelige kriterier, jfr. kapittel IV nedenfor. Det kan derfor være behov for å vurdere om det i prosessretten tas høyde for dette samspillet når markedsundersøkelser fremlegges som bevis.

---

[939] Nygaard *Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane* TfR (2002) s. 44.
[940] Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 276.
[941] NOU 2001: 32 B s. 703.
[942] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 33 og 34.
[943] Aarbakke *Harmonisering av rettskilder* TfR (1966) s. 515 flg.

10 Fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis

10.1 Saksforberedelsen i domstolen

Både eksisterende markedsundersøkelser og undersøkelser som utarbeides direkte i forbindelse med en konkret tvist kan være relevante som bevis. For begge kan det dukke opp prosessuelle spørsmål allerede i forbindelse med saksforberedelsen for retten. Det kan derfor være interessant å vurdere hvorvidt det i denne fasen finnes prosessuelle føringer som får betydning for angivelsen av markedsundersøkelser som bevis.

Når rettssaken er en realitet kan markedsundersøkelser legges frem som bevis for påstander fra både saksøker og saksøkte. I så fall må det redegjøres for dette under saksforberedelsen. Den første muligheten saksøker har for å angi undersøkelsen som bevis er i stevningen, jfr. tvl. § 9-2 første ledd bokstav e. Dersom saksøkte på sin side vil fremlegge en undersøkelse kan dette angis i tilsvaret, jfr. § 9-3 tredje ledd bokstav c. På dette tidspunktet skal bevisene angis så langt en har oversikt over dem.[944] Det slås fast i tvl. § 21-6 annet ledd at partene må angi hva beviset skal godtgjøre og gi en kort redegjørelse for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset.

Det kan imidlertid variere hvor langt planlegging eller utarbeidelse av en markeds-undersøkelse er kommet på dette stadiet. Dersom undersøkelsen er under utarbeidelse kan fremleggelsen begrenses til en angivelse av undersøkelsesmetode og undersøkelsesspørsmål. Men det kan også være en strategisk beslutning fra partens side å vente med angivelsen av en undersøkelse som bevis. Det kan blant annet være nærliggende å vente med å legge frem undersøkelsen inntil det er avklart om resultatene støtter egen påstand. Det kan også tenkes at det ikke engang er planlagt noen undersøkelse på dette stadiet. Ønsket om å utarbeide en undersøkelse kan oppstå når behovet for bevis blir klarere. I og med at kostnadene ved å utarbeide en markedsundersøkelse er forholdsvis høye, er det naturlig å avpasse disse i forhold til behovet for dokumentasjon av omsetningskretsens oppfatning. Slike overveielser underveis kan føre til at undersøkelsen ikke blir lagt frem før ganske sent i saksforberedelsen. Eventuell uthaling av tidspunktet for fremleggelse av en undersøkelse som bevis kan gi prosessuelle konsekvenser som drøftes straks nedenfor.

Dersom retten har fastsatt et planleggingsmøte kan også dette være en viktig arena for avklaring av bevisføringen. Sentrale temaer som kan avklares på et planleggingsmøte kan

[944] NOU 2001: 32 B s. 746.

være bruk av skriftlige forklaringer, drøftelser omkring bevisføring og spørsmål i forhold til rettens sammensetning, jfr. tvl. § 9-4. Det vil da være naturlig at markedsundersøkelsen, eller eventuelle planer om å utarbeide en slik, angis her.[945]

Markedsundersøkelser kan også fremlegges som bevis i senere saksforberedende møter. I og med at det i den norske tvisteloven er lagt opp til større bruk av slike møter har også denne muligheten til avklaring av bevis på et tidligere tidspunkt økt.[946] Disse reglene tilknyttet saksforberedelsen er også ment å være en oppfølging av rettens generelle plikt til aktiv saksstyring i tvl. § 11-6.[947]

Under saksforberedelsen fremkommer denne plikten til aktiv saksstyring ved at retten aktivt og planmessig skal styre saksforberedelsen for å oppnå en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig behandling, jfr. tvl. § 9-4 første ledd. Hvorvidt slike hensyn kan være et hinder for fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis kan dermed vurderes av retten. Hensynet til konsentrasjon må imidlertid avveies mot hensynet til forsvarlig saksbehandling. Rettens grunnlag for å foreta slike avveninger kan være gjennomgåelsen av bevisføringen og vurdering av om det bør oppnevnes sakkyndige, jfr. tvl. § 9-4 annet ledd bokstav f. Selv om retten her er gitt større muligheter til å avgrense partenes innlegg og bevisføring, har departementet understreket at det bør være et mål at behovet for å anvende hjemlene blir minst mulig.[948]

Det kan også spørres om dommeren skal gi mer direkte veiledning med hensyn til betydningen av å fremlegge dokumentasjon for faktisk oppfatning i markedet.[949] Det er blant annet i dansk rett presisert at retten kan oppfordre en part til å fremlegge dokumenter, tilveiebringe syn eller skøn eller for øvrig føre bevis, når sakens faktiske omstendigheter uten sådan bevisføring ville henstå som uvisse, jfr. Rpl. § 339 stk. 3.[950] I Norge valgte departementet ikke å lovfeste en generell veiledningsplikt knyttet til forhold som ikke var lagt frem, men påpekte at det vil være en fordel dersom det likevel skjer.[951] Det gjenstår imidlertid å se hvorvidt norske domstoler vil benytte denne muligheten.

---

[945] Også i dansk prosessrett er hovedregelen at retten innkaller partene til et forberedende rettsmøte, jfr. dansk Rpl. § 353, se Rygaard *Domstolsreformen i Danmark* NIR (2007) s. 62. I den svenske prosessretten følger valget mellom skriftlig eller muntlig saksforberedelse av RB 42:9.
[946] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 401.
[947] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 407. Se også Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 401 og 541 flg. Den sterke vekten på rettens aktive saksstyring er hevdet å være den viktigste nyheten i den norske tvisteloven, se Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 171.
[948] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 392.
[949] Bestemmelsen om rettens generelle veiledningsplikt fines i tvl. § 11-5.
[950] Rettens aktive styring følger i dansk rett av Rpl. § 339 stk 1 og 2.
[951] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 407.

Rettens aktive saksstyring under saksforberedelsen har tradisjonelt vært mye tydeligere i tysk rett. Det skal imidlertid påpekes at den tyske prosessen også i sterkere grad har en inndeling i forberedende fase (Vorbereitungsphase) og hovedforhandling (Hauptverhandlung).[952] Den tyske dommeren setter seg godt inn i saken i den forberedende fase og sorterer bevis og anførsler etter et sorteringsprinsipp som skal skjære bort unødvendig bevisføring gjennom den såkalte "Relationstechnik", i norsk teori oversatt til Relasjonsmetoden.[953] Selv om det er retten som avgjør om et omtvistet faktaspørsmål er avgjørende, vektlegges interaksjonen mellom dommeren og partene i denne fasen. Dommeren har i tysk rett en sterk oppklarings og veiledningsplikt, jfr. ZPO § 139.[954] Den materielle prosessledelsen åpner dermed for at partene får anledning til å klargjøre fakta på et tidlig stadium.

Dersom undersøkelsen fremlegges i senere prosesskrift i norsk rett, må det tas hensyn til at saksforberedelsen som hovedregel avsluttes to uker før hovedforhandlingens begynnelse, jfr. tvl. § 9-10 første ledd.[955] Dersom retten krever at partene inngir et sluttinnlegg skal påstand, påstandsgrunnlag, rettsregler og bevis angis i dette siste innlegget, jfr. tvl. § 9-10 annet ledd. Som nevnt ovenfor kan det for partene være en vurdering hvorvidt undersøkelsen overhodet skal fremlegges som bevis, og sluttinnlegget vil da være siste mulighet.

To ukers fristen må også ses i sammenheng med tvl. § 9-16 første ledd som blant annet angir at en part ikke kan tilby nye bevis etter avsluttet saksforberedelse, dersom motparten protesterer. Unntak gjelder dersom det nye beviset er foranlediget av motpartens sluttinnlegg og kan fremlegges før hovedforhandlingen, eller retten tillater det.[956] Hovedregelen om at det ikke kan tilbys nye bevis etter sluttinnlegget skal gi mer klarhet i tvisten før hovedforhandlingen, samt ivareta hensynet til konsentrasjon.[957] Dersom en markedsundersøkelse fremlegges som et nytt bevis i sluttinnlegget, må det vurderes om motparten skal gis anledning til å fremskaffe motbevis. Det må imidlertid også være på det rene at dersom sentrale bevis fremlegges på dette tidspunktet, kan det medføre omberammelse av saken ved at det anses "nødvendig for å sikre forsvarlig behandling", jfr. tvl. § 16-3 første ledd. Retten kan omberamme saken dersom den finner at en umiddelbar fortsettelse av saksbehandlingen vil være til hinder for at saken blir korrekt og fullstendig opplyst.[958] Dersom motparten ikke får mulighet til å imøtegå beviset før hovedforhandlingen starter, ved for eksempel å innkalle

[952] Murray og Stürner *German civil justice* (2004) s. 191.
[953] Uecker *Effektivisering av sivilprosessen i Tyskland* LoR (2001) s. 361.
[954] Zivilprozessordnung (ZPO) av 30.01.1877.
[955] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 395.
[956] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 395. Se også Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 424.
[957] NOU 2001: 32 B s. 754.
[958] Ot.prp. nr 74 (2005-2006) s. 423.

et sakkyndig vitne, kan det utvilsomt gi grunnlag for omberammelse. En annen mulighet er selvsagt at retten avskjærer beviset som for sent fremsatt.[959]

Markedsundersøkelser må derfor legges frem på et så tidlig stadium at motparten gis anledning til å imøtegå undersøkelsens resultater, samt de kriterier analyse og resultater er basert på.

10.2 Sentrale prinsipper for bevisføringen

10.2.1 Veiledning i formålsparagrafen

Formålsparagrafen i den norske tvisteloven angir at loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettstvister, samt ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene, jfr. tvl. § 1-1 første ledd.[960] Formålsbestemmelsen vil være veiledende for de hensyn som skal tas ved tolkningen av tvistelovens mange skjønnsmessige vurderingstemaer.[961]

Hovedelementene i EMK artikkel 6 nr. 1 gjenfinnes i denne formålsbestemmelsen. I tillegg har det norske tvistemålsutvalget her blitt inspirert av den engelske reformen og formålsbestemmelsen i Civil Procedure Rules (CPR) 1.1.[962]

Av de virkemidler som skal bidra til å oppfylle formålet nevner loven selv i annet ledd; partenes rett til innsyn og mulighet for å imøtegå bevis, muntlighet, bevisumiddelbarhet, krav til proporsjonalitet, likhet i prosessuelle ressurser og at viktige avgjørelser kan overprøves.[963] Disse virkemidlene er basert på sentrale prinsipper i den norske sivilprosessen.[964] Både prinsipper og virkemidler gjenfinnes i de ulike spesialbestemmelsene i tvisteloven og kan få betydning for om markedsundersøkelser kan fremlegges som bevis. Spesielt kan hensynene

---

[959] Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 755. Se også pkt. 10.4 nedenfor.

[960] NOU 2001: 32 A s. 149 flg., NOU 2001: 32 B s. 649 flg. og Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 44 og 363. Se også Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 21 flg.

[961] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 21-22.

[962] Det norske tvistemålsutvalgets inspirasjon og oversettelse av den engelske formålsparagrafen er drøftet av Robberstad, se Robberstad *Utenlandske sivilprosessforbilder - for Francis Hagerup og Tvistemålsutvalget (NOU 2001:32)* Festskrift till Per Henrik Lindblom (2004) s. 579 flg. Den norske tvisteloven er også på andre punkter tydelig inspirert av den engelske reformen, se Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 30-31.

[963] I engelsk rett er det påpekt at bevisføringen kan begrenses i henhold til formålet om at prosessen skal ta hensyn til likebehandling, kostnadsbesparing, proporsjonalitet, sakens betydning, sakens kompleksitet, partenes økonomiske stilling og hensynet til forsvarlig saksbehandling, se Loughlin og Gerlis *Civil procedure* (2004) s. 473. Det samme fremkommer altså av den norske formålsbestemmelsen.

[964] Hovedprinsippene som ligger til grunn for den norske sivilprosessen er definert i juridisk teori, se for eksempel Hov *Rettergang I* (2010) s. 141 flg., Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 477 flg. og Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 6 flg. Prinsippene er gjengitt og defineres kort i forarbeidene til tvisteloven, se Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 34 og 35.

knyttet til kontradiksjon, proporsjonalitet og bevisumiddelbarhet legge føringer eller begrensninger for fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis, og disse drøftes nærmere nedenfor.

10.2.2 Prinsippet om fri bevisføring

Prinsippet om fri bevisføring innebærer at partene kan påberope de bevis de ønsker. Dersom det ikke stilles noen formelle krav til hva som kan utgjøre et bevis kan partene fremlegge markedsundersøkelser som dokumentasjon for faktiske forhold. Prinsippet om fri bevisføring må også ses i sammenheng med prinsippet om fri bevisvurdering, som behandles i kapittel V pkt. 19.1 nedenfor. Saksbehandlingen for domstolen vil dermed styres av bevisfrihet, både i forhold til bevisføring og bevisvurdering.[965]

I den norske tvisteloven fremkommer prinsippet om rett og plikt til bevisføring av tvl. § 21-3 første ledd første punktum.[966] Partenes adgang til fri bevisføring er i dansk rett ansett å være en konsekvens av fri bevisbedømmelse, jfr. dansk Rpl. §§ 344 stk 2.[967] I svensk rett fremkommer prinsippet ved at det i utgangspunktet ikke råder noen begrensninger i forhold til hvordan bevisene blir fremlagt, og følger av RB 35:1.[968]

Partenes rett til å føre de bevis de ønsker er en naturlig følge av at hovedansvaret for bevisføringen ligger hos partene, jfr. tvl. § 11-2 annet ledd, første punktum. Det vil jo i utgangspunktet være partene som best kjenner sakens fakta og har de beste forutsetninger for å fremskaffe bevisene. [969] Når omsetningskretsens oppfatning er vurderingstema er imidlertid ikke dette like klart. Fremskaffelse av empiri knyttet til markedets oppfatning vil måtte baseres på visse subjektive elementer, og resultater og analyse kan være farget av den ene partens preferanser. Det kan dermed diskuteres om markedsundersøkelser virkelig gir uttrykk for de faktiske omstendigheter. Eventuell usikkerhet knyttet til dette kan ha prosessuelle konsekvenser for anerkjennelse av undersøkelser som bevis. Blant annet kan det være interessant å vurdere hvorvidt prinsippet om fri bevisføring bør begrenses i forhold til hva slags bevismiddel slike undersøkelser kan anses å være.

Prinsippet om fri bevisføring må likevel kunne sies å være en forutsetning for at markedsundersøkelser kan fremlegges som bevis i retten.

---

[965] Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 514.
[966] NOU 2001: 32 A s. 460 flg, NOU 2001: 32 B s. 945-946 og Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 453-454.
[967] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 561.
[968] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) 34.
[969] Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 221.

10.2.3 Proporsjonalitetsprinsippet

Generelle begrensninger for bruk av markedsundersøkelser som bevis kan blant annet begrunnes i proporsjonalitetsprinsippet. Det skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen, jfr. tvl. § 21-8 første ledd.[970] Proporsjonalitetsprinsippet er også angitt i formålsbestemmelsen, jfr. tvl. § 1-1 annet ledd fjerde strekpunkt. Tvistemålsutvalget ønsket at et proporsjonalitetsprinsipp skulle bidra til raskere, billigere og mer kostnadseffektiv prosess.[971] Det er derfor også en sammenheng mellom proporsjonalitetsprinsippet og rettens plikt til aktiv saksstyring.[972] Retten har plikt til å påse at saksbehandling og kostnader står i rimelig forhold til sakens betydning. Aktiv saksstyring er dermed både ment å gi en hurtigere prosess, samt være et viktig redskap for å gjennomføre og håndheve proporsjonalitetsprinsippet.[973]

Gjennomføring av en markedsundersøkelse kan være relativt kostbar og vil dermed øke prosessomkostningene. Dette må ses i forhold til den alminnelige forholdsmessighets-begrensning for hvilke undersøkelser partene plikter å foreta.[974] Dersom en av partene, eller begge, vurderer å få utarbeidet en markedsundersøkelse bør det på et tidlig stadium avklares om slike vil godtas som bevis, jfr. også redegjørelsen for bevisavskjæring i pkt. 10.4 nedenfor. For at dette skal være effektivt må bevisavskjæring finne sted allerede under saks-forberedelsen.[975] Det fordrer også at den part som ønsker å utarbeide en undersøkelse opplyser om dette på et tidlig stadium.

Proporsjonalitetsprinsippet skal tilgodese hensynet til at ulikheter i ressursene ikke skal være avgjørende for sakens utfall, jfr. tvl. § 1-1 annet ledd femte strekpunkt.[976] I forarbeidene vises det til at ressurssterke parter vil ha mulighet for å sette inn større ressurser i en sak enn ressurssvake, og dette kan få betydning for utfallet av saken.[977] Det skal derfor tilstrebes likhet i de prosessuelle ressurser. Tvistemålsutvalget nevnte som eksempel på begrensning av denne ulikheten at den ressurssterke part kan hindres i å føre sakkyndige vitner, eventuelt at den ene parten stiller midler til rådighet for den andre.[978] I og med at utarbeidelse av markedsundersøkelser er kostbart vil den ressurssterke ha større muligheter for å gjennomføre

[970] NOU 2001: 32 A s. 460 og 266.
[971] NOU 2001: 32 A s. 131-133 og s. 142 og Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 50.
[972] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 42. Se også Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 541-542.
[973] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 42.
[974] NOU 2001: 32 B s. 947.
[975] Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 224.
[976] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 25-26.
[977] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 38.
[978] NOU 2001: 32 A s. 143.

en slik undersøkelse enn en ressurssvak. I forhold til norsk rettspraksis er det naturlig å nevne Gule sider dommen der åpenbart ressurssterke Findexa fikk gjennomført flere markeds-undersøkelser som ble lagt til grunn av Høyesterett, mens motparten ikke fremla noen slike.[979] I tilfeller der bare den ene parten har ressurser til å gjennomføre undersøkelsen kan det derfor tenkes at hensynet til ulikheter i ressursene fører til at beviset nektes fremlagt.

Dersom begge parter fremlegger markedsundersøkelser som bevis vil proporsjonalitets-prinsippet få enda større betydning. Dette blir satt på spissen i tilfeller der resultatene fra de aktuelle undersøkelsene gir motsatte konklusjoner. Den svenske Marknadsdomstolen har i slike tilfeller tilsynelatende "nullet ut" undersøkelsene og ikke vektlagt noen av dem.[980]

10.2.4 Muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippene

I saker som behandles muntlig skal bevisføringen foregå direkte for den dømmende rett, jfr. tvl. § 21-9.[981] Parter, vitner og sakkyndige skal som hovedregel avhøres under den muntlige forhandlingen i tingretten og i lagmannsretten, jfr. tvl. § 9-14 første ledd jfr. § 9-9 første ledd.[982] I og med at det for Høyesterett er middelbar bevisføring, jfr. § 30-11 første ledd annet punktum, blir det her et spørsmål om hvordan resultatene fra markedsundersøkelser kan møte kravet til bevisumiddelbarhet i tingrett og lagmannsrett.

I den bevismessige vurderingen vil markedsundersøkelser komme i en særstilling, idet resultatene fra undersøkelsen som fremlegges som bevis er basert på utsagn som er innhentet utenfor retten. Respondentenes konkrete utsagn er dermed ikke gjenstand for umiddelbar bevisføring. Dersom muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippene skal følges fullt ut innebærer det at respondentene må møte i retten og avgi forklaringer direkte for den dømmende rett. Med tanke på at antallet respondenter vil være forholdsvis høyt, vil det utvilsomt kunne by på problemer med middelbar bevisføring for de enkelte svar som gis i undersøkelsen. Slike forsøk er imidlertid gjort i engelsk praksis, se nærmere i pkt. 10.5 nedenfor.

---

[979] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) Spørsmålet om "equal access to court" er kjent fra andre land. Et eksempel fra amerikansk rettspraksis er at ressurssterke Warnes Brothers fikk "disadvantage" ved et copyrights søksmål, jfr. Warner Bros. Inc. v. Dae Rim Trading Inc. 677 F. Supp, 740 (S.D.N.Y 1988). Temaet er drøftet i Kunstadt *Trade marks: not just for the rich and famous* JIPLP (2008) s. 451 flg.

[980] Se MD 2004:13 (Residence) og MD 2009:25 (Svenska Spel).

[981] NOU 2001: 32 B s. 950 og Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 455.Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1021 og Hov *Rettergang II* (2010) s. 1094 flg.

[982] Regler om bevisumiddelbarhet følger også av dansk Rpl, § 340 stk. 1 og § 344 stk. 1 og og svensk RB 17:2 og 30:2. Se Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 27.

I forhold til selve analysen av resultatene vil det være mulig å følge bevisumiddelbarhetsprinsippet, ved at den som har utført analysen møter i retten som sakkyndig vitne.[983] Dette gjelder også i Høyesterett, jfr. tvl. § 30-11 første ledd første punktum.

Oppmykingen av muntlighetsprinsippet i prosessreformen har imidlertid ført til unntak også i forhold til reglene om bevisumiddelbarhet. For bruk av markedsundersøkelser kan spesielt oppmykingen av forbudet mot å fremlegge skriftlige forklaringer som bevis ha stor betydning, se nærmere i pkt. 10.3.3 nedenfor.

I og med at innslaget av skriftlighet tradisjonelt har vært betydelig større i forvaltningen enn i domstolsbehandlingen har det på dette punktet vært et skille mellom domstolsprosessen og forvaltningen.[984] Etter oppmykingen av muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet i tvisteloven, kan det imidlertid antas at disse vil nærme seg hverandre.

10.2.5 Kontradiksjonsprinsippet

Oppmykingen av bevisumiddelbarhetsprinsippet fører til at den annen part må gis mulighet til å avhøre den som har avgitt en forklaring. Bevisumiddelbarhetsprinsippet henger derfor sammen med prinsippet om kontradiksjon.[985] Dersom markedsundersøkelser kan fremlegges i større grad, må også hensynet til kontradiksjon trekkes inn spesielt.

Tvl. § 11-1 tredje ledd knesetter en viktig side av kontradiksjonsprinsippet; retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.[986] Kontradiksjonsprinsippet innebærer dermed at det ikke skal avsies dom eller treffes andre viktige avgjørelser uten av partene har fått anledning til å uttale seg.[987] Partenes rett til innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis er spesifikt angitt i formålsparagrafen, jfr. tvl. § 1-1 annet ledd annet strekpunkt.

Ved fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis blir det et spørsmål om hvordan kontradiksjonsprinsippet kan oppfylles. Motparten kan selvsagt, ved krysseksaminasjon i hovedforhandlingen, trekke hele undersøkelsen i tvil ved å kritisere metoden. Dersom hensynet til kontradiksjon skal ivaretas fullt ut må imidlertid motparten i prinsippet være med allerede ved vurderingen av de kriterier som ligger til grunn for undersøkelsen, jfr. gjennomgangen i kapittel IV nedenfor. Nettopp slik kritikk knyttet til motpartens manglende

[983] Se pkt. 10.3.2 nedenfor.
[984] Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 528.
[985] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 30.
[986] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 403-404.
[987] Hov *Rettergang I* (2010) s. 141.

deltagelse ble fremsatt av dommeren i Tabac-avgjørelsen. [988] Undersøkelsen ble ikke tillagt særlig vekt av retten med blant annet følgende begrunnelse: "Om Gallupundersøkelsen er ytterligere å bemerke at ankemotparten ikke har vært med ved utformingen av spørsmålene, og det kan ikke utelukkes at en annen spørsmålsstilling kunne gitt andre resultater." Kontradiksjonsprinsippet ivaretas altså best dersom motparten har hatt mulighet for å imøtegå metoden allerede ved utformingen av selve undersøkelsen. Jeg har imidlertid ikke funnet noen eksempler på dette i norske avgjørelser. Det er derfor mest nærliggende å legge til grunn at kontradiksjonsprinsippet må vurderes med utgangspunkt i at den ene parten har utarbeidet en undersøkelse som så legges frem som bevis.

For at kontradiksjonsprinsippet skal kunne tilgodeses i slike tilfeller må motparten få tilstrekkelig med tid på seg til å kunne imøtegå undersøkelsen.[989] Tatt i betraktning diskusjonen ovenfor om at fremleggelse av markedsundersøkelser kan komme sent i saksforberedelsen, kan det bli vanskelig fullt ut å sikre kontradiksjon.

Uavhengig av på hvilket stadium undersøkelsen bringes inn, kan det spørres om juristene har den nødvendige sakkunnskap til å stille de kritiske spørsmål knyttet til metoden.[990] Det kan derfor være behov for å vurdere å trekke inn sakkyndige vitner som kan vurdere undersøkelsen, også fra motpartens side. For at dette skal være mulig må det igjen forutsettes at undersøkelsen angis som bevis så tidlig i saksforberedelsen at også motparten får tid til å angi et sakkyndig vitne som bevis.

Kontradiksjonsprinsippets viktigste side i forvaltningen er retten til å få varsel og rett til innsyn i grunnlaget for avgjørelsen.[991] Ved behandling i Markedsrådet eller i Patentstyret fremkommer prinsippet ved at motparten skal varsles og gis rett til å uttale seg, jfr. fvl. § 33 tredje ledd. Dersom det kontradiktoriske prinsipp skal få innflytelse må varselet også her komme så tidlig at motparten får tid til å vurdere de fremsatte argumenter og avveie innholdet.[992]

---

[988] Eidsivating Lagmannsrett 25. oktober 1976 (TABAC). Dommen er omtalt i NIR 1982 s. 333.
[989] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 30.
[990] Sandgren *On Empirical Legal Science* Scandinavian studies in law (2000) s. 467-468 og 476.
[991] Graver *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 97.
[992] Sletten *Domstollignende forvaltningsorganer* (1990) s. 67.

10.3 Hva slags bevismiddel er en markedsundersøkelse?

10.3.1 Realbevis

Markedsundersøkelser som bevis vil bestå av flere elementer som kan gi ulike bevismessige vurderinger. Det kan for det første stilles spørsmål ved om de resultater som kan hentes direkte ut fra undersøkelsen, presentert som et skriftlig dokumentbevis knyttet til faktiske forhold, kan være *realbevis*, jfr. tvl § 26-1.

I forarbeidene til tvisteloven er realbevis negativt avgrenset som andre bevismidler enn forklaringer fra parter, vitner og sakkyndige.[993] Et realbevis skal kun inneholde en erklæring eller en beskrivelse, ikke en bedømmelse av de gjorte funn. Idet analyse og vurderinger av resultatene fra undersøkelsen kan innebære et element av bedømmelse kan dette falle utenfor definisjonen av realbevis. Men også selve resultatet, presentert som oppfatningen til en prosentvis angitt del av en omsetningskrets, kan være preget av subjektive elementer knyttet til gjennomføring av undersøkelsen.[994]

De tvil som reiser seg med hensyn til om markedsundersøkelser kan fremlegges som realbevis forsterkes når reglene for bevisføring vurderes. Et dokumentbevis skal gjennomgås i rettsmøtet og det som er viktig skal påpekes, jfr. tvl. § 26-2.[995] Gjennomgangen skal ikke være mer omstendelig enn behovet for forsvarlig bevisføring tilsier, men retten og motparten skal få vite hva parten mener er av betydning i dokumentene. Hele dokumentet vil etter en slik gjennomgang utgjøre en del av avgjørelsesgrunnlaget, slik at retten innenfor rammen av kontradiksjonsprinsippet i § 11-1 tredje ledd kan bygge også på de deler av dokumentet som ikke er lest opp eller omtalt.[996] For markedsundersøkelser blir det et spørsmål om parten i sin bevisføring kan trekke ut resultatene fra undersøkelsen, uten å gå nærmere inn på en redegjørelse for de bakenforliggende valg og vurderinger knyttet til utforming og analyse.

Det må ganske kort kunne slås fast at markedsundersøkelser ikke kan fremlegges som realbevis, grunnet de klare subjektive elementer ved utforming og analyse av undersøkelsen.

---

[993] NOU 2001: 32 B s. 977. Se også Hov *Rettergang II* (2010) s. 1075 og Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1202.
[994] Se om håndteringen av de undersøkelsestekniske kriterier i kapittel IV nedenfor.
[995] NOU 2001: 32 B s. 978 og Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 466.
[996] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1021. Dokumenter det var vist til, men ikke opplest, ble også ansett å være en del av avgjørelsesgrunnlaget etter tvml. 1915 § 183, se Skoghøy *Tvistemål* (2001) s. 665.

10.3.2 Sakkyndig bevis

Sakkyndig bevis er en fagkyndig vurdering av visse faktiske forhold i saken, jfr. tvl. § 25-1. Hovedformålet med slike bevis er dermed å tilføre sakkunnskap knyttet til de faktiske spørsmål. Sakkyndig bevis kan imidlertid også anvendes for å tilføre saken bevisfakta.[997]

Når markedsundersøkelser fremlegges som bevis kan sakkyndiges uttalelser og vurderinger i tilknytning til disse få betydning, både gjennom tilføring av sakkunnskap og direkte som bevis for omsetningskretsens oppfatning. Regler for sakkyndig bevis kan derfor få innvirkning på bruk av markedsundersøkelser som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning.

Tvisteloven skiller mellom rettsoppnevnte og partsoppnevnte sakkyndige. Dersom det er nødvendig for å få et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag i saken kan retten, etter begjæring av en part eller av eget tiltak, sørge for *rettsoppnevnt sakkyndig,* jfr. tvl. § 25-2 første ledd. Dersom retten skulle ønske å få utført en markedsundersøkelse vil det være disse reglene som kommer til anvendelse. Jeg har imidlertid ikke funnet noen norske rettssaker der dette er gjort. Selv om reglene i den svenske rättegångsbalken kapittel 40 er bygget opp rundt oppfatningen om at domstolssakkyndige bør anvendes fremfor partssakkyndige, er det heller ikke vanlig med rettsoppnevnte sakkyndige i Sverige.[998] Ved spørsmål om å oppnevne sakkyndige er det naturlig at retten også tar stilling til om det i stedet skal utnevnes fagkyndige meddommere, jfr. drøftelsene i pkt. 11.1.3 nedenfor.

I dansk prosessrett går det et skille mellom regler om syn og skøn i retsplejelovens kapittel 19 på den ene side og sakkyndige erklæringer på den andre.[999] Syn og skøn avholdes etter begjæring av partene, men skjønnsmannen som avholder denne må oppnevnes av retten, jfr. Rpl. § 196 stk 1. Den sakkyndige uttaler seg da om de faktiske, ikke de rettslige, forhold.[1000] Når vurderingstema er knyttet til omsetningskretsens oppfatning kan syn og skøn anvendes for å gi uttalelser om den faktiske oppfatning. Som eksempel fra rettspraksis kan nevnes den første Montana-avgjørelsen.[1001] De fremlagte skjønnserklæringer var der sentrale i bevisføringen for spørsmålet om lovstridig etterligning av et reolsystem. Også i dommen om etterligning av bordløfter ble syn og skøn anvendt i vurderingen av lovstrid.[1002] Skjønns-

[997] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 282.
[998] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 287-288.
[999] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 629. Se også Bang-Pedersen og Christensen *Den civile retspleje* (2010) s. 493 flg.
[1000] Hørlyck *Syn og skøn* (2004) s. 27.
[1001] U.1999.1859S (Montana I).
[1002] U.2008.1834H (Bordløfter). I SH2009.V-0107-07 (Transformers) fremla en professor med spesialområde i medie- og barnekultur en erklæring om hvordan barn i alder 5-9 år oppfatter merker på leketøy.

mannen skulle blant annet ta stilling til om bordløftene ga det samme helhetsinntrykk, og om det var en umiddelbar fare for at avtagerne forvekslet dem. Retten tiltrådte skjønnsmannens forklaring om at det ikke var en nærgående etterligning. Det var imidlertid også fremlagt en markedsundersøkelse, som ikke ble kommentert av retten. Markedsundersøkelser kan dermed bli stående som en motsats til skjønnsmannens forklaring. I den danske Fisherman's Friend-avgjørelsen hevdet for eksempel motparten at reglene om syn og skøn ikke var blitt fulgt ved fremleggelse av en markedsundersøkelse.[1003] Retten kommenterte ikke dette i sine premisser og hvordan en eventuell konflikt mellom disse kan løses er dermed uvisst.

En part kan også føre *sakkyndige vitner* som bevis, jfr. tvl. § 25-6. Vitnereglene vil gjelde for sakkyndige vitner og er i stor grad likelydende i de skandinaviske land.[1004] I dansk prosessrett er regler for sakkyndige vitner utviklet i rettspraksis og er betegnet som en mellomform mellom syn og skøn og sakkyndige erklæringer.[1005] Både i norsk og svensk rett følges prosessreglene for vitner, jfr. henholdsvis tvl. 24-1 flg. og RB 40:19.[1006]

For markedsundersøkelser som bevis kan sakkyndige vitner være aktuelle i flere relasjoner. Behovet for sakkyndig kunnskap vil utvilsomt være til stede under utarbeidelsen av selve undersøkelsen. Sakkyndige vurderinger vil da ligge til grunn både ved valg av undersøkelsesmetode, målpopulasjon og undersøkelsesspørsmål.[1007] Analysen av respondentenes svar vil også være preget av sakkyndige vurderinger, ved at svarene tolkes. De subjektive elementene i disse vurderingene kan trekkes inn i selve bevisføringen, ved at den som har utarbeidet undersøkelsen møter i retten som partsoppnevnt sakkyndig vitne for oppdragsgiver, jfr. tvl. § 25-6 første ledd.[1008] Dette gir også motparten anledning til å stille kritiske spørsmål til det sakkyndige vitnet, angående den anvendte metode og etterfølgende analyse.[1009] Det sakkyndige vitne gis da selv anledning til å stille spørsmål til parter, vitner og andre sakkyndige, jfr. tvl § 25-6 annet ledd første punktum. Det kan også være aktuelt for motparten å føre et annet sakkyndig vitne som kommenterer selve undersøkelsen og de resultater den har gitt, samt stiller kritiske spørsmål.

[1003] U.2007.1896H (Fisherman's friend).
[1004] Se svensk RB kap 40, samt Bolding *Går det att bevisa?: perspektiv på domstolsprocessen* (1989) s. 40-41 og Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 281 flg. Se dansk Rpl. kap 19, samt Gomard og Kistrup Civilprocessen (2007) s. 628 flg.
[1005] Hørlyck *Syn og skøn* (2004) s. 74.
[1006] Hov *Rettergang II* (2010) s. 1081, Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 286-287.
[1007] Se om de undersøkelsestekniske krav i kapittel IV nedenfor.
[1008] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 466.
[1009] I Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen) ble det for tingretten avhørt tre sakkyndige vitner som uttalte seg om de fremlagte markedsundersøkelser.

Både den rettsoppnevnte og den partsoppnevnte sakkyndige skal avgi en skriftlig erklæring, jfr. tvl. § 25-5 første ledd. Slike sakkyndige erklæringer må ses i sammenheng med adgangen til å legge frem skriftlige forklaringer i saken etter tvl. § 21-12 annet ledd.[1010]

I og med at bruk av sakkyndige vil være kostnadskrevende, må retten også foreta en avveining av behovet ut fra proporsjonalitetsprinsippet i tvl.§ 1-1 annet ledd fjerde strekpunkt. Dette gjelder spesielt dersom partene ønsker å utarbeide hver sin undersøkelse.

10.3.3 Utenrettslige forklaringer som bevis

Dersom en markedsundersøkelse som er utarbeidet "i felten" i forkant av en rettssak, skal kunne fremlegges som bevis, må forholdet til muntlighet og bevisumiddelbarhet avklares. Som det fremgår ovenfor vil også utarbeidelse og analyse av markedsundersøkelser inneholde subjektive elementer som direkte eller indirekte kan ha betydning for undersøkelsens resultater. Markedsundersøkelser må dermed behandles som utenrettslige skriftlige forklaringer.

Etter tvistemålsloven av 1915 kunne utenrettslige forklaringer av andre enn rettsoppnevnt sakkyndig bare fremlegges dersom avhør ikke kunne finne sted eller motparten samtykket.[1011] Bestemmelsen ble i teorien omtalt som et *forbud* mot å fremlegge utenrettslige erklæringer som bevis. [1012] Forbudet ble blant annet begrunnet i at motparten ikke hadde noen kontroll med hvordan beviset var blitt til. Det ble i forarbeidene til bestemmelsen pekt på faren for at utredninger fra privat engasjert sakkyndige kunne være preget av oppdragsgivers interesser.[1013] Eventuell påvirkning fra den part som hadde bestilt erklæringen kunne imidlertid til en viss grad avhjelpes ved at den som utarbeidet erklæringen møtte som vitne i retten. Lovgiver poengterte at bevisstheten om krysseksaminasjon i retten kunne stimulere til nøkternhet.[1014] Hensynet til bevisumiddelbarhet og muntlighet sto sterkt.

I tvisteloven av 2005 ble reglene for utenrettslige erklæringer modifisert, og tvl. § 21-12 åpner for i større grad å fremlegge utenrettslige erklæringer. Etter denne bestemmelsen kan skriftlig erklæring fra *rettsoppnevnt sakkyndig* føres som bevis, jfr. tvl. § 21-12 første ledd. Her følges prinsippet om fri bevisføring fullt ut og slike erklæringer kan fremlegges uten

---

[1010] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 466. Se nærmere straks nedenfor.

[1011] Se Skoghøy *Tvistemål* (2001) s. 631 flg. Reglene for utenrettslige erklæringer etter den gamle tvistemålsloven av 1915 er grundig behandlet av Gunnar Aasland. Se Aasland *Utenrettslige erklæringer - tvistemålsloven § 197* Rett og rettssal, Festskrift til Rolv Ryssdal (1984) s. 243 flg. Se også Bernt-Hamre *Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven* JV (2007) s. 273 flg.

[1012] Aasland *Utenrettslige erklæringer - tvistemålsloven § 197* Rett og rettssal, Festskrift til Rolv Ryssdal (1984) s. 243.

[1013] Ot.prp. nr 1 (1910) s. 179.

[1014] Fra forarbeider til endring av tvml. § 197, se Ot.prp. nr 37 (1959-1960) s. 11.

begrensninger. Men i og med at utarbeidelse av en markedsundersøkelse i praksis alltid skjer på oppdrag av en part, vil disse være å anse som skriftlige erklæringer avgitt av en *partsoppnevnt sakkyndig*. Slike skriftlige forklaringer i saken kan føres som bevis hvis motparten samtykker, eller hvis det gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen, jfr. tvl. § 21-12 annet ledd. Dersom det er umulig å avhøre den som har avgitt forklaringen kan den likevel føres som bevis hvis det ikke strider mot lovens formål jfr. tvl. § 1-1. Denne oppmykingen kan ha betydning for fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis.

I dansk rett kan skriftlige erklæringer fremlegges som bevis dersom det finnes ubetenkelig, jfr. Rpl § 297. Det er også der tradisjon for at slike erklæringer kan fremlegges dersom partene er enige om det eller rettslig avhør ikke er mulig.[1015] Som i norsk rett er forbudet mot å legge frem skriftlige forklaringer myket opp i den svenske prosessretten, jfr. RB 35:14.[1016] Det stilles imidlertid fortsatt krav om at fremleggelse kun kan skje dersom rettslig avhør ikke er mulig, samt at fremleggelsen tilsies på grunn av særskilte forhold med hensyn til kostnader eller ulempe.

Som begrunnelse for oppmyking av reglene om utenrettslige erklæringer viste tvistemålsutvalget til at mange vitner skal forklare seg om relativt vanskelig tilgjengelig stoff, der det er behov for at partene kan sette seg inn i forklaringen på forhånd. [1017] Særlig i større og mer kompliserte saker vil en kombinasjon av skriftlighet og muntlighet kunne være hensiktsmessig. En markedsundersøkelse fremlagt i en fullstendig rapport, med redegjørelse for metode og analyse av respondentenes svar, kan i prinsippet være forholdsvis omfattende. Fremleggelse av en skriftlig redegjørelse allerede under saksforberedelsen vil muliggjøre at en muntlig tilleggsforklaring kan konsentreres om enkelte viktige punkter i rapporten. Det presiseres imidlertid i forarbeidene at hovedregelen fortsatt er muntlighet.[1018]

Kontradiksjonsprinsippet er ment å bli ivaretatt ved at den annen part gis mulighet til å avhøre den som har avgitt den skriftlige erklæringen.[1019] Dette sikres ved at den som har avgitt forklaringen møter i retten som sakkyndig vitne, jfr. tvl. § 25-6 første ledd. Dommeren og den annen part gis dermed anledning til kryssforhør om metode og tolkning av resultater. I forhold til fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis stilles det visse krav til at dommeren selv og motparten, i realiteten dennes advokat, har kunnskap om de undersøkelses-

[1015] Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 733.
[1016] SOU 2001:103 s. 246.
[1017] NOU 2001: 32 A s. 466.
[1018] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 208.
[1019]Forholdet mellom kontradiksjonsprinsippet og skriftlige erklæringer drøftes i NOU 2001: 32 A s. 466 og Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 208.

tekniske krav.[1020] Analysene her konsentreres om de prosessuelle sider ved fremleggelsen av markedsundersøkelser som bevis.

En nærmere fortolkning av reglene for utenrettslige forklaringer i tvl. § 21-12 annet ledd kan si noe om hvilke begrensninger som ligger til grunn når markedsundersøkelser fremlegges som bevis.

For det første vil begrensningen kun gjelde skriftlige "forklaringer". Dette er ment å omfatte alle former for berettende, beskrivende eller vurderende utsagn, knyttet til faktiske forhold.[1021] Mens rene faktagjengivelser kan fremlegges som realbevis, må altså de sakkyndige vurderinger ved utarbeidelse og analyse av en markedsundersøkelse fremlegges som skriftlige forklaringer. Også selve utsagnene som fremkommer i respondentenes svar må analyseres, og denne fortolkningen kan vanskelig sies å være ren "tallknusing".[1022] Alle deler av en markedsundersøkelse må derfor anses å falle inn under begrepet "forklaringer".

For det andre vil denne begrensningen i fri bevisføring i tvl. § 21-12 omfatte skriftlige forklaringer "i saken". Hver av partene kan legge frem forklaringer uten hinder av reglene i tvl. § 21-12 annet ledd dersom disse er innhentet under tvisten, men uten sikte på rettssaken. Det avgjørende er om forklaringen er avgitt eller innhentet med tanke på bruk under en forventet eller verserende sak. Formålet med utsagnet og dets tilknytning til rettssaken er i praksis de viktigste kriterier for å skille dokumenter som omfattes av tvl. § 21-12 annet ledd og andre dokumentbevis etter tvl. § 26-2.[1023] I og med at det må stilles visse krav til undersøkelsens juridiske forankring og relevans vil det i praksis stort sett være snakk om undersøkelser som er utarbeidet med tanke på saken. En markedsundersøkelse vil sannsynligvis være mest relevant nettopp når den utføres i forbindelse med en reell domsprosess.[1024] Det finnes imidlertid unntak, blant annet de fremlagte undersøkelser i den norske Gule sider dommen[1025] og i Tivoli-avgjørelsene i Danmark.[1026]

Det er også påpekt i dansk teori, på generelt grunnlag, at dokumenter utarbeidet i anledning saken ikke har like stor verdi, fordi de er eller kan være farget av saken.[1027] Troverdigheten av et dokument kan i tillegg svekkes av at det er et innbyrdes økonomisk

---

[1020] Se nærmere om undersøkelseskriterier i bevisvurderingen i kapittel V pkt. 21 nedenfor.
[1021] Aasland *Utenrettslige erklæringer - tvistemålsloven § 197* Rett og rettssal, Festskrift til Rolv Ryssdal (1984) s. 246, Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 734 flg. og Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1036-1037.
[1022] Hvorvidt svarene kan være rene hjelpedokumenter etter tvl. § 9-14 annet ledd behandles i pkt. 10.5 nedenfor.
[1023] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1037. Aasland *Utenrettslige erklæringer - tvistemålsloven § 197* Rett og rettssal, Festskrift til Rolv Ryssdal (1984) s. 250.
[1024] Dette er drøftet i forhold til svensk praksis, se Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 481.
[1025] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen).
[1026] U.2010.2249S (Thomas Tivoli), U.2010.320H (Tivoli Night) og U.2005.1438H (Tivoli småkager).
[1027] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 618.

forhold mellom en part og den som har utarbeidet beviset. Et dokument som har blitt til samtidig med at omstendighetene oppsto og før saken ble til, har ofte vesentlig større vekt enn partsforklaringer eller senere nedtegnede beretninger som kan ha tatt farge av det som har hendt.

Tradisjonelt er det i Danmark utvist skepsis også i forhold til erklæringer utarbeidet *før* rettssaken, begrunnet i manglende upartiskhet og manglende iakttakelse av en betryggende arbeidsmåte.[1028] To nyere avgjørelser fra dansk Højesteret illustrerer imidlertid en noe mer positiv holdning til slike erklæringer. Begge dommene omhandler konkurranserettslige problemstillinger, men de prosessuelle vurderingene kan være illustrerende også for bevisføringen i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister.

I den danske Bravida-avgjørelsen ønsket den ene parten å legge frem utenrettslige erklæringer som bevis i en sak som omhandlet erstatningskrav for ulovlig kartell-samarbeid.[1029] Dansk Højesteret uttalte at en part i utgangspunktet ikke er avskåret fra å fremlegge uttalelser og erklæringer om forhold av teknisk, økonomisk eller lignende karakter når disse er innhentet hos rådgivere eller sakkyndige før saksanlegget. Retten kom da til at et referat av en muntlig redegjørelse fra en person som hadde deltatt i saksforløpet og en teknisk sakkyndig erklæring, som begge var utarbeidet *før* saksanlegget, kunne fremlegges.

I den andre saken var det spørsmål om et saksøkt el-selskap hadde overtrådt bestemmelsene om misbruk av dominerende stilling på el-markedet.[1030] Saksøker hadde anmodet om tillatelse til å fremlegge en rapport som var ensidig innhentet av denne part. Sø- og Handelsretten nektet å gi tillatelse til å fremlegge rapporten, men dansk Højesteret inntok det samme standpunkt som i Bravida-avgjørelsen. Rapporten ble tillatt fremlagt fordi den var basert på erklæringer om forhold av teknisk, økonomisk eller lignende karakter som var innhentet hos rådgivere *før* saksanlegget. Det ser dermed ut til at rettstilstanden i Norge og Danmark nå er lik på dette punktet.

Det må også presiseres at tvl. § 21-12 gjelder erklæringer knyttet til det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Skillet mellom skriftlige erklæringer om faktiske forhold og juridiske utredninger er klargjort ved at juridiske utredninger foranlediget av saken bare kan fremlegges dersom motparten samtykker, jfr. tvl. § 11-3 i.f.[1031] Utgangspunktet er at retten av eget tiltak skal anvende rettsreglene og er ikke bundet av partenes anførsler om disse, jfr. tvl.

[1028] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 630.
[1029] U.2008.2393H (Bravida). Prinsippet ble statuert i U.2007.2040H (Forsikring).
[1030] U.2011.151H (Tetra Pak).
[1031] Bernt-Hamre *Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven* JV (2007) s. 290.

§ 11-3 første punktum.[1032] Det kan godt tenkes at det lages en juridisk utredning med en fortolkning av omsetningskretsens eller publikums oppfatning, basert på tilgjengelig rettskilder. I så fall vil slike utredninger reguleres av tvl. § 11-3.[1033] Begrensningen i bevisføringen er også her begrunnet i at juridiske betenkninger kan være noe tendensiøse på grunn av bindinger mellom oppdragsgiver og utreder.[1034]

Tv. § 21-21 annet ledd tredje punktum gir en generell adgang til å tillate beviset ført så fremt det er umulig å avhøre vitnet og bevisføringen ikke vil stride mot lovens formål i tvl. § 1-1. Selv om vilkåret om "umulig" er strengt, kan det antas at det vil være nok å påvise at det vil medføre uforholdsmessig forsinkelse eller kostnad å få tak i vitnet.[1035] Reservasjonene i forhold til lovens formål er, i følge forarbeidene, knyttet til at den ene parten ikke skal innhente skriftlig forklaring uten å varsle den annen part, når han vet at det ikke vil være mulig å avhøre vitnet muntlig.[1036]

De norske reglene om skriftlige forklaringer kan minne om de engelske reglene om betingelser for bevisføringen knyttet til "hearsay evidence".[1037] Dersom det skal legges frem en markedsundersøkelse i engelske rettssaker skal det sendes en melding til motparten, som da gis anledning til å imøtegå argumentasjonen, jfr. reglene om "disclosure". Den engelske disclosure-ordningen ble drøftet av tvistemålsutvalget, uten at det kan sies å ha vært noe direkte forbilde for de norske reglene.[1038]

10.4 Bevisavskjæring

Gjennomgangen ovenfor har vist at utgangspunktet om fri bevisføring ikke gjelder uten unntak. Alminnelig begrensninger som åpner for at beviset kan avskjæres fremkommer også av tvl. § 21-7.

I forhold til spørsmålet om markedsundersøkelser som bevis vil det være nærliggende å vurdere relevanskriteriet i tvl. § 21-7 første ledd.[1039] Partene kan bare føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for den endelige avgjørelsen. Dersom bevistema for

[1032] NOU 2001: 32 B s. 704-706.
[1033] Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 278-279.
[1034] NOU 2001: 32 B s. 706.
[1035] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1042-1043 og Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 741-742.
[1036] NOU 2001: 32 B s. 954.
[1037] Adgangen til å fremlegge Hearsay Evidence som bevis er regulert i Civil Evidence Act (CEA) 1995 section 1 (2) og Civil Procedure Rules (CPR) 33 sec 1. For en introduksjon til reglene om Hearsay Evidence i engelsk rett, se f. eks. Loughlin og Gerlis *Civil procedure* (2004) s. 485 og Choo *Evidence* (2006) s. 221 flg. De begrensninger som forbudet mot bevisføring av annenhåndsinformasjon (Rule against Hearsay) la i forhold til markedsundersøkelser som bevis for passing off-saker og andre varemerkeinngrep drøftes i Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 197 flg.
[1038] NOU 2001: 32 A s. 463 flg.
[1039] Se om relevanskriteriet i Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1011 og Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 223.

eksempel er hvorvidt et merke er "godt kjent" i omsetningskretsen eller om en reklame er egnet til å villede publikum, kan bevis for den faktiske oppfatning være relevant. I forhold til spørsmålet om fremleggelse av markedsundersøkelse som bevis i Imperia-saken ble det for eksempel uttalt i Oslo tingrett: "Når sakens vurderingstema er hvordan en alminnelig godt opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet forbruker i Norge oppfatter det aktuelle varemerke, har det formodningen mot seg at bevisføring omkring hvordan merket faktisk oppleves skulle kunne avskjæres."[1040] Det avgjørende er at undersøkelsen har en forankring i de materielle bestemmelser. Markedsundersøkelser kan imidlertid også være relevante utover dens betydning som direkte bevis, idet den kan være av betydning for den sakkyndiges vurdering av omsetningskretsens oppfatning.[1041] Undersøkelsen får da en mer indirekte betydning.

I dansk rett følger rettens adgang til å avskjære bevis som den finner er uten betydning for saken av Rpl. § 341.[1042] Relevanskriteriet er etablert i dansk rettspraksis og legger opp til en konkret vurdering av om beviset bør tillegges betydning.[1043] Som tidligere nevnt godtok den danske Sø- og Handelsretten en fremsatt begjæring om å få laget en markedsundersøkelse som bevis i den markedsføringsrettslige tvisten i Bilka-avgjørelsen.[1044] Retten fant ikke grunn til å nekte saksøkte å få utarbeidet en markedsundersøkelse som skulle dokumentere forbrukernes faktiske oppfatning av anvendte uttrykk og prisangivelser. Det er også hevdet i dansk teori at reglene om bevisavskjæring må behandles med forsiktighet, med mindre begge parters argumentasjon gjør det mulig å fastslå bevisets manglende betydning.[1045]

Beviset kan også avskjæres dersom retten finner at det er nødvendig å føre det på annen måte, jfr. tvl. § 21-7 annet ledd c. I forarbeidene til bestemmelsen nevnes bevisføring om hva en tredjeperson har fortalt, såkalt "hearsay evidence", som det typiske eksempel.[1046] Det poengteres at det normalt vil være langt bedre å spørre vedkommende muntlig om hans viten. Bevisføring som fremlegges gjennom vitneavhør av de enkelte respondenter vil i så fall anses som et bedre alternativ enn fremleggelse av undersøkelsens resultater, se straks nedenfor. Formålet med markedsundersøkelser er imidlertid ikke å dokumentere den enkeltes oppfatning isolert sett, men er ment å gi et bilde av den gjennomsnittlige oppfatningen i et

[1040] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1041] Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 757.
[1042] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 519.
[1043] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 562. Se også Bang-Pedersen og Christensen *Den civile retspleje* (2010) s. 462.
[1044] U.1999.449S (Bilka).
[1045] Jensen *Højesteret og retsplejen* (1999) s. 104.
[1046] NOU 2001: 32 B s. 949.

konkret marked. Det vil også knyttes usikkerhet til *hvem* av respondentene som eventuelt skulle møte i retten for å forklare seg. Det må tas høyde for at et gjennomsnitt typisk kan være basert på at det i realiteten er store sprik i respondentenes svar.

Markedsundersøkelser må, som nevnt, anses å være utenrettslige forklaringer og fremlegges som bevis etter reglene i tvl. § 21-12 annet ledd. Når adgangen til å føre slike utenrettslige erklæringer som bevis er blitt utvidet, må det antas at adgangen til bevis-avskjæring, med den begrunnelse at beviset må føres på en annen måte, vil få større praktisk betydning.[1047] En begrensning og skranke mot bruk av skriftlige forklaringer i strid med muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet i tvl. § 21-9, kan dermed oppnås ved bruk av tvl. § 21-7 annet ledd.[1048] Det gjenstår å se om retten vil avskjære markedsundersøkelser på denne bakgrunn.

Før en avgjørelse om bevisavskjæring treffes må også begge parter få anledning til å uttale seg, jfr. tvl. § 9-6 første ledd.[1049] Det er også presisert i svensk rett at bevisavskjæring må vurderes i forhold til den legitime interesse partene i saken har for å legge frem alle relevante bevis.[1050] Dette må sies å gjelde også i norsk rett.

Det skal videre være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen, jfr. tvl. § 21-8 første ledd og tvl. § 1-1 fjerde strekpunkt.[1051] Som nevnt gjelder en alminnelig forholdsmessighetsbegrensning med hensyn til hvilke undersøkelser partene plikter å foreta.[1052] Bestemmelsen om bevisavskjæring skal altså ikke bare ta hensyn til partenes interesser, men også til en fornuftig og rasjonell bruk av domstolsapparatet.[1053] Bevisavskjæringsreglene må praktiseres slik at de ikke kommer i konflikt med grunn-prinsippene for tvisteloven, deriblant kravet til en rettferdig rettergang og likebehandlings-prinsippet.[1054] Det må tas høyde for at en relativt tidkrevende og kostbar gjennomføring av en markedsundersøkelse øker prosessomkostningene.

For at bevisavskjæringen skal kunne bli effektiv bør den finne sted under saks-forberedelsen.[1055] Allerede når retten gjennomgår bevisføringen på planmøtet skal spørsmålet om bevisavskjæring tas opp, jfr. tvl. § 9-4 tredje ledd jfr. andre ledd bokstav f.[1056] Dette vil få

[1047] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1016.
[1048] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 208. Se også Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 1016.
[1049] Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 763.
[1050] Se svensk RB Kap 35:7 og forarbeidene til den svenske reformen i Prop. 2004/05:131 s. 158.
[1051] NOU 2001: 32 A s. 460 og 266.
[1052] NOU 2001: 32 B s. 947.
[1053] NOU 2001: 32 B s. 950.
[1054] NOU 2001: 32 B s. 950 og Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 759.
[1055] Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 224.
[1056] Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 751.

spesiell betydning for spørsmålet om hvorvidt partene bør sette i gang prosessen med å få en utarbeidet en markedsundersøkelse. Ideelt sett kan man tenke seg at partene før utarbeidelse av undersøkelsen spør dommeren om en slik kan fremlegges, eller om den vil kunne bli avskåret som bevis.[1057] Sett i forhold til rettens utvidete saksstyring under saksforberedelsen i tvl. § 11-6 jfr. § 9-13, kan dette være nærliggende. Det er imidlertid påpekt i teorien at rettens skjønnsmessige vurdering av bevisavskjæring på dette stadiet vil måtte bygge på et forholdsvis spinkelt grunnlag.[1058] En slik vurdering vil også forutsette at dommeren har en viss kunnskap om de kriterier som ligger til grunn for markedsundersøkelsers bevisverdi.

Hvorvidt den fremlagte markedsundersøkelsen gir uttrykk for den faktiske oppfatning er avhengig av kvaliteten på undersøkelsen, jfr. vurderingene i kapittel IV nedenfor. Sammenhengen mellom reglene for bevisavskjæring, relevanskriteriet, undersøkelsestekniske krav og til slutt bevisvurderingen er dermed stor. En slett utført undersøkelse kan være mindre *relevant* og kan dermed avskjæres. Det kan imidlertid også hevdes at dersom det legges liten *vekt* på markedsundersøkelser kan det ses på, og ha samme effekt, som bevisavskjæring.[1059]

10.5 Markedsundersøkelser som bakgrunnsmateriale

Det kan videre diskuteres om markedsundersøkelser kan fungere som bakgrunnsmateriale, uten at det fremlegges som bevismiddel. En undersøkelse kan for eksempel være premissleverandør for et sakkyndig vitne, danne bakgrunnsmateriale for å finne frem til representative vitner eller danne grunnlag for partenes juridiske argumentasjon.

Bruk av markedsundersøkelser som premissleverandør for sakkyndige vitner er kjent fra engelsk rettspraksis.[1060] Undersøkelsen har da blitt utarbeidet og brukt som grunnlag for uttalelser fra ekspertvitner, uten at selve undersøkelsen ble ansett å utgjøre et bevis.[1061] I England ble nok dette tidligere brukt for å omgå forbudet mot bruk av hearsay evidence. Det ble da hevdet at sakkyndige vitner kunne basere sine uttalelser på hva som helst av materiale, også på resultater fra markedsundersøkelser. Selve undersøkelsen ble da ansett å være bakgrunnsmateriale.

[1057] Se for eksempel U.1999.449S (Bilka).
[1058] Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 760.
[1059] Sammenhengen mellom vekt og bevisavskjæring er kommentert i forhold til engelsk praksis, se Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 207.
[1060] Prinsippet om at markedsundersøkelser kan legges til grunn for ekspertuttalelser ble første gang uttalt i praksis, jfr. H v. Schering Chemicals Ltd. [1983] 1 W.L.R 143 I Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc. [1990] RPC 341 ble det imidlertid hevdet at det såkalte ekspertvitne var mer av en ren "tallknuser" i forhold til statistiske resultater. Se Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 202.
[1061] Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 218.

I norsk rett blir det et spørsmål om slike undersøkelser kan fremlegges som hjelpedokumenter, jfr. tvl. § 9-14 annet ledd.[1062] Slike hjelpedokumenter skal imidlertid ikke kunne utgjøre selvstendige bevis i saken, uavhengig av den muntlige redegjørelse den skal være til støtte for. Dersom bevistema er knyttet til omsetningskretsens oppfatning kan ikke en markedsundersøkelse som skal dokumentere dette sies å være uavhengig av den muntlige forklaringen. Det er i tillegg presisert i rettspraksis at dersom et hjelpedokument også inneholder subjektive vurderinger og argumentasjon, kan det ikke legges frem uten motpartens samtykke.[1063] Dokumentene bedømmes kun som hjelpedokumenter så lenge dokumentet ikke kan ventes å bli tillagt bevisbetydning uavhengig av sakens øvrige beviser.[1064] Dokumentasjon for omsetningskretsenes eller publikums oppfatning må også antas å være informasjon utover rene tallangivelser og kan ikke sies å være hjelpedokumenter. Markedsundersøkelser kan dermed ikke legges frem som hjelpedokument for sakkyndige i norsk rett. Det må innebære at dokumenter som har selvstendig bevisverdi, etter dagens regelverk, må vurderes etter tvl. 21-12. Hvorvidt et sakkyndig vitne i sin uttalelse om omsetningskretsens sannsynlige oppfatning i realiteten har lagt vekt på en markedsundersøkelse, kan det være vanskeligere å vurdere.

For å sikre oppfølging av muntlighetsprinsippet kan det være en løsning at et utvalg vitner møter i retten sammen med den som har utført undersøkelsen.[1065] Det er også eksempler fra engelsk praksis på at retten har valgt å avvise selve undersøkelsen, og kun innkalt respondentene som vitner.[1066] Det kan da legges opp til vanlig krysseksaminasjon knyttet til de svar som respondentene har gitt i undersøkelsen. Respondentene møter da som vitner i retten på vanlig måte og avgir erklæring under ed.[1067] Det siste tiåret har denne praksisen utviklet seg til en variant med "witness collection programmes".[1068] Slike undersøkelser er ikke ment å presentere statistiske analyser av svarene og pretenderer heller ikke å gi et signifikant tverrsnitt av omsetningskretsens eller publikums oppfatning. Den første avgjørelsen jeg har funnet som, blant flere andre bevis, vurderte om slike vitneprogrammer

---

[1062] Bernt-Hamre *Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven* JV (2007) s 278 og Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 440-441.
[1063] Se for eksempel fra andre rettsområder; Rt 1991 s.1240 (Uni Storebrand - kjennelse), Rt 1996 s.1008 (Siljan kommune - kjennelse) og Rt 2005 s. 446 (Ekefellebidrag - kjennelse).
[1064] HR-2008-89-U (Erstatningsansvar - Beslutning).
[1065] Dette er forsøkt i engelsk praksis, jfr. Neutrogena v. Golden [1996] RPC 473. Se også Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 216-217.
[1066] I den engelske avgjørelsen United Biscuits (UK) Ltd. v. Burtons Biscuits Ltd. [1992] FSR 14 ble undersøkelsen avvist, men ni respondenter ble plukket ut fra utvalget på 170, og innkalt som vitner i retten.
[1067] Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 218.
[1068] Wadlow *The law of passing-off* (2004) s. 809 flg.

kunne være relevante er fra 1996.[1069] Det ble poengtert at undersøkelsen ikke var basert på statistiske analyser og skulle ikke vise hvorvidt forbrukerne var ”confused”. Formålet var rett og slett å tilby passende vitner som kunne bli innkalt for krysseksaminasjon. Andre tilfeller der ”witness collection programmes” er brukt de senere år kan tyde på at slike aksepteres som bevis, om enn med liten vekt. [1070]

Markedsundersøkelser kan også tenkes brukt som grunnlag for den juridiske argumentasjonen. Ved en skjønnsmessig konstruksjon av gjennomsnittsforbrukers oppfatning kan retten legge vekt på den faktiske oppfatning påvist gjennom en markedsundersøkelse, jfr. drøftelsen i kapittel V pkt. 19.3 nedenfor. Undersøkelsen vil dermed kunne få indirekte betydning gjennom vektlegging av reelle hensyn, uten at dette sies eksplisitt.

[1069] Neutrogena v. Golden [1996] RPC 473 , Wadlow *The law of passing-off* (2004) s. 809 flg.
[1070] Telefonintervju uten statistiske analyser, men med muntlig avhør i retten, ble brukt i Wagamama v. City Centre Restaurants [1995] FSR 713. I Chocosuisse v. Cadbury [1998] RPC 117 ble “trade evidence” og consumer evidence” ansett som sentrale bevis for at merket ”Swiss” for sjokolade var distinktivt. Se også Daimler Chrysler v. Alavi [1999] RPC 826.

11 Avgjørelsesmyndighetenes rolle

11.1 Innslaget av særlig kompetanse

11.1.1 Behovet for særlig kompetanse i domstolen

Bruk av sakkyndige vitner som en del av bevisføringen er drøftet i pkt. 10.3.2 ovenfor. Særlig kompetanse kan imidlertid ha betydning i prosessen også på andre måter. Spørsmålet som drøftes her er hvilken betydning særlig kompetanse generelt har i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister.

Det er blant annet hevdet i juridisk teori at avgjørelser i immaterialrettslige tvister skiller seg fra andre rettssaker, ved at det er knyttet spesiell usikkerhet til disse avgjørelsene. [1071] Usikkerheten kan knyttes til at domstolene ikke har opparbeidet særlig kompetanse på dette området. Det kan pekes på flere momenter som kan være årsak til manglende kompetanse. Blant annet kan selve utdanningssystemene i de skandinaviske land ha betydning, og her skiller Norge seg ut i negativ retning. Immaterialrett og markedsføringsrett har kun i varierende grad blitt tilbudt som fag ved de juridiske fakulteter.[1072] En annen årsak til manglende kompetanse kan være at det reises relativt få immaterialrettslige og markedsføringsrettlige tvister for domstolene i de skandinaviske land.[1073] Som nevnt innledningsvis behandler de norske domstoler forholdsvis få saker knyttet til varemerke- og markedsføringsrett. Den enkelte dommer får dermed ikke noen omfattende erfaring på disse områdene, heller ikke i forhold til vurderinger av relevante bevis.

For å kunne vurdere markedsundersøkelser som bevis vil det altså være behov for en viss særlig kompetanse hos domstolene. Hvordan, og i hvilket omfang, denne kompetanse skal komme til uttrykk, kan imidlertid diskuteres. Nedenfor drøftes kort de ulike løsninger som kan være aktuelle.

[1071] Koktvedtgaard *Domstolenes rolle i immaterialsaker* Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002 (2002) s. 505-511.

[1072] Næringsdepartementet har gitt til kjenne en viss bekymring knyttet til manglende kompetanse, uten at det kan sies å ha hatt nevneverdig innflytelse på satsningen, se Arbeidsnotat 41/2006 *Kompetansebehov og utdanningstiltak innen industrielle rettigheter i universitets- og høgskolesektoren i et internasjonalt perspektiv.*

[1073] Se den svenske målutredningens kommentar i SOU 2010:44 s. 413. Se også Koktvedtgaard *Domstolenes rolle i immaterialsaker* Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002 (2002) s. 505.

11.1.2 Særdomstoler

Behovet for særlig kompetanse kan knyttes opp mot en pågående diskusjon i de skandinaviske land om hvorvidt det bør være særdomstoler knyttet til saker som omhandler immaterialrett og markedsrett.[1074] Det er tidvis ytret et ønske om en bred "kommersiell" domstol med kumulasjon av immaterialrettslige og markedsrettslige tvister, hvor det også tas konkurranserettslige hensyn.[1075]

I Norge er det kun opprettet særdomstoler på noen ytterst få utvalgte områder.[1076] I en utredning om førsteinstansdomstolenes arbeidsoppgaver og struktur ble det blant annet drøftet om det bør opprettes flere særdomstoler.[1077] Dette strukturutvalget kom imidlertid frem til at det ikke bør opprettes særdomstoler hvis det ikke foreligger tungtveiende grunner.[1078] I Sverige er et eventuelt behov for særdomstoler for visse sakstyper drøftet i en egen utredning.[1079] Ett av spørsmålene som ble drøftet var nettopp om det i større grad burde opprettes egne ordninger for markedsretts- og immaterialrettslige tvister, uten at det ble konkludert.[1080]

En undersøkelse utført på oppdrag av International Bar Association, februar 2005, hadde også en konklusjon om at tiden var inne for å utvikle spesialiserte domstoler på immaterialrettens område. [1081] Det ble påpekt at manglende ekspertise i immaterialrett hos domstolen kunne være et problem ved håndheving av rettighetene. Det ble videre hevdet at ekspertise ved spesialdomstoler vil føre til mer effektive behandlinger, lavere kostnader og mer forutsigbarhet, samt bedre presisjon og konsistens av den juridiske doktrine innen immaterialrett. Det ble imidlertid også påpekt at behovet for spesialdomstoler kan være forskjellig fra land til land ut fra eksisterende praksis, antall saker som behandles, antall dommere og prosessregler i det enkelte land.[1082]

Dersom særdomstoler skal vurderes opprettet for immaterialretts- og markedsførings-rettslige tvister i norsk rett må det tas høyde for de ulike hensyn som kan gjøre seg gjeldende.

[1074] Se blant annet Norström *Mot en samlad speciallösning för immaterialrättsliga rättegångar – några frågetecken ändå* NIR (2004) s. 66 flg.
[1075] Temaet ble diskutert på et møte i de nordiske foreninger for industriell rettsbeskyttelse, se *Ett harmoniserat immaterialrättsligt sanktionssystem* NIR (2003) s. 360.
[1076] Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 2.
[1077] NOU 1999:22 *Domstolene i første instans.*
[1078] NOU 1999:22 s. 25.
[1079] SOU 2010:44 *Mål och medel - särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol*.
[1080] SOU 2010:44 s. 409 flg.
[1081] International Survey of Specialised Intellectual Property Courts and Tribunals http://www.int-bar.org/images/downloads/International_IP_Survey_February_2005.pdf
[1082] Se også Rygaard *Domstolsreformen i Danmark* NIR (2007) s. 63.

Hvorvidt det bør opprettes særdomstoler er en rettspolitisk vurdering, men det kan være nytig å skissere noen argumenter for og imot opprettelse av slike domstoler.

Generelt kan det hevdes at opprettelse av særdomstoler kan sikre en mer sakkyndig behandling ved at dommeren opparbeider seg mer erfaring. Dette kan gjøre behandlingen hurtigere og mer effektiv. I dette ligger det imidlertid også en fare for ensidighet hos dommeren og at denne overser sammenhenger i rettssystemet.[1083] Når sakene anlegges for de ordinære domstoler kan det sikre at rettsområdet forblir en del av det normale rettssystemet og ikke en særegen rettsdisiplin.[1084] Det kan også være et problem hvis dommeren identifiserer seg i for høy grad med det sakkyndige miljø. Det er i tysk juridisk teori påpekt at det kan være en fare for at dommere som etter hvert blir ganske dyktige til å vurdere for eksempel varemerkerettslige problemstillinger fjerner seg fra den reelle oppfatning i omsetningskretsen.[1085] Det kan dermed hevdes at dommeren etter hvert blir *for* flink og vil ikke være i stand til å vurdere et varemerke eller en markedsføringskampanje slik "mannen i gata" ville gjort. Til sist kan det også nevnes at opprettelse av særdomstoler kan medføre vanskelige avgrensningsspørsmål om særdomstolens kompetanse i forhold til de alminnelige domstoler.[1086]

Ordningen med særdomstoler på immaterialrettens område er kjent fra andre land, deriblant Tyskland. Hvorvidt dette kan være en medvirkende faktor i forhold at markedsundersøkelser anvendes i større grad i tysk rett krever en større gjennomgang av tysk prosessrett og ligger utenfor denne avhandlingens tema. Det kan imidlertid påpekes at ordningen med særdomstoler kan føre til at dommerne får opparbeidet større spesialkunnskap om de vitenskapelige metoder og lettere kan vurdere markedsundersøkelsens kvalitet som bevis.[1087] For norsk retts vedkommende er det imidlertid ingenting som tyder på at særdomstoler på dette området vil bli en realitet i nær fremtid.

11.1.3 Fagkyndige meddommere

Et alternativ til særdomstoler kan være større bruk av meddommere med spesialkompetanse, jfr. tvl. § 9-12 annet ledd.[1088] Meddommere er aldri påbudt i sivile saker for norske domstoler men kan settes med dette, dersom en av partene krever det, jfr tvl. § 9-12 første ledd. Med-

[1083] Hov *Rettergang I* (2010) s. 203.
[1084] Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 512.
[1085] Se Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 206.
[1086] NOU 1999:22 s. 25.
[1087] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 198.
[1088] Hvilken innvirkning dommerens generelle erfaring og meddommeres kompetanse kan få for bevisvurderingen, drøftes i kapittel V pkt. 19.2 nedenfor.

dommere skal være fagkyndige dersom hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier det, jfr. § 9-12 annet ledd. Det stilles da krav om at oppnevnte meddommere skal ha fagkyndighet tilpasset saken, jfr. § 9-12 tredje ledd. Også i lagmannsretten kan det ved ankebehandlingen besluttes at en meddommer skal være fagkyndig, jfr, tvl. § 29-17.

Et eksempel på bruk av fagkyndige meddommere i markedsføringsretten er Bjørnelærdommen.[1089] En garvermester ble da oppnevnt som fagkyndig meddommer i en tvist om hvorvidt benevnelsen bjørnelær var villedende markedsføring. Et annet eksempel er Alwaysdommen der retten ble satt med to meddommere med særlig kyndighet i henholdsvis varehandel og markedsføring.[1090] En kan også tenke seg at personer med spesiell kompetanse innen markedsforskning, kan være aktuelle som fagkyndige meddommere i varemerke- og markedsføringssaker. I så fall vil retten få styrket sin kompetanse på de undersøkelsestekniske krav. Ved krysseksaminasjon av en sakkyndig som har utarbeidet en markedsundersøkelse kan en slik fagkyndig meddommer spørre ut det sakkyndige vitne om de metodemessige krav. Jeg har imidlertid ikke funnet eksempler på dette i norsk rett. Domstolene har da også i praksis generelt vært restriktive til å oppnevne fagkyndige meddommere.[1091]

Det må imidlertid sondres mellom den ekspertise som søkes tilført retten er fagkyndighet knyttet til et spesielt område utenfor jussen eller juridisk kyndighet.[1092] Oppnevnelse av meddommere med juridisk kyndighet må være en person begge parter har foreslått, jfr. § 9-12 tredje ledd tredje punktum. Det er i flere avgjørelser poengtert at det i utgangspunktet ikke er på sin plass å oppnevne fagkyndige meddommere på det grunnlag at de har en særlig kyndighet i de rettsspørsmål retten skal ta standpunkt til.[1093] Jeg har heller ikke funnet noen norske avgjørelser der retten er satt med meddommere av hensyn til juridisk spesialkunnskap i varemerke- og/eller markedsføringsrett.[1094]

Det presiseres i forarbeidene til den norske tvisteloven at forsvarlighetsbetraktninger i form av behovet for effektiv kontradiksjon og forsvarlig bevisføring, kan lede til at fagkyndighet i stedet bør tilføres saken gjennom rettsoppnevnte sakkyndige eller sakkyndige vitner.[1095] Det kan dermed diskuteres om de fagkyndige bør være foran eller bak skranken.[1096]

[1089] Rt 1937 s. 472 (Bjørnelærdommen).
[1090] LE-1986-400 (Eidsivating, Always).
[1091] Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 205.
[1092] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 432.
[1093] Se for eksempel fra andre fagområder Rt-1997-1410 og Rt 1987 s. 1417 (Periscopus).
[1094] Meddommere med spesialkunnskap er imidlertid godtatt innen revisjonsskikk i LB-2000-621 (God revisjonsskikk - kjennelse) og i saker om skatt- og avgiftsrett i LB-1998-2317 (Skatt og avgift - kjennelse).
[1095] NOU 2001: 32 B s. 755-756.
[1096] Koktvedtgaard *Domstolenes rolle i immaterialsaker* Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002 (2002) s. 505-511, se s. 508.

Sakkyndige foran dommerskranken er gjenstand for bevisføring og kontradiksjon, mens sakkyndige bak skranken kan sikre en mer uformell meningsutveksling mellom de fagkyndige og juristene på bakrommet. Forholdet mellom sakkyndig bevis og meddommere med spesialkompetanse er at sakkyndigbevis skal *tilføre* retten sakkunnskap, mens meddommere skal *formidle* slik erfaring.[1097] Hvilken betydning dette valget eventuelt får for bevisvurderingen drøftes i pkt. 19.2.2 nedenfor.

11.1.4 Domstollignende forvaltningsorganer

I en mellomstilling mellom særdomstoler og forvaltningsorganer står de såkalte domstollignende forvaltningsorganer.[1098] Dette er frittstående kollegiale forvaltningsorganer som ved bindende avgjørelser løser rettslige konflikter i samfunnet.[1099] Disse er formelt en del av forvaltningen, men oppgaver og organisatorisk plassering gir grunn til å kalle dem domstollignende organer.[1100] Slike organer kan blant annet være særlig egnet på saksområder der det er behov for særskilt faglig kompetanse hos beslutningstagerne.[1101]

Både Markedsrådet og Patentstyrets annen avdeling er eksempler på kollegiale organer som har som eneste eller viktigste oppgave å avgjøre klager eller andre tvister, og vil derfor defineres som domstollignende forvaltningsorganer.[1102]

Patentstyrets annen avdeling er klageorgan for Patentstyrets første avdelings behandling av søknader om registrering av varemerker.[1103] Organet har fem medlemmer og settes sammen av "teknisk kyndige, av handelskyndige og av retskyndige medlemmer".[1104] Denne sammensetningen åpner for at kompetanse også innen mer markedsorienterte fag kan være representert.

Markedsrådet er også et klageorgan med domstollignende oppgaver, jfr. mfl. § 38.[1105] Rådet løser konflikter mellom det offentlige og private ved at Forbrukerombudet bringer saken inn for rådet, med den innklagede næringsdrivende som motpart.[1106] Også den næringsdrivende, eller en forbruker som berøres av en handling, kan bringe saken inn for Markedsrådet. Rådet kan treffe vedtak der dette tilsies av hensyn til forbrukerne, jfr. mfl. § 39

[1097] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 282.
[1098] Skoghøy *Tvisteløsning* (2010) s. 24.
[1099] Sletten *Domstollignende forvaltningsorganer* (1990) s. 4.
[1100] Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 526.
[1101] Sletten *Domstollignende forvaltningsorganer* (1990) s. 126.
[1102] Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 527.
[1103] Patentstyrets virksomhet reguleres av lov 2. februar 1910 nr. 7 om styret for det industrielle retsvern.
[1104] Lov om styret for det industrielle retsvern § 1 første ledd.
[1105] Se også forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv. av 5. juni 2009 nr 588.
[1106] Lunde, Mestad og Michaelsen *Markedsføringsloven* (2009) s. 206.

første ledd jfr. § 34 annet ledd. Markedsrådet består av ni medlemmer og er i praksis ment å være bredt faglig sammensatt. Det innebærer at personer med kunnskap om forbrukeradferd og markedsanalyse kan være representert. Det er typisk for de domstollignende forvaltingsorganer at det stilles krav til yrkesrepresentasjon.[1107]

Kravene til saksbehandling vil finnes i de generelle forvaltningsrettslige regler. Det grunnleggende kravet er at det skal treffes avgjørelser på grunnlag av en forsvarlig behandling.[1108] Det uskrevne kravet om god forvaltningsskikk vil selvsagt gjelde også ved behandlingen i de domstollignende forvaltningsorganene.[1109] Disse klageinstansene har dermed hovedansvaret for at saken blir tilstrekkelig opplyst i klagebehandlingen, jfr. fvl. § 33 femte ledd første punktum, jfr. § 17 første ledd. En forskjell fra domstolsbehandlingen er at bevisfremleggelsen under saksforberedelsen foretas overfor et sekretariat og ikke direkte overfor det domstollignende organet.[1110] Det innebærer at eventuelle tilbakemeldinger fra det besluttende organet, med hensyn til en markedsundersøkelses relevans, ikke vil være mulig på dette stadiet i prosessen.

På sine områder er det gjerne disse organene, og ikke de ordinære domstolene, som utøver størsteparten av rettspleien.[1111] En fordel med en slik konsentrasjon i domstollignende organer er at det kan opparbeides ekspertise på det aktuelle saksområdet. Dette vil naturlig også gjelde i forhold til de bevis som fremlegges. En annen fordel med slike organer, sammenlignet med de fagkyndige meddommerne, er at de domstollignende organene vil behandle flere tilnærmet like saker.[1112] Dette kan føre til at praksis i større grad blir ensartet og konsistent. Det kan imidlertid være en utfordring å vurdere den rettskildemessige verdien av disse organenes avgjørelser.

11.2 Avgjørelsesmyndighetenes organisering

11.2.1 Betydningen av organiseringen

Domstolenes og forvaltningsmyndighetenes organisering kan sies å danne et bakteppe for de enkelte prosesser og kan ha betydning for hvilken kompetanse som besittes i de ulike organer. I varemerke- og markedsføringsrettslige tvister kan spesielt fordeling av kompetanse mellom domstolen og domstollignende forvaltningsorganer ha betydning.

[1107] Sletten *Domstollignende forvaltningsorganer* (1990) s. 52.
[1108] Graver *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 79.
[1109] Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 211-212.
[1110] Sletten *Domstollignende forvaltningsorganer* (1990) s. 64.
[1111] Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 527.
[1112] Sletten *Domstollignende forvaltningsorganer* (1990) s. 52-53.

Et sentralt moment vil nettopp være i hvilken grad de ulike organer faktisk besitter særlig kompetanse, jfr. drøftelsene ovenfor. Gjennomgangen i denne delen er ment å belyse den konkrete organiseringen i de skandinaviske land. Eventuell ulik organisering av avgjørelses-myndigheter i Norge, Danmark og Sverige kan i seg selv være et interessant moment når håndtering og vurdering av markedsundersøkelser som bevis skal drøftes. Jeg har derfor valgt å gi et kort overblikk over saksgangen i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister i de skandinaviske land.

11.2.2 Organiseringen i varemerkesaker

Varemerkesøknader, og tvister knyttet til disse, behandles i Norge av Patentstyret, med Patentstyrets annen avdeling som klageorgan. En avgjørelse av Patentstyrets annen avdeling kan bringes inn for domstolen, jfr. vml. § 52 annet ledd. Den nye varemerkeloven innførte imidlertid visse endringer i tvistebehandlingen knyttet til varemerkeregistreringen.

Som et alternativ til domstolsbehandling ble det innført en ordning med administrativ prøving av tvister knyttet til ugyldighetsspørsmål og sletting av registrerte varemerker, jfr. vml. §§ 35 til 37.[1113] Den administrative prøving fremgår av vml. § 40. Det påpekes i forarbeidene at administrativ prøving ved Patentstyret er et enkelt og billig alternativ til domstolenes behandling av ugyldighet eller sletting.[1114] Endringen vil imidlertid ha som naturlig konsekvens at enda færre varemerkerettslige saker bringes inn for domstolen.

For de varemerkesaker som bringes inn for domstolen oppstilles det spesielle vernetingsregler. Tidligere var hovedregelen at varemerkerettslige tvister ble behandlet av de ordinære domstoler, mens Oslo tingrett kun var tvungent verneting ved ugyldighets- og slettelsessøksmål.[1115] I den nye norske varemerkeloven ble imidlertid vernetingsreglene endret, ved at Oslo tingrett ble tvungent verneting i de fleste typer av varemerkesaker, med inngrepsaker som det viktigste unntaket, jfr. vml. § 62.[1116] Oslo tingrett er dermed verneting for de fleste saker som berører varemerkeregistrering. Endringen er i forarbeidene begrunnet i at det anses å være en klar fordel at de aktuelle saker blir behandlet av en domstol som har erfaring med immaterialrettslige spørsmål.[1117] Denne begrunnelsen stemmer altså godt med momentene som taler for større grad av spesialisering.

[1113] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 22 og 70.
[1114] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 22.
[1115] Lov 3. mars 1961 nr. 4 om varemerker § 42 nr 2 (opphevet 1. juni 2010).
[1116] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 84.
[1117] NOU 2001:8 s. 108.

Bestemmelsen om tvungent verneting omfatter ikke straffesaker eller sivile saker om inngrep i varemerkerett.[1118] Den omfatter heller ikke søksmål om retten til et varemerke. Slike saker behandles følgelig etter de alminnelige vernetingsreglene.

Den danske Patent- og Varemærkestyrelsens behandling av søknader om varemerke-registrering kan bringes inn for Ankenævnet for Patenter og Varemærker, jfr. Vml. § 46.[1119] Ankenævnets medlemmer er sammensatt slik at de besitter den best mulige sakkunnskap innenfor de omhandlede rettighetsområder. Det er også i dansk rett innført regler om administrativ overprøving, jfr. Vml. § 30.[1120] Avgjørelser i Ankenævnet kan ikke påklages, men kjennelser om varemerkeregistrering kan bringes inn for Sø- og Handelsretten, jfr. Vml. § 46 stk. 3. Det er imidlertid relativt sjelden av Ankenævnets avgjørelser bringes inn for domstolen.[1121] Retsplejelovens alminnelige regler gjelder for den videre behandling av sakene.

Det har i dansk rett vært tradisjon for å anvende de alminnelige prosessregler og domstolsbehandling i varemerkesaker, men gjennomføring av politi- og domstolsreformen førte til endringer i rettens kompetanse og spesialisering.[1122] Hovedregelen er nå at alle saker skal anlegges ved byrettene, mens saker knyttet til EU-varemerker søkes samlet i Sø- og Handelsretten som første instans, jfr. Rpl. § 225, stk 1 og Vml. § 43a flg. Behandling i Sø- og Handelsretten medfører spesialkompetanse i form av minst to sakkyndige meddommere, jfr. Rpl. § 16, og vil i realiteten kunne bli å betrakte som en slags spesialdomstol.[1123] Avgjørelser i Sø- og Handelsretten kan appelleres direkte til Højesteret, jfr. Rpl. § 368, stk 3. Dette kan begrunnes i at Sø- og Handelsretten, som en mer spesialisert domstol, kan antas å treffe avgjørelse som er mer kvalifisert enn det de vil være for byrettene.[1124] Varemerketvister skal også behandles for Sø- og Handelsretten dersom en av partene krever det, jfr. Rpl. § 225 stk. 2 og 3.[1125] Sø- og Handelsretten kommer derved i videre utstrekning enn tidligere til å ha karakter av en særlig immaterialrettsdomstol, og dette er utvilsomt i tråd med ønskene om ytterligere samling og erfaringsoppbygning på immaterialrettens område.[1126]

[1118] Ot.prp. nr 98 (2008-2009) s. 84-85
[1119] Ankenævnets virksomhet reguleres av BEK nr 892 af 21/09/2009.
[1120] LF 18 96/97. Gennemførelse af TRIPS-aftalen, Trademark Law Treaty m.v.
[1121] Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 405.
[1122] Lov nr. 538 av 8. juni 2006 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Politi og domstolsreform). Reformens betydning for immaterialrettslige spørsmål behandles i Rygaard *Domstolsreformen i Danmark* NIR (2007) s. 56 flg. Se også Schovsbo og Rosenmeier *Immaterialret* (2011) s. 555-556.
[1123] Bang-Pedersen og Christensen *Den civile retspleje* (2010) s. 33.
[1124] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 80.
[1125] Forbudssaker om EU-varemerker behandles også av Sø- og Handelsretten, jfr. Rpl. § 15 stk 2 og Vml. § 43 c og d, men da uten medvirkning av sakkyndige meddommere, jfr Rpl. § 16 stk 6.
[1126] Rygaard *Domstolsreformen i Danmark* NIR (2007) s. 64.

I svensk rett behandler Patent- och registreringsverket søknader om registrering av varemerker, jfr. 2 kap 1 § VML. Beslutninger av Patent- och registreringsverket kan overklages til Patentbesvärsrätten, som er en spesialisert forvaltningsdomstol, jfr. 10 kap 10 § VML.[1127] Denne ordningen henger sammen med at det i Sverige er tradisjon for oppdeling i forvaltningsdomstoler og allmenne domstoler på immaterialrettens område. Det er særegent for Patentbesvärsrätten at domstolen består av både lovkyndige dommere og teknisk kyndige dommere, samt at saksbehandlingen i hovedsak er skriftlig.[1128]

Også i Sverige ble det i forbindelse med den nye varemerkeloven innført en ordning som ligner det norske og danske systemet med administrativ overprøving. Det ble dermed innført "en möjlighet att ansöka hos PRV om administrativ hävning av en registrering även efter det att invändningsfristen har löpt ut".[1129] Selv med sterk betoning av hensynet til rettssikkerhet valgte regjeringen å åpne for en form for administrativ overprøving som et alternativ til domstolsbehandling, jfr. 3 kap 6 § flg. VML.[1130]

Behandlingen i de allmenne domstoler følger reglene i rättegångsbalken. De allmenne domstoler avgjør spørsmål om varemerkeinngrep og ugyldighetssøksmål, dog slik at Stockholms tingsrätt er EU-varemerkedomstol, jfr. 10 kap 6 § annet ledd VML.[1131] For ytterligere å konsentrere de svenske immaterialrettsspørsmål til spesialiserte domstoler er det i drøftet flere ulike reformer og løsninger, uten at det er fremmet noen konkrete forslag.[1132]

Gjennomgangen ovenfor viser at det er noen forskjeller mellom de skandinaviske land med hensyn til organisering i varemerkesaker. Disse forskjellene fremkommer spesielt ved den svenske ordningen med Patentbesvärsrätten som forvaltningsdomstol og klageorgan. Denne ordningen kan i større grad, enn tilfellet er i norsk og dansk rett, føre til sterkere konsentrasjon av immaterialrettslige tvister. Det må imidlertid påpekes at inngrepssakene også i svensk rett behandles av de ordinære domstoler. I en mellomstilling står den danske ordningen med Sø- og Handelsretten som søksmålsinstans for saker knyttet til EU-

---

[1127] Domstolens virksomhet reguleres i første omgang av Lag om Patentbesvärsrätten (1977:729) og forordningen (1988:346) med instruksjon for Patentbesvärsrätten. Se også Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 380-381 og http://www.pbr.se/startsida.htm

[1128] Lag om Patentbesvärsrätten (1977:729) henholdsvis 2 § og 9 §.

[1129] Prop. 2009/10:225 s. 220.

[1130] SOU 2001:26 s. 283 og Prop. 2009/10:225 s. 222.

[1131] Levin *Lärobok i immaterialrätt* (2007) s. 512.

[1132] I en forholdsvis radikal prosessreform - SOU 2001:33 Patentprocessen mm. - ble det foreslått at Patentbesvärsrätten skulle overføres til Stockholms tingsrett. Varemerketvister skulle fordeles på seks tingretter, slik at det i hvert hovrettsområde var en tingrett som behandlet varemerkesaker, se SOU 2001:33 s. 87. Dette forslaget ble imidlertid forkastet, og organisering av varemerkesaker ble diskutert videre i forarbeidene til den nye svenske varemerkeloven, jfr. SOU 2001:26 s. 351. I og med at hele domstolsorganiseringen i immaterialrett skulle behandles særskilt valgte regjeringen å avvente eventuelle endringer. Tema ble da også drøftet i den såkalte målutredningen, men heller ikke der ble det fremsatt noen konkrete forslag, jfr. SOU 2010:44 s. 409. flg.

varemerker, samt i saker hvor en av partene krever det. For norsk retts vedkommende vil de fleste typer varemerkesaker reises for Oslo tingrett, men med et viktig unntak for inngrepssakene. Organiseringen fører dermed til at muligheten for konsentrasjon av varemerkerettslige tvister er minst i norske domstoler.

11.2.3 Organiseringen i markedsføringssaker

I Norge anlegges markedsføringsrettslige tvister for de ordinære domstoler. Det finnes ingen regel om tvungent verneting i markedsføringssaker. Det er imidlertid svært få saker om brudd på markedsføringsloven, reist av hensyn til forbrukere, som havner hos domstolen. Det er i stor grad Forbrukerombudet og Markedsrådet, som forvaltningsorganer, som fatter enkeltvedtak om forbud, påbud og sanksjoner rettet til næringsdrivende, jfr. mfl. § 39 første ledd. Adgangen til å bringe Markedsrådets avgjørelser inn for domstolen, i henhold til den generelle domstolskontroll med forvaltningsvedtak, brukes altså i svært liten grad.[1133] Ved markedsføringsrettslige tvister mellom næringsdrivende anvendes ofte det alternative konfliktløsningsorganet Næringslivets konkurranseutvalg.[1134] Fordelen med slike selvjustisorganer er at de bredt sammensatt og kan sånn sett inneha kompetanse på det aktuelle saksområdet. Denne kanaliseringen mot forvaltningsorganer og selvjustisorganer kan imidlertid føre til at dommeren i norske domstoler ikke får opparbeidet særlig erfaring med markedsføringsrettslige tvister. Erfaring og kunnskap om de krav som stilles til markedsundersøkelser som bevis i markedsføringsrettslige tvister vil tvert imot opparbeides utenfor domstolssystemet i Norge.

I forbindelse med politi- og domstolsreformen i Danmark ble prosessreglene for markedsføringssaker endret.[1135] Den tidligere regel om at rettssaker knyttet til markedsføringsloven skulle anlegges ved Sø- og Handelsretten ble opphevet, og spørsmålet om verneting reguleres i dag av Retsplejeloven §§ 225-227. Det er kun dersom forbrukerombudsmannen er part i saken og markedsføringsloven er av vesentlig betydning at saken kan anlegges ved Sø- og Handelsretten, jfr. Rpl § 225 stk 2, nr. 2. Denne begrensningen i Sø-og Handelsrettens kompetanse kan ses i lys av et generelt ønske om å begrense saker med direkte ankeadgang til Højesteret.[1136] Det skal da presiseres at det i dansk rett ikke finnes et

[1133] Dette må sies å gjelde generelt for norske domstoler, se Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 540.
[1134] Vedtekter for Næringslivets Konkurranseutvalg http://www.konkurranseutvalget.no/konkurranseutvalget-forsiden/vedtekter-for-naeringslivets-konkurranseutvalg-article887-530.html.
[1135] Lov nr. 538 av 8. juni 2006 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Politi og domstolsreform) § 102. Den danske MFL. § 21 ble dermed opphevet. Se Rygaard *Domstolsreformen i Danmark* NIR (2007) s. 59 og Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 40-41.
[1136] Rygaard *Domstolsreformen i Danmark* NIR (2007) s. 59.

forvaltningsrettslig klageorgan som ligner det norske Markedsrådet. Det innebærer at de sivile saker om overtredelse av markedsføringsloven skal behandles for de enkelte byretter, med mindre forbrukerombudsmannen er part i saken. Det må dermed tas høyde for at den enkelte dommer i de danske byretter opparbeider seg liten erfaring med markedsføringssaker generelt og markedsundersøkelser spesielt. Det kan imidlertid være en løsning å sørge for å trekke inn sakkyndige i markedsføringssaker, jfr. Rpl. § 94 stk 1, pkt. 3. Dersom den enkelte sak berører både immaterialrettslige og markedsføringsrettslige forhold kan saken anlegges for Sø- og Handelsretten, hvis dette anses hensiktsmessig.[1137]

Den svenske konsumentombudsmannens beslutninger kan overklages til Stockholms tingrett, jfr. 51§ MFL. Ved hovedforhandling skal retten bestå av enten to lovkyndige dommere og to økonomiske eksperter, jfr. 54 § MFL, eller en lovkyndig og en økonomisk ekspert, jfr. 57 § MFL. Tingrettsbeslutninger kan igjen overklages til Marknadsdomstolen, jfr. 52 § MFL.[1138] Avgjørelser i sivile saker for Marknadsdomstolen kan ikke påklages videre og denne domstolen er dermed øverste instans i markedsføringssaker. Marknadsdomstolen er en spesialisert domstol som består av erfarne dommere, med både teoretiske og praktiske kunnskaper.[1139] Ved full sammensetning består domstolen av tre juridiske dommere og fire økonomiske eksperter. Det er også påpekt i juridisk teori at erfaringene med Marknads-domstolen har gitt mer fleksible prosessregler og kortere behandlingstid.[1140] Marknads-domstolen følger rettergangsordningen for hovrett, jfr. 60 § MFL.

Også i forhold til organiseringen i markedsføringssaker, går det et skille mellom den svenske ordningen med den spesialiserte Marknadsdomstolen på den ene side og de norske og danske systemene med hovedvekt på alminnelige domstoler på den andre. For norsk retts vedkommende kan imidlertid ordningen med Markedsrådet som et domstollignende klage-organ sikre en viss konsentrasjon av markedsføringssaker. Markedsrådets kompetanse er imidlertid begrenset til tvister som reises av hensyn til forbrukerne.

[1137] Madsen *Markedsret Del 2, Markedsføringsret og konkurrenceværn* (2007) s. 203-304

[1138] Marknadsdomstolens organisasjon og sammensetning reguleres av Lag om Marknadsdomstol (1970:417) og forordningen (1988:1564) med instruksjon for Marknadsdomstolen.

[1139] SOU 2006:76 s. 144. Se også Bernitz *Svensk och europeisk marknadsrätt: konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar* (2009). 208.

[1140] Engelbrekt *Från materiella regler till genomföranderegler: en ny fas i det europeiska rättssamarbetet på konsumentskyddsområdet?* ERT (2007) s. 603.

12 Kommentarer og refleksjoner til kapittel III

Selv om en vurdering av grunnleggende prosessuelle prinsipper nødvendigvis blir noe generell, viste analysene i dette kapitlet at flere av prinsippene kan få reell betydning ved fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis.

Blant annet kan oppmykingen av muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippene gjøre det enklere å legge frem skriftlige bevis utarbeidet utenfor retten. Dette kan åpne for at markedsundersøkelser, som må anses å være utenrettslige erklæringer, kan fremlegges i større grad. I så fall må også motpartens muligheter for å imøtegå beviset sikres gjennom fokus på kontradiksjonsprinsippet.

Nettopp kontradiksjonsprinsippet kan by på spesielle utfordringer, både i forhold til tidsaspektet og motpartens reelle muligheter for å imøtegå en markedsundersøkelse. Dersom motparten for eksempel skal ha mulighet for å påvirke utforming av selve undersøkelsen, må dette skje på et tidlig stadium i saksforberedelsen. Det er imidlertid ikke vanskelig å tenke seg at den part som vurderer å legge frem en undersøkelse er noe tilbakeholden med å flagge dette overfor motparten – det kan jo tenkes at undersøkelsen ikke støtter egen påstand. Noen form for samarbeid mellom partene om utforming av undersøkelsen, kan derfor vise seg vanskelig. I tillegg kan det være en utfordring knyttet til behovet for sakkyndig ekspertise. Dette gjelder både ved eventuell imøtegåelse av en fremlagt undersøkelse, men også dersom motparten føler behov for å utarbeide en egen undersøkelse. Dersom behovet for sakkyndig ekspertise på denne måten eskalerer, vil det også raskt støte an mot proporsjonalitetsprinsippet. Både bruk av sakkyndige bevis og gjennomføring av en markedsundersøkelse vil øke prosess-omkostningene, og kan være en reell skranke for fremleggelse av slike bevis. Bevis-avskjæringsreglene kan også åpne for generelle begrensninger i adgangen til å legge frem markedsundersøkelser som bevis.

Det går imidlertid an å tenke seg at rettens plikt til aktiv saksstyring kan avhjelpe den usikkerhet som kan oppstå ved utarbeidelse av en markedsundersøkelse som bevis i retten. Kostnadene kan på den måten holdes nede, og dommeren kan selv være med på å sørge for at undersøkelsen i størst mulig grad utarbeides etter objektive og nøytrale kriterier. Som det pekes på i gjennomgangen overfor kan det være en utfordring at retten ikke selv innehar den nødvendige ekspertise knyttet til de vitenskapelige kriterier. Uten kunnskaper om hvordan undersøkelser utformes kan det derfor vanskelig tenkes at retten kan bidra i denne prosessen.

Dette bringer oss i over i vurderinger av hvorvidt sakkyndig ekspertise bør tilføres retten. Dersom det er uttalt behov for sakkyndig ekspertise vil det være et sentralt spørsmål om de sakkyndige skal være foran eller bak skranken, som sakkyndig vitne eller som fagkyndig meddommer. Av hensyn til kontradiksjonsprinsippet kan det for eksempel argumenteres med at sakkyndige uttalelser må fremmes som en del av bevisføringen. Dette åpner for at partene kan ta del i diskusjoner knyttet til de sakkyndige spørsmål.

Behovet for sakkyndig ekspertise bak skranken kan, til en viss grad, løses gjennom organiseringen av avgjørelsesmyndighetene. Et interessant poeng er da forskjellen mellom organiseringen i Norge, Danmark og Sverige. Dersom behovet for konsentrasjon og sakkyndig ekspertise vektlegges vil dette klart best gjenfinnes i de svenske forvaltnings-domstolene Patentbesvärsrätten og Marknadsdomstolen.

De prosessuelle utfordringer kan imidlertid ikke ses isolert. Sammenhengen mellom den materielle forankring og prosessrettens relevanskriterium er allerede drøftet. Det vil imidlertid også være nødvendig å vurdere om den fremlagte undersøkelsen faktisk gir uttrykk for virkeligheten. For å sikre at undersøkelsen i størst mulig grad gjengir virkeligheten må det tas høyde for de undersøkelsestekniske krav til kvalitet. Den juridiske håndtering av undersøkelseskriterier behandles derfor nærmere i kapittel IV nedenfor.

Kapittel IV Undersøkelseskriterier i en juridisk kontekst

13 Innledning

Når omsetningskretsens faktiske oppfatning skal måles gjennom en markedsundersøkelse, vil den samfunnsvitenskapelige metode legge føringer for den konkrete utforming av undersøkelsen og den senere analyse av resultatene.

Markedsundersøkelsers funksjon som bevismiddel må altså ses i sammenheng med dens kvalitative verdi basert på vitenskapelige krav. For å kunne foreta en analyse av domstolens eller andre avgjørelsesmyndigheters vurdering av markedsundersøkelser som bevis, må de underliggende krav knyttet til de vitenskapelige undersøkelsestekniske kriterier gjennomgås.

Undersøkelsens juridiske verdi vil imidlertid også avhenge av at den juridiske forankring ivaretas. Forholdet mellom samfunnsvitenskap og rettsvitenskap, og eventuell gjensidig innflytelse mellom de juridiske og vitenskapelige kriterier, må dermed avklares nærmere. Det vil være behov for å drøfte i hvilken grad det tas hensyn til de vitenskapelige kriterier i den juridiske håndteringen av undersøkelsen.

I forlengelsen av dette kan det spørres om det er spesielle undersøkelseskriterier som må hensyntas når markedsundersøkelser anvendes som bevis i varemerke- og markedsførings-rettslige tvister. Det innebærer at praksis, både i domstoler og i forvaltningen, må gjennomgås med henblikk på om det kan trekkes ut noen felles prinsipper for vurdering av markeds-undersøkelser som bevis. Analysene i dette kapitlet vil dermed danne bakgrunn for drøftelser av undersøkelsenes juridiske bevisverdi i kapittel V nedenfor.

14 Generelt om bruk av empiri i en juridisk kontekst

14.1 Forholdet mellom samfunnsvitenskap og rettsvitenskap

I den grad forholdet mellom samfunnsvitenskap og rettsvitenskap har vært drøftet i juridisk teori har det gjerne vært på bakgrunn av et tilkjennegitt behov for kunnskap om menneskene og samfunnet, knyttet til vurderinger av jussens funksjon.[1141] Empiri vil i så fall anvendes som ledd i juridiske resonnementer for å klarlegge de faktiske forhold som er forankret i det virkelige liv.[1142] Hvorvidt tilsynelatende rene juridiske resonnementer som knyttes til beskrivelser av faktiske forhold egentlig må betraktes som hypoteser i samfunnsvitenskapen kan også diskuteres.[1143] Det vil i alle fall ikke være noe vanntett skott mellom disse vitenskapene.

Bruk av empiri i rettsvitenskapen er heller ikke noe ukjent fenomen og brukes blant annet både som bakgrunnsinformasjon for lovgiver, ved vurdering av reglenes relevans eller effekt, samt ved rettspolitisk og rettsøkonomisk argumentasjon.[1144] Samfunnsvitenskapelige metoder kan dermed kombineres med rettsdogmatikken i en mer praktisk handlingsorientert rettsvitenskap.[1145] Det er enn videre hevdet at rettsvitenskapen generelt vil tjene på det dersom også rettslige undersøkelser i større utstrekning tar utgangspunkt i faktiske forhold og problemer fremfor i rettsreglene.[1146] Som nevnt i innledningskapitlet ble begrepet "Empirische Rechtsforschung" lansert i tysk rett allerede i 1976 og henspeiler nettopp på bruk av empiri som grunnlag for rettsvitenskapelige analyser.[1147]

Ved bruk av empiri som ledd i argumentasjonen og bevisføringen i juridiske tvister, blir spørsmålet hvordan empiri skal håndteres som uttrykk for sannheten om konkrete faktiske forhold. Samfunnsvitenskapen får da en mer praktisk betydning, og det er ikke like lett å få øye på dens generelle betydning som bidragsyter til rettsvitenskapen. Det kan likevel være fruktbart å knytte noen kommentarer til det mer overordnede forholdet mellom de to vitenskaper, før det hele tas ned til et mer konkret nivå.

[1141] Se for eksempel Eckhoff *Retten og samfunnet* (1976) s. 323.
[1142] Graver *Den juristskapte virkelighet* (1986) s. 141.
[1143] Strömholm *Hur många rättsvetanskaper finns det?* Hur många rättsvetanskaper finns det? (1978) s. 636.
[1144] Sandgren *On Empirical Legal Science* Scandinavian studies in law (2000) s. 466 flg.
[1145] Dalberg-Larsen *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab* (1977) s. 536 flg. og Dahlberg-Larsen *Hvorfor interessere sig for andre samfundsvidenskaper?* Regulering og styring III: Et bidrag til den juridiske forskeruddannelse (1992) s. 65.
[1146] Sandgren *Om empiri och rättsvetenskap (del I)* JT (1995-96) s. 726.
[1147] Schweizer *Empirische Rechtsforschung* Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung (1976) s. 386.

Rettsvitenskap og samfunnsvitenskap er i utgangspunktet to ulike vitenskaper med til dels helt ulike funksjoner. Grovt sett kan en si at rettsvitenskapens utgangspunkt i *rettsregler* fungerer konstituerende for den rettslige virkelighetsoppfatning, mens samfunnsvitenskapens utgangspunkt i *virkeligheten* danner grunnlag for en vurdering av relevante problemer.[1148] Det er sjelden at en bestemt rettsregel er styrende for valg av den empiri som samles inn i forbindelse med samfunnsvitenskapelige studier.[1149]

Siden rettsvitenskapen ofte danner grunnlag for konkrete beslutninger, er den til en viss grad også utformet av jussens praktiske vinkling.[1150] Samfunnsvitenskapen har ikke den samme funksjonen knyttet til konkrete beslutninger. Der er det ikke bare det konkrete markedet som skal beskrives, men også mekanismene som ligger bak observasjonene.[1151] Generelle observasjoner av markedet er derfor gjenstand for kontinuerlig revisjon og tilegnelse av ny kunnskap.[1152] Behovet for uavhengig verifisering i den samfunns-vitenskapelig metode skiller seg dermed også fra rettens behov for å ta raske avgjørelser. Retten må avgi en avgjørelse innenfor en viss frist og kan ikke vente på en verifisering av observasjonens kvalitet.

I den praktiske rettsanvendelse har de ulike aktørene ulike funksjoner, også i forhold til håndtering av empiri som bevis i retten, jfr. drøftelsen av bevisføringen i kapittel III ovenfor. Advokaten skal legge frem klientens argumenter i retten og vil dermed kun anvende empiri som underbygger disse. Idet sannhet i samfunnsvitenskapelig metode er ment å være absolutt og verifiserbar, må en markedsforsker på sin side fremlegge både argumenter og mot-argumenter.[1153] En markedsforsker må gi en nøytral beskrivelse av helheten og har dermed en annen oppgave enn advokaten, som kan være ensidig i sin bevisføring. Den siste aktøren er dommeren som vurderer hvorvidt fakta anses bevist i den individuelle saken. En fremlagt markedsundersøkelse som skal dokumentere omsetningskretsens oppfatning må være direkte anvendelig i forhold til det juridiske vurderingstema i en pågående rettstvist. Dommerens oppgave er ikke knyttet til hvorvidt undersøkelsen etablerer generelle prinsipper for oppfatningen i markedet.

[1148] Andenæs *Rettsvitenskap og empiri* Regulering og styring III: Et bidrag til den juridiske forskeruddannelse (1992) s. 109.
[1149] Sandgren *Om empiri och rättsvetenskap (del II)* JT (1995-96) s. 1047.
[1150] Aubert *Om relationerna mellan juridiska och sociologiska begrepp* Rationalitet i rättssystemet (1979) s. 58.
[1151] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 53.
[1152] Crespi *Surveys as Legal Evidence* The Public Opinion Quarterly (1987) s. 86.
[1153] Gastwirth *Statistical Reasoning in the Legal Setting* The American Statistician (1992) s. 55.

Det konkrete formålet med bruk av en markedsundersøkelse som bevis i retten vil også være svært forskjellig fra den måte undersøkelser brukes på i markedsforskningen.[1154] For en virksomhet kan formålet med markedsanalyse være å identifisere markedsmuligheter, forbedre markedsføringstiltak eller kontrollere markedsføringen.[1155] Dersom undersøkelsen skal brukes i retten må den være rettet spesifikt mot dokumentasjon av omsetningskretsens reelle oppfatning i forhold til det angitte juridiske vurderingstema. Det sentrale blir å avdekke den eksisterende oppfatningen i markedet i forhold til et konkret spørsmål. Felles for rettsvitenskapen og samfunnsvitenskapen er likevel at begge sikter mot å etablere sikker kunnskap om faktiske forhold.[1156]

Ulik håndtering av empiri som bevis, i og utenfor retten, innebærer at det er behov for kriterier som nærmere fastlegger samspillet mellom empiri og rettsvitenskap. Slike kriterier må også være anvendelige når markedsundersøkelser brukes som dokumentasjon overfor andre avgjørelsesmyndigheter enn domstolene. Ved bruk av markedsundersøkelser som bevis, her avgrenset til varemerke- og markedsføringsrettslige tvister, vil det i alle fall være behov for en avklaring av hvilke krav som kan stilles til undersøkelsens kvalitative verdi, sett i forhold til juridiske krav til relevans og vekt.

14.2 Samfunnsvitenskapelige kriterier

Vitenskapelige kriterier for utforming av tradisjonelle markedsundersøkelser vil danne et naturlig utgangspunkt for vurdering av undersøkelsens kvalitet som bevis.

Samfunnsvitenskapens spesifikke metoder og krav til kvalitet utvikles kontinuerlig. En av grunnene til å legge større vekt på markedsundersøkelser i dag kan nettopp være at kvaliteten stadig forbedres.[1157] Det kan imidlertid være et generelt problem at forsøk på å gjengi virkeligheten gjennom en undersøkelse aldri kan klare å gjenspeile virkeligheten fullt ut. Det kan for eksempel være vanskelig å måle publikums *spontane* reaksjoner på en markedsføringskampanje når respondentene er innstilt på at hele situasjonen er en test.[1158] Det kan dermed også stilles spørsmål ved om selv korrekt utførte markedsundersøkelser kan sies å gi uttrykk for virkeligheten. Denne reservasjonen må imidlertid ses i sammenheng med de muligheter som finnes for å sikre at undersøkelsen i størst mulig grad gir et riktig bilde av

[1154] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 198-199.
[1155] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 13.
[1156] Graver *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig magefølelse eller rasjonell helhetsvurdering?* TfR (2009) s. 203.
[1157] Se Marianne Levin i forordet til Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992).
[1158] Rappeport *Litigation surveys - social "science" as evidence* TMR (2002) s. 960.

sannheten. Det er derfor nødvendig å klarlegge visse minimumskriterier når markeds-undersøkelser vurderes brukt som bevis i retten. Slike kriterier vil i samfunnsvitenskapen knyttes til om de anvendte måleinstrumenter er reliable og valide.

For det første vil kravene til validitet handle om hvor godt man måler det man har til hensikt å måle.[1159] Hvis ikke undersøkelsen måler det den er ment for å måle, er den ikke valid.[1160] Resultatene må med andre være gyldige i forhold til det juridiske spørsmålet i saken. Det må i tillegg være et samsvar mellom de svar som fremkommer i undersøkelsen og det respondentene faktisk mener. Det vil altså gi lav validitet hvis respondentene misforstår spørsmålene. Dersom et antall innsiktsfulle personer vurderer undersøkelsesspørsmålene og kommer til at de er fornuftig utformet vil de være valide.[1161] Det må utvilsomt være et vilkår at resultatene er valide hvis de skal kunne brukes i retten som grunnlag for en riktig avgjørelse i den konkrete saken.

For det andre vil kravene til reliabilitet handle om i hvilken grad man kan stole på at undersøkelsesresultatene er pålitelige.[1162] En såkalt test-re-test kan for eksempel på en enkel måte vise om resultatene er reliable.[1163] En slik test går ut på undersøkelsesspørsmålene gjentas overfor de samme respondentene, og dersom den nye testen gir de samme resultater er undersøkelsen reliabel.[1164] Dersom respondentene i den nye testen ikke gir de samme svarene kan det tyde på at måleinstrumentet er for dårlig og reliabiliteten blir lav. Slike tester foretas imidlertid sjelden. Årsaken til dette er gjerne at det krever mye tid og generer ekstra kostnader, men i tillegg er det en fare for at respondentene husker svarene fra sist og gjentar dem.[1165] Høy reliabilitet sikres imidlertid også ved å inneha gode rutiner for å oppnå korrekt utvalg av respondenter, og ved at spørsmålene som stilles er klare og tydelige. Det sentrale er at de tilfeldige feilene er minst mulige. Det kan derfor sies å være et vitenskapelig krav at gangen i selve undersøkelsen beskrives nøye, gjennom å dokumentere hvordan begreper er blitt målt og operasjonalisert, ved å vise til hvordan utvalget ble gjort og ved å redegjøre for hvordan selve analysene foregikk.[1166]

Det er også utviklet internasjonale bransjenormer for markedsforskning. International Chamber of Commerce (ICC) og European Society for Opinion and Marketing Research

---

[1159] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 72.
[1160] Sorenson *Survey research execution in trademark litigation* TMR (1983) s. 356-357.
[1161] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 73.
[1162] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 329 og Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 123.
[1163] Carmines og Zeller *Reliability and validity assessment* (1979) s. 3.
[1164] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 329.
[1165] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 202.
[1166] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 73.

(ESOMAR) har i samarbeid utgitt etiske retningslinjer for markedsanalyse; Code of Marketing and Social Research Practice.[1167] Retningslinjene fokuserer på betydningen av objektivitet, saklighet, respondentenes frivillighet og anonymitet, i tillegg til generelle krav om anvendelse av vitenskapelige metoder. Dette må anses å være minstekrav til undersøkelser utført av analysebyråer og vil derfor også få betydning for utforming og analyse av markeds-undersøkelser som bevis i retten.

Kravene til metode kan variere etter hva som er formålet med bruk av empiri i rettsvitenskapen.[1168] Det er blant annet hevdet at dersom empiri brukes for å samle inn bakgrunnsinformasjon for å vurdere hvordan bestemte regler fungerer i samfunnet, stilles det ikke like strenge krav til den anvendte metode.[1169] Når det gjelder bruk av markeds-undersøkelser som skal vurderes som bevis i retten, må det imidlertid stilles, minst, like strenge krav til metode som ved andre undersøkelser i markedsforskningen. Blant annet vil generelle krav til objektivitet og nøytralitet være sentrale i vurderingen av undersøkelsens kvalitative verdi.

Når utgangspunktet for markedsforskeren som utarbeider undersøkelsen er den vitenskapelige metoden må dennes kompetanse baseres på dette. Utgangspunktet for juristen som bestiller undersøkelsen vil imidlertid være den juridiske forankringen. Disse to utgangspunkter forutsetter at det, i det enkelte tilfelle, må foretas en fornuftig arbeidsfordeling mellom juristene og markedsforskerne.[1170] Spørsmål knyttet til denne fordelingen berøres flere steder i det følgende.

14.3 Juridisk innflytelse

Samspillet mellom samfunnsvitenskap og rettsvitenskap fremkommer blant annet ved at det i de undersøkelsestekniske kriterier må tas høyde for den juridiske forankring.

Den generelle juridiske innflytelse vil fremkomme ved at undersøkelsens formål må samsvare med det juridiske vurderingstema, gjennomgått i kapittel II ovenfor. Ved utforming av undersøkelsen må det hele tiden tas hensyn til at den skal kunne forankres i de aktuelle bevistema i varemerke- eller markedsføringsrett. Også selv om undersøkelsen ikke er laget

---

[1167] ICC/Esomar International Code on Market and Social Research http://www.esomar.org/uploads/pdf/professional-standards/ICCESOMAR_Code_English_.pdf

[1168] Sandgren *Om empiri och rättsvetenskap (del II)* JT (1995-96) s. 1054-1055.

[1169] Se for eksempel på erstatningsrettens område; Roos *Ersättningsrätt - en forskningsinriktning?* Festskrift till Jan Hellner (1984) s. 509.

[1170] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 523.

med rettssaken for øyet, må den være relevant i forhold til det juridiske vurderingstema for å kunne ha noen verdi som bevis.

Et eksempel på behovet for juridisk innflytelse er definisjonen av den relevante omsetningskrets. I og med at denne kretsen må baseres på en juridisk definisjon kreves det en viss involvering av juridisk ekspertise.[1171] Det er for eksempel ikke opplagt at også potensielle kunder skal medregnes i målgruppen for en generell markedsanalyse.

Et annet eksempel er utforming av spørsmålene i undersøkelsen. Det er utvilsomt juristen som best kjenner de juridiske spørsmålene i saken.[1172] Det kan imidlertid også være en fare for at juristen, spesielt i egenskap av den ene partens advokat, har for stor nærhet til det aktuelle materiale.[1173] Den juridiske innflytelse ved utforming av spørsmålene vil dermed innebære en balansegang mellom ivaretakelsen av den juridiske forankring og faren for at undersøkelsen ikke blir nøytral. For å unngå dette kan det være en løsning å la markeds-forskeren avgjøre utformingen av spørsmålene.[1174] Utfordringen er da en fare for at det ikke tas høyde for den juridiske forankring. Den svenske Varumärkesnämnden brukte i sin tid en slags mellomløsning, ved at det ble presisert overfor analysebyrået at nemnden selv skulle godkjenne det utarbeidede spørreskjema, når den enkelte markedsundersøkelse ble bestilt.[1175] Nemnden forbeholdt seg også retten til å kreve at visse spørsmål skulle være med i undersøkelsen. På denne måten ble det sikret at både de vitenskapelige og de juridiske krav ble tatt hensyn til.

Et sentralt poeng blir hvor langt den juridiske innflytelsen kan gå, før den medfører at undersøkelsen blir partisk. En måte å møte dette på kan være at den direkte juridiske innflytelse kun skjer på et tidlig stadium av undersøkelsens utforming, mens juristene trer tilbake når undersøkelsen skal gjennomføres.[1176] Advokaten kan dermed være med på å definere målpopulasjon og utforme spørsmålene for å sikre at de stemmer med det juridiske vurderingstema.[1177] Denne arbeidsfordelingen er i blant annet i USA ansett å være sentral for å unngå at advokatens deltagelse gjør undersøkelsen partisk.[1178] Men selv denne ordningen kan ikke helt utelukke at den ene partens innvirkning på utarbeidelse av undersøkelsen kan

---

[1171] Se om den juridiske definisjon av omsetningskretsen i kapittel pkt. 4.2 ovenfor, og om bruk av omsetnings-kretsen som grunnlag for målpopulasjon i pkt. 16.2 nedenfor.
[1172] Sandgren *Om empiri och rättsvetenskap (del II)* JT (1995-96) s. 1044.
[1173] Andenæs *Rettsvitenskap og empiri* Regulering og styring III: Et bidrag til den juridiske forskeruddannelse (1992) s. 108-109.
[1174] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 523.
[1175] Nemnden ble imidlertid nedlagt med virkning fra 1. januar 2011. Se nærmere i pkt. 15.1 nedenfor.
[1176] Bird *Streamlining consumer survey analysis* TMR (1998) s. 277.
[1177] McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32:166.
[1178] Reference Manual on Scientific Evidence, second edition 2000 s. 237-238.

være utslagsgivende for de resultater den gir. En annen løsning kan da være at sakens parter snakker sammen på forhånd for å unngå å lage undersøkelser som ikke blir akseptert i ettertid.[1179] Dette vil i så fall samsvare bedre med kontradiksjonsprinsippet i prosessretten. Den juridiske innflytelse vil komme fra advokater på begge sider. En tredje løsning kan være bruk av rettsoppnevnte sakkyndige som utarbeider selve undersøkelsen og møter i retten som vitne.[1180]

14.4 Operasjonalisering av juridiske begreper

Det presiseres i markedsforskningen at de teoretiske begreper som inngår i undersøkelses-spørsmålene må avklares og angis i målbare variabler.[1181] Det er disse variablene som skal måles ved hjelp av et spørreskjema. I forhold til bruk av markedsundersøkelser som juridisk bevis ligger det en utfordring i at de samfunnsvitenskapelige og rettsvitenskapelige begreper kan ha forskjellig meningsinnhold.[1182] Gjennomføring av markedsundersøkelser som skal fremlegges som bevis, forutsetter dermed at de juridiske begreper gis operasjonelle definisjoner.[1183] Juridiske begreper må altså "oversettes" så de passer inn i den samfunns-vitenskapelige settingen.

For det første må markedsforskeren selv ha en klar oppfatning av hva som ligger i de enkelte juridiske begreper. Dette kan innebære et behov for opplæring av den enkelte som skal utføre intervjuer eller lage spørreskjema. Deretter må spørsmålene utformes slik at respondentene forstår begrepenes betydning, samtidig med at undersøkelsens juridiske formål opprettholdes.

Dersom bevisspørsmål ikke kan stilles direkte til respondentene, må disse oversettes til undersøkelsesspørsmål.[1184] For at markedsundersøkelser skal kunne legges til grunn i retten, må imidlertid de svar respondentene gir på undersøkelsesspørsmålene også gi svar på bevisspørsmålene. Det vil dermed være nødvendig med en oversettelse fra bevisspørsmål til undersøkelsesspørsmål *og* tilbake igjen.[1185] Undersøkelsens kvalitet kan i stor grad avhenge av at det overhodet er mulig å oversette abstrakte komplekse juridiske spørsmål til enkle lett

---

[1179] Se for eksempel American Luggage Works, Inc v United States Trunk Co Inc., 158 F Supp 50, 54 116 USPQ 188, 191 (D Mass 1957).
[1180] Jfr. kapittel III pkt. 10.3.2 ovenfor.
[1181] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 114
[1182] Aubert *Om relationerna mellan juridiska och sociologiska begrepp* Rationalitet i rättssystemet (1979) s. 58.
[1183] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 523.
[1184] Se nærmere om spørsmålsutforming i pkt. 16.4 nedenfor.
[1185] Noelle-Neumann og Schramm *Umfrageforschung in der Rechtspraxis* (1961) s. 17.

forståelige undersøkelsesspørsmål.[1186] Dette stiller store krav til både juristene og markeds-forskerne og behovet for samarbeid er innlysende.

Dersom det for eksempel innen varemerkeretten skal undersøkes hvorvidt omsetnings-kretsen oppfatter at et merke har særpreg, må selve særpregsbegrepet operasjonaliseres. Respondentene har høyst sannsynlig ingen formening om hva som ligger i kravet til særpreg.[1187] Det samme vil i mange tilfelle gjelde markedsforskerne som utformer undersøkelsen. På ett eller annet vis må det altså fremgå at det spørres etter om et merke er egnet til å skille seg fra andre merker, i motsetning til generiske betegnelser for et vareslag.[1188] I Teflon-avgjørelsen fra USA ble det for eksempel fremlagt en undersøkelse der respondentene før gjennomføring av undersøkelsen ble forklart forskjellen på et varemerke og en generisk beskrivelse av et produkt.[1189] Deretter ble de spurt om å kategorisere hvorvidt de oppfattet åtte ulike merker som et varemerke eller en generisk beskrivelse. Retten kunne dermed forutsette at respondentene forsto forskjellen på et varemerke og en generisk betegnelse, og godtok denne formen for undersøkelse.

Heller ikke den juridiske vurdering av risiko for direkte eller indirekte forveksling korresponderer nødvendigvis med hvordan dette forstås av respondenter.[1190] Forveksling vil i dagligtale normalt bety at man velger et produkt i den tro at det var et annet produkt. Dette står i kontrast til den juridiske betydning av forvekslingsfare, der det er nok at det er en fare for at omsetningskretsen tror at det er en kommersiell sammenheng mellom produktene. Noe av de samme hensyn til begrepsforvirring må tas ved spørsmål om forvekslingsfare ved etterligningsbeskyttelse etter markedsføringsloven.

Både ved utforming og vurdering av markedsundersøkelser som juridisk bevis, må det sikres at juridiske begreper er forstått korrekt av både markedsforskeren og respondentene. I motsatt fall vil ikke undersøkelsen kunne være relevant som bevis.

[1186] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 523.
[1187] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 84.
[1188] En løsning vil kunne være den tyske tre trinns modellen som gjennomgås i pkt. 15.4 nedenfor.
[1189] E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Yoshida Int´l, 393 F. Supp. 502 (E.D.N.Y. 1975). Testen er nærmere beskrevet i Zeisel *Prove It with Figures* (1997) s. 151.
[1190] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 105-106.

15 Utvikling av undersøkelseskriterier i en juridisk kontekst

15.1 Skandinavia

Samspillet mellom samfunnsvitenskapelige og rettsvitenskapelige metoder kan fremkomme gjennom en utvikling av undersøkelseskriterier som integrerer begge. I og med at slike kriterier ikke angis i varemerke- eller markedsføringsrettslig lovgivning i de skandinaviske land, må det vurderes om eventuelle kriterier kan ha blitt utviklet i andre kilder.

Det er da naturlig først å vurdere hvorvidt det er utviklet retningslinjer for utforming av undersøkelser i rettspraksis eller forvaltningspraksis i Norge, Danmark eller Sverige. Spørsmålet er om praksis kan ha dannet en form for presedens for hvordan markeds-undersøkelser skal håndteres i retten. Det vil også være aktuelt å lete etter en mer sammenfattende vurdering av slike kriterier i litteraturen, det være seg innen samfunns-vitenskap eller juridisk teori.

Når det gjelder norsk rettspraksis er ikke tilfanget på saker der markedsundersøkelser fremlegges som bevis særlig stort. I den grad slike fremlegges er det imidlertid interessant å se på om avgjørelsesmyndighetene trekker veksler på de vitenskapelige kriterier i sin vurdering. I den første dommen der markedsundersøkelser ble fremlagt, Tabac-dommen, ble undersøkelsen blant annet kritisert fordi det var valgt en for snever målgruppe.[1191] Også i Gule sider dommen ble valg av målgruppe vurdert helt konkret som et kriterium.[1192] I Cash & Carry dommen kommenterte førstvoterende at flere spørsmål i undersøkelsen var mindre presist formet og at noen av dem måtte sies å være suggestive.[1193] Undersøkelsens manglende verdi fremkom også ved at det ble påpekt at det var vanskelig å trekke bestemte slutninger ut fra de svar som var gitt. I Tippinga-saken sluttet retten seg til Patentstyrets annen avdeling som påpekte at spørsmålsstillingen var til dels ledende og at det til dels ikke ble skilt mellom de ulike betydninger ordet Tippinga kan ha.[1194] I tingrettens dom om særpreg for Imsdal-flasken kommenterte retten at undersøkelsen manglet dokumentasjon og bakgrunnsmateriale og derfor ikke var relevant.[1195] Retten har i andre saker bemerket mer generelt at en må være forsiktig med å trekke for bastante konklusjoner ut fra slike undersøkelser, særlig når man

[1191] Eidsivating Lagmannsrett 25. oktober 1976 (TABAC).
[1192] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen).
[1193] Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen).
[1194] LB-2009-99914 (Tippinga).
[1195] TGJOV-2010-63619 (Imsdalflasken).

mangler inngående kjennskap til hvordan de er utført.[1196] Det er også eksempler på at retten ikke går inn på kriteriene, men uttaler at hva som kan leses ut av undersøkelsen ikke fremstår entydig.[1197] Slike generelle observasjoner gir liten veiledning med hensyn til hvilke undersøkelseskriterier som kan ha betydning.

Mer konkrete uttalelser knyttet til kriterier av betydning for verdien av en markeds-undersøkelse finnes i Imperiadommen.[1198] Retten viste til at undersøkelsen bygget på internettintervjuer av 1003 personer som var hentet fra en database med personer som var villige til delta i TNS Gallups undersøkelser. I forhold til kravet om et representativt utvalg gjenga retten den aldersmessige, utdanningsmessige og geografiske fordeling av utvalget, men påpekte at intet var opplyst om utvalgets vaner med, kunnskaper om eller interesse for alkohol i sin alminnelighet eller vodka i særdeleshet. Retten poengterte imidlertid at derved var intet sagt om undersøkelsens bevisvekt. Det ble videre vist til at motparten ikke hadde deltatt i utformingen av spørsmålene og at respondentenes svar kunne avhenge både av spørsmålssituasjonen, spørsmålets utforming, samt hvem som svarer. Undersøkelsens representativitet og betydning for tvistesakens løsning kunne, etter rettens mening, ikke avgjøres generelt men måtte behandles i tilknytning til de aktuelle tvistepunkter. Tingretten tok imidlertid ikke konkret stilling til utvalgets representativitet eller om besvaring av spørreundersøkelser via internett er egnet til å belyse respondentenes oppfatning. Det var likevel tydelig at retten tok hensyn til at det fins visse kriterier for vurdering av undersøkelser som bevis.

Det norske patentstyret viser i sin veiledning til at markedsundersøkelser kan fremlegges som dokumentasjon for innarbeidelse av varemerke, uten at kriterier for dette angis nærmere.[1199] Hovedinntrykket er likevel at undersøkelseskriteriene sjelden kommenteres, uavhengig av om undersøkelsen i seg selv vektlegges eller ikke.[1200] Det ser imidlertid ut til at Patentstyrets annen avdeling rettet noe større fokus mot undersøkelsens kvalitet i Jägermeister-saken. Patentstyret presiserte da at det ikke ble rettet noen innvendinger mot

[1196] TSTVG-2005-178340 (Skagen fondene).
[1197] Se for eksempel RG 2006 s. 312 (Borgarting, Akers Avis Groruddalen - kjennelse).
[1198] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1199] Patentstyrets eksempler på dokumentasjon for innarbeidelse av et varemerke http://www.patentstyret.no/no/For-eksperter/Varemerkeeksperten/Innarbeidelse-og-bruk-av-et-varemerke--/Eksempler-pa-dokumentasjon/.
[1200] Se for eksempel PS-2006-7456 (M), PS 2009-7680 (Kinder), PS 2009-7687 (Rioja) og PS 2009-7836 (Laban).

verken utvalg eller spørsmålsstilling i undersøkelsen.[1201] Uttalelsen tyder på en noe mer bevisst holdning til markedsundersøkelser som bevis.

Markedsrådet har også i noen få avgjørelser kommentert markedsundersøkelsers kvalitet. I Rex-saken ble det blant annet vist til at undersøkelsene måtte antas å være beheftet med så mange feilkilder og hadde så vidt begrenset verdi, at det ikke var noe å bygge på.[1202] I og med at de undersøkelsestekniske krav ikke kommenteres eksplisitt, er det usikkert hvilke feilkilder det ble antatt at undersøkelsen hadde. I Top form-saken kommenterte Markedsrådet at undersøkelsen ikke var tilstrekkelig representativ og kunne derfor ikke gis noen utslagsgivende vekt.[1203] En gjennomgang av avgjørelser i Næringslivets konkurranseutvalg viser imidlertid lite fokus på de kriterier som ligger til grunn for markedsundersøkelser.[1204] Selv om markedsundersøkelser fremlegges i et visst omfang, drøftes nesten aldri undersøkelseskriterier i utvalgets begrunnelser.[1205]

Undersøkelseskriterier er heller ikke drøftet eksplisitt i norsk juridisk litteratur. De kommentarer som gis er knyttet til den generelle bevisverdien av slike undersøkelser, uten at det gis noen samlet fremstilling av aktuelle kriterier.[1206]

Hovedinntrykket i norsk rett er dermed at selv om enkelte momenter trekkes frem i de ulike avgjørelsene, drøftes ikke undersøkelseskriterier i særlig grad. Det kan dermed ikke trekkes ut noen generelle retningslinjer som kan gi en helhetlig veiledning knyttet til markedsundersøkelsers bevisverdi. Tatt i betraktning den noe økende tendensen til å legge frem markedsundersøkelser som bevis i norsk rett, vil det være behov for å vurdere hvorvidt veiledende kriterier kan finnes i kilder utenfor landets grenser.

Det er da naturlig å vurdere om dansk praksis i større grad har utviklet kriterier for bruk av markedsundersøkelser i en juridisk kontekst. En undersøkelse fremlagt i Torres-saken ble for eksempel kort kommentert av retten, som viste til at spørsmålene var utformet på den sedvanlige måten.[1207] Hva som lå i dette ble imidlertid ikke utdypet nærmere. En kritikk mot spørsmålsutformingen i Lotto-avgjørelsen var noe mer presis, ved at retten stilte seg tvilende til om spørsmålene i undersøkelsen var egnet til å gi svar på om Lotto var innarbeidet som et

[1201] PS 2011-7962 (Jägermeister).
[1202] MR 1975-3 (Rex).
[1203] MR 1977-8 (Top form).
[1204] De siste fem år er det fremlagt markedsundersøkelser i fem etterligningssaker, jfr. kapittel II pkt. 6.3.4.
[1205] Se for eksempel NKU 2000-6 (Stjørdals-Nytt), NKU 2005-10 (Laban), NKU 2006-2 (Triomega I), NKU 2006-7 (Triomega II), NKU 2007-11 (Vaffeljern) og NKU 2010-4 (Maaruds ferske nøtter).
[1206] Se for eksempel Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 256.
[1207] U.2000.620H (Torres).

varemerke.[1208] I Fisherman's Friend-avgjørelsen ble det kort henvist til at det ikke var påvist noen feil ved den fremlagte rapporten som var basert på en undersøkelse.[1209] Hovedinntrykket er imidlertid at undersøkelseskriterier sjelden kommenteres i domspremissene.[1210] Det er derfor heller ikke mulig å utlede noen prinsipper for behandling av markedsundersøkelser i dansk rettspraksis.

I den grad undersøkelser fremlegges i dansk registreringspraksis, kan også Ankenævnets avgjørelser gi veiledning med hensyn til vurdering av undersøkelseskriterier. I Ankenævnets avgjørelse i Lindeberg-saken hadde klager fremlagt flere markedsundersøkelser som ble kritisert av motparten.[1211] Blant annet ble spørsmålene kritisert for manglende objektivitet, at andre kjente merker ble trukket inn uten at det hadde sammenheng med den konkrete saken, det at det var utført som internettundersøkelse, manglende informasjon om svarene var gitt spontant eller hjulpet, samt manglende dokumentasjon ved spørreskjema og representativitet. Verken Patentstyrelsen eller Ankenævnet kommenterte disse kriteriene, men la den danske undersøkelsens resultater til grunn. ved å vise til at 58 % av de spurte ikke forvekslet merkene. Det kan påpekes at undersøkelsen ble fremlagt for å dokumentere forvekslingsfare, så den slo altså ut feil vei. I Sats-avgjørelsen ble den fremlagte undersøkelsen kritisert for manglende informasjon om utvalget.[1212] Hovedinntrykket er imidlertid, også i forhold til danske registreringssaker, at kriterier for bruk av markedsundersøkelser ikke kommenteres i særlig grad.[1213]

I Sverige er det noe større fokus på de kriterier som kan legges til grunn når en markeds-undersøkelse skal vurderes som bevis i retten. Undersøkelseskriterier har også vært gjenstand for drøftelser i juridisk teori.[1214] Siden markedsundersøkelser i større grad fremlegges som bevis i svensk rett er det naturlig å trekke inn svenske kilder i drøftelsene av de enkelte undersøkelseskriterier.

[1208] U.2010.1979H (Lotto). Spørsmålene ble også kommentert i U.2010.1S (Danske Spil).
[1209] U.2007.1896H (Fisherman's friend).
[1210] Se for eksempel U.1996.848H (Ritter Sport), U.1997.783/2H (Hugo Boss), U.2003.2400H (Smarties) U.2005.1438H (Tivoli småkager), U.2010.1S (Danske Spil), U.2010.320H (Tivoli Night) og U.2010.2249S (Thomas Tivoli).
[1211] AN 2005 00004 (Lindeberg).
[1212] AN 2008 00040 (Sats).
[1213] Se for eksempel AN 2003 00006 (Champ Twister), AN 2003 00038 (Trip Trap), AN 2004 00028 (Super color) og AN 2006 00024 (Wild Turkey).
[1214] Se særlig Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992), Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 463 flg. og Farrahi *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten* NIR (2006) s. 436 flg.

Patentbesvärsrätten har for eksempel i flere avgjørelser drøftet kritisk både målgruppe og representativt uvalg.[1215] I Kexchoklad- avgjørelsen ble både spørsmålsutforming, utvalg, antall respondenter, aldersfordeling, geografisk spredning, samt metoden ved gjennomføring av besøksintervjuer kommentert.[1216] Patentbesvärsrätten har videre kommentert at markeds-undersøkelser ikke kunne vektlegges fordi spørsmålene allerede fra begynnelsen av ledet respondentene inn på at undersøkelsen handlet om varemerker.[1217] Spørsmålsutformingen ble også kommentert av Patentbesvärsrätten i en sak knyttet til om Morakniv kunne registreres som ordmerke.[1218] Det er altså liten tvil om at den svenske Patentbesvärsrätten er bevisst på de kriterier som ligger til grunn for markedsundersøkelsers kvalitet. Dette står i kontrast til hovedinntrykket av norsk og dansk praksis.

Årsaken til dette fokuset på markedsundersøkelser som bevis i Sverige ligger nok også i at Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnd i mange år hadde et eget opplegg for dokumentasjon av innarbeidelse av varemerker.[1219] Nemnden ble imidlertid nedlagt 1. januar 2011. Det er likevel liten tvil om at dette arbeidet har vært med på å danne retningslinjer for bruk av markedsundersøkelser i svensk rett, og kan ha betydning også for fremtidige utarbeidelser av slike. Nemnden besto av eksperter på kjennetegn, markedsføring, reklame og markedsundersøkelser. Den sentrale oppgaven var å få laget utredninger om innarbeidelse av varemerker på oppdrag fra patentstyret eller advokatbyråer. Nemnden samarbeidet med et begrenset antall markedsundersøkelsesinstitutt som i praksis gjennomførte selve undersøkelsen. Det var likevel alltid nemnden som bestemte hvordan undersøkelsen skulle legges opp.[1220] Varumärkesnämnden avga utredning, fremla notoritetsundersøkelser med relevant utredningsunderlag, og ga en vurdering av om kjennetegnet ble ansett å være innarbeidet. Nemnden foretok en rettslig tolkningspoperasjon som ble avsagt i Stockholms Handelskammares navn. Før en markedsundersøkelse ble utarbeidet krevde nemnden opplysninger om:

- För vems räkning begäran sker (Sökanden),
- Namn på handläggande befattningshavare eller den som företräder Sökanden
- Det kännetecken begäran gäller

[1215] Se for eksempel PBR 96-833 (Patentdagen), PBR 01-412 (Byggnadsställningar), PBR 02-236 (Toblerone), PBR 03-230 (Microlax) og PBR 07/180 (Hermes Italie).
[1216] PBR 05-080 (Kexchoclad).
[1217] PBR 05-157 (Godbiten).
[1218] PBR 07-288 (Morakniv).
[1219] Tidligere hjemmeside: Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnd, http://www.chamber.se/?id=4513.
[1220] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 15.

- De varor/tjänster märkesinnehavaren saluför
- Registrering av kännetecken och konkurrerande kännetecken
- Bakgrunden till begäran
- De kategorier (återförsäljare och förbrukare) till vilka den aktuella varan/tjänsten saluförs
- Omfattningen av försäljningen till respektive kategori samt marknadsdelar
- Kategorier av beslutsfattare vid köp av varan/tjänsten t ex befattningshavare hos företag (målgrupp)
- De kanaler genom vilka nuvarande och presumtiva kunder och målgrupper bearbetas
- Nedlagda kostnader på marknadsföring eventuellt kompletterat med dokumentation om reklam
- Det geografiska område inom vilket varan/tjänsten försäljs, det geografiska område som undersökningen skall avse
- Den tid varan/tjänsten med märket funnits på marknaden, alternativt den tid näringskännetecknet använts av företaget
- Varuprov
- Uppgift om konkurrerande märken.

Denne listen kan nok fortsatt gi en pekepinn på hvilken informasjon som må ligge til grunn ved utarbeidelse av en markedsundersøkelse som dokumentasjon for innarbeidelse i varemerkeretten.[1221]

Den svenske Marknadsdomstolen har nok i større grad gitt uttrykk for en noe mer generell skepsis til metoden for utarbeidelse av markedsundersøkelser.[1222] Markedsundersøkelser som fremlegges i avgjørelser knyttet til markedsføringslovens regler anses generelt for å være usikre bevismidler, uten at konkrete undersøkelseskriterier kommenteres i særlig grad. I Gate Rehab-saken ble for eksempel undersøkelsen, som var basert på telefonintervju og internettundersøkelse, kritisert av motparten for utvalg, spørsmålsutforming og resultat-sammenstilling.[1223] Marknadsdomstolen tok imidlertid ikke stilling til noen av disse kommentarene i sin domsbegrunnelse. Heller ikke de kritiske kommentarene til flere av punktene i undersøkelsen, fremsatt av ekspertvitner, i Gustavus-saken ble kommentert av domstolen.[1224] Marknadsdomstolen knyttet imidlertid flere bemerkninger til ”metodemessige

[1221] Listen er hentet fra den tidligere hjemmesiden til Varumärkesnämnden; http://www.chamber.se/?id=4513.
[1222] Se for eksempel MD 2005:12 (Gustavus), MD 2005:20 (Live!), MD 2006:19 (Vivo), MD 2010:22 (Gate Rehab) og MD 2011:1 (We-Kappahl).
[1223] MD 2010:22 (Gate Rehab).
[1224] MD 2005:12 (Gustavus). Se også MD 2002:10 (Hygglo).

brister" i de fremlagte undersøkelsene i We-Kappahl-saken.[1225] Det ble for eksempel påpekt at det ikke fremgikk av undersøkelsen hvorvidt forbrukerne faktisk forbandt merket med den bestemte virksomheten. Det ble også rettet kritikk mot manglende informasjon om hvordan vurderingen foregikk. Denne forholdsvis ferske avgjørelsen kan tyde på at også Marknadsdomstolen i større grad kommenterer undersøkelseskriteriene.

Gjennomgangen ovenfor viser at det går et skille mellom dansk og norsk praksis på den ene side og svensk praksis på den andre, når undersøkelseskriterier vurderes. Skillet går ut på at det i svensk praksis, i særdeleshet i forhold til de varemerkerettslige tvister, i større grad knyttes kommentarer til de krav som stilles i vitenskapelig metode. Siden tilfanget på relevante kilder er mer begrenset i Norge og Danmark, er det derfor naturlig å trekke inn svenske kilder når det søkes etter veiledning for hvordan undersøkelseskriterier håndteres i en juridisk kontekst. Det er imidlertid heller ikke i svensk rett utformet generelle retningslinjer for hva som kreves av en undersøkelse for at den skal kunne ha bevisverdi.[1226]

Det er dermed heller ikke i tatt konkret stilling til den juridiske betydningen av undersøkelseskriterier som er forankret i samfunnsvitenskapelige metoder. For å søke å få et mer helhetlig bilde av de krav som kan stilles til markedsundersøkelser i en juridisk kontekst, har jeg derfor valgt å se på utviklingslinjer i annen fremmed rett. Dette kan danne grunnlag for å diskutere i hvilken grad eventuelt eksisterende kriterier kan være veiledende for bruk av markedsundersøkelser, også her hjemme.

Selv om rettssystemene i henholdsvis USA, England og Tyskland adskiller seg en god del fra de skandinaviske land, kan de kriterier som er utviklet i et samspill mellom samfunnsvitenskap og rettsvitenskap danne et bakteppe for drøftelsene i dette kapitlet. De ledende teorier i markedsforskningen er da også i stor grad utviklet i USA, og kan ha betydning ved spørsmål om anvendelse av markedsundersøkelser som bevis.

Før analysene av hvordan undersøkelser håndteres i fremmed rett, er det naturlig først å vurdere om det finnes aktuelle kilder i EU-retten som kan gi veiledning med hensyn til vurderinger av markedsundersøkelsers kvalitet som bevis for de nasjonale domstoler.

[1225] MD 2011:1 (We-Kappahl).
[1226] Farrahi *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten* NIR (2006) s. 462.

15.2 Praksis i EU

EU-domstolen har, som nevnt, et nokså pragmatisk forhold til markedsundersøkelser som bevis, og nøyer seg med å si at EU-retten ikke forbyr nasjonale domstoler å søke veiledning i markedsundersøkelser.[1227] Noen veiledning med hensyn til vurdering av undersøkelses-kriterier har jeg ikke funnet. Det nærmeste er kanskje en kommentar fra Førsteinstansretten om at dersom respondentene ikke svarer spontant kan en undersøkelse miste sin verdi.[1228]

I forhold til bruk av markedsundersøkelser i varemerkeretten kan det imidlertid være interessant å se på om registreringspraksis fra OHIM kan gi noen veiledning.

Det uttales blant annet i OHIMs Guidelines pkt. 7.9: "Well-conducted opinion polls, namely where the questions asked are relevant, and not leading, and the sample interviewed is properly chosen with no inbuilt bias are particularly persuasive. This applies in particular to such polls or surveys when they are carried out by independent and well-recognized organizations or institutions".[1229]

I retningslinjer utarbeidet for OHIM for vurdering av undersøkelsens reliabilitet er det videre fastlagt visse sjekkpunkter som bør gjennomgås når undersøkelser fremlegges for å dokumentere opparbeidet særpreg som grunnlag for registrering.[1230] Disse er:

a) Whether or not it has been conducted by an independent and recognised research institute or company, in order to determine the reliability of the source of the evidence.
b) The number and profile (sex, age, occupation and background) of the interviewees, in order to evaluate whether the results of the survey are representative of the different kinds of potential consumers of the products in question. In principle, samples of 1000 – 2000 interviewees are considered sufficient, provided they are representative for the class of consumer concerned.
c) The method and circumstances under which the survey was carried out and the complete list of questions included in the questionnaire. It is also important to know how and in which order the questions were formulated, in order to ascertain whether the respondents have been confronted with leading questions.
d) Whether the percentage reflected in the survey corresponds to the total amount of persons questioned or only to those who actually replied.

[1227] C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide) premiss 35 og C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) premiss 53.
[1228] T-277/04 av 12. juli 2006 (Vitakraft) premiss 39.
[1229] Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) Part B Examination pkt. 7.9 side 54.
[1230] Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) Part C, Opposition Guidelines s. 368.

Det er også foretatt en undersøkelse av registreringspraksis hos OHIM i perioden 1996 til juni 2004.[1231] Undersøkelsen ble rettet mot avgjørelser der markedsundersøkelser var fremlagt som dokumentasjon og omfattet totalt 213 relevante avgjørelser fra Opposition og Cancellation Divisions og Board of Appeal. Den etterfølgende analysen viste at OHIM i liten grad redegjør for undersøkelseskriterier når markedsundersøkelser fremlegges, men at det likevel kan utledes visse generelle prinsipper kan ligge til grunn for vurderinger av markedsundersøkelsers bevisverdi.[1232]

For det første kan det utledes at det må angis hvem som utførte undersøkelsen. OHIM kan i så fall sjekke om den er utarbeidet av et pålitelig og uavhengig institutt og vurdere eventuell partiskhet. Det stilles videre krav om at rapporten skal være komplett, angi studiens formål og skrives i det språk saken holdes i. Det kreves at de eksakte data fra studier i marken skal dokumenteres. Utdrag av nøkkeltall, de sentrale spørsmål, utvalg og anbefalte dokumenter godtas imidlertid der materialet er for stort til å kunne presenteres i sin helhet. Det representative utvalget av personer skal beskrives ved antall og profil på personer som intervjues (kjønn, alder, yrke, bakgrunn). Det bør også angis om det var ansikt til ansikt studier, telefonintervjuer eller annet. Spørsmålslisten med spørsmålsutforming og eventuelle illustrasjoner, samt beskrivelse av omstendigheter rundt undersøkelsen må legges frem. Ved omtale av prosentandeler må det angis hvilken gruppe av respondenter som svarte, for eksempel om de prosentvise svar fremkommer av de som svarte eller totalt av alle som ble spurt. Det kreves videre at funnene følges ad av en forklaring. Ved bruk av komplekse statistikker og grafikk må dette forklares i metodiske termer.

Det er også hevdet at det i fremtiden bør legges mer vekt på noen sentrale faktorer knyttet til definisjonen av den relevante målpopulasjon, det representative utvalg og ordlyden i spørsmålsstillingen.[1233] Dette vil i enda større grad sikre undersøkelsens validitet og kvalitet.

Et eksempel på OHIMs vurdering av markedsundersøkelser er Whiskas Purple avgjørelsen.[1234] Spørsmålet var om fargen lilla hadde nok særpreg til å bli registrert som EU-varemerke etter forordningens artikkel 7 (1) b. Det ble fremlagt markedsundersøkelser fra flere ulike europeiske land, blant annet fra England og Tyskland. Det ble ansett å være klart at disse undersøkelsene var gjennomført riktig, med relevante, ikke ledende, spørsmål og at utvalget som ble spurt var representativt og hadde riktig størrelse, samt at undersøkelsen var

[1231] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 262.
[1232] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 268 flg.
[1233] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 276.
[1234] R 1620/2006-2 (Whiskas Purple).

upartisk. OHIM gjennomgikk altså forholdsvis grundig flere kriterier som kan ha betydning for undersøkelsens bevisverdi. I senere avgjørelser har OHIM også begynt å legge vekt på en tysk modell for hvordan spørsmål skal formuleres for å dokumentere særpreg.[1235] Denne modellen gjennomgås i pkt. 15.4 nedenfor.

Uten at kildene er analysert i detalj kan det altså se ut til at det er et økt fokus på undersøkelseskriterier i OHIMs vurdering av markedsundersøkelser som bevis.

15.3 England

Tradisjonelt har de engelske domstoler vært tilbakeholdne med å legge vekt på dokumentasjon for den faktiske oppfatning i markedet, og typiske uttalelse er at dommeren "… must not surrender his own independent judgment to any witness whatever".[1236] I forhold til dokumentasjon for forvekslingsfare er det også de senere år blitt fremhevet at dommeren kan la seg assistere av slike bevis, men avgjørelsen er dommerens "sole responsibility".[1237]

Den første saken i England der en markedsundersøkelse ble godtatt som bevis av retten, riktignok uten at den ble tillagt særlig vekt, var i GE Trademark saken.[1238] General Electric Company i England og General Electric i USA var i konflikt idet det amerikanske selskapet ekspanderte i England og det engelske selskapet hevdet at det amerikanske selskapet måtte fjerne GE-merket. Den fremlagte markedsundersøkelsen skulle dokumentere brudd på de engelske passing off reglene og ble presentert av et ekspertvitne i retten. I og med at saken gikk etter reglene i CEA 1968, og dagjeldende "rule against hearsay" måtte det vurderes spesielt om beviset ble fremlagt muntlig for retten. Retten presiserte at slike undersøkelser kun kan ha betydning dersom det involverer spesialistmarkeder der dommeren selv ikke har sakkunnskap.

Fremleggelse av markedsundersøkelser måtte altså bli akseptert som unntak fra the rule against hearsay. En løsning var å legge undersøkelsen til grunn for den sakkyndig uttalelsen i retten uten å legge frem selve undersøkelsen, jfr. kapittel III pkt.10.5 ovenfor. En annen mulighet var å innkalle respondentene som vitner. Dette ble forsøkt i Lego-saken.[1239] Det var kun noen få av respondentene som ble innkalt som vitner, og spørsmålet var om svarene fra

---

[1235] Se for eksempel R-1/2005-4 (Hilti).
[1236] Payton & Co v. Snelling, Lampard & Co [1901] 17 RPC 628. Denne linjen følges opp i flere senere avgjørelser, se blant andre Spalding (AG) & Bros. v. AW Gamage Ltd. [1915] 32 RPC 273 og Parker-Knoll Ltd. v. Knoll International Ltd. [1962] RPC 265.
[1237] Clark v. Associated Newspapers Ltd [1998] RPC 261 s. 271.
[1238] GE Trademark [1969] RPC 418: [1970] RPC 339: [1973] RPC 297. Dommen er kommentert i Morcom *Survey Evidence in Trade Mark Proceedings* EIPR (1984) s. 7.
[1239] Lego System A/S v. Lego M. Lemelstrich Ltd. [1983] FSR 155. Se Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 200.

resten av respondentene kunne fremlegges som bevis. Dommer Falconer J. hevdet at det var "…not hearsay at all but proof of an external fact, namely the state of public opinion".[1240] Hele undersøkelsen, også svarene fra respondenter som ikke møtte som vitner i retten, kunne dermed legges frem som bevis for publikums oppfatninger.

I Jif Lemon saken fikk også en markedsundersøkelse avgjørende betydning for dommens resultat.[1241] Spørsmålet var om selgeren av Jif Lemon juice, som ble solgt i plastikkflasker formet som en sitron, på grunnlag av passing off reglene kunne hindre salg av en lignende formet flaske for sitronjuice. En av de fremlagte undersøkelsene fra skadelidte var basert på at personer som var innom supermarkedet på Shrove Tuesday, ble vist saksøktes sitronflaske. Undersøkelsen viste at respondentene trodde at saksøkers sitronflaske var Jif Lemon og forveksling ble konstatert.[1242] Retten kom til at det i publikums bevissthet var skapt et bilde av en assosiasjon mellom Jif Lemon og saksøktes juice.

Det generelle prinsipp om at bevis for *faktisk* forveksling kan være relevant ved vurdering av passing off ble fastslått av Millett L.J. i Harrods v. Harrodian School.[1243] Det presiseres likevel, også i juridisk teori, at det vil være opp til dommeren å vurdere markeds-undersøkelsers bevisverdi.[1244]

I Raffles-saken ble det fremlagt en undersøkelse som skulle dokumentere hvorvidt det var høy grad av kjennskap mellom fargene svart/gull og John Player Specials (JPS) sigaretter.[1245] Ved vurdering av den fremlagte undersøkelsens resultater uttalte Whitford J. at de følgende retningslinjene kunne følges;

a) persons interviewed must be selected to represent a relevant cross-section of the public;
b) the sample size must be statistically significant;
c) the survey must be conducted fairly;
d) all surveys carried out must be disclosed in full (that is, warts and all);

[1240] Lego System A/S v. Lego M. Lemelstrich Ltd. [1983] FSR 155 s. 179. Uttalelsen hadde sitt grunnlag i en dom fra New Zealand; Customglass Boats Ltd. v. Salthouse Bros. Ltd. [1976] RPC 589. Se Morcom *Survey Evidence in Trade Mark Proceedings* EIPR (1984) s. 7.
[1241] Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc. [1990] RPC 341. Avgjørelsen er også ansett å være sentral i England i forhold til de krav som stilles i passing off saker. Se Holyoak og Torremans *Holyoak and Torremans intellectual property law* (2008) s. 458 og 474 flg. og Cornish og Llewelyn *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights* (2007) s. 629 flg. med videre referanser. For den historiske bakgrunn og utvikling av "passing off" se Colston *Modern Intellectual Property Law* (2005) s. 467 flg. og Wadlow *The law of passing-off* (2004) s. 2 flg.
[1242] Holyoak og Torremans *Holyoak and Torremans intellectual property law* (2008) s. 475.
[1243] Harrods v. Harrodian School Ltd. [1996] RPC 697.
[1244] Wadlow *The law of passing-off* (2004) s. 807. Holyoak og Torremans *Holyoak and Torremans intellectual property law* (2008) s. 475.
[1245] Imperial Group plc v. Philip Morris Ltd. [1984] RPC s. 293 (se s. 302).

e) all answers given must be disclosed and made available to the defendant;
f) no leading questions must be asked of interviewees;
g) interviewees must not be led to embark on a field of speculation they would not otherwise have considered;
h) instructions to interviewees must be disclosed;
i) if the answers are to be coded for computer input, the coding instructions must also be disclosed.

Disse punktene har i ettertid blitt kalt Raffles-kriterier og har dannet bakgrunn for vurdering av markedsundersøkelser i senere passing off avgjørelser. [1246] Det er påpekt i juridisk teori at jo lenger bort man er fra disse kriteriene jo mindre vekt har undersøkelsen.[1247] Retningslinjene vil derfor ha betydning for dommerens vurdering av undersøkelsens vekt.

Flere av disse kriteriene korresponderer i dag med The Civil Evidence Act 1995 og den ovenfor nevnte rettspraksis, men disse ni punktene gjør det enklere å foreta en kontroll av den enkelte undersøkelse.

Raffles kriteriene ble blant annet vurdert i McDonald-saken. Dommeren la da i tillegg vekt på betydningen av spørsmålsdesign, intervjusituasjon og utvalg av respondenter qua vitner.[1248] Undersøkelseskriterier ble også vurdert i forhold til en omnibus-undersøkelse som skulle dokumentere særpreg for sauser til bruk i desserter og på iskrem.[1249] Det ble blant annet kommentert at det første spørsmålet måtte anses å være ledende ved at det viste direkte til hvilke produkter merket skulle knyttes til. Også undersøkelsen som ble fremlagt i den såkalte Henry-saken ble sterkt kritisert av dommeren for å anvende ledende spørsmål.[1250]

Det er også eksempler på at retten generelt har vist liten vilje til å gå inn på en drøftelse av kriterier, og undersøkelsen avvises som "…singularly unimpressive" og med liten bevisverdi.[1251] Også i United Bicuits-saken ble det utvist en viss skepsis til bruk av markedsundersøkelser som bevis.[1252] Lengst går nok Jacob J. i Neutrogena-saken, gjennom uttalelsen; "The court in a passing-off case is not concerned with statistical precision. What it wants to know is whether or not there is a substantial degree of deception or confusion. Moreover pure questionnaire evidence is seldom helpful – there are almost inevitable faults

[1246] Wadlow *The law of passing-off* (2004) s. 811 flg.
[1247] Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 207.
[1248] McDonald´s Hamburger`s Ltd v Burgerking (UK) Ltd [1986] FSR 45.
[1249] British Sugar plc v. James Robertson & Sons Ltd [1996] RPC 281.
[1250] Numatic International Ltd v Qualtex UK Ltd ([2010] EWHC 1237.
[1251] The European Ltd v. The Economist Newspapers Ltd [1998] FSR 283.
[1252] United Biscuits (UK) Ltd. v. Burtons Biscuits Ltd. [1992] FSR 14.

with the questions or the recordal of the answers as well as in later stages of the processing".[1253] Uttalelsen synes imidlertid ikke å ha fått den virkning at undersøkelser ikke lenger legges frem i retten. Det vil derfor fortsatt være behov for å vurdere undersøkelsens bevisverdi gjennom angitte kriterier.

Patent Office i England har i tillegg laget retningslinjer knyttet til fremleggelse av markedsundersøkelser i registreringssaker.[1254] Denne ser slik ut;

a) Survey samples must cover a suitable universe of interviewees and cover a suitable geographical area.
b) Survey questions and surrounding must not lead or show bias
c) Control and filtering questions must be inserted as appropriate
d) Survey methodology must be explained and survey answers must be properly recorded
e) There must be proper disclosure of survey details

For engelsk praksis kan det altså fastslås at det i praksis er utviklet retningslinjer for vurdering av undersøkelseskriterier, men det må sies å være noe variabelt i hvilken grad disse hensyntas av retten i de konkrete avgjørelser.

15.4 Tyskland

I Tyskland har bruk av markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett lenge vært anerkjent.[1255] Tyske domstoler ga allerede i femtiårene uttrykk for at markeds-undersøkelser kunne egne seg som bevis for juridiske spørsmål.[1256] De første undersøkelsene ble utviklet i begynnelsen av sekstiårene.[1257] Fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis brukes i dag i stort omfang, knyttet til dokumentasjon for at et merke har opparbeidet sekundærbetydning, og for spørsmål om villedende markedsføring.[1258]

[1253] Neutrogena v. Golden [1996] RPC 473.
[1254] Intellectual Property Office http://www.ipo.gov.uk/.
[1255] Sentral litteratur av noe eldre årgang er den praktiske gjennomgangen av rettspraksis knyttet til bruk av markedsundersøkelser som bevis i immaterialrett i Noelle-Neumann og Schramm *Umfrageforschung in der Rechtspraxis* (1961), samt Knaak *Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts* (1986) s. 327 flg. En mer generell gjennomgang av empiri som bevis er gitt i Schweizer *Empirische Rechtsforschung* Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung (1976) s. 386 flg. Se også Rohnke *Markengesetz* (2010) rn 335 flg.
[1256] Se for eksempel GRUR 1957, 426 Getränke-Industrie og GRUR 1957, 88 - Ihr Funkberater.
[1257] En av de første avgjørelsene som drøftet markedsundersøkelser var GRUR 1965, 317 - Kölnisch Wasser.
[1258] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 198.

Det er blant annet utarbeidet en egen mal for undersøkelsesspørsmål som skal teste villedende markedsføring.[1259] Undersøkelsen starter med en kombinasjon av spørsmål uten hjelp og spørsmål med hjelp. Svar på uhjulpne spørsmål er ansett å ha mest vekt. Spørsmålene skal sjekkes spesielt i forhold til at de ikke skal ha ledende effekt. Et eksempel der dette var tema var avgjørelsen om bruk av navnet Lübecker Marzipan kunne anvendes utenfor byen Lübeck.[1260] Et av spørsmålene i den fremlagte undersøkelsen var; "Synes du personlig at det er viktig at Lübecker Marzipan alltid lages i Lübeck, eller synes du ikke det er viktig?". Etter rettens mening var ikke dette spørsmålet nøytralt og ga heller ikke muligheten for å gi et svar som lå mellom disse to ytterpunktene. Noe av den samme problemstillingen var knyttet til hvorvidt bruk av ordene Dresdner Stollen om en julekake var villedende markedsføring grunnet assosiasjon til den tyske byen Dresdnen.[1261] Den fremlagte undersøkelse ble kritisert fordi spørsmålet; "På hvilket sted tror du denne kaken er blitt laget eller bakt, eller vet du ikke noe om det?" ble ansett å være et ledende spørsmål. Spørsmålet ledet tanken hen på et spesielt sted og var dermed suggestivt. Respondentene fikk ikke anledning til å svare at de kun forbandt navnet med en idé eller en oppskrift.

I forhold til vurdering av villedende markedsføring fokuseres det i tysk praksis på prosentgrenser. Blant annet er det i rettspraksis ikke ansett å være nok til å dokumentere villedende markedsføring at 15-20 % av respondentene villedes.[1262] I følge tysk juridisk teori må dette tolkes dit hen at minst 20-25 % må være villedet før lovens krav kan anses oppfylt.[1263]

Når det gjelder dokumentasjon for at et varemerke har opparbeidet særpreg er det utviklet en tre trinns modell.[1264] Modellen anvendes ved spørsmål om sekundærbetydning av merker og ved spørsmål om et merke er velkjent, og er bygget opp på følgende måte:

1. Generell kjennskap til merket,
2. Særpreg
3. Assosiasjon til ett bestemt foretak som skal identifiseres.

[1259] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 341.
[1260] IIC 1981, 872 - Lübecker Marzipan.
[1261] GRUR 1989, 440 - Dresdner Stollen.
[1262] Se for eksempel GRUR 2004, 162 - Mindestverzinsung.
[1263] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 207.
[1264] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 202. Se også Niedermann *Emprische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung* GRUR 2006, 367.

Denne modellen vil være retningsgivende for hvordan spørsmålene i undersøkelsen skal stilles og for hvordan svarene skal tolkes. Det er viktig å holde disse tre trinnene fra hverandre for å unngå misforståelser. Det første spørsmålet skal avklare om respondentene kjenner til merket innenfor de enkelte produkt- eller tjenesteområder. Respondenter som ikke kjenner merket skal utelukkes fra undersøkelsen. Dette er viktig for å unngå at de som *ikke* kjenner merket bare gjetter på de neste spørsmålene. For å dokumentere særpreg er trinn 2 kjernen i modellen. Det skal da avklares om respondentene kjenner merket som kjennetegn for produkter eller tjenester fra ett foretak. De som svarer at de forbinder merket med ett foretak blir bedt om å oppgi hvilket foretak de forbinder med dette merket.

I Telekom-avgjørelsen ble det for eksempel fremlagt en undersøkelse som dokumenterte at 60 % av respondentene forbandt Telekom med det aktuelle selskap.[1265] Dette ble ikke ansett å være nok til at merket ble ansett å ha særpreg. Imidlertid må retten her ha misforstått tre trinns modellen, som viser at det er nok at respondentene forbinder merket med ett foretak uten å navngi dette foretaket (trinn 2).[1266] I denne undersøkelsen var det 75 % som mente at merket var knyttet til ett foretak og ikke en generisk betegnelse. Det var derfor feil av retten å legge til grunn 60 % som dokumentasjon for særpreg siden dette var knyttet til trinn 3 i modellen. Den samme kritikken kan rettes mot Kinder-avgjørelsen.[1267] Undersøkelsen viste at 64 % mente at merket var forbundet med ett foretak, mens 49 % forbandt merket med en navngitt produsent. Også her ble svarene fra trinn 3 lagt til grunn for avgjørelsen. Retten presiserte imidlertid også at det ikke var nok å legge frem en prosentvis andel som oppfattet merket som særpreget, idet også andre relevante omstendigheter måtte vurderes. Avgjørelsene illustrerer at selv om tre trinns modellen for dokumentasjon av særpreg anvendes i tysk praksis, kan det se ut til at det trengs en nærmere klargjøring av formålet med de tre trinnene.[1268]

Når markedsundersøkelser fremlegges for å dokumentere at et merke er velkjent fokuseres det i stor grad på prosentgrenser. Camel ble for eksempel ansett å være velkjent når 85 % gjenkjente merket og 71 % forbandt det med ett bestemt foretak.[1269] I senere avgjørelser ser

[1265] GRUR 2004, 514 - Telekom.
[1266] Niedermann *Emprische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung* GRUR 2006, 367 s. 368 og 370.
[1267] GRUR 2003, 1040 - Kinder. Se Niedermann *Emprische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung* GRUR 2006, 367 s. 370.
[1268] Se for eksempel IIC 2008, 467 - Goldhase.
[1269] GRUR 1985, 559 - Camel.

det ut til at retten har etablert en nedre grense på 80 % av målgruppen som må forbinde merket med ett foretak, jfr. Avon-avgjørelsen.[1270]

Det er i juridisk teori laget en sjekkliste med kriterier som fokuserer på funnenes validitet, undersøkelsesdesign og spørsmålsutforming.[1271] Det stilles her krav til rapportens nøytralitet, at utvalget er representativt, at spørsmål er nøytrale med korrekt oversettelse fra de juridiske termer, undersøkelsesdesignet er vitenskapelig fundert og resultatene presenteres i en rapport der også relevant dokumentasjon vedlegges. Det legges spesiell vekt på at utvalget er trukket ut fra en relevant omsetningskrets og at spørsmålene er korrekt utformet.[1272] Det er blant annet ansett som metodisk galt å angi undersøkelsens formål i det første spørsmålet.[1273] For å unngå at spørsmålenes straks ledes inn på formålet bør de første spørsmålene utformes mer generelt. For eksempel kan det ved utforming av spørsmål som skal avklare om det er villedende bruk av geografisk opprinnelsesbetegnelse ikke spørres direkte om respondentene oppfatter av merket kommer fra et gitt sted.[1274]

Tyske registreringsmyndigheter har laget retningslinjer for registrering av varemerker som kan sammenlignes med det norske patentstyrets momenter i det lovbundne skjønn, når det gjelder vurdering av særpreg.[1275] Som allerede nevnt i kapittel II pkt. 5.2.3 ovenfor, stiller retningslinjene krav om minst 50 % kjennskap for å oppnå særpreg.[1276] Retningslinjene er imidlertid kritisert i juridisk teori og er ikke ansett å være i tråd med praksis fra tyske analyseinstitutter som utarbeider markedsundersøkelser.[1277]

Det er også presisert i tysk rett at implementering og analyse av undersøkelser som fremlegges i retten må gjøres av jurister, slik at den juridiske forankring kan sikres.[1278] I Tyskland er de fleste undersøkelser utført av noen få anerkjente institutter som etter hvert har opparbeidet seg ekspertise på denne type undersøkelser.[1279] Hvilken betydning dette kan ha for rettens håndtering av markedsundersøkelser drøftes i pkt. 16.7 nedenfor.

[1270] GRUR 1991, 863 - Avon.
[1271] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 521.
[1272] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 333. I forhold til rettens detaljerte gjennomgang av spørsmålene, se for eksempel IIC 1992, 691 - Royal Bavarian Weiss Beer.
[1273] Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part one* IIC (2000) s. 414-415.
[1274] GRUR 1970, 517 - Kölsch Bier. De samme kommentarene ble gitt i GRUR 1989, 440 - Dresdner Stollen.
[1275] Helset, Reimers, Stene og Vik *Immaterialrett* (2009) s. 108-109.
[1276] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 203. Se 2005 BIPMZ 245.
[1277] Niedermann *Emprische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung* GRUR 2006, 367
[1278] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 204.
[1279] To av de største og mest benyttede er Institut für Demoskopie Allensbach og GfK-Marktforschung.

15.5 USA

Bruk av markedsundersøkelser i varemerkerettslige tvister ble diskutert i USA allerede i 1930 årene. Ved spørsmål om varemerkeinngrep og likhet mellom varemerker ble det hevdet at rettens avgjørelser i spørsmål om konflikt mellom to varemerker ville bli mye sikrere dersom man anvendte teknikker for markedsanalyse.[1280] Det ble vist til at rettsavgjørelser vil bli "… more certain and predictable if the technique that has been developed in the conduct of market analysis was applied in determining whether two brands conflict. Whether the purchaser is likely to be misled is better ascertain in the market place than in the court room. There is need for more objective determination".[1281]

De første forsøk på å føre markedsundersøkelser som bevis ble imidlertid avvist av retten av forskjellige grunner, men spesielt grunnet dagjeldende "rule against hearsay".[1282] Dommerne var i starten generelt skeptiske til denne type bevis.[1283] Behovet for en eller annen form for dokumentasjon for forbrukernes oppfatning ble til slutt påpekt i en sak som gjaldt spørsmål om forvekslingsfare mellom to publikasjoner rettet mot unge kvinner.[1284] Dommeren viste til at rettens medlemmer opplagt ikke var tenåringsjenter, og dermed heller ikke i målgruppen for produktet. En juridisk kunngjøring av forvekslingsfare, basert på disse dommernes oppfatning, ble derfor ansett å være uten verdi. Med dette våknet interessen for bruk av markedsundersøkelser som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning. Det egentlige gjennombruddet for bruk av markedsundersøkelser i retten kom ved Robin-Hood avgjørelsen i 1956.[1285] En markedsundersøkelse ble der ansett å være et sentralt bevis. Etter hvert begynte også dommerne å vurdere undersøkelsens verdi ut fra om de oppfylte visse vitenskapelige kriterier.[1286] Som en sikkerhetsventil kunne undersøkelsen fremlegges som del av ekspertvitnets erklæring og ble dermed ikke behandlet som bevismiddel.[1287]

Undersøkelseskriterier i USA er i hovedsak utviklet i rettspraksis, men er videreforedlet gjennom juridisk teori og generelle retningslinjer fra myndighetene. Det er spesielt fire dommer som er sentrale i forhold til rettens vurdering av vitenskapelige bevis på generelt

---

[1280] Handler og Pickett *Trademark and Trade names* Colum. L.Rev. (1930) s 777.
[1281] Handler og Pickett *Trademark and Trade names* Colum. L.Rev. (1930) s 777, se note 85.
[1282] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 327.
[1283] Se for eksempel Elgin National Watch v. Elgin Clock 26 F.2d 376 (D. Dell, 1928) og Standard Oil v. Standard Oil 252 F.2d 65 (10th Cir., 1958).
[1284] Triangle Publications v. Rohrlich 167 F.2d 969 (2nd Cir. 1948). Se Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 196.
[1285] International Milling Company v. Robin Hood Popcorn Co. Inc., 110 U.S.P.Q. 368 (Comr´s. Pat 1956).
[1286] Se for eksempel Zippo Manufacturing Co. v. Rogers Imports, Inc., 216 F. Supp. 670 (S.D.N.Y. 1963).
[1287] Prudential Insurance v. Gibraltar Finance, 694 F2d 1150 (9th Cir., 1982).

grunnlag.[1288] Retningslinjene er kalt "Daubert-Kumho gatekeeping" og innebærer at retten opptrer som portvakt når vitenskapelige bevis fremlegges. [1289] Det presiseres for eksempel i Daubert-avgjørelsen at vitenskapelige bevis ikke bare skal være juridisk relevante, men at de også må være reliable ut fra samfunnsvitenskapelig metode. Det er da opp til dommeren å påse at ekspertuttalelser er relevante og reliable. Disse portvakt-reglene er lagt inn i Federal rules of evidence, rule 703, ved at det presiseres at metoden som anvendes for innsamling av data må være reliabel i forhold til de vitenskapelige krav på vedkommende område. Ved fremleggelse av markedsundersøkelser i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister må altså retten vurdere om undersøkelsen er basert på samfunnsvitenskapelig prinsipper, i tillegg til at de må være juridisk relevante.[1290] Daubert-kriteriene gjengis også i Manual for Complex litigation fra Federal Judicial Center.[1291] Her finnes imidlertid ikke noen nærmere avklaring av hvilke kriterier som skal vurderes spesielt når markedsundersøkelser fremlegges som bevis i varemerke og markedsføringsrettslige tvister.

Nærmere retningslinjer er imidlertid lagt inn i Federal Judicial Centers Reference Manual on Scientific Evidence.[1292] Denne inneholder en egen Reference Guide on Survey Research, utformet som en guide til føderale dommere når disse skal vurdere markedsundersøkelsers bevisverdi og er mer spesifikk for hvilke kriterier som bør vurderes. Guiden inneholder retningslinjer knyttet til vurdering av undersøkelsesdesign og formål, juridisk deltagelse, krav til den som utfører undersøkelsen, vurdering av målpopulasjon og utvalg, spørsmål og struktur, data og gruppering av svar, samt de krav som bør stilles til dokumentasjon og rapportering. I egne retningslinjer utviklet innen markedsforskningen i USA, de såkalte CASRO Guidelines, tas det også høyde for at spesielle kriterier skal følges dersom undersøkelsen skal fremlegges i retten.[1293] Det vil spesielt ligge en utfordring knyttet til det krav respondentene har på konfidensialitet og anonymitet på den ene side og krav til fremleggelse av all dokumentasjon i retten på den andre. Det presiseres da i CASRO

[1288] McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32:158.

[1289] De to mest sentrale dommene er Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 509 U.S. 579, 113 S. Ct 2786, 27 U.S.P.Q. 2d 200 (1993) og Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael, 526 U.S. 137,119 S Ct. 1167 143 L.Ed 2d 238, 50 U.S.P.Q. 2d 1177 (1999). Kriteriene er imidlertid videreutviklet gjennom General Elec. Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 118 S Ct. 512, 139 L. Ed. 2d 508 (1997) og Weisgram v. Marley Co., 528 U.S. 440, 120 S. Ct. 1011, 145 L. Ed. 2d 958 (2000).

[1290] Leighton *Using Daubert-Kumho gatekeeping to admit and exclude surveys in Lanham Act advertising and trademark cases* TMR (2002) s. 743-744.

[1291] Federal Judicial Center, Manual for Complex Litigation 2004 § 23.21-23.23.

[1292] Reference Manual on Scientific Evidence, second edition 2000 s. 229 flg.

[1293] CASRO Code of Standards and Ethics for Survey Research http://www.casro.org/pdfs/CodeVertical-FINAL.pdf se spesielt s. 7.

Guidelines at de juridiske krav skal møtes, men at retten skal informeres om de krav som stilles til konfidensialitet og anonymitet.

Det er også i juridisk teori laget en mer systematisk oversikt over hvilke undersøkelseskriterier som bør legges til grunn når markedsundersøkelser fremlegges i retten.[1294] For varemerkerettslige tvister er det for eksempel laget følgende liste over sentrale momenter;

1. The universe [product market] was properly defined
2. A representative sample of that universe was selected
3. The questions to be asked of the interviewers were framed in a clear, precise and non-leading manner
4. Sound interview procedures were followed by competent interviewers who had no knowledge of the litigation or purpose for which the survey was conducted
5. The data gathered was accurately reported
6. The data was analyzed in accordance with accepted statistical principles
7. The objectivity of the entire process was assured

For bruk av markedsundersøkelser som skal dokumentere hvorvidt en reklamekampanje er villedende eller ikke, er det laget følgende oversikt over momenter som bør vurderes;[1295]

1. The proper universes were identified and examined.
2. A representative sample was drawn from each such universe.
3. The plans for selecting the samples were prepared in accordance with generally accepted standards of procedures in the field.
4. The questionnaires for gathering the relevant information were prepared in accordance with generally accepted standards of procedure.
5. The questioning (i.e., interviewing) of respondents was correct and unbiased.
6. The interviewers were well trained and had no knowledge of either the pending controversy, the sponsor, or the purposes for which the data would be used.
7. The interviewing was conducted in accordance with generally accepted standards of procedures in the field.

[1294] Listen er basert på uttalelser i rettspraksis og juridisk forskning og er blant annet gjengitt i Bird *Streamlining consumer survey analysis* TMR (1998) s. 275. En lignende liste, gjengitt i Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 332, var tidligere referert i Manual for Complex Litigation men er nå fjernet derfra. Det er likevel ingen tvil om at disse kriteriene følges fortsatt.
[1295] Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 550-551.

8. After being gathered, the data were accurately analyzed and reported.
9. The persons designing and conducting the investigation were qualified to perform their tasks.

Begge listene må sies å være basert på en sammenfatning av utviklingen i rettspraksis og gir dermed uttrykk for hvordan markedsundersøkelser håndteres i den juridiske kontekst i USA.

I dag blir markedsundersøkelser ofte fremlagt som bevis ved spørsmål om merkers sekundærbetydning, generiske ytelser og forvekslingsfare for varemerker.[1296] I noen tilfeller har dommeren gått så langt som til å si at dersom det ikke fremlegges en undersøkelse for å dokumentere en påstand kan det være tegn på at det ikke er varemerkeinngrep.[1297] Ved spørsmål om dokumentasjon for villedende markedsføring er det videre hevdet at rettens egen oppfatning av hva som er villedende vil være irrelevant, og det kreves ofte markeds-undersøkelser for å dokumentere forbrukeres oppfatning.[1298] Det er imidlertid også påpekt at dommere fortsatt mangler trening i vurdering av markedsundersøkelser som bevis og havner ofte i en kamp mellom ekspertvitner på begge sider, innkalt av partene.[1299]

Det er likevel ingen tvil om at det i USA er utviklet tilpassede kriterier som vil gjelde spesielt for bruk av markedsundersøkelser i en juridisk kontekst. På tross av ulikheter i både materiell rett og prosessrett, er det nærliggende å se hen til disse kriterier, og bruke dem som inspirasjon, når undersøkelseskriterier skal drøftes i norsk rett.

15.6 Generelt om den internasjonale utviklingen

Utviklingen av undersøkelseskriterier i disse landene har skjedd i litt forskjellig tempo og med ulik bakgrunn. Knaak nevner for eksempel tre viktige faktorer som kan spille inn i denne utviklingen i de ulike land; økonomisk struktur, lovgivning og prosessregler.[1300]

Det står utvilsomt store økonomiske interesser på spill når eneretten til et varemerke trues, eller produkter kopieres ulovlig. Det systemet som danner bakgrunn for muligheten til å

[1296] Bird *Streamlining consumer survey analysis* TMR (1998) s. 270 og Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 541.
[1297] Se for eksempel E.S. Originals Inc. v. Stride Rite Corp., 656 F.Supp. 484, 490 (S.D.N.Y.1987). Se også Nora Bevs., Inc. V. Perrier Group of Am., Inc., 269 F.3d 114 (2d Cir 2001).
[1298] Se for eksempel American Brands, Inc. v. R.J. Reynolds Toacco Co., 413 F. Supp. 1352 (S.D.N.Y.) 1976 , S.C. Johnson & Son, Inc. v. Carter-Wallace, Inc. 614 F Supp. 1278, 225 U.S.P.Q. 1022 (S.D.N.Y. 1985) og American Express Travel-Related Service Co., Inc. v. Mastercard International, Inc., 776 F Supp 787 (S.D.N.Y. 1991). Hvorvidt markedsundersøkelser anses å være nødvendig som bevis for villedende markedsføring drøftes i Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 546 flg.
[1299] Indianapolis Colts, Inc. v. Metropolitan Baltimore Football Club, LLP 34 F3d 410 (7th Cir., 1994).
[1300] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 329-331.

beskytte de næringsdrivende mot inngrep i ulike rettigheter krever at det enkelte land har en utbygget økonomisk struktur.[1301] For at spørsmålet om markedsundersøkelser som juridisk bevis skal kunne bli aktuelt, må de enkelte bedrifter ha økonomi til å få utført markeds-analyser.

Ulik håndtering av markedsundersøkelser kan dermed henge sammen med at det internasjonalt er stor forskjell på de enkelte lands økonomiske utvikling. I forhold til de land som trekkes inn i denne avhandlingen må imidlertid den økonomiske strukturen sies å være, om ikke helt lik, så i alle fall på omtrent det samme nivå. Den økonomiske strukturen vil altså ikke i seg selv være en årsak til det noe ulike synet på markedsundersøkelser i disse landene.

Ulik lovgivning i den materielle rett kan også gi seg utslag i forskjellig syn på markedsundersøkelser. Markedsundersøkelser i varemerkeretten vil for eksempel være mest aktuelt der det kan oppnås beskyttelse for merker med sekundærbetydning eller renommé.[1302] Gjennomgangen ovenfor i kapittel II viste for eksempel at det er noen små forskjeller i ordlyd og fortolkning av den materielle lovgivning også i de skandinaviske land. Fremtiden vil vise i hvilken grad det har betydning at de europeiske land i stadig større utstrekning har lovgivning basert på harmoniseringsdirektiver i EU. Ulik praksis i de forskjellige land kan imidlertid fortsatt gi seg utslag i ulik håndtering av undersøkelseskriterier.

Fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis kan også håndteres forskjellig grunnet det enkelte lands prosessuelle regler. En hovedforskjell er naturlig nok forholdet mellom Common law systemet og Civil law systemet.[1303] Den stadige tilnærmingen mellom disse systemene gjør imidlertid forskjellene mindre. Samtidig ses en oppmyking i de ulike land av prinsipper som kan hindre fremleggelse av markedsundersøkelser.[1304] Flere hindringer for fremleggelse av markedsundersøkelser i retten er i dag ryddet av veien og prosessretten i de ulike land nærmer seg hverandre.

Selv om utgangspunktet har vært forskjellig har jeg altså valgt å bruke utviklingen i fremmed rett som bakteppe for vurderinger av undersøkelseskriterier i forhold til løsninger i norsk praksis.

[1301] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 329.
[1302] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 330.
[1303] Knaak *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law* IIC (1990) s. 331.
[1304] Se kapittel III ovenfor.

De enkelte undersøkelseskriterier kan vektlegges ulikt, men kan danne et utgangspunkt for drøftelser av disse i en juridisk kontekst. Det er likevel ingen tvil om at også disse kriteriene kan utvikles videre, i samarbeid med samfunnsvitenskapelige eksperter.[1305]

Punktene nedenfor er ment å gi en sammenfatning av de ulike lands kriterier og skal danne grunnlaget for de videre drøftelsene i dette kapitlet;

1. Undersøkelsesmetode
2. Relevant målpopulasjon
3. Representativt utvalg
4. Undersøkelsesspørsmålenes utforming og rekkefølge
5. Krav til dokumentasjon og rapportering
6. Krav til dataanalysen
7. Krav til den som utfører undersøkelsen

[1305] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008)

16 Juridisk håndtering av undersøkelseskriterier

16.1 Undersøkelsesmetode

16.1.1 Valg av metode og undersøkelsesdesign

I markedsforskningen er undersøkelsesdesign beskrevet som den måte analyseprosessen skal legges opp på for å løse en aktuell problemstilling.[1306] Undersøkelsesdesignet vil utvilsomt kunne ha betydning for undersøkelsens kvalitet, også når denne skal anvendes i en juridisk kontekst. Den som utarbeider undersøkelsen har ansvar for at designet baseres på samfunnsvitenskapelig metode. I tillegg kan det spørres om det skal tas spesielle hensyn til det juridiske vurderingstema når design velges. For å kunne vurdere eventuell juridisk tilpasning vil det være behov for at de valg som er foretatt med hensyn til undersøkelsesdesignet fremlegges for retten eller forvaltningsmyndighetene.[1307]

Valg av metode kan ha ulike begrunnelser. I forhold til bruk av markedsundersøkelser i retten vil det for eksempel ligge en naturlig begrensning i tidspresset foran en rettssak. Det blir ofte ikke tid til særlig omfattende undersøkelsesmetoder og eventuelle etter-undersøkelser. Det vil også kunne ligge en begrensning i bruk av kostnader tilknyttet selve prosessen.[1308]

En hovedvurdering som må foretas er valget mellom kvalitativ og kvantitativ metode. Kvalitative metoder brukes dersom markedsforskeren ønsker å få innsikt i en problemstilling uten å ha klargjort strukturerte spørsmål på forhånd.[1309] Vanlige kvalitative metoder er knyttet til bruk av fokusgrupper eller dybdeintervjuer. Personer som deltar i slike undersøkelser er ikke valgt ut fra statistisk tilfeldighet, men ut fra en form for hensiktsmessighet.[1310] Resultatene kan dermed ikke brukes til å si noe om den gruppen de utvalgte enhetene tilhører. Dette gjør at kvalitative undersøkelser som regel vil være uegnet som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning. Kvantitative metoder anvendes for å måle hvor mange som mener noe, ved å samle inn data fra et representativt utvalg.[1311] Ved hjelp av et relativt lite

---

[1306] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 58 og Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 74.
[1307] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 269-270.
[1308] De prosessøkonomiske hensyn diskuteres nærmere i kapittel VI pkt. 23.3 nedenfor.
[1309] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 112.
[1310] Det kan være rent praktiske årsaker som bestemmer utvalget, for eksempel at de bor i et geografisk område som gjør det enkelt å få tak i dem, se Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 143.
[1311] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 183.

utvalg kan det gis et ganske presist bilde av en større populasjon. Kvantitative metoder vil derfor egne seg best når omsetningskretsens oppfatning skal måles.

Markedsforskeren må videre foreta et valg med hensyn til hele undersøkelsens design.[1312] Dette er en overordnet plan for hvordan undersøkelsen skal gjennomføres. Markeds-undersøkelser i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister vil ha et såkalt beskrivende design.[1313] Hensikten med et slikt design er å få frem en kvantifisert beskrivelse av markedet og dets omgivelser.[1314] Et beskrivende design vil typisk være aktuelt når det er behov for å tallfeste størrelser, ved for eksempel å måle hvor mange som blir villedet av reklamen, hvor mange som forveksler to merker eller om kjennskap til et varemerke er så høyt at merket får utvidet vern. Det juridiske vurderingstema er da utgangspunktet, og undersøkelsesdesignet må utformes slik at den faktiske oppfatningen i markedet kan beskrives best mulig.

16.1.2 Datainnsamlingsmetoder

Selve datainnsamlingen kan foregå på flere måter. Valget mellom ulike innsamlingsmetoder bør avgjøres relativt tidlig, fordi valg av kommunikasjonsform legger føringer for hvordan spørsmålene skal utformes.[1315] Hvilken betydning valg av innsamlingsmetode kan ha for undersøkelsens kvalitet som bevis drøftes i det følgende.

For det første kan undersøkelsen gjennomføres ved postale intervjuer. Spørreskjema sendes da til utvalgte personer. Fordelen er at dette er en billig form for undersøkelse. Det er imidlertid en risiko for at svarprosenten blir lav.[1316] Det er videre en risiko for frafallskjevhet ved at kun noen få grupper responderer, for eksempel de som er mest interessert i tema eller har sterkest synspunkter.[1317] Det er dermed en fare for overrepresentasjon av en spesiell gruppe som ikke er representative for den aktuelle omsetningskretsen. Det kan også være vanskelig å kontrollere om rett person svarer på spørsmålene. I tillegg kan det være et problem at respondentene har mulighet for å lese alle spørsmålene i forkant, og eventuell betydning av spørsmålenes rekkefølge blir borte.

For det andre kan innsamling av data foregå ved telefonintervjuer. I markedsforskningen har dette lenge vært den vanligste formen for datainnsamling.[1318] Den største fordelen er at

---

[1312] De tre hovedtyper av design er eksplorativt, beskrivende og kausalt design, se Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 58.
[1313] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 61.
[1314] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 87.
[1315] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 162.
[1316] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 70.
[1317] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 191.
[1318] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 187.

slike intervjuer kan gjennomføres raskt. Det er også et billig alternativ, men har noen av de samme ulempene som ved postale intervjuer. Det kan være noe tilfeldig hvem er hjemme og tar telefonen. Det blir dermed et spørsmål om de som svarer er representative for den relevante omsetningskrets. En spesiell utfordring for spørsmål knyttet til varemerke- og markedsføringsrett er muligheten for å benytte visuelle hjelpemidler. Det vil ofte være behov for å vise en reklamekampanje eller et varemerke. Dette vil ikke være mulig, i alle fall ikke før de tekniske fremskritt sørger for at brorparten av befolkningen har telefoner med denne muligheten. Det er like fullt på det rene at telefonintervjuer brukes i praksis, uten at retten i særlig grad kommenterer innsamlingsmetoden.[1319]

For det tredje kan undersøkelsen gjennomføres ved personlig intervju. Slike intervjuer er imidlertid knyttet til forholdsvis høye kostnader og tar lang tid å gjennomføre. Fordeler knyttes blant annet til at det vil være mulig å vise en reklamekampanje eller et merkes farge eller tredimensjonale form. Det vil derfor ofte være mest hensiktsmessig med intervju ansikt til ansikt, både i forhold til varemerke- og markedsføringsrettslige problemstillinger.[1320] Denne form for undersøkelse har også tradisjonelt vært mye anvendt i norsk praksis.[1321] En annen fordel er at den som intervjuer kan kontrollere underveis at respondentene forstår spørsmålene, og eventuelt korrigere misforståelser. En utfordring ved personlig intervju er imidlertid at lengden og tidspunktet for intervjuet kan innvirke på hvem man treffer. Man treffer for eksempel andre personer på dagtid enn på kvelden, i helgen eller på en ukedag. Selve intervjusituasjonen kan også medføre at de svar som gis ikke er spontane. Dette kan gjelde spesielt i forhold til intervju som skal avdekke hvorvidt det er villedende markedsføring. Respondentene kan antas å ha et annet fokus når det spørres direkte om hvordan markedsføringen oppfattes.[1322] I en undersøkelse fremlagt i amerikansk praksis som skulle dokumentere hvorvidt det var villedende reklame, fikk for eksempel respondentene god tid til å lese reklamen og kunne dermed også lese informasjonen med små bokstaver og i fotnoter.[1323] Retten kommenterte at undersøkelsen i størst mulig grad skal simulere en faktisk situasjon, og dette ble ikke ansett å være tilfelle når svarene til respondentene bygget på informasjon i fotnoten. Det må også sies å være et generelt problem at respondentene blir mer

[1319] Se for eksempel Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[1320] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 204.
[1321] Se for eksempel undersøkelser fremlagt i Rt 1994 s. 1584 (Legodommen), Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen) og Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[1322] Se for eksempel American Home Products Corp. v. Johnson & Johnson, 577 F2d U.S.P.Q 132 (CA 2 1978). Se Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 566.
[1323] Thomson Medical Co., Inc v. Ciba-Geigy Corp., 643 F. Supp 1190 (S.D.N.Y 1986). Se Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 565.

oppmerksomme og reflekterer mer over budskapet i en undersøkelse, enn de ville gjort som vanlige forbrukere som ser eller hører reklamebudskapet. Dette kan resultere i at svarene ikke blir reliable.

For det fjerde kan undersøkelsen gjennomføres med webbaserte løsninger. Slike løsninger gjør det mulig å gjennomføre intervjuer for eksempel over internett, ved SMS/MMS eller ved hjelp av et såkalt webpanel. Undersøkelser over internett er klart økende når det gjelder vanlige markedsundersøkelser og utgjorde allerede i 2006 hele 33 % av de ulike typer datainnsamlingsmetoder i USA.[1324] Når analysebyråer og bedrifter i stadig større grad anvender webbaserte løsninger i sine generelle undersøkelser, er det nærliggende å tro at dette også vil gjelde undersøkelser knyttet til juridisk spørsmål.[1325] Webbaserte løsninger har klare fordeler ved at det er billig, respondentene kan selv velge tid og sted og det gir mulighet for å tilpasse intervjusituasjonen.[1326] Denne formen for undersøkelser gjør det også mulig å bruke bilde, lyd og film samtidig. Siden ikke alle har tilgang til internett, eller ikke er i stand til å bruke det, kan det imidlertid oppstå et dekningsproblem ved at undersøkelsen ikke når alle som er en del av målgruppen.[1327] I tillegg kan det være vanskelig å dokumentere at det er den rette som svarer på spørsmålene. Det er i det hele tatt omdiskutert hvorvidt internettintervjuer generelt er egnet som bevis i juridisk sammenheng.[1328]

I forhold til bruk av såkalte webpaneler kan det være et spesielt problem at rekrutteringen vanligvis ikke skjer ved hjelp av statistiske metoder, men ved hjelp av forskjellige former for selvrekruttering.[1329] Når respondentene ikke rekrutteres ikke ut fra statistisk tilfeldighet kan det være et problem at det oppstår en gruppe av nærmest profesjonelle respondenter. Ulike former for premiering, poengsamling og belønningssystemer kan dermed gi utvalgsskjevhet. Slike webpaneler er også kritisert for faren for respondentjuks ved at paneldeltagere melder seg på med flere identiteter, gir seg ut for å være andre enn det de er eller de samme personene er med i mange paneler.[1330]

[1324] Kotler og Keller *Marketing management* (2009) s. 141.
[1325] Se for eksempel hjemmesider til GfK Norge; http://www.gfk.no/scope.htm, TNS Gallup; http://www.tns-gallup.no/?aid=9072138 og Synovate; http://www.synovate.no/?s=1484/0.
[1326] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 166 flg.
[1327] Håndbok i bruk av webskjema. SSB http://www.ssb.no/publikasjoner/pdf/handbok-81.pdf på s. 64.
[1328] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 481 flg.
[1329] Håndbok i bruk av webskjema. SSB http://www.ssb.no/publikasjoner/pdf/handbok-81.pdf på s. 65.
[1330] Rune Eilertsen: Respondentjuks og webpaneler http://www.markedsanalyse.org/article.php?id=321.

De spesielle utfordringene knyttet til bruk av internettintervjuer og web-paneler er vurdert av Esomar. Nye retningslinjer, Esomar Guideline for Online Research, er under utvikling.[1331] I disse retningslinjene tas det spesielt hensyn til den enkelte respondents personvern og at webpaneler alltid må vurderes eksplisitt. I Norge har Norsk Markedsanalyse Forening utarbeidet retningslinjer som er basert på disse og presiserer blant annet at markedsforskeren må følge vitenskaplige anerkjente uttrekksmetoder som støtter opp under hensikten med undersøkelsen.[1332] Det stilles også krav til at undersøkelsesmetode og svarprosent skal oppgis ved publisering.

Den fremlagt undersøkelsen i den norske Imperiadommen var gjennomført ved internett-intervjuer.[1333] Retten viste til at sammenlignet med totalbefolkningen var de eldste og yngste aldersgruppene underrepresentert. Etter rettens mening *kunne* dette *ha* betydning for utvalgets representativitet, men kommenterte ikke nærmere den aktuelle undersøkelsen. Hvorvidt det hadde noen betydning at en av undersøkelsene var utført ved internettpaneler, ble heller ikke kommentert av Høyesterett i Livbøyedommen.[1334]

Heller ikke i dansk praksis kommenteres betydning av internettintervjuer som grunnlag for markedsundersøkelser. I den danske Lindeberg-avgjørelsen ble for eksempel en undersøkelse utført ved on-line intervjuer med 1.340 menn og kvinner over 15 år hentet fra TNS Gallups respondentdatabase fremlagt som dokumentasjon.[1335] Datatinnsamlingsmetoden ble ikke kommentert av Ankenævnet.

Tema er imidlertid berørt i flere svenske avgjørelser. I den svenske Hygglo-avgjørelsen kommenterte for eksempel motparten at det ved internettundersøkelser lett blir en overrepresentasjon av unge respondenter.[1336] Det ble hevdet at utvalget hadde en skjev aldersfordeling med 65 % mellom 15 og 35 år og bare 13 % mellom 56-65 år. Det ble også påpekt av motparten at respondentene kunne lese alle svaralternativer på alle spørsmål, før de svarte på det første spørsmålet. Domstolen nevnte imidlertid ingenting om dette forholdet i sine premisser. I den svenske Gustavus-avgjørelsen påpekte et ekspertvitne faren for en såkalt paneleffekt, ved at de som svarer etter hvert blir profesjonelle respondenter som ikke er

[1331] Draft per august 2010 for ESOMAR Guidelines for Online Research http://www.esomar.org/index.php/professional-standards-codes-and-guidelines-online-research.html.
[1332] Retningslinjer for gjennomføring av Markeds- og Opinionsundersøkelser ved bruk av Internett http://www.markedsanalyse.org/article.php?id=31.
[1333] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1334] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[1335] AN 2005 00004 (Lindeberg).
[1336] MD 2002:10 (Hygglo).

representative.[1337] Det ble også vist til at det ikke er mulig å kontrollere om respondentene ble påvirket av informasjon underveis, eller om flere personer svarte på det samme spørreskjema. I og med at det må antas at merkekjennskap blir større hos to personer som samarbeider, mens forvekslingsfaren kan bli mindre, kan det gå ut over undersøkelsens reliabilitet.[1338] Domstolen tok ikke stilling til disse innvendinger. Kritikken mot internettpanelets representativitet i Snille och Smak-avgjørelsen ble heller ikke kommentert av Patentbesvärsrätten.[1339] I senere avgjørelser har imidlertid Marknadsdomstolen påpekt eksplisitt at internettundersøkelser må bedømmes med forsiktighet.[1340]

For det femte kan omnibus-undersøkelser fremlegges som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning. Dette er regelmessig utførte intervju-undersøkelser der oppdragsgiver kan bestille plass til egne spørsmål. [1341] Innsamlingsmetoden er standardisert og regnes som innsamling av primærdata. Det må stilles de samme krav til undersøkelsens juridiske relevans, i tillegg til reliabilitet og validitet, som til undersøkelser som lages direkte i tilknytning til et juridisk spørsmål. Et problem med slike undersøkelser er at valget av omsetningskrets ofte ikke er knyttet til det juridiske vurderingstema. Resultatene vil derfor kun være anvendelig dersom allmennheten er relevant omsetningskrets eller relevante undergrupper kan identifiseres.[1342] Det kan også være et problem at de deler av undersøkelsen som ikke har betydning for den konkrete juridiske tvist kan kreves unntatt fra offentligheten. Dette ble satt på spissen i Patentstyrets behandling av klage på nektelse av å registrere en flaskeform som varemerke.[1343] Den fremlagte spørreundersøkelsen var basert på en omfattende omnibus-undersøkelse der mange produkter og merker var representert. I Patentstyrets første avdelings behandling av klagen førte taushetsplikten til at undersøkelsen som helhet ikke ble vurdert. Dette ble imidlertid rettet opp i annen avdelings behandling, som la til grunn at de aktuelle deler av undersøkelsen ikke var omfattet av taushetsplikten. Disse delene av undersøkelsen kunne dermed legges frem som bevis.

En omnibus-undersøkelse ble også fremlagt i den danske Tordenskjold-dommen.[1344] Undersøkelsen skulle dokumentere den danske befolknings kjennskap til navnet Tordenskjold

---

[1337] MD 2005:12 (Gustavus).
[1338] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 482.
[1339] PBR 08-287 (Snille och smak).
[1340] Se for eksempel MD 2005:20 (Live!) og MD 2009:25 (Svenska Spel).
[1341] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 82.
[1342] Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part two* IIC (2000) s. 551.
[1343] PS 2011-7962 (Jägermeister).
[1344] U.1994.147/2S (Tordenskjold).

på fyrstikkesker. Undersøkelsesmetoden ble ikke kommentert av retten, men resultatene ble lagt til grunn for avgjørelsen.

Undersøkelser som ikke er utviklet spesielt med tanke på en tvist kan, dersom de er relevante for spørsmålet i saken, også fremlegges som bevis. Et eksempel på dette kan være BAV-analyser (Brand Asset Valuator). Slike analyser foretas jevnlig ved at brands evalueres i forhold til det totale merkelandskap. Slike undersøkelser kan typisk være aktuelle for en vurdering av om et merke er velkjent.[1345] I den danske Thomas Tivoli-avgjørelsen ble det fremlagt en BAV-analyse for å dokumentere at Tivoli er betegnet som "et Powerbrand på tværs af målgrupperne" med en nesten 100 % vitalitets- og styrkegrad. Retten kommenterte ikke undersøkelsens verdi, men la til grunn at det var ubestridt at Tivoli, som ordmerke og figurmerke, var velkjent.

Den raske utviklingen av nye metoder for datainnsamling kan reise mange spørsmål knyttet til undersøkelsens verdi i retten, eller som dokumentasjon fremlagt for forvaltnings-myndigheter. Det kan synes som om tendenser i praksis viser en noe urovekkende mangel på bevissthet rundt valg av undersøkelsesmetode generelt, og utfordringer knyttet til webbaserte løsninger spesielt. Det kan derfor være behov for å fokusere sterkere på betydningen av den anvendte datainnsamlingsmetode når undersøkelser som bevis skal vurderes.

16.1.3 Tidspunktet for gjennomføring av undersøkelsen

Også tidspunktet for når undersøkelsen gjennomføres kan ha betydning for dens relevans som bevis. Her vil det oppstå litt ulike problemstillinger i markedsføringsrettslige og i varemerke-rettslige undersøkelser.

Undersøkelser som utarbeides for å vurdere om en reklame er villedende må nødvendigvis foregå i etterkant av selve kampanjen. Her vil som oftest markedsføringen presenteres i sin helhet og trenger ikke baseres på hva respondentene husker. Det skal derfor i utgangspunktet ikke ha noen betydning hvor lenge det er siden markedsføringen faktisk foregikk.

I varemerkeretten kan tidspunktet for utarbeidelse av undersøkelsen ha større betydning. Problemstillingen kan være aktuell både ved saker om varemerkeinngrep, ugyldighetssaker og ved vurdering av registreringsvilkårene. Ved spørsmål om varemerkeinngrep kan det for eksempel være vanskelig å dokumentere forholdet på det tidspunktet spørsmålet om inngrep ble en realitet. Det er ikke engang sikkert at varemerkeinnehaver ble klar over inngrepet før

[1345] U.2010.2249S (Thomas Tivoli).

det var gått en tid, og kan ha dermed ha vanskeligheter med å dokumentere forholdet på det tidligere tidspunkt. Undersøkelser utarbeides gjerne heller ikke før tvisten er en realitet.

I forhold til det varemerkerettslige spørsmål om særpreg, kan det for eksempel være vanskelig å dokumentere at et merket er innarbeidet for flere å siden.[1346] Dette kan være spesielt aktuelt i senere ugyldighetssaker der spørsmålet er om særpreg var til stede allerede ved registreringen. I norsk rett er dette, som tidligere drøftet, søkt avklart ved at det må dokumenteres at særpreg er til stede ved innlevering av søknaden, jfr. vml. § 14 tredje ledd.[1347] Eventuell opparbeidelse av sekundærbetydning må dermed ha skjedd før dette tidspunktet. Undersøkelser utarbeidet i ettertid vil i utgangspunktet ikke være egnet til å kunne dokumentere særpreg på et tidligere tidspunkt.[1348]

Det er imidlertid påpekt, også i norsk rett, at undersøkelser som er utført i ettertid kan være relevante. I Gule sider-avgjørelsen godtok flertallet at en undersøkelse utført i 2005 beviste at merket også var innarbeidet i 1998, da søknaden ble innlevert.[1349] Førstvoterende uttalte at selv om undersøkelsen gjaldt situasjonen i 2005, var det ikke grunnlag for å tro at forholdene var vesentlig annerledes i 1998. Markedsføringen overfor både brukerne og annonsørene hadde i 1998 vært så intens i en 4-5-års periode at det ville, etter rettens mening, være vanskelig å oppnå særlig større merkebevissthet ved hjelp av ytterligere markedsføring.[1350] Førstvoterende viste til at markedsføringsinnsatsen hadde pågått i 4-5 år også før søknad ble innlevert. Også i den norske Philips-avgjørelsen ble nyere undersøkelser tillagt vekt.[1351] Dette ble da begrunnet med at markedsandelen ble antatt å ha vært på samme nivå på registreringstidspunktet. En undersøkelse gjennomført av Markeds- og media-instituttet (MMI) i desember 2005 viste at publikum forbandt kløvermerket med Philips barbermaskiner. Selv om det var registreringstidspunktene for varemerkene, henholdsvis 1997 og 1999, som skulle legges til grunn for vurderingen av varemerkets gyldighet, fant ikke retten grunnlag for å anta at folks oppfatninger av disse spørsmål var annerledes den gang enn i 2005. Retten la dermed undersøkelsen til grunn som relevant.

I Tippinga-avgjørelsen ble det imidlertid poengtert at undersøkelsen, som skulle dokumentere særpreg, var foretatt 2-3 år etter innlevering av søknaden og at den derfor hadde

---

[1346] Bernitz, Karnell, Pehrson og Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (2009) s. 241.
[1347] Jfr. kapittel II pkt. 5.2.1.2 ovenfor.
[1348] Se for eksempel fra Patentstyrets praksis; PS 2004-7310 (Ditt Distrikt).
[1349] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 63.
[1350] Denne vurderingen er kritisert i juridisk teori, se blant annet Reimers *Yellow Pages' mark held valid and infringed by split Supreme Court* JIPLP (2006) s 374.
[1351] TOSLO-2004-101336 (Philips).

begrenset vekt.[1352] De samme begrunnelser for undersøkelsens manglende verdi ble gitt av Patentstyrets annen avdeling i Ditt-Distrik avgjørelsen.[1353]

I Sverige er det, som nevnt, vist en noe større vilje til å godta at dokumentasjon for innarbeidelse kan utarbeides også på et senere tidspunkt. I den svenske Hygglo-avgjørelsen ble det fremlagt en undersøkelse fra 2001 som dokumenterte kjennskap til Igloo flere år tilbake i tid.[1354] Motparten kritiserte undersøkelsen og viste til at denne undersøkelsen ikke sa noe om innarbeidelse tidligere år. Domstolen la imidlertid til grunn av kjennskapen sannsynligvis også var der før 1999, idet merket hadde vært på markedet i mange år. Den fremlagte undersøkelsen som skulle dokumentere innarbeidelse i Snille och Smak-avgjørelsen ble også utarbeidet nesten to år etter registreringsdagen, men ble godtatt av retten.[1355]

Det kan også vurderes om eldre undersøkelser vil kunne være relevante som bevis i senere tvister. I en svensk avgjørelse ved spørsmål om innarbeidelse for Taxi Göteborg, godtok domstolen at en åtte år gammel undersøkelse kunne legges frem.[1356] Det må innebære et synspunkt om at dersom undersøkelsen kan sies å dokumentere en oppfatning som fortsatt er reell, vil den kunne være aktuell som bevis.

Selv om utgangspunktet for vurdering av særpreg er søknadsdagen har også EU-domstolen lagt opp til at dokumentasjon utarbeidet i ettertid kan være relevant, dersom dette kan si noe om særpregskravet på det tidligere tidspunktet.[1357] OHIM har presisert i sine retningslinjer at dokumentasjon for opparbeidet særpreg må knyttes til søknadsdagen.[1358] Denne oppfatningen er støttet av Førsteinstansretten i DaimlerChrysler-saken.[1359] I El Cortes-Inglés avgjørelsen ble det også presisert at for å kunne dokumentere høy grad av særpreg som resultat av omsetningskretsens kjennskap, måtte det tidligere merke være kjent på søknads-dagen eller prioritetsdagen.[1360] I Vitakraft-avgjørelsen ble blant annet en fire år gammel undersøkelse fremlagt som dokumentasjon for innarbeidelse.[1361] Appellkammeret mente at den var for gammel, idet et marked kan endre seg betydelig på fire år. Førsteinstansretten viste imidlertid til at selv om det i utgangspunktet bare kan legges vekt på undersøkelser laget

[1352] LB-2009-99914 (Tippinga).
[1353] PS 2004-7310 (Ditt Distrikt).
[1354] MD 2002:10 (Hygglo).
[1355] PBR 08-287 (Snille och smak).
[1356] MD 2005:26 (Taxi Göteborg).
[1357] C-259/02 av 27. januar 2004 (La Mer Technology) premiss 31 og C-192/03 av 5. oktober 2004 (Alcon) premiss 41.
[1358] Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) Part B Examination pkt. 7.9 s. 52 og 55.
[1359] T-128/01 av 6. mars 2003 (DaimlerChrysler) premiss 41.
[1360] T-8/03 av 13. desember 2004 (El Corte Inglés) premiss 71-73.
[1361] T-277/04 av 12. juli 2006 (Vitakraft) premiss 38.

før søknadsdagen, kan også undersøkelser utarbeidet på andre tidspunkt gi visse indikasjoner om særpreg. Det avgjørende ville, etter Førsteinstansrettens mening, være undersøkelses-metoden.

Når tidspunktet for gjennomføring av undersøkelsen adskiller seg fra det tidspunkt oppfatningen skal relatere seg til, er det er sentralt poeng at det må kunne sannsynliggjøres at oppfatningen er den samme på begge tidspunkter. I motsatt fall har undersøkelsen liten verdi.

16.2 Relevant målpopulasjon

16.2.1 Målpopulasjonen må stemme med den relevante omsetningskrets

Målpopulasjonen er et undersøkelsesteknisk begrep og angis som summen av alle de undersøkelsesenhetene en ønsker å si noe om.[1362] For undersøkelser som knyttes til varemerke- og markedsføringsrettslige spørsmål vil summen av disse enhetene være en bestemt krets av personer, definert som den relevante omsetningskrets. Spørsmål om valg av målpopulasjon vil derfor henge nært sammen med avgrensningen av den juridisk relevante krets.[1363]

For å finne målpopulasjonen må det tas utgangspunkt i en fortolkning av de ulike vurderingstema som er gjennomgått i kapittel II. Dersom undersøkelsen skal være relevant som bevis i retten må målpopulasjonen stemme med, og bygge på, den juridisk relevante omsetningskrets. Det vil altså være et behov for juridisk innflytelse når målpopulasjonen skal bestemmes i forbindelse med utarbeidelse av en undersøkelse.[1364]

Dette kan reise spørsmål i forhold til hvem som rent praktisk skal definere mål-populasjonen når undersøkelsen skal fremlegges som bevis i en rettssak. Dersom undersøkelsen bestilles av en av partene er det nærliggende at det er denne parten, eller dennes advokat, som definerer målpopulasjonen. En utfordring er da at undersøkelsen, i forbindelse med en senere rettssak, kan bli kritisert for valg av en målpopulasjon som favoriserer den ene part. På dette tidspunktet vil det være for sent å rette opp slike feil og undersøkelsen kan være uten verdi. For å unngå dette kan retten på forhånd definere mål-populasjonen, gjerne med uttalelser fra begge parter. Det er for eksempel foreslått som en løsning å la retten bestemme målpopulasjonen, før undersøkelsen blir satt i gang.[1365] Etter

[1362] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 142.
[1363] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 50.
[1364] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 523.
[1365] Se i amerikansk juridisk teori; Bird *Streamlining consumer survey analysis* TMR (1998) s. 288.

utvidelsen av rettens plikt til aktiv saksstyring i norsk rett vil dette kunne være en løsning også her.[1366] Realiteten i de skandinaviske land er imidlertid, i alle fall foreløpig, at advokaten til den som bestiller undersøkelsen definerer målpopulasjonen, og så blir det opp til retten i ettertid å vurdere om denne er riktig avgrenset

Vel så viktig blir dermed avgjørelsesmyndighetenes etterfølgende kontroll med at målpopulasjon og den juridiske krets stemmer overens. Utgangspunktet må være at dersom disse ikke stemmer overens, vil markedsundersøkelsens resultater være irrelevante og uten bevisverdi. Kontroll av målpopulasjon bør derfor være et sentralt moment ved vurdering av undersøkelsens kvalitet. Spørsmålet er imidlertid om avgjørelsesmyndighetene faktisk foretar en slik kontroll.

Det må i alle fall stilles krav om at avgjørelsesmyndighetene fortolker den juridisk relevante krets med grunnlag i de ulike vurderingstema. Dernest må det stilles spørsmål ved om den valgte målpopulasjonen stemmer med denne kretsen. Relevant målpopulasjon kan da være allmennheten i sin helhet eller mer spesialiserte grupper. For dagligvareprodukter kan hele befolkningen anses å være korrekt målpopulasjon. For eksempel regner man i tysk rett med at 40 % av tyske forbrukere spiser frokostblandinger, men at ytterligere 20 % er potensielle kjøpere og må medregnes i målpopulasjonen.[1367] Andre ganger vil målgruppen for markedsføringen av det enkelte produkt være avgjørende.[1368] I retningslinjer fra OHIM presiseres det at undersøkelsen må rettes mot den del av befolkningen som merket er rettet mot.[1369] Utgangspunktet vil da være vareklassifiseringen i varemerkesøknaden. Det avgjørende vil være avgrensningen av den juridisk definerte krets.

En nærmere avgrensning kan foretas ut fra flere kriterier; så som geografisk avgrensning, ut fra et skille mellom forbrukere og næringsdrivende, ut fra kjøpevaner eller andre kriterier som følger av lovens krav.[1370] I den norske Gule sider dommen ble, som tidligere nevnt, annonsørene godtatt som relevant omsetningskrets og dermed korrekt målpopulasjon.[1371] I norsk rett er også betydning av merkebevissthet påpekt som et sentralt moment i vurderingen av målpopulasjon.[1372]

[1366] Se kommentarene i kapittel III pkt. 12 ovenfor.
[1367] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 204.
[1368] Se for eksempel RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen) og TOSLO 2006-103922 (First Price).
[1369] *Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) Part B Examination* pkt. 7.9 s. 53.
[1370] McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32-159.
[1371] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen).
[1372] Se for eksempel RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen).

Velges en for snever målpopulasjon vil den ikke kunne gi uttrykk for omsetningskretsens oppfatning, og kan ikke legges til grunn i retten. I den norske Tabac-dommen ble den fremlagte undersøkelsen blant annet kritisert av retten for at man kun spurte ekspeditører og innehavere av parfymerier der Tabac selges.[1373] Undersøkelsen skulle ha vært rettet mot en bredere krets av mottagere. Det var med andre ord valgt feil målpopulasjon.

Selv om dansk Højesteret ikke kommenterte den fremlagte markedsundersøkelsen i Melitta-avgjørelsen kan det samme ha vært problemet der.[1374] Undersøkelsen var rettet mot "virksomheder, som af Melittas danske repræsentant Aromateknik A/S er registreret som brugere af større Melitta-kaffemaskiner ". Undersøkelsen viste at 61 % av disse nevnte Melitta ved spørsmål om kjennskap til tallene 202, 206 og 220. Selv om prosentandelen av respondentene som nevnte Melitta var forholdsvis høy kom retten til at det ikke var opparbeidet særpreg. Undersøkelsen ble ikke kommentert i domspremissene, men rent umiddelbart kan det se ut til undersøkelsen var rettet mot en for snever krets av personer. Det ser imidlertid ut til at retten i After Eight-avgjørelsen godtok en målpopulasjonen som besto av personer som spiste sjokolade minst en gang per måned.[1375] Som drøftet tidligere kan det være grunn til å trekke inn flere enn den aktuelle kundegruppe ved spørsmål om et merket er velkjent, og det er derfor ikke opplagt at det her var valgt riktig målpopulasjon.[1376]

Den svenske Patentbesvärsrätten kommenterte både målpopulasjon og representativt utvalg i Microlax-avgjørelsen.[1377] Retten la til grunn at laksermiddel og lavemang i praksis kunne anvendes av alle mennesker, uavhengig av kjønn og alder. Retten pekte på at omsetningskretsen derfor måtte omfatte alle "normalt informerade samt skäligen uppmärksamma och upplysta genomsnittskonsumenter". Den fremlagte undersøkelse ble derfor kritisert fordi spørsmålene kun var rettet til kvinner mellom 40-74 år, og ble ikke ansett å være representativ for alle som inngikk i omsetningskretsen.

Det er også i flere andre svenske avgjørelser kommentert at undersøkelsene var rettet mot feil målgruppe.[1378] I Astra Zenica-saken kommenterte Marknadsdomstolen blant annet at det ikke kunne legges til grunn at apotekspersonale var riktig målgruppe for undersøkelsen.[1379] Også sluttbrukernes oppfatning kunne være relevant.

[1373] Eidsivating Lagmannsrett 25. oktober 1976 (TABAC).
[1374] U.2003.1020H (Melitta).
[1375] U.1997.795S (After Eight).
[1376] Jfr. kapittel II pkt. 5.4.2 ovenfor.
[1377] PBR 03-230 (Microlax).
[1378] Se for eksempel NJA 1988 s. 209 (Arlanda), PBR 96-833 (Patentdagen), PBR 01-412 (Byggnadsställningar) og MD 2008:13 (AstraZenica).
[1379] MD 2008:13 (AstraZenica).

I forhold til en undersøkelse knyttet til om det var opparbeidet kjennetegn for en parkeringsplass ved en flyplass, kommenterte Högsta Domstolen at respondentene som ble intervjuet ikke ble spurt om de hadde bil.[1380] Undersøkelsen ble dermed ansett å være rettet mot feil målpopulasjon. Patentbesvärsrätten kritiserte også at undersøkelsen, knyttet til hvorvidt formen på Toblerone var velkjent, kun rettet mot en gruppe personer i alderen 15-50 år.[1381] I følge retten måtte riktig målpopulasjon også omfatte personer over 50 år.

I Silva-avgjørelsen godtok imidlertid retten en forholdsvis snever målpopulasjon.[1382] Målpopulasjonen ble der ansett å være var aktive orienteringsløpere med medlemskap i det Svenska Orienteringsförbundet. Et annet eksempel på en snever målpopulasjon er undersøkelsen som skulle måle kjennskap til merket Grov for snus.[1383] Retten godtok da at målpopulasjonen var menn og kvinner i alderen 18-74 år som var snus- eller tobakksbrukere, eller som minst en gang per måned kjøpte snus til andre enn seg selv.

Valg av målpopulasjon kan være avgjørende for undersøkelsens resultat og må alltid kontrolleres når en markedsundersøkelse skal vurderes i en juridisk kontekst. Bevisstheten rundt valg av målpopulasjon er varierende i norsk og dansk rett, mens den er større i svensk praksis.

16.2.2 Krav til utvalgsramme

En markedsundersøkelse kan ikke rettes mot samtlige enheter i målpopulasjonen.[1384] Dette sier seg selv dersom allmennheten er målpopulasjon, men også ellers vil det være behov for å avgrense kretsen av mulige respondenter. Etter at målpopulasjonen er bestemt må det derfor lages en utvalgsramme.

Utvalgsrammen er en liste over de elementene som inngår i populasjonen, eller et sett med anvisninger for hvordan disse kan finnes.[1385] Det kan være telefonkatalogen, e-postadresser eller ulike registre, for eksempel medlemsregistre eller respondentdatabaser. Det er viktig å finne utvalgsrammer som gir god dekning av populasjonen.[1386] Utvalgsrammen må gjenspeile målpopulasjonen. Dersom utvalgsramme og målpopulasjon ikke stemmer overens gir det opphav til rammefeil, som er ansett å være en av de største fallgruvene ved utarbeidelse av

[1380] NJA 1988 s. 209 (Arlanda).
[1381] PBR 02-236 (Toblerone).
[1382] NJA 1990 s. 469 (Silva).
[1383] PBR 07-032 (Grov).
[1384] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 59.
[1385] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 144.
[1386] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 145.

markedsundersøkelser.[1387] Det er imidlertid sjelden mulig å finne en utvalgsramme som gjenspeiler målpopulasjonen hundre prosent. Både den som utarbeider undersøkelsen og den som vurderer den, må dermed være klar over faren for skjevheter.

I markedsforskningen forsøker man å lage gode teknikker for valg av utvalgsrammer, slik at de som trekkes ut herfra er representative for populasjonen.[1388] Dersom deler av den opprinnelige populasjonen blir ekskludert, for eksempel ved at kun internettbefolkningen eller personer under 50 år som blir spurt, vil det kunne gi opphav til rammefeil.

For å unngå slike rammefeil kan det brukes filterspørsmål i undersøkelsen. Dette kan være spesielt aktuelt dersom det ikke finnes registre som kan identifisere utvalgsrammen.[1389] Slike filterspørsmål kan for eksempel stilles til slutt, slik at overtegning forhindres. Et eksempel på filterspørsmål fins i den fremlagte undersøkelsen i den første svenske Ajax-avgjørelsen.[1390] Til slutt i undersøkelsen ble respondentene spurt om hvor ofte de kjøpte rengjøringsmiddel. Det var da på forhånd avklart at de som kjøpte rengjøringsmiddel sjeldnere enn en gang i året ble ansett å falle utenfor målpopulasjonen. Gjennom svarene på filterspørsmålet kunne markedsforskerne skille ut respondenter som ikke hørte til målpopulasjonen.

En annen måte å skille ut respondenter som ikke tilhører målpopulasjonen kan være å ha med alternativet "vet ikke". En tredje mulighet kan være å stille oppfølgingsspørsmål til personer som faktisk oppgir at de har en oppfatning.[1391] I en av undersøkelsene i den norske Livbøyedommen ble for eksempel målpopulasjonen definert gjennom det første spørsmålet.[1392] Da respondentene ble spurt om de kjente navnene på de største forsikrings-selskapene, var det kun de som kjente til 4-5 selskaper som ble ansett å være relevant målpopulasjon. Oppfølgingsspørsmål ble kun stilt til disse.

Kravene til utvalgsramme er et undersøkelsesteknisk spørsmål og har ikke like klare referanser til den juridiske innflytelse. Utvalgsrammen vil likevel være helt avgjørende for undersøkelsens reliabilitet og utgjør et viktig kontrollmoment i vurderingen av dens verdi som bevis.

[1387] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 60.
[1388] Sorenson *Survey research execution in trademark litigation* TMR (1983) s. 354.
[1389] Noelle-Neumann og Schramm *Umfrageforschung in der Rechtspraxis* (1961) s. 36.
[1390] MD 1983:3 (Ajax I) Se Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 62.
[1391] Se fra amerikansk rett; Reference Manual on Scientific Evidence, second edition 2000 s. 250.
[1392] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).

16.3 Representativt utvalg

16.3.1 Krav til representativt utvalg

Det er kun undersøkelser som er representative for et land, en region eller en gruppe av befolkningen som kan brukes som grunnlag for å dokumentere omsetningskretsens oppfatning.[1393] Definisjonen av målpopulasjonen danner et utgangspunkt, men siden det som regel ikke er mulig å spørre samtlige personer i populasjonen, må det ved hjelp av utvalgsrammen trekkes ut et utvalg.

For at utvalget av respondenter skal være meningsfullt må oppfatningen kunne generaliseres for hele målpopulasjonen.[1394] Ved generalisering overføres fakta fra utvalget til kunnskap om hele populasjonen.[1395] For at dette skal gi mening må respondentene i utvalget ha den samme fordeling av kvaliteter som resten av populasjonen. Utredninger basert på markedsundersøkelser kan dermed, med fordel, inkludere en sammenligning mellom utvalget og den totale populasjon.[1396] Det må da vurderes om de viktigste sosio-demografiske faktorene i utvalget, så som kjønn, alder, ansettelsesforhold, bakgrunn og bosted korrespondere med hele befolkningen eller omsetningskretsen sett under ett. Slik informasjon er det lett å finne, for eksempel i nasjonale sentralbyråer.[1397]

Utvalgets representativitet må sies å bero dels på utvalgsmetoden, og dels på utvalgsstørrelsen.[1398] Anvendbarheten av utvalget er altså ikke bare avhengig av det absolutte antall av respondenter i forhold til størrelsen på målpopulasjonen, men heller på om disse er representative og valgt ut fra en anerkjent vitenskapelig utvalgsprosedyre.[1399]

Det må også tas høyde for at det kan være en viss utvalgsskjevhet. Som allerede nevnt kan postale intervjuer, telefonintervjuer og web-baserte løsninger medføre at utvalget blir skjevt. For sistnevnte gjelder dette spesielt ved bruk av selvrekrutterende respondentdatabaser. Det er ikke sikkert at disse representerer et utsnitt av populasjonen ut fra alder, kjønn, bosted etc. Det overordnede spørsmål er da hvorvidt retten, eller andre avgjørelsesmyndigheter, vurderer utvalgets representativitet.

[1393] Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 522.
[1394] Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 553.
[1395] Løvås *Statistikk for universiteter og høgskoler* (2004) s. 10.
[1396] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 275.
[1397] Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part two* IIC (2000) s. 550.
[1398] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 65.
[1399] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 275.

I en av undersøkelsene i den norske Livbøyedommen hevdet for eksempel den som utarbeidet undersøkelsen at respondentene besto av et representativt utvalg av den norske befolkning, uten at dette ble kommentert av retten.[1400] I en annen undersøkelse i samme dom var utvalget trukket fra et internett-panel med frivillige, men heller ikke dette ble problematisert av retten. Motpartens påstand i Myklagard-dommen om at intervjuobjektene i en undersøkelse kun var trukket ut innenfor Myklegards virksomhetsområde og at det derfor ikke var representativt, ble heller ikke kommentert av retten.[1401]

Mer konkrete uttalelser knyttet til kravet om representativt utvalg, ble imidlertid gitt i Imperiadommen.[1402] Retten viste til den aldersmessige, utdanningsmessige og geografiske fordeling av utvalget, men påpekte at intet var opplyst om utvalgets vaner med, kunnskaper om eller interesse for alkohol i sin alminnelighet eller vodka i særdeleshet. I Kvikk Lunsj-dommen påpekte retten at det ikke var opplyst om undersøkelsen som skulle dokumentere kjennskap til emballasje og varemerke var representativ for hele Norge.[1403] Retten hadde imidlertid liten grunn til å tro at det bildet undersøkelsen skapte ville påvirkes av geografiske forskjeller.

Gjennomgangen av norsk rettspraksis ellers kan tyde på at det ikke stilles særlige spørsmål ved om utvalget følger de vitenskapelige utvalgskriterier.[1404] Hvorvidt det drøftes om et utvalg er representativt uten at det gjengis i domspremissene, blir spekulasjoner. Det er derfor mest nærliggende å tro at utvalgets representativitet kun i liten grad berøres når markeds-undersøkelsers bevisverdi drøftes i norsk rett.

I den danske Torres-dommen ble det godtatt at undersøkelsen var foretatt på en sedvanlig måte ved å intervjue et representativt utvalgt utsnitt av den danske befolkning, med en populasjon på ca. 1.000 personer over 15 år. [1405] Hvilke kriterier som kan legges til grunn for at utvalget er representativt for omsetningskretsen nevnes ikke i domspremissene. Det ble heller ikke kommentert at også personer i aldersgruppen 15 til 18 år, som ikke kan kjøpe vin, tilsynelatende var med i utvalget. Jeg kan ikke se at spørsmålet om utvalgskriterier drøftes i særlig utstrekning i dansk praksis.

Som allerede nevnt viser praksis i Sverige at undersøkelseskriterier generelt drøftes oftere enn hva som er vanlig i Norge og Danmark. Det vil derfor være interessant å vurdere i hvilken

[1400] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[1401] RG 2003 s. 70 (Borgarting, Myklegard-dommen).
[1402] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1403] TOSLO-2010-86774 (Kvikk Lunsj - anket).
[1404] Se for eksempel Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen), TOSLO 2006-103922 (First Price) og TSTVG-2005-178340 (Skagen fondene).
[1405] U.2000.620H (Torres).

grad utvalgets representativitet drøftes i Sverige. Blant annet kommenterte den svenske Patentbesvärsrätten i Kexchoclad-avgjørelsen at utvalget i undersøkelsen, så som antall respondenter, aldersfordeling og geografisk spredning oppfylte de krav som stilles til en kjennskapsundersøkelse. [1406] I Duro-tak- avgjørelsen kritiserte Patentbesvärsrätten at det ikke var redegjort for hvordan kretsen av respondenter var sammensatt.[1407] I Snille och Smak-avgjørelsen ble imidlertid spørsmålet om utvalgets representativitet ved internettundersøkelser tatt opp av motparten, uten at Patentbesvärsrätten kommenterte dette.[1408]

Betydningen av den geografiske avgrensning er blant annet kommentert i den svenske Druvan-saken.[1409] Undersøkelsen ble fremlagt for å dokumentere at det var opparbeidet særpreg som kjennetegn for sjokoladekaker. Undersøkelsen var en såkalt "på-stan"-undersøkelse foretatt i seks svensker byer: Stockholm, Malmö, Göteborg, Luleå, Eksjö och Linköping. Retten kommenterte at det ikke fremgikk hvordan undersøkelsen var utført, men at det vanlige var at intervjuerne plasserte seg et bestemt sted og fanget opp respondentene. Allerede det forhold at undersøkelsen var begrenset til et mindre antall byer gjorde, etter rettens mening, at undersøkelsen ikke var representativ for omsetningskretsen i hele Sverige. I tillegg kommenterte retten at utvalget ble ytterligere begrenset ved at kun de personer som befant seg et visst sted ble omfattet av undersøkelsen. Undersøkelsen ble ikke lagt til grunn for avgjørelsen. I Absolut-avgjørelsen ble heller ikke undersøkelsen ansett å være representativ fordi den var gjennomført ved torg-intervjuer i tre byer.[1410] Det er altså liten tvil om at svensk praksis har større fokus på kravene til representativt utvalg.

Et forholdsvis snevert utvalg har blitt godtatt i tysk rett. Det har blant annet blitt godtatt at bare eiere av små og mellomstore hunder ble spurt om kjennskap til et merke for hunde-mat.[1411] I følge retten ble ikke representativiteten av undersøkelsen svekket av det faktum at bare innehavere av mellomstore og små hunder var blitt intervjuet. Den aktuelle hundematen ble solgt i små forpakninger og denne mengden hundemat var kun egnet for små hunderaser. Utvalget var dermed representativt for den aktuelle omsetningskrets.

Den tidligere nevnte studien som analyserte fremleggelse av markedsundersøkelser for OHIM viste at kontoret i stor grad unngikk å vurdere prinsippene for utvalg og statistisk

[1406] PBR 05-080 (Kexchoclad).
[1407] PBR 01-084 (Duro-tak). Den samme kritikken ble også fremsatt i blant andre PBR 07-046 (Tefex) og PBR 05-051 (Europe Bonus).
[1408] PBR 08-287 (Snille och smak). Se også MD 2002:10 (Hygglo) og MD 2005:12 (Gustavus).
[1409] PBR 01-201 (Druvan).
[1410] Göta HovR T 352-00 (Absolut).
[1411] BGH 2007, 26. oktober 2007 (Westie-Kopf).

representativitet.[1412] I følge undersøkelsen, fra perioden 1996-2004, hadde ikke en eneste avgjørelse nevnt kravet til representativitet, og hadde med andre ord ikke sett på om resultatene kan generaliseres for befolkningen som helhet eller bestemte grupper av forbrukere. Kravet til representativt utvalg er imidlertid presisert i Opposition Guidelines gjennom kravet om at det må fremlegges dokumentasjon for at den prosentvise andelen i undersøkelsen reflekteres i populasjonen.[1413]

Det finnes imidlertid senere eksempler på at OHIM har kommentert utvalgets representativitet, og et av dem er Hilti-avgjørelsen.[1414] De fremlagte markedsundersøkelser, utført i Tyskland og Østerrike, skulle dokumentere særpreg for en rød koffert og var rettet mot profesjonelle fra byggebransje og entreprenørvirksomhet. Undersøkelsene viste at henholdsvis 59 % og 66 % av respondentene forbandt kofferten med produsenten Hilti. OHIM la til grunn at tidspunktet for lanseringen, markedsandeler, omsetning og reklame var omtrent likt i alle EU-land og at undersøkelsen derfor var representativ for hele EU. Noe av den samme vurderingen lå til grunn i Whiskas-Purple avgjørelsen. [1415] Undersøkelser foretatt i flere land innen EU, ble fremlagt for å dokumentere kjennskap til fargen lilla som kjennetegn for kattemat. Det ble ansett å være klart at disse undersøkelsene var gjennomført riktig og at utvalget som ble spurt var representativt, vurdert ut fra kravene til riktig størrelse og upartiskhet. Valg av 200 respondenter innen konstruksjon, hagearbeid og landskap ble også ansett å være representativt for omsetningskretsen for "power tools" i Orange and gray avgjørelsen.[1416]

Også Førsteinstansretten har vurdert kravet til representativt utvalg. I Monbebé-avgjørelsen var det fremlagt en undersøkelse som skulle dokumentere at bebe hadde oppnådd høy grad av særpreg. Førsteinstansretten viste til at respondentene besto av et utvalg menn og kvinner, inndelt i de fire aldersgrupper jevnt fordelt med bosted på fleste steder i Tyskland. Disse ble ansett å være representative for den tyske gjennomsnittsforbrukeren.[1417]

Hovedinntrykket er at kravene til representativt utvalg til en viss grad drøftes i praksis, men også her ser det ut til fokuset på dette tema er størst i svensk rett.

[1412] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 274.
[1413] Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) Part C, Opposition Guidelines pkt. 1.4.4 s. 368.
[1414] R 1/2005-4 (Hilti) premiss 37.
[1415] R 1620/2006-2 (Whiskas Purple) premiss 23.
[1416] R 355/2007-4 (Orange and gray) premiss 43.
[1417] T-164/03 av 21. april 2005 (Monbebé) premiss 78 og 79.

16.3.2 Betydning av utvalgsmetode

Den metoden som ligger til grunn for hvordan respondentene blir valgt har betydning for om utvalget er representativt. Fremgangsmåten for å plukke ut et utvalg er ofte helt avgjørende for kvaliteten på hele undersøkelsen.[1418] Det er derfor viktig at det brukes en anerkjent vitenskapelig utvalgsprosedyre.

Det går et hovedskille mellom sannsynlighetsutvalg og ikke-sannsynlighetsutvalg.[1419] Det er imidlertid bare ved sannsynlighetsutvalg man kan få frem et representativt utvalg. Hele populasjonen søkes da dekket inn ut fra matematiske og statistiske sannsynlighets-modeller.[1420] Det stilles krav om at alle i populasjonen må ha en matematisk sannsynlighet for å bli valgt ut. I amerikansk litteratur er det for eksempel vist til at sannsynlighetsutvalg skal møte tre spesifikasjoner.[1421] For det første må metoden være slik at ethvert medlem av utvalgsrammen kan bli valgt. For det andre må medlemmene av utvalget tilsvare sammensetningen av målpopulasjonen, men i mindre skala. For det tredje må det være mulig å beregne utvalgsfeil gjennom statistiske tester. Disse spesifikasjonene er det naturlig å følge også i forhold til norsk markedsforskning.[1422]

Motsatsen til sannsynlighetsutvalg er de såkalte bekvemmelighetsutvalg.[1423] Det typiske for bekvemmelighetsutvalg er at mange personer i populasjonen ikke har mulighet for å bli valgt, og metoden fører til at slike defineres som et ikke-sannsynlighetsutvalg. Det var nettopp dette som ble kritisert i de svenske Absolut- og Druvan-avgjørelsene.[1424] Det ble poengtert at det var tilfeldig hvem som var på torget eller i den aktuelle byen på det aktuelle tidspunkt. Undersøkelsene ble derfor ikke ansett å være representative.

Eksempler på slike bekvemmelighetsutvalg gjenfinnes også i de såkalte mall-intercept som er mye brukt i USA.[1425] Intervjuerne gjennomfører undersøkelsene på kjøpesentre, ved å stanse personer som kommer forbi og intervjuer dem. Når slike undersøkelser har vært fremlagt som bevis har imidlertid retten vært noe tilbakeholden med å gi dem høy bevisverdi.[1426] Dette begrunnes nettopp i at utvalget ikke er basert på statistisk tilfeldighet og

---

[1418] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 217.
[1419] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 145.
[1420] McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32-164.
[1421] Sorenson *Survey research execution in trademark litigation* TMR (1983) s. 355.
[1422] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 223.
[1423] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 150.
[1424] Göta HovR T 352-00 (Absolut) og PBR 01-201 (Druvan).
[1425] Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 554
[1426] Se for eksempel R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Loew´s Theatres, Inc., 511 F Supp 867, 210 U.S.P.Q. 291 (SDNY 1980).

at det dermed ikke er like reliabelt. De angitte kriterier i Federal Rule 703 viser imidlertid til at den vanlige samfunnsvitenskapelige metode skal være retningsgivende også ved spørsmål om anerkjennelse av markedsundersøkelser i retten. Når mall intercept nettopp er den vanlige metoden for å måle kjennskap til et merke og publikums oppfatning av reklame i USA, skulle det jo innebære at slike undersøkelser skal vektlegges på vanlig måte.[1427] Men også her må det tas hensyn til at undersøkelsen lages med rettsaken for øye.[1428]

Undersøkelser kan generelt være mindre reliable hvis de utføres på et sted hvor forskjellige personer passerer til forskjellig tid.[1429] For eksempel vil det være andre mennesker på en tog-stasjon i weekenden enn en ukedag. Dette fører til at utvalget ikke blir tilfeldig. Hvilken konsekvens dette får for undersøkelsens bevisverdi vil avhenge av at utvalgsmetoden vurderes eksplisitt.

Manglende informasjon om utvalgsmetoden er poengtert i dansk administrativ praksis. I en innsigelsessak knyttet til om Sats-merket var velkjent ble det fremlagt en markeds-undersøkelse for å dokumentere at registreringen ville medføre en utilbørlig utnyttelse, samt skade, av innsigers Sats-merkers særpreg og renommé. [1430] Ankenævnet kom til at det ikke var snakk om en utilbørlig utnyttelse av innsigers merker og viste til at undersøkelsen påberopt av innsiger ikke kunne legges til grunn, blant annet fordi den ikke sa noe om hvordan respondentene ble valgt.

Det må gjelde generelt at dersom avgjørelsesmyndighetene skal ha mulighet for å kontrollere om utvalget er representativt *må* det informeres om metoden.

16.3.3 Betydning av utvalgets størrelse

Hvis utvalget er for lite kan det føre til at svarene som gis ikke blir reliable.[1431] Det kan med andre ord ikke generaliseres fra et veldig lite utvalg. Kravene til en viss utvalgstørrelse henger også samme med faren for utvalgsfeil. Som en tommelfingerregel kan en si at jo mindre utvalget er, jo større er faren for utvalgsfeil.[1432]

[1427] Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 555, se spesielt note 63.
[1428] Leighton *Using Daubert-Kumho gatekeeping to admit and exclude surveys in Lanham Act advertising and trademark cases* TMR (2002) s. 775.
[1429] Problemstillingen er drøftet i forhold til undersøkelser i konkurranserettslige spørsmål i Quantifying antitrust damages - towards non-binding guidance for courts s. 38.
[1430] AN 2008 00040 (Sats).
[1431] Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part two* IIC (2000) s. 548.
[1432] Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 193.

Spørsmålet er da om det kan stilles generelle krav til utvalgets størrelse. I juridisk teori er det blant annet hevdet at en undersøkelse som skal være representativ for et helt land nok bør ha 1000-2000 respondenter.[1433] Dette er også lagt til grunn i retningslinjene fra OHIM.[1434]

I Norge ser det også ut til at det er etablert en praksis der et utvalg på i overkant av 1000 personer anses som passe størrelse, dersom populasjonen er ansett å være befolkningen som helhet.[1435] Også i Danmark er det etablert en tilsvarende praksis, der et utvalg som skal representere befolkningen som helhet ligger på ca 1000 respondenter.[1436]

I Sverige er det imidlertid godkjent utvalgsstørrelser ned mot 500 respondenter.[1437] I Mini Maglite-saken ble imidlertid undersøkelsen, blant annet, kritisert for at det kun var 300 respondenter.[1438] I Hits for kids-avgjørelsen var den fremlagte markedsundersøkelsen basert på svarene fra 277 respondenter.[1439] Patentbesvärsrätten kommenterte at undersøkelsen som sådan måtte godtas som bevis, og drøftet deretter undersøkelsens resultater i forhold til kravene til særpreg. Den forholdsvis lave utvalgsstørrelsen ble ikke kommentert. Siden dommen er avsagt så sent som i 2010, kan det tyde på at svenske domstoler i større grad godtar noe mindre utvalg. Det kan da spørres hva som er den nedre grense for utvalgsstørrelse. Den fremlagte undersøkelsen i Pewag-avgjørelsen ble for eksempel kritisert av motparten for at utvalget kun var på 100 respondenter.[1440] Marknadsdomstolen kommenterte heller ikke her utvalgets størrelse, men viste til at prosentandelen var for lav til at det kunne dokumentere kjennskap.

Når markedsundersøkelser utføres blant profesjonelle på et område kan et utvalg på 200 eller 300 være stort nok til at man kan klargjøre det juridiske spørsmål med tilstrekkelig grad av presisjon.[1441] Sammenlignet med den totale populasjon er den profesjonelle del mer homogen og svarene forventes å ha liten spredning. Risikoen for stor spredning reduseres

---

[1433] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 274.
[1434] Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) Part C, Opposition Guidelines s. 368.
[1435] Det var for eksempel 1020 respondenter i en undersøkelse fremlagt i Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen) og 1875 respondenter i Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen). Undersøkelsen var basert på 1003 respondenter hentet fra en database med personer som var villige til å delta i undersøkelser i TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen) og 1000 personer ble intervjuet i to undersøkelser fremlagt i LB-2009-99914 (Tippinga). Det samme gjelder for undersøkelser fremlagt for Patentstyret, ved for eksempel 1021 respondenter i PS 2009-7680 (Kinder).
[1436] Det var 1431 respondenter i undersøkelse i U.1994.147/2S (Tordenskjold) og godt over 1000 personer både i U.2000.620H (Torres), U.2007.1896H (Fisherman's friend) og U.2010.1979H (Lotto). Det samme antall gjelder for undersøkelser fremlagt for Ankenævnet, se for eksempel 1340 respondenter i AN 2005 00004 (Lindeberg).
[1437] Domstolen godtok 570 respondenter i alderen 15-65 år i MD 2002:10 (Hygglo) og 500 respondenter i NJA 2003 s. 163 (Jäger).
[1438] PBR 01-383 (Mini Maglite).
[1439] PBR 07-352 og 07-353 (Hits for kids).
[1440] MD 2009:23 (Pewag).
[1441] Se for eksempel R 1/2005-4 (Hilti) og R 355/2007-4 (Orange and gray).

enda mer ved at respondentene ikke spørres om generelle forhold, men om områder der de har spesialkunnskap.

Det skal imidlertid påpekes at undersøkelsens kvalitet ikke kan baseres på utvalgsstørrelse alene. [1442] Illustrerende kan være en sak fra OHIM der det var fremlagt markedsundersøkelser som skulle dokumentere hvorvidt Focus var innarbeidet som varemerke i Tyskland.[1443] For å dokumentere oppfatningen i befolkningen som helhet var det rettet en undersøkelse mot 2 500 personer. Beslutningstakerne i OHIM kritiserte undersøkelsen og hevdet at et utvalg på 2 500 var relativt lite sett i forhold til befolkningen i Tyskland på 80 millioner. Kravet til representativt utvalg må imidlertid her ha blitt ble misforstått.[1444] Et utvalg på 2 500 kan være mer enn nok, så lenge utvalget i seg selv består av et utsnitt av befolkningen som helhet.

Et annet eksempel der utvalgstørrelse ble kommentert av OHIM er MonBebe-saken.[1445] Den fremlagte undersøkelsen skulle dokumentere hvorvidt merket bebe for hud- og kroppspleieprodukter hadde opparbeidet høy grad av særpreg i Tyskland. Undersøkelsen var rettet mot 2 017 respondenter ut fra ulike aldersgrupper og bosted. Også her kritiserte OHIM utvalgsstørrelsen på 2 017 respondenter som for lite i forhold til den tyske befolkning som helhet. Avgjørelsen ble imidlertid anket til Førsteinstansretten, som godtok undersøkelsen og kommenterte at 2 017 personer var mange nok til at det måtte anses å være representativt for et helt land.[1446] Undersøkelsen ble ansett å representere den tyske gjennomsnittsforbrukers holdning.

Forholdet mellom den definerte målpopulasjon og det representative utvalg er et sentralt tema i de undersøkelsestekniske vurderinger. Det samme må gjelde når undersøkelsens juridiske bevisverdi skal vurderes. Avgjørelsesmyndighetene må dermed kjenne de metoder som anvendes for å sikre at undersøkelsens resultater kan generaliseres til å gjelde oppfatningen i den juridisk relevante omsetningksrets.

[1442] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 273 flg.
[1443] OHIM 2149/2003 (Digital Focus) Se Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 273-274.
[1444] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 274.
[1445] R 220/2002-1 (Monbebé) ble anket til Førsteinstansretten.
[1446] T-164/03 av 21. april 2005 (Monbebé) premiss 78 og 79.

16.4 Undersøkelsesspørsmålenes utforming og rekkefølge

16.4.1 Generelle retningslinjer

Utforming og rekkefølge av spørsmålene kan ha stor innvirkning på undersøkelsens validitet og reliabilitet. De krav som stilles til måleinstrumentenes gyldighet og pålitelighet er spesielt knyttet til spørsmålene i et spørreskjema.[1447] Både vitenskapelige og juridiske krav må hensyntas.

Uavhengig av om det er juristen eller markedsforskeren som skal utforme spørsmålene, må vitenskapelige kriterier for å sikre validitet og reliabilitet følges. For å sikre høy validitet må det kontrolleres at spørsmålene måler det man har til hensikt å måle. Det er her den juridiske innflytelse kommer inn. Dernest må det tas høyde for at jo klarere og tydeligere spørsmålene er, jo større er sjansen for å få høy reliabilitet.[1448] Reliabiliteten kan også påvirkes negativt av at det stilles for mange spørsmål, som fører til at respondentene blir lei av å svare og gir unøyaktige svar.

Generelle retningslinjer for formulering av spørsmål er utformet i markedsforskningen og går ut på at det skal brukes enkle og klare ord, samt at ledende spørsmål, implisitte antakelser, generaliseringer og doble spørsmål må unngås.[1449] Metoder for spørsmålsdesign kan egentlig sies å være en disiplin basert på vitenskaper innen kognitiv psykologi, sosial psykologi, sosiolingvistikk og analytisk filosofi.[1450] Av åpenbare grunner vil det føre for langt å redegjøre for disse ulike metodene innenfor denne avhandlingens ramme, men det er viktig å være klar over at mange faktorer spiller inn når spørsmålene skal utformes. De lingvistiske utfordringer kan blant annet knyttes til at valg av ord som brukes i spørsmålene kan ha direkte innflytelse på de svar som gis.[1451] Det kan blant annet ha stor betydning om spørsmålet er negativt eller positivt ladet.

Dersom spørsmålene ikke er presist utformet vil heller ikke svarene kunne gi noen særlig informasjon. I den norske Cash & Carry-avgjørelsen ble det nettopp påpekt at flere spørsmål

---

[1447] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 120.
[1448] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s. 73.
[1449] Kotler og Keller *Marketing management* (2009) s. 136 og Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) 139 flg.
[1450] Foredrag SSB 20. mai 2010. *Utforming av spørsmål og svar i intervju- og spørreskjema undersøkelser.* www.ssb.no/omssb/kurs_seminar/sporreskjema_mai2010.ppt.
[1451] Betydningen av hvilke ord som brukes i undersøkelsen er testet av professor Presser i USA. En utvalgt gruppe personer ble delt i to grupper og den første gruppen bel stilt spørsmålet: "Do you think the United States should *allow* public speeches against democracy?" og den andre gruppen fikk spørsmålet: "Do you think the United States should *forbid* public speeches against democracy?" I den første gruppen svarte 56 % nei til at dette skulle tillates, men bare 39 % i den andre gruppen svarte ja på spørsmålet om slike taler skulle forbys. Selv om begrepene *not allow* og *forbid* betyr omtrent det samme, ble det en signifikant forskjell på 17 %. Undersøkelsen er gjengitt i McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32:172.

var mindre presist formet og at noen av dem måtte sies å være suggestive.[1452] Undersøkelsens manglende bevisverdi fremkom, ifølge retten, ved at det var vanskelig å trekke bestemte slutninger ut fra de svar som var gitt.

Betydningen av at bare den ene parten i en tvist har kunnet være med på å utforme spørsmålene, kan også diskuteres ut fra et prosessuelt ståsted, jfr. kapittel III ovenfor. For å sikre det kontradiktoriske prinsipp må den annen part få anledning til å imøtegå beviset. I den norske Tabac-dommen ble det nettopp kritisert at motparten ikke hadde været med på å utforme spørsmålene, og at undersøkelsen derfor hadde mindre verdi.[1453] Også i den danske Lotto-avgjørelsen var retten inne på denne problemstillingen.[1454] Det ble da presisert at begge parter hadde vært med på å utforme spørsmålene.

16.4.2 Spørsmålenes forankring i det juridiske vurderingstema

Dersom spørsmålene ikke er forankret i det juridiske vurderingstema blir ikke resultatene valide. Det må da tas hensyn til at de juridiske spørsmålene skal oversettes til gangbare undersøkelsesspørsmål. Spørsmålene må utformes slik at de kan gi svar på det angitte vurderingstema, selv om andre begreper benyttes.

Hvis det juridiske vurderingstema er knyttet til spørsmålet om hvorvidt et merke oppfyller kravet til s*ærpreg* i varemerkeretten, må spørsmålene stilles slik at det faktisk fremkommer om respondentene oppfatter merket som kjennetegn knyttet til en spesiell virksomhet.

Som nevnt vil ikke begrepet særpreg være særlig informativt overfor respondentene. Det må derfor brukes andre ord som likevel tester om omsetningskretsen oppfatter at merket har særpreg. Det må videre tas høyde for at det er *helhetsinntrykket* som er avgjørende ved vurdering av særpreg. Det vil blant annet ikke være riktig å gi respondentene god tid til å studere merket, produktet eller reklamen i detalj, dersom det er snakk om dagligvarer som normalt kjøpes inn uten at selve handlingen vies mye oppmerksomhet.

I norsk praksis utformes spørsmål som skal dokumentere særpreg på ulike måter. I en av undersøkelsene i den norske Livbøyedommen, ble for eksempel respondentene først bedt om å nevne navnet på de største forsikringsselskapene de kjente.[1455] Deretter ble de som spontant klarte å nevne navnet på 4-5 selskaper spurt om de kunne identifisere logoen til disse selskapene. Av de 1359 som nevnte Vesta klarte 43 % å identifisere riktig logo, det vil si

[1452] Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen).
[1453] Eidsivating Lagmannsrett 25. oktober 1976 (TABAC). Det samme ble kommentert i TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1454] U.2010.1979H (Lotto) Det skal dog tillegges at dette ikke hadde noen betydning i forhold til at spørsmålene ikke ble ansett å være egnet til å svare på det juridiske spørsmålet i saken.
[1455] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen)

livbøyen. I en annen undersøkelse som skulle vurdere forholdet mellom livbøyen som varemerke og Vesta, ble det vist et bilde av livbøyen med tau, men uten navn. På et helt åpent spørsmål om bildet av livbøyen svarte 21 % at de forbandt det med Vesta. På spørsmål om de forbandt bildet med noen organisasjon, selskap eller virksomhet i Norge svarte 37 % Vesta. Undersøkelsene ble lagt til grunn som dokumentasjon for at livbøyen var innarbeidet som varemerke.

I den norske Tippinga-saken ble undersøkelsen avvist, blant annet begrunnet i at den ikke målte særpreg, men kun kjennskap til ordet tippinga.[1456] Det ble også fremlagt flere markedsundersøkelser i en sak for Patentstyret der spørsmålet var om Telefonkatalogen var registrerbart som varemerke.[1457] En brukerundersøkelse skulle dokumentere kjennskap til Telefonkatalogen som et varemerke, men det fremgikk ikke om undersøkelsen faktisk testet om Telefonkatalogen var kjent som særlig kjennetegn for noens varer. Noe av de samme kommentarene fremkom i avgjørelsen knyttet til spørsmålet om kjennskap til merket M for sjokolade.[1458] Patentstyrets annen avdeling kommenterte at den fremlagte markeds-undersøkelse ikke i seg selv kunne tillegges avgjørende vekt. Det ble, på generelt grunnlag, påpekt at det var vanskelig å stille spørsmålene slik at man fikk frem intervjuobjektenes syn på spørsmålet om varemerket oppfattes som et særmerke for én næringsdrivende.

Spørsmålene i undersøkelsen ble kommentert også i Jägermeister-saken. Patentstyrets annen avdeling viste da til at det ikke var behov for å rette innvendinger mot spørsmålene i spørreskjemaet.[1459] Spørsmålene var bygget opp ved at det første spørsmålet lød; ”Har du sett denne flasken før?”, mens det andre spørsmålet var ”Hvilket varemerke forbinder du med denne flasken?”. Spørsmål tre var knyttet til om respondentene forbandt flaskeformen med én kommersiell aktør. Når svarene på disse tre spørsmålene resulterte i at 83 % forbandt flaskeformen med Jägermeister anså Patentstyrets annen avdeling at undersøkelsen dokumenterte innarbeidelse.

Det ser altså ut til at det i norsk praksis er en viss bevissthet knyttet til betydningen av at spørsmål som dokumenterer særpreg må forankres i det juridiske vurderingstema.

Kravet om at spørsmålene må forankres i det juridiske vurderingstema drøftes også i dansk praksis. Et eksempel er den fremlagte undersøkelsen i Tordenskjold-dommen.[1460] Etter anmodning fra saksøker ble det lagt inn spørsmål om kjennskap til Tordenskjold Tændstikker

[1456] LB-2009-99914 (Tippinga).
[1457] PS 2006-7566 (Telefonkatalogen).
[1458] PS 2006-7456 (M).
[1459] PS 2011-7962 (Jägermeister).
[1460] U.1994.147/2S (Tordenskjold).

i en omnibusundersøkelse. På spørsmål om ”Hvilke varer får navnet Tordenskjold Dem umiddelbart til at tænke på?” svarte 95 % ”tændsticker”. På spørsmål om ”Kan De huske, at De har set dette billede før?” (Bilde av Tordenskjold på tændstikæske) svarte 99 % ”ja” og på tilleggsspørsmålet ”I hvilken forbindelse?” svarte alle ”På tændstikæsker”. Sø- og Handelsretten kommenterte ikke undersøkelsen i premissene, men viste til at ”sagsøgeren i en meget lang årrække ved markedsføring og salg af tændstikker anvendte og registrerede varemærke Tordenskjold med gengivelse af et portræt af søhelten Peter Tordenskjold må anses for i særlig grad indarbejdet og velkendt her i landet.” Det kan også synes som om spørsmålene faktisk målte særpreg, selv om det er omdiskutert hvorvidt det aktuelle merket skal oppgis allerede i det første spørsmålet.[1461]

I den danske Lotto-avgjørelsen kommenterte retten at svar på spørsmålet ”Hvem producerer og reklamerer for lotto?” ikke kunne tas som uttrykk for hvorvidt respondentene oppfattet ordet Lotto som kjennetegn for spill fra Dansk Tipstjeneste.[1462] Heller ikke spørsmålene ”Hvad betyder ordet lotto?” eller ”Hvad forbinder De med ordet lotto?” kunne gi svar på om respondentene oppfattet Lotto som et varemerke. I Danske Spil avgjørelsen ble det forsøkt dokumentert en kjennskapsgrad til Danske Spil på 90 %, men i følge retten var ingen av spørsmålene egnet til å belyse hvorvidt dette var innarbeidet som et varemerke.[1463]

Den svenske Varumärkesnämnden utviklet i sin tid en modell som, etter sigende, fungerte godt som en test på om et merke ble oppfattet som særpreget.[1464] For å kunne dokumentere at et merke var innarbeidet ble det først spurt; ”Vad kommer du att tänka på när du ser den här bilden/produkten/förpakningen?” Dette spørsmålet ble ansett å være egnet til å klargjøre i hvilken grad respondentene kjenner merket. For å kunne si noe om hvorvidt respondentene kjenner merket som et varemerket kan det videre spørres; ”Om du ber någon köpa [ordvarumärke] åt dig, väntar du dig då att alltid få et produkt från en viss tillverkare eller kan den komme från flera olika tillverkare?” Det var først ved dette andre spørsmålet at det ble klargjort om merket ble oppfattet som kjennetegn spesielt for en virksomhet. Alternativt ble det andre spørsmålet stilt slik; ”Jag gör nu två påståenden, vilket av dem istämmer du i?” Enten (1.) ”Det er et produkt som kommer från en viss tillverkare”, eller (2.) ”Det er et produkt som kan komma från vilken tillverkare som helst” eller (3.) ”Vet ej.” Poenget var at

[1461] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006)s. 272.
[1462] U.2010.1979H (Lotto).
[1463] U.2010.1S (Danske Spil).
[1464] Spørsmålsformuleringene slik de fremkommer her er hentet fra en presentasjon av advokat Karin Cederlund på SFIR seminar om markedsundersøkelser i Stockholm den 24. mars 2011.

det var først ved det andre spørsmålet at det kunne kontrolleres om respondentene virkelig oppfattet merket som et varemerke.

Spørsmålsformuleringen drøftes forholdsvis inngående av Patentbesvärsrätten i den svenske Kexchoklad-avgjørelsen.[1465] De to første spørsmålene ga, etter rettens mening, ikke svar på om respondentene oppfattet Kexchoklad som et varemerke. Det første spørsmålet lød: "Har Du hört talas om Kexchoklad?" og "Har Du köpt Kexchoklad under det senaste året?" Begge spørsmålene forutsatte at respondentene kjente til merket Kexchoklad. Spørsmålene ble imidlertid ikke ansett å være ledende idet de ikke inviterte til ett svar. De neste tre spørsmålene var, ifølge retten, innrettet på distinksjonene mellom et kjennetegn og en deskriptiv betegnelse. På spørsmålet "Om Du ber någon att köpa Kexchoklad åt Dig, väntar Du dig att alltid få en produkt från en viss tillverkare eller kan den komma från flera olika tillverkare?" For de personer som svarte "en och samma tillverkare" ble det vist bilder av ulike produkter. Til disse ble det stilt følgende spørsmål: "När Du sade att Du väntar Dig att alltid få en produkt från en och samma tillverkare om Du köper Kexchoclad, var det någon av dessa som Du tänkte på då?" De som tenkte på Cloetta fikk følgende spørsmål: "Är det bara denna som Du kallar Kexchoclad eller är det någon annan av de här som Du kallar Kexchoclad?" Retten la avgjørende vekt på at svarene på spørsmål tre var egnet til å belyse hvorvidt Kexchoklad ble oppfattet som kjennetegn eller ikke.

I Morakniv-avgjørelsen kommenterte Patentbesvärsrätten at spørsmålet: "Kan du nämna någon kniv som används på fritiden eller som verktyg?" ikke var egnet til å gi svar på om Morakniv var et beskrivende ord eller et kjennetegn.[1466] Som kontrollspørsmål fikk imidlertid samtlige velge mellom to alternativer: "ordet Morakniv kan användas av en tillverkare" eller "ordet Morakniv kan användas fritt av vilken tillverkare som helst". Når 61 % svarte at Morakniv bare kunne brukes av én produsent ga det støtte til at det var innarbeidet som varemerke. Patentbesvärsrätten kom til at ordet Morakniv, anvendt i lang tid og i stort omfang, ble oppfattet som et varemerke for kniver i omsetningskretsen og dermed hadde opparbeidet seg særpreg ved bruk. Denne måten å stille spørsmål på ser ut til å ha blitt godtatt av Patentbesvärsrätten også i andre saker.[1467]

Det ser imidlertid ut til at det også er eksempler på at undersøkelser som ikke stiller kontrollspørsmålet knyttet til forbindelsen til én tilvirker har blitt godtatt av retten. Ett

[1465] PBR 05-080 (Kexchoclad).
[1466] PBR 07-288 (Morakniv).
[1467] Se for eksempel PBR 99-277 (Jordnötsringar), PBR 02-011 (Toffifee), PBR 02-012 (Werther´s), PBR 03-099 (M) og PBR 05-331 (Sova).

eksempel kan hentes fra Høgsta domstolens uttalelse i den svenske Jäger-saken.[1468] Det første spørsmålet lød; ”Vad tänker du på när du hör ordet Jäger?”. Det andre spørsmålet ” Har du hört Jäger användas som namn på någon vare eller produkt?” ble fulgt opp med ”Vilken vara då?”. Det ble imidlertid ikke stilt noen kontrollspørsmål knyttet til om respondentene oppfattet at Jäger kom fra kun en produsent. Undersøkelsen ble likevel ansett å vise at Jäger var innarbeidet som kjennetegn for alkoholholdig drikk. Hovrätten godtok også den fremlagte undersøkelsen i El Molino-avgjørelsen, selv om det heller ikke der ble det stilt det avgjørende kontrollspørsmålet.[1469]

Det kan imidlertid være vanskeligere å dokumentere hvorvidt fargesammensetninger har opparbeidet særpreg. I en avgjørelse av Regeringsrätten ble for eksempel en undersøkelse ansett å ha begrenset bevisverdi fordi spørsmålene ikke testet hvorvidt en bestemt farge-kombinasjon var innarbeidet som varemerke.[1470] Undersøkelsen ble ansett å vise kjennskapet til fargekoden som sådan, og ikke kjennskapet til de aktuelle fargene som kjennetegn for produktet.

Også Førsteinstansretten har vært inne på dette i forhold til en visuell tilnærming. Retten kommenterte betydningen av en fremlagt markedsundersøkelse som skulle dokumentere hvorvidt fargene grønn og gul ble oppfattet som kjennetegn for en bestemt type landbruks-maskiner.[1471] Førsteinstansretten påpekte at deltakerne ikke var blitt forevist et annet bilde i en annen farge med henblikk på å sikre, at de ikke gjenkjente bilde i kraft av andre kriterier enn fargen. Etter rettens mening kunne det ikke fastslås, ”hvorvidt deltagerne ved slutningen af sagsøgerens undersøgelse genkendte sagsøgerens varer alene på grund af deres farver og ikke på grund af deres form eller andre bestanddele”.[1472] Slike undersøkelser ble ikke ansett å dokumentere at merket hadde særpreg.

Den tyske tre trinns modellen, nevnt i pkt. 15.4 ovenfor, er utviklet for å gjøre det mulig å måle om et deskriptivt merke har opparbeidet sekundærbetydning som et varemerke.[1473] Det første spørsmålet skal avklare om det er kjennskap til et merke, deretter om det oppfattes som særpreg og til slutt om det gir assosiasjon til et bestemt firma. Trinn 2 utgjør kjernen i en markedsundersøkelse som skal dokumentere sekundærbetydning. Denne modellen ser også ut

[1468] NJA 2003 s. 163 (Jäger).
[1469] Svea HovR T 1792-96 (El Molino).
[1470] I RÅ 2000 ref. 62 (Colgate) Den samme kritikken ble fremsatt i MD 2005: 13 (Whiskas).
[1471] T-137/08 av 28. oktober 2009 (BCS Spa).
[1472] T-137/08 av 28. oktober 2009 (BCS Spa) premiss 76.
[1473] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 202. Se også Niedermann *Emprische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung* GRUR 2006, 367.

til å være godtatt av OHIM som dokumentasjon for innarbeidet særpreg for EU-varemerker, jfr. Hilti-avgjørelsen.[1474]

I USA er det foreslått bruk av spørsmål som; "Assosierer du dette merket, med denne produktidentifikasjonen, med ett eller flere enn ett selskap?".[1475] Det er da hevdet at hvis mange nok svarer at de assosierer merket eller produkt med ett selskap, har det fått sekundærbetydning. I motsatt fall vil det mangle særpreg. Sammenlignet med den svenske og tyske modellen vil både kjennskapsgrad og kontrollspørsmål om oppfatningen som varemerke komme i samme spørsmål. Det innebærer altså at dette spørsmålet ikke åpner for en mulighet for å skille ut respondenter som kjenner merket, men som ikke assosierer det med ett selskap.

Problemstillinger knyttet til i hvilken grad faktisk forveksling kan gi grunnlag for å si noe om *faren for forveksling* er drøftet i kapittel II pkt. 5.3.4 ovenfor. Utfordringen i forhold til spørsmålsutformingen er at det ikke kan stilles direkte spørsmål om forvekslingsfare.

I den norske Adidasdommen ble for eksempel en markedsundersøkelse knyttet til forvekslingsfare ansett å ha begrenset verdi for spørsmålet i saken.[1476] Fra Adidas´side ble det hevdet at merkekjennskapsundersøkelser fra henholdsvis 1977 og 1985 viste at over halvparten - ca 60 % - av markedet tok feil av joggesko med henholdsvis tre og fire striper. Etter rettens oppfatning ga de påberopte undersøkelser først og fremst opplysninger om hvilken merkekunnskap folk i sin alminnelighet har om Adidas' joggesko. Undersøkelsene var, etter rettens mening, av begrenset verdi for det saken gjaldt. Det retten måtte vurdere, var om personer som sto i en kjøpssituasjon ville kunne ta feil av skoene. Bevistema i saken var forvekslingsfare og ikke merkekunnskap i sin alminnelighet.

En spesiell problemstilling som berøres i avgjørelser av den svenske Marknadsdomstolen er betydningen av at det i forvekslingsstudier ofte benyttes maskering for å teste forvekslingsfare mellom produkter eller tredimensjonale merker.[1477] I undersøkelsen i den svenske Liljeholmen-avgjørelsen ble respondentene vist maskerte forpakninger med antikklys.[1478] Da den påståtte etterlignerens maskerte emballasje ble vist trodde 64 % at det var originalproduktet, og retten kom til at det forelå forvekslingsfare. Et sentralt poeng ble imidlertid nevnt av et ekspertvitne; en slik maskering av merkenavnet vil selvsagt ikke være der i virkeligheten, og dette kan få betydning for om undersøkelsen gir uttrykk for den virkelige oppfatning.

[1474] R-1/2005-4 (Hilti).
[1475] Palladino *Surveying secondary meaning* TMR (1994) s. 165.
[1476] RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen).
[1477] Se for eksempel MD 1983:3 (Ajax I), MD 1995:9 (Knorr) og MD 2009:12 (Xanté).
[1478] MD 1990:3 (Liljeholmen).

Også i forhold til vurdering av villedende handelspraksis må spørsmålsutformingen forankres i det juridiske vurderingstema. I den norske Top form-saken kommenterte for eksempel Markedsrådet at undersøkelsen ikke viste hvorvidt de spurte virkelig trodde at "Top-form" hadde helsemessige eller kondisjonsskapende egenskaper, på grunnlag av navnet.[1479] Om det var spørsmålene eller resultatene som ble kritisert av Markedsrådet er imidlertid uklart. I forhold til innarbeidelsesstudier og forvekslingsstudier som fremlegges i tilknytning til tvister om etterligningsbeskyttelse vil mange av de samme hensyn som i varemerkerettslige tvister gjøre seg gjeldende.

Samlet sett kan det se ut til at et kriterium om at spørsmålene må forankres i vurderingstema stort sett er vurdert i skandinavisk praksis, om enn i varierende detaljeringsgrad.

16.4.3 Spørsmålsutformingen

16.4.3.1 Ledende spørsmål gir lav validitet

Spørsmål som kan gi respondentene en indikasjon på hvilket svar han eller hun bør velge anses å være ledende spørsmål.[1480] Dersom undersøkelsesspørsmålene er ledende kan ikke de svar som gis sies å være uttrykk for omsetningskretsens spontane oppfatning. Undersøkelsen får dermed lav validitet. Betydningen av nøytralitet i forhold til hvordan spørsmålene stilles må sies å være spesielt viktig dersom undersøkelsen skal kunne anvendes i retten eller overfor forvaltningsmyndigheter.[1481] I tyske domstoler vies det, som nevnt, mye tid til vurdering av spørsmålsformulering.[1482]

Vurderinger av hvorvidt et spørsmål var ledende eller ikke, er drøftet i noen få norske avgjørelser. I Cash & Carry-dommen kommenterte retten blant annet at noen av spørsmålene kunne anses å være suggestive.[1483] Ved spørsmål om særpreg for ordet Tippinga sluttet retten seg til Patentstyrets kommentar om at spørsmålet: "Oppfatter du Tippinga som et kjennetegn for spill fra Norsk Tipping?" var ledende.[1484] Den samme kommentaren gjaldt spørsmålet: "Dersom jeg sier Tippinga – hvilken bedrift eller selskap tenker du på?" Undersøkelsen ble dermed ansett å ha begrenset verdi for spørsmålet i saken. Det kommenteres også i Imperia-

[1479] MR 1977-8 (Top form).
[1480] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 140.
[1481] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s.199.
[1482] Se for eksempel IIC 1981, 872 - Lübecker Marzipan. , GRUR 1989, 440 - Dresdner Stollen.
[1483] Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen).
[1484] LB-2009-99914 (Tippinga).

dommen, på generelt grunnlag, at svars utforming kan avhenge både av spørsmålssituasjonen og spørsmålets utforming.[1485]

Betydningen av undersøkelsens spørsmålsutforming for bevisverdien er kommentert i flere avgjørelser i Sverige, både i varemerke- og markedsføringssaker.

En undersøkelse som skulle dokumentere hvorvidt det var opparbeidet særpreg for navnet Sprättägg innledet for eksempel med spørsmålet; "Vilka varumärken, dvs namn, på hönsägg som man köper i butik känner du till?".[1486] Patentbesvärsrätten kommenterte at allerede dette innledende spørsmålet ledet oppmerksomheten mot at det var snakk om kjennskap til et varemerke og at undersøkelsen derfor hadde liten verdi. En markedsundersøkelse som skulle dokumentere særpreg for Godbiten for konditorvarer kunne heller ikke vektlegges fordi den allerede fra begynnelsen av ledet respondentene inn på at undersøkelsen handlet om varemerker.[1487] Resultatet kunne derfor ikke brukes i forhold til om forbrukeren oppfattet Godbiten som angivelse av varens kommersielle opprinnelse. Ved spørsmål om det var opparbeidet særpreg for fargen rosa som kjennetegn på sportsbilag ble undersøkelsen avvist "särskilt med hänsyn till att redan den första frågan i undersökningen är ägnad att leda tanken till att det finns en tidning vars sportbilaga har en särskild färg".[1488] Patentbesvärsrätten har også i flere andre saker kritisert spørsmål for å være ledende.[1489]

Respondentene kan også anses å bli ledet inn på svaret ved fremvisninger av bilde av det aktuelle merket. Førsteinstansretten kommenterte dette i forhold til flere fremlagte undersøkelser som skulle dokumentere særpreg for Bic-lighterens form. Respondentene ble da vist den aktuelle lighteren og ble spurt om hvilket varemerke de forbandt med bilde av lighteren.[1490] Undersøkelsen ble ikke ansett å kunne dokumentere særpreg. Det ville imidlertid, etter rettens mening, stilt seg annerledes dersom respondentene ble vist forskjellige lightere med ulike former. I så fall kunne man sett hvilke personer som spontant, og uten noen påvirkning, ville forbinde bildet av lighteren med selskapet Bic.[1491]

Når forvekslingsfare er vurderingstema, kan det være ledende dersom spørsmålet impliserer at det er forbindelse mellom to merker.[1492] Man kan med andre ord ikke spørre

[1485] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1486] PBR 03-041 (Sprättägg). Den samme kritikken ble rettet mot spørsmålene i undersøkelsene som ble fremlagt i PBR 01-406 (Bankomat) og PBR 02-426 (Whiskas lilla).
[1487] PBR 05-157 (Godbiten).
[1488] PBR 06-366 (Aftonbladets sportbilag).
[1489] Se for eksempel PBR 96-346 (Företagspaket) og PBR 01-406 (Bankomat).
[1490] T-262/04 av 15. desember 2005 (Bic lighter) premiss 84.
[1491] T-262/04 av 15. desember 2005 (Bic lighter) premiss 84.
[1492] McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32:172.

direkte ”Forveksler du dette merket med et annet?”[1493] Det kan også være ledende å spørre; ”Tror du det er en forbindelse mellom x og y?”. Mer usikkert er det dersom to aktuelle merker vises, og spørsmålet er ”Du ser her to logoer for to selskaper. Hvilket forhold mener du eksisterer mellom disse selskapene?”.[1494] Slike spørsmål kan sies å henspeile på at det er en forbindelse mellom merkene. I den norske Livbøyedommen ble et slikt spørsmål etterfulgt av svaralternativene; ”selskap i samme konsern”, ”konkurrerende selskaper”, ”annet” eller ”vet ikke”.[1495] I og med at det åpnes for å svare ”annet” eller ”vet ikke” unngås det i alle fall at respondentene gjetter. Temaet ble imidlertid ikke problematisert av retten.

Det kan også diskuteres i hvilken grad det å skape en forvekslingssituasjon kan gjøre undersøkelsen ledende. I den svenske Knorr-avgjørelsen ble undersøkelsen gjennomført ved at respondentene ble bedt om å hente den pakken som ble vist av intervjueren.[1496] Deretter fikk de spørsmålet; ”Förelåg problem för förväksling?”. Retten kommenterte ikke hvorvidt det kunne være et problem at det her var konstruert en kjøpssituasjon. Det kan imidlertid hevdes at undersøkelsen var ledende, idet spørsmålet la opp til at det var snakk om forvekslingsfare.[1497] Ved spørsmål om forvekslingsfare i Absolut-avgjørelsen ble respondentene vist de aktuelle flasker og spurt om de trodde de hadde samme kommersielle opprinnelse eller om de var forvekslingsbare.[1498] Det ser ut til at Marknadsdomstolen godtok denne formen for undersøkelse.

En noe mer nyansert spørsmålsstilling ble brukt i den svenske Ajax I-avgjørelsen.[1499] Respondentene ble der vist en maskert utgave av den påstått lovstridige Zak-flasken, samtidig med at det ble stilt spørsmålet; ”Känner du igjen den här produkten?”. De som svarte ja fikk spørsmålet; ”Vilket märke er det?” og de som svarte nei skulle svare på om de trodde det var Ajax, Allt, Andy, Nopa, Perfect, Spar, Tend, Allrent, Coop eller Zak. Det siste spørsmålet forutsatte imidlertid at det var snakk om rengjøringsmiddel og kunne, etter rettens mening, oppfattes som ledende.

For å kunne kontrollere at undersøkelsesresultatene ikke er basert på ledende spørsmål kreves det at avgjørelsesmyndighetene retter oppmerksomhet både mot de enkelte spørsmål i undersøkelsen og hvordan disse fremstår samlet. En gjennomgang av domspremissene i

---

[1493] Sorenson *Survey research execution in trademark litigation* TMR (1983) s. 357.
[1494] Denne spørsmålsstillingen ble for eksempel brukt i en av de fremlagte undersøkelsene i Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[1495] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[1496] MD 1995:9 (Knorr).
[1497] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 479.
[1498] MD 2003:16 (Absolut).
[1499] MD 1983:3 (Ajax I).

norske avgjørelser tyder på at slike vurderinger kun foretas i svært liten grad. En viss veiledning med hensyn til relevante kriterier kan hentes i svensk rett.

16.4.3.2 Vurdering av åpne eller lukkede spørsmål

For å unngå å stille ledende spørsmål ved kartlegging av særpreg, kan en mer nøytral fremgangsmåte være å be respondentene først oppgi alle de merkene de kjenner til innenfor de aktuelle produkttyper.[1500] Dette vil i så fall være et åpent spørsmål. I forhold til vurdering av markedsføringskampanjer vil for eksempel spørsmålet; "Hva var budskapet i denne reklamen?" være et åpent spørsmål. Vurderinger av valget mellom åpne og lukkede spørsmål er sentrale både i markedsforskningen generelt, og i forbindelse med vurdering av markedsundersøkelser som bevis i retten spesielt.

Det er på den ene side fremholdt som en fordel med åpne spørsmål at respondentene får anledning til å uttrykke seg med egne ord.[1501] Respondentene kan, som nevnt, gjennom et åpent spørsmål bli bedt om å nevne de varemerker de kjenner til innenfor en spesiell produktkategori. Det åpne spørsmålet i den norske Livbøyedommen ble imidlertid etterfulgt av svaralternativer.[1502] I den danske Lotto-avgjørelsen ble det kun anvendt åpne spørsmål, uten svaralternativer.[1503] Også i den svenske Pre Glandin-avgjørelsen ble det anvendt et åpent spørsmål om å nevne et naturmiddel mot PMS-plager.[1504]

Utfordringen med åpne spørsmål kan imidlertid være at respondentene kun oppgir de største og mest kjente merkenavnene.[1505] Det kan også være et problem at respondentene, i mangel av utfyllende informasjon, gjetter seg til aktuelle varemerker.[1506] Også de som gjetter vil sannsynligvis velge de mest kjente navnene.[1507] Det kan dermed knyttes en del usikkerhet til åpne spørsmål.[1508] Bruk av åpne spørsmål gir også en praktisk utfordring knyttet til dataanalyse, idet mange underkategorier kan gjøre det vanskelig å kode svarene i ettertid.[1509]

For å unngå de utfordringer åpne spørsmål kan gi kan undersøkelsen utformes med lukkede spørsmål, med faste svaralternativer. Det må imidlertid da tas høyde for at slike

---

[1500] Se eksempler fra norsk praksis Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen) og fra svensk praksis MD 1987:10 (Pre-Glandin), MD 2002:28 (Santa Maria) og MD 2005:19 (Olka).
[1501] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 137.
[1502] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[1503] U.2010.1979H (Lotto).
[1504] MD 1987:10 (Pre-Glandin).
[1505] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 485.
[1506] Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 558.
[1507] McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32:172.
[1508] Rappeport *Litigation surveys - social "science" as evidence* TMR (2002) s. 982.
[1509] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 137.

spørsmål kan gjøre undersøkelsen mindre reliabel.[1510] Respondentene kan både føle seg tvunget til å svare og til å velge "riktig" svaralternativ. Dersom det brukes lukkede spørsmål bør det som et minstekrav tas med "Vet ikke" som ett av alternativene. Hvis ikke kan det være fare for at respondentene er nødt til å gjette et av de angitte alternativer. Det er også argumentert for at lukkede spørsmål egner seg godt til å måle kjennskapsgrad, idet slike tester skal dokumentere *gjenkjennelse*.[1511] I så fall må merket presenteres først.

En mulighet kan være å starte med åpne spørsmål, for så å fortsette med lukkede spørsmål. Ved å kombinere disse, blir det for eksempel mulig å skille mellom uhjulpet kjennskap og hjulpet kjennskap til et merke. Utfordringen ligger i at de lukkede spørsmålene da vil fungere som hjelpespørsmål, og dette kan igjen føre til at resultatene blir mindre valide.[1512]

Et eksempel fra norsk praksis, i tillegg til Livbøyedommen, der denne kombinasjonen ble anvendt, er FirstPrice-avgjørelsen. [1513] Respondentene ble først bedt om å nevne varer som var kjedens egne merkevarer, og FirstPrice ble nevnt av 25 % av respondentene. Ved hjulpet kunnskap, det vil si ved at FirstPrice var nevnt sammen med en rekke andre tilsvarende kjennetegn, svarte 74 % at de kjente til FirstPrice. Ved en tilsvarende undersøkelse i april 2006 var dette økt til 30 % uhjulpet kunnskap og 92 % hjulpet kunnskap om FirstPrice. Retten la på bakgrunn av framlagte markedsundersøkelser og bevisførselen forøvrig til grunn at mange forbrukere kjente FirstPrice som kjennetegn.

Retten må også ha lagt betydelig vekt på de svar som fremkom etter et hjulpet spørsmål i Philips-avgjørelsen.[1514] Resultatene fra markedsundersøkelsen viste at de fleste respondentene assosierte det trehodete merket med en barbermaskin, men bare 13 % av gjenkjente en barbermaskin fra Philips. Blant brukerne av barbermaskin gjenkjente 23 % Philips. På spørsmål om hvilke produsenter/merker som har barbermaskiner med hoder som vist på et bilde svarte 68 % Philips, og 79 % blant brukerne av barbermaskin svarte det samme. Med opplysning om at barberhodet stammet fra Philips svarte 45 % av brukerne at hodet var spesielt for Philips. Etter rettens oppfatning viste markedsundersøkelsen at merkebevisstheten i forhold til det aktuelle varemerket var tydelig, særlig blant brukere av barbermaskin.

[1510] Jacoby, Handlin og Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.* TMR (1994) s. 559.
[1511] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 272.
[1512] Se for eksempel rettens kommentarer i PBR 02-426 (Whiskas lilla).
[1513] TOSLO 2006-103922 (First Price).
[1514] TOSLO-2004-101336 (Philips).

En kombinasjon av åpne og lukkede spørsmål ble også anvendt i den danske Fisherman's Friend-avgjørelsen.[1515] Dette gjorde det mulig å definere uhjulpet kjennskap i snitt for alle aldersgrupper var på 29,2 % og hjulpet kjennskap på 69,8 %. Også i Seaways-avgjørelsen ble ulike grader av hjulpet kjennskap presisert.[1516] Den ene undersøkelsen viste at 14 % av respondentene hadde et uhjulpet kjennskap til sammenhengen mellom Seaways og DFDS, mens 23 % hadde et delvis uhjulpet kjennskap og 54 % av respondentene hadde et hjulpet kjennskap til forbindelsen mellom Seaways og DFDS.

Det sentrale her er at avgjørelsesmyndighetene må ta høyde for betydningen av åpne og lukkede spørsmål når markedsundersøkelsers bevisverdi skal vurderes.

16.4.4 Betydning av rekkefølge og setting

Også den rekkefølgen spørsmålene stilles i kan ha betydning for undersøkelsens kvalitet. Generelt er det i markedsforskningen lagt vekt på at rekkefølgen kan være med på å bygge opp respondentenes motivasjon for å svare.[1517] Det innebærer blant annet at sentrale spørsmål bør stilles tidlig i undersøkelsen, mens spørsmål om demografiske og sosio-økonomiske forhold bør komme til slutt.

Mer alvorlig, i forhold til bruk av undersøkelsen som bevis, er at rekkefølgen også kan påvirke de svar som gis. Det er i markedsforskningen foretatt undersøkelser som har vist at forutgående spørsmål kan rette respondentenes oppmerksomhet mot en bestemt type informasjon, og dermed øke denne informasjonens tilgjengelighet ved svarene på etterfølgende spørsmål.[1518] Dersom svarene ikke kommer spontant, men er styrt ut fra foregående spørsmål, kan det skade undersøkelsens reliabilitet. Det er blant annet påpekt av Førsteinstansretten at når respondentene, allerede tidlig i undersøkelsen, ble vist både merket og produktet kunne de ikke etterpå svare spontant i forhold til kjennskapsgrad for merket.[1519]

Det at respondentenes svar kan avhenge av spørsmålssituasjonen er kommentert i den norske Imperia-saken.[1520] Retten gikk imidlertid ikke inn på hvilken betydning det kunne ha i den konkrete saken. I Patentstyrets avgjørelse i den norske M-saken ble det også, på generelt grunnlag, vist til at konteksten spørsmålene stilles i, og de svaralternativer som gis, kunne ha stor betydning for de resultatene som oppnås.[1521]

[1515] U.2007.1896H (Fisherman's friend).
[1516] AN 2000 00061 (Balticum Seaways).
[1517] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 212.
[1518] Henjesand *Spørsmål og svar i spørreskjemaundersøkelser* (1996) s. 47-48.
[1519] T-277/04 av 12. juli 2006 (Vitakraft) premiss 39.
[1520] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1521] PS 2006-7456 (M).

I og med at rekkefølgen av spørsmålene kan ha betydning er det et poeng å unngå data-innsamlingsmetoder der respondentene kan lese alle spørsmål og eventuelle svaralternativer på forhånd. Ved postale undersøkelser er det for eksempel vanskelig å kontrollere om respondentene kun svarer på ett og ett spørsmål, eller om de leser alle spørsmålene først. Ved webbaserte løsninger vil det imidlertid være mulig å legge inn begrensninger som gjør at respondentene kun kan svare på ett og ett spørsmål.

16.5 Krav til dokumentasjon og rapportering

Det vil også kunne ha betydning for vurderinger av undersøkelsens reliabilitet hvorvidt det fremkommer hvordan den er utført. Fremleggelse av dokumentasjon for hvordan undersøkelsen er utført kan sies å være en nødvendig forutsetning for at dommeren, eller annen avgjørelsesmyndighet, skal kunne vurdere markedsundersøkelsens bevisverdi.

For markedsundersøkelser generelt stilles det krav til at den avsluttende rapporten skal gjengi all vesentlig informasjon, samtidig med at den er lett å lese.[1522] Krav til fremleggelse av dokumentasjon fremkommer også eksplisitt i Opposition Guidelines hos OHIM.[1523] Slike krav må også gjelde, om mulig i enda større grad, for undersøkelser som fremlegges som bevis i retten. Det må dermed avklares hvor mye av dokumentasjonen som skal legges frem for domstolen eller forvaltningsmyndigheten.

Betydningen av undersøkelsesdesign og innsamlingsmetode fører blant annet til et behov for dokumentasjon av de valg som er foretatt med hensyn til dette. Det skal være mulig for avgjørelsesmyndighetene å få innsyn i prosessen og hvordan dataene ble skaffet til veie.

Ved utarbeidelse av en rapport knyttet til markedsundersøkelser stilles det også krav om at formålet med undersøkelsen skal formuleres eksplisitt.[1524] Det innebærer at det juridiske bevistema må spesifiseres og defineres når prosessen skal beskrives. I den norske dommen om eventuell beskyttelse for Imsdalflasken kommenterte tingretten blant annet at en fremlagt forbrukerundersøkelse ikke kunne være relevant, idet den totalt manglet forklaring og bakgrunnsmateriale.[1525] Den samme innvendingen kunne nok også vært rettet mot flere andre undersøkelser som er fremlagt i retten. En ren presentasjon av resultater vil ikke være nok til å fylle kravene til dokumentasjon.

[1522] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 349.
[1523] Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) Part C, Opposition Guidelines s. 368.
[1524] Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 349.
[1525] TGJOV-2010-63619 (Imsdalflasken).

Analysene av praksis ovenfor tyder også på at det må være et minstekrav at hele spørreskjemaet, eller instruksen til intervjuer, legges frem. Den fremlagte dokumentasjonen må gjøre det mulig å kontrollere at spørsmålene er forankret i det juridiske bevistema. I den svenske Hermes-avgjørelsen ble for eksempel ikke undersøkelsen lagt til grunn, fordi det ikke ble redegjort for svaret på det innledende og meste relevante spørsmålet; "Vad kommer du att tänka på när du ser den här bilden?" (bild av respektive väska).[1526] Noe av den samme kritikken ble rettet mot markedsundersøkelsen som skulle dokumentere at We var kjent som et varemerke i omsetningskretsen for ungdomsklær. Marknadsdomstolen kommenterte at det ikke fremgikk "huruvida konsumenterna förknippar We i figurativt utförande med WeSC och att det inte heller framgår med önskvärd tydlighet hur många av respondenterna som har förknippat We i figurativt utförande med kläder". I tillegg "saknas information om hur vägning har skett." I følge Marknadsdomstolen ga ikke den fremlagte undersøkelsen noen støtte for at We var innarbeidet i det svenske markedet.

Det vil også være av betydning for undersøkelsens juridiske verdi at det fremgår hvordan den relevante omsetningskrets er avgrenset. Dette gjelder også informasjon om utvalgsmetoden. Foruten de mer generelle kommentarer om kravet til utvalg i Imperiadommen nevnes ikke dette poenget i norsk praksis.[1527] I den danske Sats-avgjørelsen ble det imidlertid kommentert at den fremlagte markedsundersøkelse ikke kunne legges til grunn, blant annet fordi "den intet angiver om, hvorledes de adspurgte er blevet udvalgt".[1528] Den samme begrunnelsen for manglende bevisverdi ble blant annet også angitt i den svenske Noga-Utvalt-avgjørelsen.[1529] Retten kommenterte også der at det manglet informasjon om hvordan respondentene var utvalgt.

En gjennomgang av praksis etterlater et inntrykk av at dokumentasjon og bakgrunnsmateriale i svært liten grad fremlegges for avgjørelsesmyndighetene. Med noen få unntak er det heller ikke stilt særlig strenge krav til fremleggelse av dokumentasjon for hvordan undersøkelsen er utført. Dette vil naturligvis kunne få innvirkning på i hvilken grad de ulike kriterier som ligger til grunn for den enkelte undersøkelse kan vurderes.

[1526] PBR 07/180 (Hermes Italie).
[1527] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1528] AN 2008 00040 (Sats).
[1529] PBR 97-738 (Noga Utvalt).

16.6 Krav til dataanalysen

Vurderinger av markedsundersøkelsers kvalitative verdi må baseres på den analyse som foretas med utgangspunkt i vitenskapelig metode. Det er først når disse analysene er foretatt at den juridiske verdien kan vurderes. Mens drøftelser av rettens bevisvurdering utskytes til kapittel V, skal det her knyttes noen kommentarer til selve dataanalysen.

Analyser som foretas på bakgrunn av de innsamlede data må være i samsvar med de vitenskapelige krav. Det må med andre ord sikres at undersøkelsens resultater tolkes riktig. Dette danner grunnlag for vurderingen av om resultatene kan anses som uttrykk for virkeligheten.

Jeg har tidligere kommet frem til at markedsundersøkelser som utarbeides på grunnlag av vurderingstema i varemerke- og markedsføringsrett som oftest er basert på kvantitative metoder. I så fall vil de innsamlede data vurderes ut fra statistiske analyser.[1530] Etter at undersøkelsen er gjennomført må det derfor vurderes om resultatene er statistisk signifikante. Dette innebærer en vurdering av om resultatene anses å ha gyldighet utover det som observeres i utvalget.[1531] Det er først ved en slik generalisering at resultatene kan ha noen verdi som juridisk bevis for omsetningskretsens oppfatning. Analysene må dermed kunne vise hvor sannsynlig det er at undersøkelsens resultater gir uttrykk for oppfatningen i det relevante marked.

I statistiske analyser tas det utgangspunkt i en antatt teori. Teoriens holdbarhet beregnes ved å teste en alternativ hypotese mot en nullhypotese. I og med at undersøkelser i stor grad bestilles av den ene parten vil ofte den alternative hypotesen være den som foretrekkes av den som bestiller undersøkelsen – den foretrukne hypotese. En varemerkeinnehaver som ønsker å dokumentere en teori om at et merke er velkjent i markedet, vil for eksempel kunne ha som alternativ hypotese at merket *er velkjent*. Nullhypotesen vil da være at merket *ikke er velkjent*.

For å kunne si noe om denne teoriens holdbarhet må markedsforskeren på forhånd bestemme seg for hvilken sannsynlighet for feilaktig konklusjon som godtas.[1532] Dette signifikansnivået er den maksimale sannsynlighet for å forkaste en nullhypotese feilaktig.[1533] Det er vanlig å velge et signifikansnivå på 5 %. Det innebærer at forskeren er villig til å

[1530] For en oversikt over de statistiske analysekrav, se Wenstøp *Statistikk og dataanalyse.* (2003). Se også Gripsrud, Olsson og Silkoset *Metode og dataanalyse* (2004) s. 184 flg. og Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 246 flg.
[1531] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 247.
[1532] Wenstøp *Statistikk og dataanalyse.* (2003) s. 147 og 237.
[1533] Wenstøp *Statistikk og dataanalyse.* (2003) s. 147.

akseptere at det er 5 % sjanse for å gjøre en forkastningsfeil.[1534] Undersøkelsen vil deretter gjennomføres med det formål å teste om nullhypotesen stemmer. Etter at undersøkelsen er gjennomført skal signifikanssannsynligheten beregnes. Hvis det viser seg at signifikanssannsynligheten er mindre enn signifikansnivået forkastes nullhypotesen, og det kan påstås at varemerket *er velkjent*.[1535] Nullhypotesen vil altså forkastes til fordel for den alternative hypotesen og man har vist det man ønsket å vise; i mitt eksempel at merket er velkjent.

En interessant problemstilling vil være i hvilken grad det tas stilling til den statistiske holdbarheten av undersøkelsen i den juridiske bevisvurdering. Behovet for innslag av sakkyndig ekspertise er i så fall iøynefallende. Hvordan avgjørelsesmyndighetene forholder seg til den vitenskapelige dataanalysen drøftes nærmere i kapittel V pkt. 21.3 nedenfor.

16.7 Krav til den som utfører undersøkelsen

16.7.1 Kompetansekrav

I norsk rett stilles det ikke kompetansekrav til personer som møter i retten for å avgi sakkyndig uttalelse.[1536] Det kan derfor heller ikke stilles direkte krav til den ekspertise som utøves ved utarbeidelse av markedsundersøkelser som skal anvendes i retten. Kompetanse hos den enkelte ekspert eller det analysebyrå som utfører undersøkelsen vil imidlertid kunne ha stor, muligens indirekte, betydning for hvilken vekt som bør legges på en fremlagt undersøkelse.[1537] Det er blant annet presisert at undersøkelser som fremlegges for OHIM må inneholde informasjon om kilden, slik at det kan kontrolleres at instituttet er pålitelig.[1538]

I generell markedsforskning stilles det krav til den som skal intervjue respondentene, idet tas høyde for at den måten spørsmålene fremlegges på kan ha innvirkning på de svar som gis.[1539] Det kan imidlertid være vanskelig å vurdere hvorvidt den enkelte innehar nødvendig kompetanse til å stille spørsmålene på en korrekt og nøytral måte. Det vil derfor være naturlig at kompetansekravet rettes til det institutt eller analysebyrå som har ansvar for utformingen av undersøkelsen, og derigjennom skal sørge for opplæring og instrukser overfor de ansatte.

[1534] Løvås *Statistikk for universiteter og høgskoler* (2004) s. 239.
[1535] Wenstøp *Statistikk og dataanalyse.* (2003) s. 237.
[1536] Se blant annet uttalelser av Røsæg-utvalget i NOU 2000:23 pkt. 13.10.2.2.
[1537] I denne retning, se *Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) Part B Examination* pkt. 7.9 s. 54 og i de amerikanske Reference Manual on Scientific Evidence, second edition 2000 s. 238.
[1538] Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) Part C, Opposition Guidelines s. 368.
[1539] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 243.

Ideelt sett bør det være et absolutt krav at det enkelte institutt er kompetent i forhold til de vitenskapelige metoder og prinsipper. Det er blant annet utarbeidet etiske regler av Esomar som sier at markedsforskning skal være; "..legal, honest, truthful and objective and be carried out in accordance with appropriate scientific principles". [1540] Det sies videre at undersøkelsen skal utformes "with professional responsibility and conform to the principles of fair competition, as generally accepted in business". Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om alle markedsanalysebyråer følger slike anbefalte etiske regler for bransjen.[1541] I så fall er dette er generelt problem som ikke er spesielt for den juridiske håndteringen.

Det neste spørsmålet er om det kan stilles noen minstekrav til den vitenskapelige ekspertise for at undersøkelsen skal kunne anvendes som bevis for et juridisk vurderingstema.[1542] Det er blant annet påpekt i tysk rett at utforming av undersøkelser som skal anvendes i retten må utarbeides av institutter som er eksperter på "Rechtsforschung".[1543] Det innebærer at instituttet må inneha ekspertise både innenfor samfunnsvitenskapelige metoder og juridiske krav.[1544] Flere eksempler på dette finnes i Tyskland.[1545] Slike strenge krav vil det imidlertid være vanskelig å imøtekomme i alle land. Dette gjelder spesielt i land der markedsundersøkelser som bevis i retten anvendes i mindre skala, slik som i Norge og Danmark.[1546]

Den svenske Varumärkesnämden kan nok sies å ha utviklet en noe mer spesialisert praksis knyttet til utarbeidelse av innarbeidelsesstudier i varemerkerettslige tvister.[1547] Arbeidsfordelingen mellom analysebyrået og nemnden skulle nettopp ivareta både de juridiske og de vitenskapelige hensyn. Selv om nemnden nå er nedlagt kan det spørres om tanken bak denne praksisen bør følges opp i alle de skandinaviske land.

16.7.2 Krav til uavhengighet

Kravet til uavhengighet av den som utfører undersøkelsen skal sikre at utforming og analyse er nøytral og objektiv.[1548] Dette gjelder både instituttet som helhet og den enkelte som

---

[1540] ICC/Esomar International Code on Market and Social Research http://www.esomar.org/uploads/pdf/professional-standards/ICCESOMAR_Code_English_.pdf artikkel 1 a og c.
[1541] Karin Nilsson *Sanktioner behövs mot oseriösa opinionsföretag* Dagens Nyheter 29. januar 2011.
[1542] Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 193.
[1543] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 204.
[1544] Eksempel på dette er de anerkjente instituttene *Institut für Demoskopie Allensbach* og *GfK-Marktforschung*.
[1545] Institut für demoskopie Allensbach har for eksempel siden 1950-årene laget over 900 undersøkelser spesielt utviklet til bruk i juridiske tvister.
[1546] American Marketing Association, Chicago utarbeidet i 2003 en liste over de 10 største europeiske land som brukte mest penger på markedsundersøkelser generelt. England lå på første plass, Tyskland på andre plass, Sverige på 7 plass og Danmark på 10 plass. Norge var ikke engang med på listen.
[1547] Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnd, http://www.chamber.se/?id=4513.
[1548] *Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) Part B Examination* pkt. 7.9 s. 54.

intervjuer respondentene. En måte å sikre full uavhengighet på er selvsagt å unngå å fortelle hvorfor undersøkelsen bestilles, jfr. den danske Torres-dommen.[1549] Da risikerer man imidlertid at den juridiske forankring ikke blir ivaretatt, og at undersøkelsen av den grunn må avvises. Det er til og med hevdet at undersøkelsens bevisverdi avhenger av at den er utført med det formål at den skal anvendes i en rettssak.[1550] Dette er nok å strekke det litt for langt. En undersøkelse kan også ha sin verdi som bevis selv om den ikke direkte er knyttet opp mot rettssaken.[1551]

For å sikre instituttets og analysebyråets uavhengighet har The American Association for the Advancement of Science i USA gjort forsøk på lage lister over "Court-Appointed Scientific Experts", som er en liste over godkjente analysebyråer som retten kan utpeke ved behov.[1552] Denne oversikten over sakkyndige er rettet mot å hjelpe domstolen og vil ha størst betydning dersom domstolen selv bestiller en undersøkelse.

Det er også i Norge foreslått ulike ordninger for å sikre at eksperter som vitner i retten generelt opptrer uavhengig. Røsæg-utvalget, som vurderte forsikringsselskapers innhenting, bruk og lagring av helseopplysninger, foreslo blant annet at det skulle opprettes en nøytral oppnevningsinstans for bruk av medisinsk sakkyndige i forsikringssaker.[1553] Med nøytral oppnevningsinstans mente utvalget en instans som, etter henvendelse fra en eller begge partene, formidlet oppdrag til et utvalg av sakkyndige. [1554] Utvalget mente at nøytraliteten måtte ligge i at instansen var organisert uavhengig av partene, og finansiert slik at instansens uavhengighet ikke kunne trekkes i tvil. Det ble derfor foreslått at oppnevningsinstansen skulle ha tilknytning til den sentrale domstolsadministrasjonen eller at annet offentlige organ, eventuelt organiseres som en uavhengig stiftelse.[1555] En slik instans har imidlertid aldri blitt opprettet, og det er av den grunn umulig å si noe om hvorvidt dette ville fungert i praksis. Det kan likevel være interessant å se på disse vurderinger som ble foretatt, også i forhold til utarbeidelse av markedsundersøkelser i varemerke- og markedsføringsrett. De samme momenter og bekymring for de sakkyndiges tilknytning til den som bestiller undersøkelsen, kan gjøres gjeldende også på dette feltet.

[1549] U.2000.620H (Torres).
[1550] Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) s. 481.
[1551] Se for eksempel U.2010.2249S (Thomas Tivoli).
[1552] *Court Appointed Scientific Experts* (*CASE*) http://www.aaas.org/spp/case/case.htm.
[1553] Røsæg-utvalgets utredning er publisert som NOU 2000:23.
[1554] NOU 2000:23 pkt. 13.10.1.9.
[1555] NOU 2000:23 pkt. 13.10.1.9.2.

I hvilken grad det har noen betydning hvem som utarbeidet undersøkelsen kan illustreres gjennom resultatene fra den tidligere nevnte undersøkelsen som kartla OHIMs håndtering av markedsundersøkelser som bevis.[1556] For det første kom man frem til at 51 % av undersøkelsene var utført av forskningsinstitutter, mens 10 % var utført av kommersielle meningsmålingsinstitutter. Resten ble utført av varemerkeinnehaverne selv, akademiske institusjoner, samarbeidspartnere eller reklamebyråer. Det fremgikk altså at de fleste markedsundersøkelser ble utført av profesjonelle institusjoner. Gjennomgangen viste videre at undersøkelser fremlagt av de profesjonelle byråene ble vektlagt i 54 % av tilfellene, mens det tilsvarende tall for andre var 23 %. Det vil naturligvis også være andre faktorer som spiller inn når markedsundersøkelsers bevisverdi vurderes, men dette indikerer at profesjonelle forskningsinstitutter har mye lettere for å nå frem med undersøkelsen. Dette fremkommer også direkte av Hilti-avgjørelsen.[1557] I Orange and grey-avgjørelsen presiseres det enn videre at når undersøkelsen utføres av et anerkjent institutt er dette med på å sikre at korrekt metode og vitenskapelige prinsipper for gjennomføring av markedsundersøkelser følges.[1558] Noe av den samme tankegangen finnes også i den danske Fisherman's Friend-avgjørelsen.[1559] Det ble der vist til at utarbeidelsen av undersøkelsen var foretatt av selvstendige markedsanalyse-byråer, uavhengig av den foreliggende tvist. Det ble påpekt at selv om undersøkelsene var bestilt av Lofthouse selv, måtte rapportene kunne tillegges sedvanlig bevisverdi.

Også selve intervjusituasjonen ved personlige intervju kan ha betydning for resultatenes reliabilitet. I og med at dette er en sosial interaksjon kan respondentene for eksempel reagere på intervjuerens væremåte, holdninger, språkbruk eller personlighet.[1560] Det er derfor viktig at intervjuerne har god opplæring og blir fulgt opp. Som nevnt kan det også være et poeng at intervjueren har en viss kunnskap om det juridiske grunnlaget for undersøkelsen. Dette kan imidlertid ha en direkte innvirkning på hvordan spørsmålene stilles, og derigjennom gjøre undersøkelsen mindre uavhengig.

For å sikre upartiskhet er det i USA foreslått at undersøkelsen skal være såkalt "double blinded".[1561] Det innebærer at verken respondent eller intervjuer skal vite at det er snakk om en rettssak. I den danske Torres-dommen ble nettopp dette fremhevet som et poeng.[1562] Retten

---

[1556] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 265.
[1557] R-1/2005-4 (Hilti) premiss 32.
[1558] R 355/2007-4 (Orange and gray) premiss 43.
[1559] U.2007.1896H (Fisherman's friend).
[1560] Selnes *Markedsundersøkelser* (1999) s. 243.
[1561] Leighton *Using Daubert-Kumho gatekeeping to admit and exclude surveys in Lanham Act advertising and trademark cases* TMR (2002) s. 791.
[1562] U.2000.620H (Torres).

viste til at saksøkeren ikke hadde fortalt analysebyrået at undersøkelsen skulle brukes i en rettssak da den ble bestilt. Hvilken betydning dette eventuelt skulle få for undersøkelsens bevisverdi opplyses derimot ikke i domspremissene. Det kan jo også diskuteres om en slik ordning kan øke faren for at den juridiske forankring ikke blir ivaretatt.

Avgjørelsesmyndigheter som får seg forelagt en markedsundersøkelse må i alle fall gis mulighet til å vurdere om undersøkelsen er utført av et kompetent og uavhengig byrå. Dette må innebære at den som skal vurdere undersøkelsen vet noe om de ulike institusjoner og byråer, ikke bare i forhold til de samfunnsvitenskapelige metoder og uavhengighet, men også juridisk ekspertise.

17 Kommentarer og refleksjoner til kapittel IV

Analysene i dette kapitlet har vist at markedsundersøkelsers verdi som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning må hvile på et fundament bestående av både juridiske og undersøkelsestekniske kriterier. Selv om det i norsk rett ikke er laget noen konkrete retningslinjer for håndtering av markedsundersøkelser i en juridisk kontekst, tyder praksis på at det i alle fall tas høyde for at det finnes visse undersøkelseskriterier en må forholde seg til.

En gjennomgang av fremmed rett viser da også at det kan oppstilles ganske klare retningslinjer for hvordan markedsundersøkelsers verdi kan vurderes. Etter min mening har det vært fruktbart å hente inspirasjon fra disse kildene i analysene av hvordan norsk praksis har håndtert markedsundersøkelser som bevis. Denne vinklingen har også ført til at forskjeller mellom håndteringen i de skandinaviske land har blitt synlige. Dette gjelder spesielt den betydning fremleggelse av markedsundersøkelser i Sverige har hatt å si for Patentbesvärsrättens og Marknadsdomstolens behandling av disse som bevis. Disse forvaltningsdomstolene har i større grad vært nødt til å forholde seg til denne type bevis, og har også etter hvert opparbeidet en praksis som trekker inn undersøkelseskriterier som en del av bevisvurderingen. Praksis herfra kan være retningsgivende for norsk rett.

Analysen av de enkelte kriteriers juridiske betydning gir derimot inntrykk av at det i norsk rett ikke vies mye tid til drøftelser av de vitenskapelige krav. I avgjørelsesmyndighetenes begrunnelser synes det å være noe tilfeldig hvorvidt de enkelte kriterier faktisk vurderes. I den grad det har vært drøftet, har det gjerne vært knyttet til spørsmålsformuleringer og hvorvidt disse kan gi svar på det juridiske spørsmålet.

Det kan da også være grunn til å reflektere over at det generelt utvises liten bevissthet knyttet til sammenhengen mellom de ulike kriterier. Det hjelper for eksempel ikke at spørsmålene synes å dekke bevistema dersom disse er rettet mot et utvalg som ikke anses å være representativt for den relevante omsetningskrets. De utfordringer som kan knyttes til spørsmålet om representative utvalg i webbaserte undersøkelser nevnes for eksempel ikke. I det hele tatt kan det synes som om det er behov for å rette større oppmerksomhet mot valg av målpopulasjon, og hvorvidt det utvalget som trekkes derfra er representativt.

For at avgjørelsesmyndighetene skal kunne foreta en kontroll med at undersøkelsen følger de vitenskapelige krav vil det også være behov for at det gis tilgang til det underliggende materiale. Fremleggelse av all sentral dokumentasjon knyttet til undersøkelsens utforming og analyse vil være et av de viktigste kriterier for å kunne vurdere undersøkelsens reliabilitet. Det

er derfor påfallende at avgjørelsesmyndighetene i så liten grad krever fremlagt fulle rapporter, med alt relevant underliggende materiale.[1563] Dersom undersøkelsen fremlegges i retten som en to-tre siders power point-presentasjon er det kanskje heller ikke så underlig at retten avholder seg fra å drøfte hvilke kriterier som ligger bak resultatene. Det må sies å være en alvorlig feil at dokumentasjonen i så liten grad fremlegges for retten.

Drøftelsene av den juridiske håndteringen av undersøkelseskriterier er i dette kapitlet foretatt punkt for punkt, men som allerede nevnt vil det være en sammenheng mellom de ulike kriterier. I tillegg vil det være et behov for samspill mellom de juridiske krav og markedsforskningens kriterier. Det kan da spørres om problemstillinger knyttet til dette kan løses gjennom å stille krav til den som utfører undersøkelsen. Den tyske ordningen med egne uavhengige institutter med ekspertise innen både jus og markedsforskning ligger nok et godt stykke utenfor hva som oppnåelig i norsk rett. Da er det imidlertid fristende å vurdere om det er mulig å lage noe tilsvarende den nå nedlagte svenske Varumärkesnämnden. Dette vil kunne sikre både den juridiske ekspertise og at det stilles visse minstekrav til det byrå som utfører undersøkelsen. Dersom avgjørelsesmyndighetene kan forholde seg til en uavhengig nemnd som kan stå som en slags garantist for at undersøkelsen er korrekt utført, vil det kunne forenkle prosessen kraftig. Det skal likevel påpekes at det ikke ble funnet behov for å opprettholde Varumärkesnämnden i Sverige, og selv om jeg ikke går inn på dette her, kan det selvsagt ha vært gode grunner til dette.

Som en siste refleksjon kan nevnes at selv om de vitenskapelige kriterier for undersøkelsens validitet og reliabilitet kan danne visse minstekrav, vil bevisvurderingen i det enkelte tilfelle bero på prosessuelle prinsipper. Antydningen om manglende bevissthet knyttet til enkelte kriterier, kan også føre til at undersøkelser som i seg selv er slett utført likevel anses å ha bevisverdi. Undersøkelseskriterienes betydning i bevisvurderingen drøftes derfor nærmere i kapittel V.

[1563] Tingrettens påpekning om manglende dokumentasjon i TGJOV-2010-63619 (Imsdalflasken) må her sies å være et hederlig unntak.

Kapittel V Markedsundersøkelsers bevisverdi

18 Innledning

I dette kapitlet analyseres nærmere de ulike elementer som kan ha betydning for avgjørelsesmyndighetenes vurdering av markedsundersøkelsers bevisverdi.

Gjennomgangen av de vitenskapelige kriterier i kapittel IV vil danne et naturlig utgangspunkt også for den juridiske bevisvurderingen. Men selv om det knyttes tvil til den anvendte metode, vil ikke dette i seg selv hindre at undersøkelsen vurderes som bevis. Det vil uansett være opp til avgjørelsesmyndighetene å vurdere verdien av undersøkelsesresultatene. Hvorvidt undersøkelseskriteriene har noen reell innflytelse på bevisvurderingen drøftes derfor nærmere.

Når omsetningskretsens oppfatning eller publikums reaksjoner er vurderingstema, kan også andre bevismidler være aktuelle. Det vil derfor også være behov for å drøfte dommerens vurdering av markedsundersøkelser som bevis opp mot andre relevante bevis.

Det må også tas hensyn til at når omsetningskretsens oppfatning er vurderingstema kan den juridiske konstruksjonen av gjennomsnittsforbrukeren være et alternativ til markedsundersøkelser. I tillegg kan dommerens egne erfaringer legges til grunn når denne kretsens oppfatninger skal fastlegges. Avhengighetsforholdet og samspillet mellom bevisvurdering og rettsanvendelse kan dermed også få betydning ved vurdering av markedsundersøkelsers bevisverdi, og drøftes i dette kapitlet.

For å kunne si noe om rettens konkrete bevisvurdering vil det imidlertid, etter min mening, være nødvendig å ta et skritt tilbake og se på avgjørelsesmyndighetenes eget ståsted, når markedsundersøkelsers bevisverdi skal vurderes. Jeg vil derfor først analysere hvilken betydning rettens eget erfaringsgrunnlag, generelt eller gjennom fagkyndige vurderinger, har når markedsundersøkelser legges frem som bevis.

19 Generelt om rettens bevisvurdering

19.1 Utgangspunktet om fri bevisvurdering

Den klare hovedregelen i prosessretten er at domstolen fastsetter ved fri bevisvurdering det saksforhold avgjørelsen skal bygges på, jfr. tvl. § 21-2 første ledd.[1564] I Danmark fremgår den frie bevisvurdering implisitt av Retsplejelovens bestemmelser.[1565] Det gis dermed heller ingen veiledning i dansk rett om at visse bevis skal legges til grunn som avgjørende, eller andre skal utelates.[1566] I Sverige finnes regler om fri bevisvurdering i RB 35:1.[1567] Prosessreglene i de skandinaviske land har altså i utgangspunktet ingen konkrete bestemmelser om hva dommeren skal legge vekt på i sin bevisvurdering.

En begrensning kan imidlertid sies å ligge i at bevisvurderingen kun skal baseres på det som er fremkommet om de faktiske forhold i selve grunnlaget for avgjørelsen, jfr. tvl. § 21-2 annet ledd. For vurderingen av markedsundersøkelser som bevis blir det spørsmål om hele utredningen og det underliggende materiale kan anses å utgjøre et slikt grunnlag. Det er imidlertid liten tvil om at også de deler av undersøkelsen som det kun vises til, gjennom en muntlig forklaring, vil anses å utgjøre et faktisk grunnlag.[1568] Som påpekt i kapittel IV vil gjerne utfordringen her være i hvilken grad retten rent faktisk får tilgang til det relevante underliggende materiale.

I praksis vil vurderingen av hva som anses bevist, ofte bero på en intuitiv helhetsbedømmelse.[1569] Retten skal vurdere bevisene fritt, både det enkelte bevis isolert sett og den samlede bevisførsel. Markedsundersøkelsens overbevisende kraft, vurdert ut fra hvordan den er gjennomført og analysert, kan da være avgjørende for hvilket saksforhold retten legger til grunn.[1570] Men markedsundersøkelser må også vurderes i forhold til andre relevante bevis for omsetningskretsens oppfatning.[1571] I så fall kan det bli spørsmål om vurderinger av de enkelte bevismidlers vekt i forhold til hverandre. Det er da påpekt i forarbeidene til tvisteloven at selv

[1564] Se forarbeider til bestemmelsen i NOU 2001: 32 A s. 456-458, NOU 2001: 32 B s. 943-945 og Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 453. Prinsippet om fri bevisvurdering ble tidligere gitt uttrykk i tvml. 1915 § 183. Før 1915 ble prinsippet hjemlet i sedvanerett, se Hagerup *Den norske civilproces II* (1918) s. 24. Den sedvanemessige utviklingen av prosessreglene var på dette tidspunktet i stor grad påvirket av tysk rett, jfr. Hagerup *Den norske civilproces I* (1918) s. 57.
[1565] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 563.
[1566] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 561.
[1567] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 160.
[1568] Skoghøy *Tvistemål* (2001) s. 665.
[1569] Aasland *Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål.* TfR (1967) s. 187.
[1570] Hov *Rettergang II* (2010) s. 1133.
[1571] Se pkt. 20.3 nedenfor.

om bevisbedømmelsen er fri kan det være utviklet retningslinjer for den vekt det enkelte bevis skal tillegges.[1572] Spørsmålet er om bevisvurderingen kan foregå etter bestemte metoder, basert på ulike bevisteorier.[1573]

Den mest anvendte bevisteorien går ut på at retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn; det såkalte overvektsprinsippet.[1574] Det samme krav til sannsynlighetsovervekt stilles også for avgjørelser i forvaltningsorganene.[1575] De alminnelige hensyn som anføres i prosessretten ved vurdering av kravene til sannsynlighet, vil dermed ha relevans også i forhold til forvaltningens bevisvurdering.[1576]

Dette utgangspunktet om sannsynlighetsovervekt kompliseres imidlertid av at det kan stilles forskjellige krav til overvekt i jussen og i andre vitenskapelige metoder. Spørsmålet er da om dommeren tar høyde for de vitenskapelige analyser som ligger til grunn for de konklusjoner som trekkes ut av undersøkelsesresultatene, deriblant vurderinger av statistisk signifikans.[1577]

Det kan også ha dannet seg visse retningslinjer, knyttet til undersøkelseskriteriene, for dommerens vurdering av markedsundersøkelser.[1578] Det må i så fall kunne slås fast at når det gjelder vurderinger av markedsundersøkelsers bevisverdi, er det ikke helt opplagt at den kan baseres på en helt fri intuitiv helhetsbedømmelse.

Prinsippet om fri bevisvurdering danner likevel et utgangspunkt for vurderingen, men det må tas hensyn til at også andre kriterier og spesielle hensyn kan spille inn ved vurdering av markedsundersøkelser som bevis.

[1572] NOU 2001: 32 A s. 457.
[1573] Kolflaath *Bevisbedømmelse - sannsynlighet eller fortellinger?* JV (2004) s. 279.
[1574] NOU 2001: 32 A s. 459. Se også Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 984 flg., Hov *Rettergang II* (2010) s. 1150 flg. og Skoghøy *Tvistemål* (2001) s. 665 flg.
[1575] Graver *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 493.
[1576] Graver *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten* TfR (2004) s. 478.
[1577] Se nærmere i pkt. 21.3 nedenfor.
[1578] Nygaard *Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane* TfR (2002) s. 46. Se nærmere pkt. 21 nedenfor.

19.2 Rettens erfaringsgrunnlag

19.2.1 Rettens generelle erfaring

I en fri bevisvurdering kan retten legge vekt på "vitterlige kjensgjerninger og den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde", se tvl. § 21-2 tredje ledd, jfr. første ledd.[1579] Dette kan for eksempel være såkalte naturlige formodninger, basert på dommerens alminnelige erfaringssetninger knyttet til faktiske spørsmål.[1580]

Når omsetningskretsens eller publikums oppfatning er vurderingstema, kan altså retten fullt ut velge å legge vekt på egen praktisk erfaring i denne vurderingen.[1581] Hvorvidt denne erfaringen kommer til uttrykk gjennom en juridisk konstruksjon av gjennomsnittsforbruker eller som en del av bevisvurderingen kan imidlertid være uklart, og drøftes nærmere i pkt. 19.3 nedenfor. Her analyseres betydningen av rettens generelle erfaring som en del av bevisvurderingen.

I den danske Bilka-dommen la for eksempel retten til grunn at dommernes egen erfaring ga grunnlag for å vurdere om en reklame rettet mot forbrukere var villedende.[1582] Retten uttalte at den ikke fant grunnlag for å hente inn syn og skøn, idet den selv ikke ville ha vanskeligheter med å vurdere om reklamen var villedende. Uttalelsen må imidlertid ses i lys av at retten likevel godtok at det ble laget en markedsundersøkelse som skulle dokumentere den faktiske oppfatningen.

Egen praktisk erfaring hos avgjørelsesmyndighetene vektlegges også av det norske Patentstyret.[1583] I Kea!-saken uttalte for eksempel Patentstyrets annen avdeling at utvalgets medlemmer av egen erfaring hadde et visst kjennskap til varemerket IKEA, til bruksmåter og bruksomfang. Det fremsto for utvalget som sannsynlig at varemerket måtte anses velkjent. Den fremlagte markedsundersøkelsens verdi ble ikke kommentert.

EU-domstolens avgjørelse i Gut Springenheide-saken er også tolket som at retten mener at dommeren selv er ansett å være i stand til å vurdere om en reklame er villedende.[1584] Både Førsteinstansretten og EU-domstolen har da også for eksempel godtatt at OHIM står fri til å

[1579] NOU 2001: 32 A s. 456-458.
[1580] Hov *Rettergang II* (2010) s. 1136.
[1581] Gomard og Kistrup Civilprocessen (2007) s. 560. Se også Zahle *Om bevisbedømmelsen. Kommentar til nogle aktuelle emner* UfR (1978) s. 375.
[1582] U.1999.449S (Bilka).
[1583] Se for eksempel PS-2002-6923 (KEA!).
[1584] C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide). Se Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part one* IIC (2000) s. 409.

basere sine analyser på fakta som skriver seg fra egen praktisk erfaring.[1585] Dette gjelder spesielt dersom merket er hentet fra varer som må antas å være kjent av forbrukere generelt. Det presiseres også at hvis man ikke følger denne idé, kan det innebære at relevante omstendigheter forkastes i det omtvistede tilfelle, hvilket er i strid med prinsippet "facta pro infectis haberi non possunt".[1586]

Det forhold at dommeren trekker veksler på egen erfaring i bevisvurderingen er altså ikke særlig kontroversielt, verken i EU-retten eller i norsk praksis. Mer interessant blir det når dommernes egen erfaring vektlegges *i stedet for* fremlagt markedsundersøkelse og/eller sakkyndig bevis knyttet til omsetningskretsens oppfatning. Dette kan illustreres ved at dommeren selv anser seg som forbruker i omsetningskretsen, og legger til grunn egen generelle viten og erfaring som forbruker.[1587] I og med at grensen mellom dommerens egne vurderinger og alminnelig rettsoppfatninger kan være flytende er dette i utgangspunktet uproblematisk.[1588] Det kan imidlertid spørres om det er uproblematisk å legge større vekt på én forbrukers, altså dommerens, oppfatning fremfor en fremlagt undersøkelse som omfatter 1000 forbrukeres oppfatning. Bevistema i de enkelte bestemmelser vil jo være knyttet til den generelle oppfatningen i markedet, ikke bare én isolert forbrukers oppfatning. Dette er spesielt fremhevet i markedsføringsretten, gjennom presiseringen av det er de kollektive forbruker-interesser som er målestokk for spørsmålet om lovstrid.[1589] Det kan derfor være grunn til å ha en noe reservert holdning til dommeren "som forbruker" når omsetningskretsens oppfatning er vurderingstema.

Rettens vektlegging av egen erfaring, på bekostning av markedsundersøkelser, fremkommer tydelig i engelsk rett. I en dom om "passing off" ble det uttalt at retten verken la vekt på uttalelser av et ekspertvitne eller markedsundersøkelser, siden retten selv kunne vurdere forvekslingsfare.[1590] Ekspertvitner og markedsundersøkelser var, i følge retten, kun aktuelt når det var snakk om spesielle markeder. Det er dermed kun der det kreves spesiell kunnskap, at andre bevis kan bety mer enn dommerens egen erfaring.[1591] Denne holdningen henger nok sammen med at man i engelsk praksis tradisjonelt har vært opptatt av at dommeren selv ikke

[1585] C-25/05 av 22. juni 2006 (Storck, Shape of a sweet wrapper) premiss 62, C-304/06 av 8. mai 2008 (Eurohypo) premiss 33 og C-265/09 av 9. september 2010 (Borco) premiss 37. Se også Folliard-Monguiral og Rogers *Community trade mark case law round-up 2006* JIPLP (2007) s. 216.
[1586] C-25/05 av 22. juni 2006 (Storck, Shape of a sweet wrapper).
[1587] Eichmann *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part one* IIC (2000) s. 410-411.
[1588] Boe *Innføring i juss* (2010) s. 339.
[1589] Jfr. kapittel II pkt. 6.2.2 ovenfor.
[1590] esure Insurance Limited v. Direct Line Insurance plc [2008] EWCA Civ 842. Se også Bird og D'Aloisio *Confusing similarity* JIPLP (2008) s. 754 flg.
[1591] Uttalt i Guccio Gucci SpA v. Paolo Gucci [1991] F.S.R. 89.

må oppgi sin egen uavhengige dømmekraft, jfr. uttalelser om at dommeren "must not surrender his own independent judgment to any witness whatever".[1592] Markedsundersøkelser om forvekslingsfare kan altså assistere dommeren, men det er dommerens egen vurdering som er avgjørende.[1593]

Engelsk praksis knyttet til vurderinger av "passing off" illustrerer også et annet poeng, nevnt flere ganger tidligere. Behovet for å trekke inn bevis for faktiske forhold kan variere med det enkelte bevistema. Det vil typisk være mer nærliggende å legge vekt på faktiske forhold ved spørsmål om innarbeidelse, enn ved den mer normative vurderingen av forvekslingsfare. Det kan innebære at rettens erfaring, som jo kan ligge i grenseland mellom rettsanvendelse og bevisvurdering, vil ha størst betydning ved spørsmål om forvekslingsfare. Behovet for å vektlegge ekstern dokumentasjon for faktisk oppfatning vil dermed være mer aktuelt ved spørsmål om innarbeidelse og vern av velkjente merker.

19.2.2 Fagkyndige vurderinger

19.2.2.1 Behovet for hjelpevitenskaper i bevisvurderingen

Det må kunne slås fast at det egentlig ikke vil være behov for bevisvurderinger dersom det fremlagte bevis er knyttet til helt sikre og eksakte kriterier.[1594] Det vil blant annet ikke være snakk om *vurderinger* dersom spesifikke opplysninger fullt ut kan etterprøves og verifiseres. Tall som kan hentes direkte ut fra et regnskap, så som omsetningstall og markedsførings-kostnader, vil nettopp være etterprøvbare og trenger ingen ytterligere vurderinger.[1595] Dersom det kan knyttes usikkerhet til hvorvidt beviset faktisk gir uttrykk for sannheten kan det imidlertid ikke sies å være basert på helt sikre og eksakte opplysninger, og bevisvurderinger er nødvendig.

Ved fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis kan det stilles spørsmål ved om denne dokumentasjonen for faktisk oppfatning egentlig gir uttrykk for virkeligheten. I denne vurderingen er det nærliggende å trekke inn de vitenskapelige krav som kan stilles til utforming av slike undersøkelser.

[1592] Payton & Co v. Snelling, Lampard & Co [1901] 17 RPC 628. Denne linjen følges også opp i flere senere avgjørelser, se blant andre Spalding (AG) & Bros. v. AW Gamage Ltd. [1915] 32 RPC 273 og Parker-Knoll Ltd. v. Knoll International Ltd. [1962] RPC 265.
[1593] Lea *Masters of All They Survey?* I.P.Q. (1999) s. 195. Dommerens hovedansvar for bevisvurderingen er påpekt i rettspraksis, se for eksempel Clark v. Associated Newspapers Ltd [1998] R.P.C. 261.
[1594] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 366.
[1595] Se om slike bevismidler i pkt. 20.3 nedenfor.

Gjennomgangen i kapittel IV har imidlertid vist at det kan være vanskelig for den juridisk skolerte dommer å ta stilling til om undersøkelsen virkelige har vitenskapelig støtte. I forhold til vurdering av markedsundersøkelser som bevis kan det altså spørres om dommeren selv er i stand til å foreta en kvalifisert kontroll av de vitenskapelige metoder og feilkilder innen markedsforskningen. Dersom dommeren ikke kan skjelne en kvalitativt god undersøkelse fra en mindre god, vil ikke vektleggingen av undersøkelsen gjenspeile den reelle bevisverdien. Det oppstår da et behov for å trekke inn hjelpevitenskaper, også i bevisvurderingen.[1596]

Analysene i kapittel III ovenfor viste at slike hjelpevitenskaper kan trekkes inn både som sakkyndige vitner i bevisføringen og gjennom fagkyndige meddommere.[1597] Spørsmålet er da hvordan den juridiske bevisvurdering best mulig kan dra nytte av vitenskapelig kunnskap og ekspertise uten å bli "lurt" av eksperter som tar feil eller teorier som baseres på uriktige metoder.[1598]

19.2.2.2 Rettens vurdering av sakkyndig bevis

I forhold til rettens vurdering av sakkyndig bevis er det påpekt i svensk teori at bevisvurderingen i realiteten foregår to ganger.[1599] Først vurderes beviset av den sakkyndige selv, og så av retten som bedømmer om materialet tillater den konklusjonen som den sakkyndige har tatt. Det finnes, som nevnt, ingen regler for overprøving av sakkyndiges uttalelser i norsk rett.[1600] Også her vil altså utgangspunktet være dommerens frie bevisvurdering.

Allerede i 1970-årene ble det i dansk juridisk teori uttrykt en viss generell skepsis til utstrakt vektlegging av sakkyndige bevis i retten.[1601] Det ble blant annet reist som en generell problemstilling at domstolen kun i meget begrenset omfang er i stand til å foreta en kvalifisert kontroll av de vitenskapelige beregningsmetoder eller usikkerhetsmål, som ligger til grunn for sakkyndige erklæringer.[1602] Zahle påpekte at problemet var relevant for bedømmelsen av domstolenes fremtidige posisjon i den bevisrettslige vurdering i den voksende gruppe av saker, hvor vitenskapelige resultater inndras og anvendes. Dilemmaet ble summarisk formulert slik: "*Enten* vil de blive reduceret til at foretage en skematisk ekspedition på grundlag af materiale, der er bearbejdet og bedømt af andre instanser, nemlig sagkyndige, og hvor domstolenes funktion derfor bliver rent formel. *Eller* det bliver muligt hos domstolene at

[1596] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 160.
[1597] Jfr. kapittel III ovenfor; om sakkyndig bevis i pkt. 10.3.2 og fagkyndige meddommere i pkt. 11.1.3.
[1598] Graver *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig mageføelelse eller rasjonell helhetsvurdering?* TfR (2009) s. 207.
[1599] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 284.
[1600] Se om vurderinger av medisinsk sakkyndig i NOU 2000:23 pkt. 13.4.
[1601] Se Zahle *Om bevisbedømmelsen. Kommentar til nogle aktuelle emner* UfR (1978) s. 375.
[1602] Zahle *Om bevisbedømmelsen. Kommentar til nogle aktuelle emner* UfR (1978) s. 375 flg. Se også Rosenmeier *Nogle bemærkninger om sagkyndiges medvirken i ophavsretssager* UfR (2001) s. 102.

udvikle et kritisk og kvalificeret beredskab over for videnskabens anvendelse i retsplejen. Man føres i så fald ikke til afvisning, men til kontrol baseret på kendskab til de metodiske problemer, herunder mål for usikkerhed og repræsentativitet, som de sagkyndige har tilkendegivet *deres* stilling til."[1603] Han stilte da spørsmål ved om rettsanvendere er i stand til å bidra med noen kritisk anvendelse, eller om disse i så fall blir budbringere for en såkalt uransakelig visdom. Disse refleksjonene må sies å ha aktualitet også i dag, både i dansk og norsk rett. Behovet for sakkyndige vurderinger har i alle fall ikke blitt mindre med årene.

Det kan også spørres om bevisvurderingen kan anses å være helt fri, dersom dommeren føler seg bundet av den fremlagte vitenskapelige analyse. I den første danske Montana-avgjørelsen la for eksempel Sø- og Handelsretten avgjørende vekt på skjønnserklæringer knyttet til spørsmål om forvekslingsfare mellom reolsystemer.[1604] Det ser også ut til at det ble lagt avgjørende vekt på skjønnserklæringer ved vurdering av henholdsvis etterligning mellom bordløfter og ved spørsmål om hvorvidt PR Chocolade var et velkjent merke.[1605] Også i L-control-avgjørelsen ble vesentlige deler av rettens bevisvurdering bygget på erklæringen fra syn- og skønsmannen.[1606]

Rettens vurdering av de sakkyndige bevisene vil imidlertid være vanskeligere når disse går i hver sin retning. Ved spørsmål om etterligning av et kombinert sofa- og sybord, uttalte for eksempel førstvoterende i norsk Høyesterett at det var "fremlagt en rekke sakkyndige erklæringer som dels går i den ene og dels i den annen retning. Jeg finner det ikke nødvendig å gjengi innholdet i alle disse erklæringer, fordi de i ikke liten utstrekning bygger på betraktninger som ikke er avgjørende når man her legger til grunn den rettsoppfatning som jeg mener er den riktige.".[1607] Erklæringenes manglende bevisverdi var i hovedsak basert på manglende juridisk forankring, men uttalelsen gir likevel uttrykk for en viss kritisk holdning til sakkyndige erklæringer.

Tingretten gikk også forholdsvis langt i å tilsidesette ekspertuttalelser om forståelse av begrepet "transcendental meditasjon".[1608] Spørsmålet var om begrepet "transcendental meditasjon" hadde nok særpreg til å kunne registreres som et varemerke. Det ble fremlagt flere sakkyndige erklæringer fra filosofisk hold, som fremholdt at begrepet ikke kunne sies å være beskrivende. Retten vurderte de sakkyndige uttalelser, men kom frem til at ekspertenes

[1603] Se Zahle *Om bevisbedømmelsen. Kommentar til nogle aktuelle emner* UfR (1978) s. 379-380.
[1604] U.1999.1859S (Montana I).
[1605] U.2008.1834H (Bordløfter) og U.2007.1941S (PR Chocolade). Se også U.2007.951H (Halogenlamper)
[1606] SH2010.V-0041-05 (L-control).
[1607] Rt 1962 s. 964 (Wegner).
[1608] TOSLO-2006-76508 (Transcendental Meditasjon).

uttalelser var helt feil i forhold til gjennomsnittsforbrukers perspektiv. Hvorvidt meditasjonsprosessen foregikk innenfor det normalt fattbare eller ikke, slik det var påpekt av en av ekspertene, var en språklig nyanse som var for fin til å oppfattes av gjennomsnittsforbrukeren. Dette gjaldt også, etter rettens mening, de av forbrukerne som hadde et rimelig klart forhold til begrepet transcendens. Retten la til grunn at hvis en gjennomsnittsforbruker forsto begrepet "transcenderende meditasjon" som fullt ut meningsfylt, så ville gjennomsnittsforbrukeren også lese den samme mening ut av begrepet "transcendental meditasjon". Retten tilføyde også at den gjennomsnittlige forbruker ikke kunne forventes å gå inn på et resonnement som det foreliggende, og derfor lett vil oppfatte det som beskrivende uansett.

Noe av den samme holdningen til sakkyndige vurderinger ses også i Imsdaldommen.[1609] Tingretten kommenterte at de partssakkyndige hadde hatt "en utpreget teoretisk innfallsvinkel til saken, og kun i begrenset grad kunne vise til mer konkrete, håndfaste forhold vedrørende Imsdalflaskens innarbeidelsesgrad i markedet. Ettersom det sentrale spørsmålet er hvor godt *omsetningskretsen* kjenner til merket, finner ikke retten at disse forklaringene kan vektlegges i nevneverdig grad".

I disse norske dommene falt altså retten tilbake på en mer skjønnsmessig og juridisk vurdering av omsetningskretsens oppfatning, uten å legge vekt på de sakkyndige bevisene.

Verre vil det imidlertid være hvis dommerens bevisvurdering, og dommens resultat, er basert på sakkyndige bevis som viser seg uriktige.[1610] Det springende punkt er derfor i hvilken grad dommere har, eller for så vidt er ment å ha, kunnskap som gjør dem i stand til å vurdere verdien av sakkyndige erklæringer. Det er jo nettopp på grunn av dommerens behov for hjelpevitenskaper at slike fremlegges.

Problemstillinger knyttet til bruk av sakkyndige vitner i sivile saker generelt ble påpekt av Røsæg-utvalget.[1611] Som nevnt ovenfor ble det der drøftet ulike løsninger i forhold til å forbedre anvendelsen av medisinsk sakkyndige i forsikringssaker.[1612] Sprikende sakkyndige vurderinger ble da nevnt som en hovedkilde til konflikt i erstatningsoppgjør etter personskader. Ulike løsninger, blant annet et forslag om å innføre oppnevningsutvalg, var ment å sikre at de sakkyndige bevis holdt en minste standard. Forslagene er imidlertid ennå ikke fulgt opp.

[1609] TGJOV-2010-63619 (Imsdalflasken).
[1610] Graver *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig mageføelelse eller rasjonell helhetsvurdering?* TfR (2009) s. 193.
[1611] NOU 2000:23.
[1612] NOU 2000:23 s. 84 flg.

19.2.2.3 Fagkyndig meddommers bevisvurdering

Dersom bevisvurderingen kan foretas direkte av en fagkyndig meddommer, flyttes kunnskapen om de vitenskapelige kriterier og analyser inn bak rettens skranke. Det er liten tvil om at ekspertkunnskapen til fagkyndige domsmenn kan få avgjørende betydning i den enkelte sak. Begrunnelsen for å oppnevne fagkyndige meddommere er nettopp at disse skal kunne bygge på sin kompetanse, jfr. tvl. § 9-12 annet ledd.[1613] Spesialkompetanse er dermed ansett å være viktig i en forsvarlig saksbehandling.

I den tidligere nevnte Bjørnelærdommen la retten stor vekt på den fagkyndige meddommerens egen erfaring.[1614] En næringsdrivende var saksøkt av Staten/ved Handelsdepartementet med krav om at han skulle tilpliktes å opphøre med å markedsføre sålelær som var fremstilt av oksehud under betegnelsen "bjørnelær". En av meddommerne i byretten var garvermester og hadde erfaring med hensyn til det kjøpende publikums oppfatning. Han hevdet at publikum ville oppfatte bjørnelær som virkelig stammende fra bjørn og at det derfor var villedende reklame. Dommen ble anket for saksbehandlingsfeil, idet man mente at det ikke skulle legges slik vekt på meddommernes private erfaring. Høyesterett kom imidlertid til at byretten ikke hadde begått noen saksbehandlingsfeil ved å legge vekt på meddommerens erfaring. Lærfirmaet fikk likevel medhold i realiteten ved at Høyesterett mente at alminnelige forstandige folk ville forstå at bjørnelær var et navn som ble anvendt i reklameøyemed og kun henspeilte på holdbarhet og styrke, og var ikke egnet til å villede.[1615]

Bjørnelærdommen er imidlertid kritisert for at retten gikk for langt i å akseptere at en dommer bygget på privat viten om et konkret saksforhold.[1616] Kritikken gikk ut på at det kan være betenkelig å legge vekt på forhold som ikke har vært fremme i bevisføringen. I og med at partene ikke har mulighet for å imøtegå eller vurdere dommerens egne erfaringer kan det hevdes at dommeren bør være forsiktig med å legge egne spesialkunnskaper til grunn for dommen.[1617]

I Cash § Carry-dommen ble forholdet mellom en fremlagt markedsundersøkelse og fagkyndige meddommeres påpekt av en av partene.[1618] Det ble vist til at mens markedsundersøkelsen ble fremlagt som dokumentasjon for forvekslingsfare, hadde

[1613] Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 397.
[1614] Rt 1937 s. 472 (Bjørnelærdommen).
[1615] Dommen er omtalt i juridisk litteratur, se for eksempel Hov *Rettergang II* (2010) s. 1135 og Skoghøy *Tvistemål* (2001) s. 666-667.
[1616] Skoghøy *Tvistemål* (2001) s. 666.
[1617] Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 285. Se også Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 628.
[1618] Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen).

fagkyndige meddommere i to instanser kommet frem til at navnene *ikke* var egnet til å forveksles. Den ene parten gjorde nettopp gjeldende at det ikke kunne legges vesentlig vekt på den fremlagte markedsundersøkelse når denne stred mot oppfatningen til de fagkyndige meddommerne. Høyesterett kommenterte ikke dette poenget i sine premisser, men la heller ikke vekt på undersøkelsens resultater.

Det går i alle fall en grense til at dommeren ikke kan legge vekt på spesiell kunnskap om den konkrete saken.[1619] I så fall kan dommeren anses å være inhabil etter reglene i domstolsloven § 106 eller § 108. Inhabilitet er en absolutt ugyldighetsgrunn og gis virkning som saksbehandlingsfeil, jfr. tvl. § 29-21 annet ledd bokstav b.

Illustrerende her kan være en svensk avgjørelse der det ble drøftet om medlemskap i foreninger kunne føre til inhabilitet for en fagdommer. Spørsmålet var om den ene dommerens medlemskap i Svenska föreningen för upphovsrätt (SFU) och i Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydd (SFIR) medførte at han var inhabil i en opphavsrettssak. Hovrätten drøftet dommerens ulike grader av aktivitet i disse foreningene, men kom til at det å ”anordna diskussioner och seminarier om rättsfrågor, inte kan vara ägnat att rubba förtroendet för en domare”. Retten fant at det ikke forelå omstendigheter som rokket ved dommerens upartiskhet. Mest interessant er det at Hovrätten uttalte at: ”Tvärtom får det anses värdefullt för domstolarna och för parter i domstol att domare är väl insatta även i komplicerade och tämligen specialiserade rättsområden samt deltar i den juridiska debatten”.

Betydningen av fagkyndige meddommere i bevisvurderingen henger naturligvis også sammen med spørsmålet om avgjørelsesmyndighetenes organisering og vurderingen av om den sakkyndig ekspertise skal være foran eller bak dommerskranken.

19.3 Samspillet mellom bevisvurdering og rettsanvendelse

Den virksomhet som ligger til grunn for en avgjørelse antas prinsipielt å falle i to deler; bevisvurderingen som tar sikte på å fastslå det faktiske saksforhold, og rettsanvendelsen som dels tar sikte på å bestemme hvilke generelle regler som gjelder, dels å bestemme det beviste faktum under reglene.[1620]

I utgangspunktet vil bevisverdien alltid være av faktisk art, selv om den er basert på verdimessige vurderinger.[1621] Imidlertid kan faktabedømmelsen og de rettslige overveielser

[1619] Hov *Rettergang II* (2010)s. 1134.
[1620] Aarbakke *Harmonisering av rettskilder* TfR (1966) s. 516.
[1621] Nygaard *Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane* TfR (2002) s. 52.

også smelte helt sammen, når dommeren tar standpunkt til skjønnsmessige subsumsjoner.[1622] Dette blir helt tydelig ved spørsmål om vurdering av om et merke eller produkt er egnet til å villede eller er egnet å forveksles med andre. Men også ved spørsmål om særpreg eller krav til velkjente merker kan avgjørelsesmyndighetene velge en mer juridisk innfallsvinkel. Denne vekselvirkningen mellom jus og faktum er allerede påpekt i forholdet mellom bevismidler og rettskildefaktorer, men vil også få betydning ved vurdering av markedsundersøkelsers bevisverdi.

Dersom rettens egen erfaring legges til grunn for vurderingen, kan det bli et spørsmål om dette baseres på ordlyden i lovbestemmelsen, tolket på bakgrunn av reelle hensyn og rettsoppfatninger, eller om det er uttrykk for naturlige formodninger som bevis for faktiske forhold. Et hovedskille går mellom dommerens formelle tolkning av reglene, gjennom anvendelsen av gjennomsnittsforbrukeren som målestokk, og anerkjennelse av en markeds-undersøkelse som bevis for de reelle forhold. Dette kompliseres ytterligere av at dommeren kan velge å legge til grunn egen praktisk erfaring som forbruker i den aktuelle omsetnings-krets. Det kan da spørres om dommerens egen erfaring er å anse som en del av det faktiske grunnlaget for dommen, og dermed en del av bevisvurderingen, eller om dommeren foretar en juridisk konstruksjon av en gjennomsnittsforbruker.

Denne grensen mellom dommeren "som forbruker" ved vurdering av den faktiske oppfatningen av saksforholdet og dommeren "som dommer" som tolker de relevante juridiske begreper kan være litt uklar. Det vil ofte heller ikke være mulig å avklare om det er den ene eller andre innfallsvinkelen som er brukt. Denne uklarheten henger nok sammen med at det frem til i krafttredelsen av den norske tvisteloven av 2005, ikke var noe krav om at bevisvurderingen skulle begrunnes i domspremissene.[1623] Som nevnt tidligere vil det ofte heller ikke angis hva som legges til grunn ved de rettslige vurderinger av reelle hensyn.

I tillegg kan dommerens innstilling til hva som anses å være et rimelig resultat innvirke på fortolkningen av det foreliggende bevismaterialet.[1624] De rettskildemessige vurderinger knyttet til om noe er godt eller dårlig, riktig eller galt, forsvarlig eller uforsvarlig, vil i stor grad være skjønnspreget. [1625] Spørsmålet er om vurderingen av saksforholdet også påvirkes av denne rettsoppfatningen. Dommeren kan for eksempel velge å vektlegge markeds-undersøkelser når dette samsvarer med rettens egen oppfatning av hva som er det beste

[1622] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 34.
[1623] Regler om begrunnelse for bevisvurderingen i tvl. § 19-6 femte ledd drøftes nærmere i pkt. 20.1 nedenfor.
[1624] Aarbakke *Harmonisering av rettskilder* TfR (1966) s. 517.
[1625] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 366.

resultatet.[1626] I så fall kan det være vanskelig å si noe om hvorvidt markedsundersøkelser er ansett å ha bevisverdi i seg selv.

Den positive holdningen til markedsundersøkelser som bevis i tysk rett er nevnt flere ganger. Dette gjenspeiles i påstanden om at empiri gir dommeren mulighet til å basere sine avgjørelser på representative data og juridisk relevante fakta fremfor normative vurderinger om publikums oppfatninger.[1627] Slik dette er presentert vil det være et spørsmål om å basere avgjørelsen *enten* på juridiske vurderinger *eller* faktiske forhold. I alle fall for norsk retts vedkommende vil nok bildet være noe mer sammensatt, idet *både* den juridisk fortolkning *og* faktisk beskrivelse spiller inn når markedsundersøkelsers bevisverdi skal avklares.

Når omsetningskretsen er vurderingstema kan bevisvurdering og rettsanvendelse gli over i hverandre. Det må imidlertid også poengteres at bevisvurdering ikke er vesensforskjellig fra rettsanvendelsen, idet dommeren i begge tilfeller leter etter den løsningen som har de beste grunner for seg.[1628]

[1626] Dette er også påpekt i svensk juridisk teori, se Farrahi *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten* NIR (2006) s. 462.
[1627] Pflüger *Legal Research in Practice.* IIC (2008) s. 210.
[1628] Graver *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig magefølelse eller rasjonell helhetsvurdering?* TfR (2009) s. 213.

20 Bevisvurderingen i praksis

20.1 Krav til begrunnelse for bevisvurderingen

For å kunne si noe om avgjørelsesmyndighetenes vurdering av markedsundersøkelsers bevisverdi i norsk rett må det fremgå av domspremissene i den enkelte avgjørelse hvorvidt disse er vektlagt eller ikke.

I dag stilles det krav til at det skal redegjøres både for bevisvurderingen og rettsanvendelsen, jfr. tvl. § 19-6 femte ledd annet punktum. Dette fokuset på at viktige avgjørelser skal begrunnes presiseres også i formålsparagrafen, jfr. tvl. § 1-1 sjette strekpunkt. I forarbeidene til tvistelovens sies det ikke noe om hvordan redegjørelsen for bevisvurderingen skal være.[1629] Det er dermed ikke klarlagt hvor langt disse nye kravene til begrunnelse for bevisvurderingen egentlig rekker. En måte å tolke det på er at det må anses som et krav om at retten på viktige punkter skal begrunne bevisvurderingen.[1630] Andre hevder imidlertid at det er mer usikkert om det kan stilles et slikt krav til begrunnelse.[1631] De nye reglene legger i alle fall opp til at retten for fremtiden må ta et tydeligere standpunkt til verdien av markedsundersøkelser som bevis.

Rettskildesituasjonen er imidlertid slik at de fleste aktuelle avgjørelser knyttet til avhandlingens tema er avgjort etter den gamle loven. Før tvisteloven av 2005 ble det ikke stilt noe eksplisitt krav til at dommeren skulle redegjøre for bevisvurderingen i norske avgjørelser. Det vil derfor være litt tilfeldig om markedsundersøkelsers bevisverdi kommenteres av retten i tvister som er avgjort før tvistelovens ikrafttredelse den 1. januar 2008. Undersøkelsene kan dermed ha blitt vektlagt uten at det er påpekt direkte. Det kan derfor være interessant å vurdere både de avgjørelsene som eksplisitt kommenterer undersøkelsen og avgjørelser som legger til grunn bevisføring som omfatter markedsundersøkelser, uten at undersøkelsen i seg selv kommenteres. Det må altså likevel tas høyde for at undersøkelsen kan ha blitt drøftet i de muntlige forhandlinger, uten at dette nevnes i de skriftlige premissene.

Det stilles mer generelle krav til begrunnelser når Markedsrådet eller Patentstyrets annen avdeling fatter vedtak etter forvaltningslovens regler, jfr. fvl. § 33 første ledd, jfr. § 24 første ledd.[1632] Kravene i forhold til begrunnelser for bevisvurderingen er imidlertid begrenset til at de faktiske forhold "nevnes" i vedtaket, jfr. fvl. § 25 annet ledd. Det er tidligere tatt til orde

[1629] Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 269.
[1630] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 792.
[1631] Hov *Rettergang I* (2007) s. 390.
[1632] Ot.prp. nr 38 (1964-1965) s. 106.

for at framstillingen av de relevante faktiske forhold bør gis en framtredende plass i begrunnelsen.[1633] Bestemmelsen må imidlertid forstås slik at den som hovedregel ikke stiller krav til noen nærmere drøftelse av de faktiske forhold, eller den bevisvurdering som er lagt til grunn.[1634] Det kreves altså ingen redegjørelse for hvordan man har funnet frem til fakta eller hvordan disse er vurdert.[1635] Hvor utførlig det må redegjøres for de faktiske forhold man har lagt vekt på, vil dermed måtte bero på de konkrete forhold.

Jeg har nedenfor forsøkt å gi en oversikt over norske avgjørelsesmyndigheters kommentarer, eventuelt manglende kommentarer, knyttet til markedsundersøkelsers bevisverdi. Gjennomgangen er ikke ment å gi klare svar i forhold til om markeds-undersøkelser vektlegges i stor eller liten grad, men kan blant annet gi en pekepinn på bevisstheten knyttet til de kriterier som ligger til grunn for denne type bevis.

20.2 I hvilken grad kommenteres markedsundersøkelsers bevisverdi?

20.2.1 Varemerkesaker

Gjennomgangen i kapittel II viste at markedsundersøkelser i stor grad ble ansett å være relevante ved vurdering av det varemerkerettslige kravet til *særpreg*, spesielt ved vurdering av innarbeidelse som varemerke. Markedsundersøkelser ble også ansett relevante som dokumentasjon for at et varemerke anses å være *velkjent*. Spørsmålet er da i hvilken grad undersøkelsens bevisverdi kommenteres i det enkelte tilfelle.

I Tabac-dommen ble for eksempel undersøkelsens bevisverdi kommentert direkte ved at verdien av undersøkelsen ble drøftet opp mot spørsmålsstillingen, målgruppen og manglende deltagelse fra motpartens side.[1636] Siden resultatene ikke ble ansett å være entydige ble ikke undersøkelsen tillagt særlig vekt for avgjørelsen.

Også i Gule sider dommen ble markedsundersøkelsens vekt i den konkrete saken kommentert av Høyesterett.[1637] Førstvoterende viste til at "undersøkelsen viser hvor stor andel av annonsørene som forbinder bransjekataloger med en bestemt utgiver. Jeg kan vanskelig tolke denne vareundersøkelsen annerledes enn at en meget stor andel av annonsørene oppfatter Gule sider som et særlig kjennetegn for noens varer eller tjenester." At den tilstrekkelige merkebevissthet forelå hos en betydelig andel av de næringsdrivende, måtte,

[1633] NOU 1987:18 s. 21.
[1634] Ot.prp. nr 75 (1993-1994) s. 38.
[1635] Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* (2010) s. 308.
[1636] Eidsivating Lagmannsrett 25. oktober 1976 (TABAC).
[1637] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen).

etter førstvoterendes syn, ”klart anses sannsynliggjort”.[1638] Med unntak av at annonsørene ble ansett å være korrekt målgruppe, ble ikke de undersøkelsestekniske krav kommentert.

De fremlagte markedsundersøkelser i Livbøyedommen skulle dokumentere både særpreg og forvekslingsfare.[1639] Det ser ut til at Høyesterett, i alle fall til en viss grad, la vekt på en av innarbeidelsesundersøkelsene. Førstvoterende i Høyesterett viste til at selskapets utplassering av livbøyen de siste 50 år bidro sterkt til at livbøyen blant folk flest ble assosiert med Vesta. Dette ble, etter førstvoterendes mening, ”bekreftet” av brukerundersøkelser.[1640] Også den fremlagte undersøkelsen som skulle dokumentere publikums kjennskap til navnet Myklegard ”underbygget”, i følge retten, anleggets og varemerkets sterke stilling i egen og omkringliggende kommuner.[1641]

I Tippinga-saken ble den fremlagte markedsundersøkelsens bevisverdi kommentert mer direkte. [1642] Retten uttalte at ”dels er undersøkelsene basert på ledende spørsmål og dels skilles det i undersøkelsene ikke mellom ulike betydninger ordet kan ha. At så mange som 73 % av de spurte i undersøkelsen fra 2006 svarer at de tenker på noe som har med Norsk Tipping å gjøre når de hører ordet «tippinga», kan ikke tillegges særlig vekt i forhold til spørsmålet om TIPPINGA er innarbeidet som varemerke”. Bevisverdien ble altså knyttet direkte til hvordan spørsmålene var stilt.

I NetCom-kjennelsen ble ikke de fremlagte markedsundersøkelser ansett å være ”tilstrekkelige” som dokumentasjon for at uttrykket Trådløs bedrift var godt kjent som særlig kjennetegn. [1643] Retten sammenlignet resultatene med den høye prosentandel fra Gule sider dommen. Det kan dermed se ut til at retten la undersøkelsen til grunn for sin vurdering, men mente at prosentandelen ikke var tilstrekkelig. Selve undersøkelsesmetoden ble ikke kommentert.

I Philips-avgjørelsen drøftet retten de ulike prosentandeler knyttet til respondentenes svar, riktignok uten å drøfte eventuelle prosentkrav. [1644] Etter rettens oppfatning viste markedsundersøkelsen at merkebevisstheten i forhold til det aktuelle varemerket var ”tydelig”, særlig blant brukere av barbermaskin. Det kan dermed legges til grunn at den fremlagte markedsundersøkelse ble ansett å ha bevisverdi. I First Price-avgjørelsen ble det påpekt at

[1638] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen) premiss 63.
[1639] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen).
[1640] Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen) premiss 70.
[1641] RG 2003 s. 70 (Borgarting, Myklegard-dommen). Den samme ordlyden ble anvendt om den fremlagte undersøkelsen i den påankede TOSLO-2010-86774 (Kvikk Lunsj).
[1642] LB-2009-99914 (Tippinga).
[1643] LB 2007-54369 (Netcom - kjennelse).
[1644] TOSLO-2004-101336 (Philips).

markedsundersøkelser gikk i samme retning som andre bevis og retten kommenterte at "det legges på bakgrunn av framlagte markedsundersøkelser og bevisførselen forøvrig til grunn at mange forbrukere kjenner FirstPrice som kjennetegn.[1645]

I en annen tingrettsdom ble det fremlagt en markedsundersøkelse som skulle dokumentere at merket SOL var innarbeidet som kjennetegn på internett.[1646] Undersøkelsene viste at 90 % av nettbrukerne hadde kjennskap til saksøker i mai 2001, og at de var Norges største nettsted i januar 2002. Retten la til grunn at saksøkers posisjon på internett "støttes videre av markedsundersøkelser" foretatt av Norsk Gallup i 2001 og 2002. Etter rettens oppfatning hadde saksøker gjennom sin innarbeidelse og registrering av varemerket, eneretten til bruk av SOL som kjennetegn på internett. Undersøkelsesmetoden ble ikke kommentert.

Den fremlagte markedsundersøkelsens bevisverdi ble imidlertid så vidt kommentert av tingretten i dommen om forvekslingsfare mellom Skagenmeglerne og Skagen Fondene.[1647] I følge retten "underbygget" den fremlagte undersøkelsen at Skagen Fondene var svært godt kjent i markedet. Retten bemerket imidlertid at en "må være forsiktig med å trekke for bastante konklusjoner ut fra slike undersøkelser, særlig når man mangler inngående kjennskap til hvordan de er utført." Det ble likevel vist til at undersøkelsen inngikk som et moment i bevisvurderingen.

Som påpekt flere ganger er det i større grad knyttet kommentarer til utforming av markedsundersøkelser i Imperiadommen.[1648] Retten kommenterte blant annet at "svars utforming kan avhenge både av spørsmålssituasjonen, spørsmålets utforming, samt hvem som svarer. Undersøkelsens representativitet og betydning for tvistesakens løsning kan således ikke avgjøres generelt, men vil bli behandlet i tilknytning til de aktuelle tvistepunkter nedenfor."

Tingretten ser også ut til å ha fremsatt en betimelig kommentar i Imsdaldommen.[1649] Retten uttalte at "ettersom den nevnte forbrukerundersøkelsen totalt mangler forklaring og bakgrunnsmateriale, kan heller ikke denne gi noen veiledning". Det er nettopp manglende dokumentasjon som ofte er problemet.

Gjennomgangen i kapittel II viste videre at både praksis og teori er noe mer tilbakeholdne i forhold til bruk av empiri som dokumentasjon for *forvekslingsfare*. Spørsmålet er da hvordan slike undersøkelser behandles i de konkrete avgjørelser.

[1645] TOSLO 2006-103922 (First Price).
[1646] RG 2003 s. 1092 (Asker og Bærum tingrett, sol.no).
[1647] TSTVG-2005-178340 (Skagen fondene).
[1648] TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen).
[1649] TGJOV-2010-63619 (Imsdalflasken).

Førstvoterende i Cash & Carry-dommen viste for eksempel til at det i rettens avveininger ikke var lagt vekt på de resultater som den ankende part mente å trekke ut av den fremlagte markedsundersøkelsen. [1650] Etter førstvoterendes oppfatning var flere spørsmål mindre presist formet og noen av dem måtte sies å være suggestive. Undersøkelsenes manglende bevisverdi fremkom også ved at det ble påpekt at det var vanskelig å trekke bestemte slutninger ut fra de svar som var gitt. Flertallet sluttet seg til disse uttalelsene.

Også i Adidasdommen kommenterte retten at den fremlagte markedsundersøkelse knyttet til forvekslingsfare hadde "begrenset verdi" for det saken gjaldt.[1651] I dette tilfelle var manglende bevisverdi begrunnet i at bevistema i saken var forvekslingsfare og ikke merkekunnskap i sin alminnelighet, slik undersøkelsen skulle dokumentere.

Mer generelle uttalelser om markedsundersøkelsers bevisverdi finnes i Esthetique-avgjørelsen.[1652] Lagmannsretten uttalte at "denne type undersøkelser foretatt på vegne av en av partene i saken bør under enhver omstendighet anvendes kritisk, og kan i en sak som denne ikke rokke ved den konklusjon som de øvrige momenter tilsier. Nødvendig sannsynliggjort krav foreligger følgelig ikke på dette grunnlag." Uttalelsene kan muligens tas til inntekt for en generelt mer skeptisk holdning til markedsundersøkelsers verdi som bevis for forvekslingsfare.

I forhold til den delen av den fremlagte markedsundersøkelsen som skulle dokumentere forvekslingsfare i First Price-dommen kommenterte retten at undersøkelsen ikke ansees "som tilstrekkelig bevis for at den alminnelige forbruker forveksler varemerkene".[1653] Om denne kommentaren var knyttet til slike undersøkelser generelt eller den konkrete undersøkelsens spesielt vites ikke.

Markedsundersøkelser kan også fremlegges som bevis i registrerings- og innsigelsessaker. Patentstyret har de senere årene, som nevnt innledningsvis, fått seg forelagt et økende antall saker der markedsundersøkelser fremlegges som bevis. Etter innføringen av den administrative prøveordningen vil det være aktuelt å fremlegge markedsundersøkelser som bevis i enda større omfang.[1654] I den grad Patentstyrets annen avdeling kommenterer markedsundersøkelsers bevisverdi kan dette eventuelt bekrefte det inntrykket som fremkommer i rettspraksis.

[1650] Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen) s. 1125.
[1651] RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen).
[1652] RG 2010 s. 1116 (Borgarting, Esthetique - kjennelse).
[1653] TOSLO 2006-103922 (First Price).
[1654] Jfr. om organiseringen i varemerkesaker i kapittel III pkt. 11.2.2 ovenfor.

I Kinder-avgjørelsen viste Patentstyrets første avdeling blant annet til de fremlagte markedsundersøkelser som skulle dokumentere kjennskap til Kinder som varemerke, uten at bevisverdien kommenteres nærmere.[1655] Patentstyrets annen avdeling nevnte ikke undersøkelsene, men kom frem til at mye talte for at Kinder var innarbeidet for sjokoladevarer, kanskje også kjent i en slik grad at det vil ha krav på Kodak-vern. Hvorvidt det i denne uttalelsen var lagt vekt på undersøkelsene vites ikke.

Patentstyrets annen avdeling kommenterte heller ikke bevisverdien av den fremlagte undersøkelse i KEA!-saken.[1656] Patentstyret la i stedet vekt på egen kjennskap og erfaring med varemerket IKEA og la til grunn at det var sannsynlig at IKEA var velkjent og dermed beskyttet av Kodak-regelen.

Flere markedsundersøkelser ble også fremlagt i en sak der spørsmålet var om Telefonkatalogen var registrerbart som varemerke.[1657] En brukerundersøkelse skulle dokumentere kjennskap til Telefonkatalogen, men det fremgikk ikke om undersøkelsen faktisk skulle teste om Telefonkatalogen var kjent som særlig kjennetegn for noens varer. Ut fra Patentstyrets kommentar om at det manglet dokumentasjon for innarbeidelse kan det se ut til undersøkelsen ikke ble ansett å gjelde spørsmål som hadde betydning for vurdering av innarbeidelse. Undersøkelsen i seg selv ble ikke vurdert. Patentstyret kommenterte heller ikke den fremlagte undersøkelsen i Ditt Distrikt-avgjørelsen, men la til grunn at gjennomsnitts-forbrukeren var målestokk for vurdering av om et varemerke manglet særpreg. [1658]

Patentstyrets annen avdeling kommenterte imidlertid bevisverdien av den fremlagte markedsundersøkelsen i M-saken.[1659] Patentstyret kom da til at undersøkelsen i seg selv ikke kunne tillegges avgjørende vekt. Slike undersøkelser ville, etter Patentstyrets mening, alltid være beheftet med usikkerhetsfaktorer. Det ble påpekt at det er vanskelig å stille spørsmålene slik at man får frem intervjuobjektenes syn på spørsmålet om varemerket oppfattes som et særmerke for én næringsdrivende. Det ble videre vist til at konteksten spørsmålene stilles i, og de svaralternativer som gis, kunne ha stor betydning for resultatene som oppnås. Patent-styret kom likevel til at når det dreide seg om bruk i et slikt omfang som i den foreliggende sak ville slike usikkerhetsmomenter måtte få underordnet betydning. Bokstaven M ble ansett å ha ervervet særpreg gjennom bruk i stort omfang i mer enn 40 år og var dermed

[1655] PS 2009-7680 (Kinder).
[1656] PS 2002-6923 (KEA!).
[1657] PS 2006-7566 (Telefonkatalogen).
[1658] PS 2004-7310 (Ditt Distrikt). Fremlagte markedsundersøkelser er heller ikke kommentert i PS-2006-7463 (Clinique), PS 2008-7777 (Dekk 1). I PS-2006-7437 (Roltex) går det frem at gjennomsnittsforbrukeren ble brukt som målestokk, fremfor en fremlagt markedsundersøkelse.
[1659] PS 2006-7456 (M).

registrerbart.[1660] Det interessante her er hvorvidt Patentstyrets forholdsvis generelle uttalelser om undersøkelseskriterier kan sies å være uttrykk for en større bevissthet knyttet til slike kriterier.

Uttalelsen i den ferske Jägermeister-saken kan i alle fall tyde på at det i større grad vies oppmerksomhet til markedsundersøkelsers bevisverdi.[1661] Patentstyrets annen avdeling uttalte at det ikke kunne rettes noen avgjørende innvendinger mot verken utvalget eller spørsmålsstillingen i undersøkelsen. Patentstyret anså at undersøkelsesresultatene var overbevisende. For sikkerhets skyld ble det imidlertid tatt med et forbehold om at det alltid knytter seg usikkerhet til slike markedsundersøkelser.

20.2.2 Markedsføringssaker

Gjennomgangen i kapittel II viste at markedsundersøkelser kan være relevante også i markedsføringsrettslige tvister. Spennvidden i de ulike problemstillinger er her noe videre enn det de er for de varemerkerettslige tvister. Jeg har likevel valgt å gi en samlet fremstilling av avgjørelsesmyndighetenes kommentarer knyttet til markedsundersøkelsers bevisverdi i markedsføringsrettslige saker.

Høyesterett kommenterte blant annet de fremlagte markedsundersøkelser i Iskremdommen.[1662] En av undersøkelsene viste at 39 % av respondentene hadde kjennskap til at Diplom-Is/Norsk Iskrem BA sto bak slagordet ”Hele Norges iskrem”. En senere undersøkelse i januar 1998 viste at 56 % hadde kjennskap til slagordet og 45 % hadde kjennskap til at Diplom-Is/Norsk Iskrem BA sto bak det. For det første viste retten til at kjennskapen til slagordet etter hvert var ”betydelig” og at dette ”illustreres” av undersøkelsene. Høyesterett viste videre til at undersøkelsen fra 1998 oppga at 40 % av de spurte hadde kjennskap til Norsk Iskrem BA, mens 26 % oppgav kjennskap til Norges-Is AS og uttalte at ”Når forskjellen ikke er større til tross for at det hadde vært svært lav aktivitet i Norges-Is AS, indikerer undersøkelsen at det er Norsk Iskrems innsats som har forårsaket at såpass mange besvarte spørsmålet bekreftende vedrørende Norges-Is AS.” Navnevalget skapte derfor, i følge retten, betydelig fare for forveksling av de to selskapene, med korresponderende mulighet for Norges-Is AS til å nyte godt av den opparbeidete goodwillen. Det ser dermed at ut til undersøkelsene ble vektlagt, men uten noen nærmere redegjørelser for undersøkelsenes bevisverdi.

[1660] I avgjørelsen i Patentbesvärsrätten i Sverige ble bokstaven M ikke ansett å ha særpreg, se PBR 03-099 (M).
[1661] PS 2011-7962 (Jägermeister).
[1662] Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen).

I Lego-dommen viste Høyesterett direkte til byrettens begrunnelse uten selv å gå inn på undersøkelsens bevisverdi.[1663] Det må dermed kunne forutsettes at Høyesterett sluttet seg til byrettens uttalelser om at undersøkelsen ikke ble ansett å gi svar på om Tomy Train var en etterligning av Lego. Byretten uttalte at resultatet må "sees på bakgrunn av at folk flest bare har kjennskap til Lego og ikke først og fremst på grunn av at "Tomy Train" er utstyrt med de omstridte tapper".[1664] Undersøkelsen ble ikke tillagt vekt.

Lagmannsretten kommenterte også en fremlagt undersøkelse som skulle dokumentere forvekslingsfare mellom navnene Lokalavisen Groruddalen og Akers Avis Groruddalen.[1665] Et av spørsmålene i saken var om distribusjon av gratisavisen "Lokalavisen Groruddalen" innebar en lovstridig etterligning av "Akers Avis Groruddalen". Retten uttalte; "Hva som i denne forbindelse kan leses ut av markedsundersøkelsen fra MMI, fremstår heller ikke entydig. Vekten av undersøkelsen vil av den grunn være svært begrenset". Bevisverdien av undersøkelsen ble altså knyttet opp mot hvorvidt den var "entydig", men det ble ikke gitt noen begrunnelse for hva som lå i dette. Den fremlagte undersøkelsen som skulle dokumentere forvekslingsfare mellom Lyden av lørdag og Lyden av Norge ble heller ikke kommentert.[1666]

Markedsundersøkelsen som ble fremlagt i Kavli-saken skulle dokumentere at det *ikke* var forvekslingsfare mellom smøreostene til Kavli og Finden, og viste at 91 % av forbrukerne ikke tok feil av smøreostene.[1667] Høyesterett kommenterte ikke bevisverdien av undersøkelsen og kom da også til at det synbare helhetsinntrykket var at tubene *var* egnet til å forveksles. Undersøkelsen kan derfor ikke ha blitt tillagt noen bevisverdi.

Spørsmålet i en tingrettssak var om registreringen av domenenavnet "ellevilledager.no" var i strid med god forretningsskikk grunnet Steen & Strøms salgskampanje "elleville dager".[1668] Retten viste til undersøkelsen og dens resultater, men sa intet om de undersøkelsestekniske krav eller bevisverdi. Det kan imidlertid se ut til at retten la til grunn at undersøkelsen, sammen med dokumenterte markedsføringskostnader, konsekvent gjennomførte kampanjer over tid og salgsøkning i den aktuelle uke, medførte at det var opparbeidet goodwill for "elleville dager".

[1663] Rt 1994 s. 1584 (Legodommen) s. 1591.
[1664] Tønsberg byrett 12. desember 1990 (Lego) s. 21.
[1665] RG 2006 s. 312 (Borgarting, Akers Avis Groruddalen - kjennelse). Kravet om midlertidig forføyning gjaldt både varemerkeloven og markedsføringsloven.
[1666] RG 2008 s.117 (Borgarting, Lyden av lørdag - kjennelse).
[1667] Rt 2000 s. 1698 (Kavli, kjennelse).
[1668] TOSLO-2006-136792 (Elleville dager).

I den grad markedsundersøkelser fremlegges som dokumentasjon for Markedsrådet kan uttalelser om undersøkelsens bevisverdi være veiledende i forhold til vurderinger av urimelig handelspraksis.

Markedsrådet kommenterte for eksempel at undersøkelsen i Top form saken var av utpreget hypotetisk karakter og var ikke tilstrekkelig representativ til å kunne tillegges noen utslagsgivende vekt.[1669] Hvorvidt det var spørsmålene eller resultatene som ble kritisert av Markedsrådet vites ikke, men bevisverdien ble i alle fall knyttet til aktuelle undersøkelses-kriterier.

I Rex-saken viste Markedsrådet til de fremlagte undersøkelsene og uttalte at disse måtte antas å være beheftet med så mange feilkilder og hadde så vidt begrenset verdi, at de ikke var noe å bygge på.[1670] I og med at de undersøkelsestekniske krav ikke kommenteres er det usikkert hvilke feilkilder det ble antatt at undersøkelsen hadde. Det ble i stedet vist til at det ut fra alminnelig erfaring måtte legges til grunn at de vanlige forbrukergrupper ville oppfatte slike reklameutsagn som at det var den beste på markedet.

20.2.3 Hovedinntrykket fra norsk praksis

Hovedinntrykket etter gjennomgangen av bevisvurderingen i norsk rettspraksis, både for varemerke- og markedsføringsrettslige problemstillinger, er at markedsundersøkelsers bevisverdi kommenteres i liten, eller i alle fall i varierende grad.

I den grad bevisverdien kommenteres direkte i domspremissene skjer det ofte i mer generelle vendinger. Verken i domstolen eller i de domstollignende forvaltningsorganer knyttes bevisverdien i særlig grad til konkrete vurderinger av de undersøkelsestekniske krav. Imperiadommen må her sies å være et sjeldent unntak. Det er derfor vanskelig å si noe generelt om markedsundersøkelsers bevisverdi i norsk rett.

Gjennomgangen bekrefter dermed det inntrykket som ble skapt i gjennomgangen av undersøkelseskriterier i juridisk kontekst. Det er liten bevissthet knyttet til markeds-forskningens metoder, som grunnlag for bevisvurderingen, i norsk rett.

Det ser imidlertid ut til at avgjørelsesmyndighetene generelt er åpne for å legge vekt på innarbeidelsesundersøkelser knyttet til særpregsvurderinger og dokumentasjon for at et merke anses å være velkjent, mens det utvises generell skepsis til undersøkelser som skal dokumentere forvekslingsfare.

[1669] MR 1977-8 (Top form).
[1670] MR 1975-3 (Rex).

20.3 Markedsundersøkelser i forhold til andre aktuelle bevis

Det er liten tvil om at også andre bevis kan være aktuelle når omsetningskretsens oppfatning er vurderingstema. Sakkyndige vitner som uttaler seg om antatt innarbeidelse, villedning eller forvekslingsfare er allerede nevnt som relevante bevis i denne sammenheng. Men også andre bevis kan gi indikasjoner på omsetningskretsens oppfatning, uten å dokumentere den direkte. I praksis vil markedsundersøkelser fremlegges som ett av flere bevis som skal underbygge de ulike bevistemaer. Avgjørelsesmyndighetene må dermed vurdere undersøkelsens bevisverdi, sett i forhold til andre aktuelle bevis.

Forholdet mellom markedsundersøkelser og andre bevis fremkommer tydelig i svensk rett, gjennom begrepene direkte og indirekte bevisning.[1671] Ved vurdering av om et varemerke anses innarbeidet anses for eksempel markedsundersøkelser som direkte bevis, mens blant annet dokumentasjon for markedsandeler og markedsføringskostnader vil utgjøre indirekte bevis.

Slike andre bevis kan gå i samme retning som markedsundersøkelser, eller kan tvert imot indikere direkte motstrid. Det kan derfor være fruktbart å gjennomgå i hvilken grad markedsundersøkelser vurderes opp mot, eller i tillegg til, andre bevis. Gjennomgangen nedenfor er imidlertid kun ment som en skissemessig antydning av hvilke andre bevis som kan være aktuelle. Formålet med henvisningene til rettspraksis vil derfor være illustrasjoner av de ulike former for bevis som kan vurderes.

For det første kan det ved spørsmål om dokumentasjon for at merke er innarbeidet eller velkjent fremlegges dokumentasjon for *markedsandeler*. Det må være naturlig å si at det er en sammenheng mellom hvor utbredt merket er, og hvor godt kjent det er.[1672] Det vil altså være en sammenheng mellom merkekjennskap og markedsandel. Sammenhengen mellom markedsandel og oppfatningen av merket som særpreget, er imidlertid ikke like selvsagt. Det kan tvert imot hende at merker som er godt kjent etter en stund oppfattes som en generisk betegnelse, og dermed mister sitt vern som særlig kjennetegn. På den annen side kan eksklusive merker, som har en forholdsvis liten markedsandel, være godt kjent som særlig kjennetegn i en mindre omsetningskrets.[1673]

Dokumentasjon for markedsandeler sier altså ikke noe direkte om hvorvidt merket oppfattes som et varemerke eller en generisk betegnelse. For det store flertall av merker kan

---

[1671] Se blant annet forarbeidene til den svenske varemerkeloven av 1960; SOU 1958:10 s. 223.
[1672] Se for eksempel Kotler og Keller *Marketing management* (2009) s. 275 flg. og Sinding *Branding: et verktøy for å sikre verdiskaping* (2004) s. 27 flg.
[1673] Kotler og Keller *Marketing management* (2009) s. 690.

det imidlertid hevdes at høy markedsandel kan gi en indikasjon på at et merke anses å ha opparbeidet seg særpreg. I tillegg er det ikke tvil om at dokumentasjon for markedsandeler er lettere tilgjengelig og mindre kostnadskrevende som bevis, sammenlignet med markeds-undersøkelser som skal dokumentere omsetningskretsens oppfatning.[1674]

Ved vurdering av beskyttelse for firmanavnet Norsk Iskrem BA og slagordet "Hele Norges iskrem" ble det for eksempel lagt vekt på at markedsandelen på 50 % førte til at firmaet var markedsledende og dermed godt innarbeidet.[1675] Også i Philips- avgjørelsen la retten vekt på markedsandeler.[1676] I begge avgjørelsene gikk imidlertid også markeds-undersøkelser, sammen med flere andre bevis, i samme retning. I Lebara-kjennelsen la retten vekt på en rapport fra Post og Teletilsynet som viste at selskapet var det 6. største mobil-selskapet ut fra abonnement og trafikk.[1677] I Zielinsky-avgjørelsen ble det kommentert at det savnes opplysninger både om markedsandeler og om at det blant forbrukeren har dannet seg en bestemt oppfatning om at Zielinskys produkt er bedre enn konkurrentenes.[1678] Uttalelsen kan altså tyde på at begge deler anses relevante som dokumentasjon for innarbeidelse.

Markedsandeler som relevant bevis kan også innfortolkes i dansk praksis. Ved spørsmål om varemerkeinngrep overfor Netto som kjennetegn for en matvarekjede, ble det fremlagt dokumentasjon på at kun 8 % av den danske befolkning *ikke* handlet på Netto.[1679] Selv om Sø- og Handelsretten ikke kommenterte dette direkte, kom retten frem til at Netto var et velkjent merke.

Det er imidlertid også et eksempel fra dansk praksis på at selv om markedsandelen er liten, kan et merke anses å være innarbeidet. I Fisherman's Friend avgjørelsen kom retten for eksempel frem til at selv om markedsandelen kun var på ca 3.5 %, måtte merket anses å være velkjent i Danmark.[1680] Her gikk den fremlagte markedsundersøkelsen i samme retning som rettens egen oppfatning.

Det er også i flere svenske avgjørelser påpekt at markedsandeler har betydning som dokumentasjon for innarbeidelse. I den svenske Red-Bull-avgjørelsen ble for eksempel markedsandeler og salgstall, sammen med flere markedsundersøkelser, ansett å dokumentere at Red Bull var innarbeidet som varemerke. [1681]

[1674] Synnerstad *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden* (1992) s 11
[1675] Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen).
[1676] TOSLO-2004-101336 (Philips).
[1677] LB-2007-133644 (Lebara - kjennelse).
[1678] LF 2008-1008 (Zielinsky-kjennelse).
[1679] U.2011.280S (Net2 Maleren).
[1680] U.2007.1896H (Fisherman's friend).
[1681] MD 2010:4 (Red Bull II).

For det andre kan *omsetningstall* si noe om utbredelse og dermed kjennskap til et merke eller et produkt. En total omsetning på ca 6 % ble for eksempel nevnt som ett av flere momenter som tilsa at Big Bite *ikke* var innarbeidet.[1682] Her var det imidlertid heller ikke fremlagt noen undersøkelse som kunne dokumentere innarbeidelse. Årlig omsetning ble også vurdert som et moment ved spørsmål om innarbeidelse i Philips-avgjørelsen.[1683]

I Patentstyret annen avdelings vurdering av om Ditt Distrikt hadde opparbeidet seg tilstrekkelig særpreg ble det lagt betydelig vekt på kunde- og omsetningstall, også her i tillegg til en fremlagt markedsundersøkelse. [1684] I forhold til luksusvarer kan det imidlertid hevdes at selv om disse selges i liten målestokk kan både produkt og merke være sterkt innarbeidet. Luksusvarer kan ha en særdeles merkebevisst omsetningskrets.

For det tredje kan høye *markedsføringskostnader* indikere en innsats som kan føre til innarbeidelse.[1685] Høy grad av kjennskap kan for eksempel sies å være en effekt av markedsføringen.[1686] Det må likevel påpekes at storstilte markedsføringskampanjer selvsagt kan være mislykkede. Markedsføringskostnader kan derfor aldri alene anses å dokumentere innarbeidelse for et merke eller et produkt.

Et eksempel fra norsk rettspraksis på at markedsføringskostnader er vektlagt er førstvoterendes vurdering av hvorvidt Gule sider var innarbeidet som varemerke.[1687] Gule sider ble ansett å ha ervervet særpreg blant annonsørene etter en ”usedvanlig omfattende og intensiv markedsføring” av et ”ekstraordinært omfang”.

Markedsføringskostnader var også fremlagt som et sentralt bevis i den svenske Hits for kids-avgjørelsen.[1688] På tross av store investeringer og høy aktivitet kom imidlertid Patentbesvärsrätten frem til at merket ikke var innarbeidet. Det avgjørende for spørsmålet om innarbeidelse for Hits for kids som varemerke var den fremlagte markedsundersøkelsens resultater. I dette tilfellet ble det altså lagt størst vekt på en undersøkelse.

Den svenske Marknadsdomstolen har imidlertid etterspurt dokumentasjon for markedsføringskostnader. Ved spørsmål om innarbeidelse for We som varemerke for ungdomsklær kommenterte Marknadsdomstolen; ”i övrigt saknas utredning om såväl

---

[1682] Frostating lagmannsrett 21. desember 1999 (Big Bite).
[1683] TOSLO-2004-101336 (Philips). Se også TSTVG-2005-178340 (Skagen fondene).
[1684] PS 2004-7310 (Ditt Distrikt).
[1685] Lunde *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (2003) s. 263.
[1686] Rosén *Kännetecknens goodwillskydd: från anseende till uppmärksamhetsvärde i svensk kännetecknens- och marknadsrätt* Festskrift til Mogens Koktvedgaard (2003) s. 483.
[1687] Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen). Se og TOSLO-2004-101336 (Philips).
[1688] PBR 07-352 og 07-353 (Hits for kids).

marknadsföringskostnader som marknadsföringens omfattning".[1689] Uttalelsen tyder på at markedsføringskostnader ble ansett å være relevante. I og med at de fremlagte markeds-undersøkelser også ble kritisert på flere punkter, kom domstolen frem til at ikke var dokumentert at We var innarbeidet i markedet.

Dokumentasjon for markedsandeler, omsetningstall og markedsføringskostnader kan også, samlet sett, si noe om hvorvidt merkets eller produktets markedsbearbeidelse har vært effektiv. I den svenske Santa Maria avgjørelsen la for eksempel retten vekt på at virksomhetens produkter med tacoskjell, tortillas og kryddermix hadde en markedsandel på 60 %, en omsetning på 20 millioner på ett år og markedsføringsutgifter på 10 millioner svenske kroner de siste årene.[1690]

For det fjerde kan også *tidsaspektet* ha betydning. Dokumentasjon for hvor lang tid et merke eller et produkt har vært på markedet kan for eksempel gi indikasjoner på innarbeidelse. Dette tidsaspektet ser ut til å ha hatt betydning i den svenske Snille och Smak-avgjørelsen.[1691] Retten uttalte: "med hänsyn till den extremt långa användningen av kännetecknet SNILLE OCH SMAK i figur, den stora omsättningen av språkvårdande verk samt av den kännedom om kännetecknet som framkommit genom den av BrandEye AB utförda marknadsundersökningen i januari 2009 får det anses utrett att Svenska Akademiens kännetecken var väl ansett för bl.a. böcker och bokutgivning vid tiden för URO:s ansökan om registrering av sitt varumärke den 10 april 2007." Her gikk altså flere bevis i samme retning, og samtlige underbygget påstanden om innarbeidelse. Forsøk på å vise at lang tids eksistens i markedet kan oppveie for en undersøkelse som viste lavt kjennskap til Hits for kids som varemerke, førte imidlertid ikke frem.[1692]

Som et femte moment kan også dokumentasjon gjennom *bransjeerklæringer* eller *forhandlererklæringer* nevnes. Det er for eksempel påpekt i norsk juridisk teori at slike erklæringer kan gi grunnlag for å konstatere at et varemerke er kjent som noens særmerke.[1693] Det presiseres imidlertid, samme sted, at det ikke vil være naturlig å legge nevneverdig bevisverdi på slike erklæringer. Jeg har heller ikke funnet eksempler på at slike er vektlagt i norsk praksis.

I forhold til de fremlagte bransjeerklæringer i Lotto-avgjørelsen påpekte dansk Højesteret at erklæringene fra Nærbutikkernes Landsforening og De Samvirkende Købmænd ikke kunne

[1689] MD 2011:1 (We-Kappahl).
[1690] MD 2002:28 (Santa Maria).
[1691] PBR 08-287 (Snille och smak).
[1692] PBR 07-352 og 07-353 (Hits for kids).
[1693] Lassen og Stenvik *Kjennetegnsrett* (2011) s. 256-257.

legges til grunn, fordi de i realiteten kun forhandlet lottospill fra Danske Spil.[1694] Denne monopolsituasjonen medførte at erklæringene ikke kunne gi uttrykk for den generelle oppfatningen i markedet. Heller ikke de fremlagte erklæringer fra restauranteiere og innkjøpere, som skulle dokumentere kjennskap til Torres for vin, kunne anses å bevise at Torres var et velkjent merke utover den profesjonelle krets.[1695]

En viss skepsis til bransjeerklæringer ses også i den svenske Pewag-avgjørelsen.[1696] Marknadsdomstolen uttalte at selv om de to vitnene fra bransjen hadde bransjekunnskap var deres utsagn basert på egne iakttageler og oppfatninger, og var derfor ikke en systematisk kunnskap om markedets kjennskap til de aktuelle produktet. Domstolen kom da frem til at uttalelsene om etterligning av produktene, av den grunn, ikke ga sikre slutninger.

Disse eksemplene på ulike former for bevismidler som kan si noe om omsetningskretsens oppfatning er ikke uttømmende. Det er også i OHIMs retningslinjer nevnt eksempler på dokumentasjon som fremlegges forholdsvis ofte for å vise at et merke er innarbeidet eller velkjent.[1697] Listen inneholder følgende eksempler:

(i) Sworn or affirmed statements;
(ii) Decisions of Courts or Administrative authorities;
(iii) Decisions of the Office;
(iv) Opinion polls and market surveys;
(v) Audits and inspections;
(vi) Certifications and awards;
(vii) Articles in the press or in specialized publications;
(viii) Annual reports on economic results and company profiles;
(ix) Invoices and other commercial documents;
(x) Advertising and promotional material.

Det er imidlertid ikke mulig, på basis av denne skissemessige gjennomgangen, å si noe konkret om verdien av de ulike bevismidler, verken enkeltvis eller vurdert opp mot en fremlagt markedsundersøkelse. Gjennomgangen har likevel bekreftet at i praksis vurderes ikke undersøkelsers verdi isolert, men ses sammen med andre bevis.

[1694] U.2010.1979H (Lotto).
[1695] U.2000.620H (Torres).
[1696] MD 2009:23 (Pewag).
[1697] Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) Part C, Opposition Guidelines s. 365.

21 Undersøkelseskriterienes betydning i bevisvurderingen

21.1 Undersøkelseskriterienes direkte innflytelse

For å kunne vurdere undersøkelseskriterienes direkte innflytelse i enkeltsaker må det kunne slås fast at det faktisk er utviklet kriterier som kan anvendes i en juridisk kontekst. Dersom det tas utgangspunkt i gjennomgangen av kriteriene i kapittel IV, kan det hevdes at slike kriterier finnes. Disse vil i så fall kunne fungere som minstekrav for vurderinger av markeds-undersøkelser som bevis.

Gjennomgangen av norsk praksis har imidlertid vist at verken undersøkelseskriterier spesielt, eller markedsundersøkelsers bevisverdi generelt, kommenteres i særlig grad. Det er derfor vanskelig å si noe om hvorvidt undersøkelseskriteriene har hatt noen innflytelse i bevisvurderingen.

Dersom undersøkelseskriteriene skal kunne ha noen reell innflytelse, må avgjørelses-myndighetene ha kunnskap om disse kriteriene. Det kan imidlertid ikke forutsettes at de besluttende organer allerede innehar slik kunnskap. Det vil derfor være behov for at dommeren får kunnskap om disse kriteriene gjennom utspørring av sakkyndige vitner eller gjennom fagkyndige meddommeres kompetanse. Medlemmer av Markedsrådet og Patentstyrets annen avdeling må imidlertid i større grad basere sine avgjørelser på den kunnskap som eventuelt innehas internt i organet.

Behovet for kunnskap om de undersøkelsestekniske kriterier er også påpekt i forhold til OHIMs vurdering av markedsundersøkelser som bevis knyttet til registrering av EU-varemerker.[1698] Dette er antatt spesielt å gjelde behovet for større fokus på definisjonen av målgruppen, kravene til representativt utvalg og kontrollen med ordlyden i spørsmålene.

I mangel av slik kunnskap kan det være nærliggende å flytte innfallsvinkelen over til mer skjønnsmessige verdivurderinger som samsvarer med rettens egen oppfatning. Ønsket om å kunne begrunne resultatet på en plausibel måte kan dermed også innvirke på bevis-vurderingen.[1699] Dette i seg selv kan være en årsak til at undersøkelseskriteriene får liten direkte innflytelse på vurderinger av markedsundersøkelsers bevisverdi i enkeltsaker.

[1698] Niedermann *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM* IIC (2006) s. 276.
[1699] Eckhoff og Helgesen *Rettskildelære* (2001) s. 34.

Manglende kunnskap, eller i alle fall manglende bevissthet, knyttet til de krav som kan stilles til en markedsundersøkelser kan dermed få avgjørende betydning for undersøkelses-kriterienes innflytelse og vurderinger av markedsundersøkelsers bevisverdi.

21.2 Undersøkelseskriterienes innflytelse som ulovfestede normer

Som påpekt flere ganger vil prinsippet om fri bevisvurdering være en forutsetning for anerkjennelse av markedsundersøkelser som bevis. Det er imidlertid liten tvil om at de enkelte avgjørelsesmyndigheter, på ett eller annet vis, må forholde seg til vurderinger av undersøkelsens verdi, også basert på kriterier hentet fra samfunnsvitenskapelige metoder. Behovet for kunne lene seg mot allerede etablerte retningslinjer kan nettopp være viktig dersom avgjørelsesmyndighetene i den enkelte sak mangler kunnskap om disse kriteriene.

I den grad rettsanvenderen trekker inn hjelpevitenskaper som rekker utover begrunnelsen for bevisresultatet, kan det derfor spørres om dette i seg selv kan få betydning for senere saker.[1700] Kriterier fra slike hjelpevitenskaper kan i så fall sies å være gyldige utover den konkrete sak.

Dersom det over tid har dannet seg erfaring med vurdering av markedsundersøkelser som bevis, kan dette komme til uttrykk i rettspraksis gjennom allmenne erfaringsregler.[1701] Denne erfaringen kan være basert både dommerens egen generelle erfaring og erfaring fra andre med kompetanse innen markedsanalyse. Markedsundersøkelser som bevismiddel kan dermed ha bevisverdi både i kraft av seg selv og i kraft av en eller flere relevante erfaringssetninger av generell karakter.[1702] Spørsmålet er da om undersøkelsestekniske krav i så fall har utviklet seg fra å være ledd i den vitenskapelige metode til å være normgivende i bevisvurderingen.[1703]

En slik utvikling av disse kriteriene må drøftes opp mot prinsippet om fri bevisvurdering. I utgangspunktet er det ikke rom for å la rettspraksis danne et fast system av bevisvurderings-regler som kan tre i stedet for de generelle regler om tilstrekkelige bevis.[1704] Det er også hevdet at faste retningslinjer for bevisvurderingen kun er ønskelige og akseptable som erfaringssetninger dersom disse kan være støttende ved vurdering av visse bestemte bevisers vekt.[1705] Jeg har imidlertid ikke funnet noen konkrete uttalelser i norsk praksis eller teori som

[1700] Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 985.
[1701] Nygaard *Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane* TfR (2002) s. 47.
[1702] Kolflaath *Bevisbedømmelse - sannsynlighet eller fortellinger?* JV (2004) s. 291.
[1703] Nygaard *Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane* TfR (2002) s. 46.
[1704] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 565.
[1705] Zahle *Om bevisbedømmelsen. Kommentar til nogle aktuelle emner* UfR (1978) s. 378.

kan være veiledende i denne vurderingen, og må falle tilbake på mer generelle vurderinger av forholdet mellom bindende normer og fri bevisvurdering.

Blant annet er det i svensk juridisk teori påpekt et behov for enhetlig praksis ved vurdering av markedsundersøkelser som bevis.[1706] Dette kan tilsi at det bør følges mer generelle retningslinjer. Hvorvidt disse bør være normgivende også i bevisvurderingen er imidlertid et vanskeligere spørsmål. Selv om slike retningslinjer kan være nyttige for å gi dommeren noen hint om hva han eller hun skal se etter når markedsundersøkelser fremlegges som bevis, vil en innføring av bindende kriterier rokke ved grunnvollene i norsk prosessrett.

Retningslinjer knyttet til undersøkelseskriterier har i større grad fått innpass i domstolens praksis i tysk rett.[1707] Selv om bildet ikke er like klart i engelsk praksis, kan det også hevdes at de såkalte Raffles-kriterier har vært med på å danne visse retningslinjer for bevisvurderingen også i engelsk rett.[1708] Det er imidlertid ikke grunn til å tro at disse retningslinjene anses å være bindende for domstolen. Fokuset på bruk av markedsundersøkelser i USA har ført til at etablerte retningslinjer, utviklet i rettspraksis, i større grad forventes å bli fulgt av den enkelte dommer. Retningslinjer for vurderinger av vitenskapelig forskning er også lagt inn i Federal Judicial Centers Reference Manual on Scientific Evidence.[1709]

For norsk retts vedkommende er det mest nærliggende å hevde at prinsippet om fri bevisvurdering vil veie tyngre enn behovet for ulovfestede normer ved vurdering av markedsundersøkelser som bevis. Det kan imidlertid ikke være noe i veien for at det utvikles og følges visse retningslinjer for utarbeidelse av undersøkelser som skal kunne fungere i en juridisk kontekst. I så fall vil det være naturlig at slike retningslinjer også får betydning i den juridiske vurderingen av undersøkelsen.

Dersom markedsundersøkelser legges frem i stadig større grad, vil behovet for klarere kriterier også bli mer aktuelt i tiden fremover. Det kan derfor være grunn til å ha et visst fokus på slike retningslinjer også i avgjørelsesmyndighetenes bevisvurdering, men da som veiledende hjelpemidler. Undersøkelseskriteriene kan vanskelig sies å utgjøre bindende ulovfestede normer i norsk rett.

[1706] Farrahi *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten* NIR (2006) s. 462.
[1707] For en oversikt over disse, se Niedermann *The use of surveys as legal evidence* The SAGE Handbook of Public Opinion Research (2008) s. 521.
[1708] Imperial Group plc v. Philip Morris Ltd. [1984] RPC s. 293 (se s. 302).
[1709] Reference Manual on Scientific Evidence, second edition 2000 s. 229 flg.

21.3 Forholdet mellom sannsynlighetsovervekt og statistisk signifikans

Et forhold som kan komplisere den konkrete vurderingen av markedsundersøkelser som bevis er at det vitenskapelige kravet til statistisk signifikans ikke nødvendigvis sammenfaller med kravet til sannsynlighetsovervekt ved vurdering av bevis i retten.

I utgangspunktet analyseres undersøkelsesresultatene i tråd med de vitenskapelige krav. Som drøftet i kapittel IV pkt. 16.6 ovenfor går statistisk sannsynlighet ut på hvor sannsynlig det er at undersøkelsen stemmer med virkeligheten, vurdert ut fra et valgt forhåndsbestemt signifikansnivå.

Når undersøkelsen fremlegges i retten eller overfor en annen avgjørelsesmyndighet, foretas det imidlertid en selvstendig vurdering av hvor sannsynlig det er at beviset gir uttrykk for virkeligheten. Vurderinger av sannsynlighet foretas derfor både i de statistiske analyser og i den senere juridiske bevisvurderingen. Et interessant spørsmål er hvordan disse to vurderingene forholder seg til hverandre.

Hovedregelen for den juridiske bevisvurdering er at det mest sannsynlige faktum legges til grunn som bevist.[1710] Det er imidlertid ikke, og skal vel heller ikke være, noen klare regler for hvordan denne sannsynlighetsvurderingen skal foregå. Det kan dermed være store forskjeller mellom den intuitive tilnærming ved vurdering av sannsynlighet på den ene side og mer formelle modeller bygget på sannsynlighetsteorier på den annen.[1711] Det ser imidlertid ut til at de mer formelle sannsynlighetsteorier er på vikende front i norsk rett. Det er blant annet hevdet at sannsynlighetsteorier i praksis ikke brukes i valget mellom forskjellige måter å forklare omstendighetene i en sak på.[1712] Det kan derfor hevdes at den norske bevisteorien om overvektsprinsippet har vært i utakt med bevisvurderingen i det praktiske rettsliv.[1713]

Dersom det kan legges til grunn at sannsynlighetsparadigmet har begrenset relevans for de fleste rettssaker, kan også markedsundersøkelsers bevisverdi vurderes på et annet grunnlag.[1714] Dommeren er da egentlig tilbake til utgangspunktet om en fri bevisvurdering, der utsagn om sannsynlighet i bevislæren uansett vil innebære innslag av personlig skjønn.[1715]

[1710] NOU 2001: 32 A s. 458-460. Se også om bevisbedømmelse og sannsynlighetsregning i norsk juridisk teori; Schei... [et al.] *Tvisteloven* (2007) s. 987-990, Hov *Rettergang II* (2010) s. 1140 flg., Robberstad *Sivilprosess* (2009) s. 247 flg. Graver *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig magefølelse eller rasjonell helhetsvurdering?* TfR (2009) s. 192 flg. og Kolflaath *Bevisbedømmelse - sannsynlighet eller fortellinger?* JV (2004) s. 279 flg.
[1711] Graver *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig magefølelse eller rasjonell helhetsvurdering?* TfR (2009) s. 192.
[1712] Graver *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig magefølelse eller rasjonell helhetsvurdering?* TfR (2009) s. 210.
[1713] Kolflaath *Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil* LogR (2008) s. 163.
[1714] Kolflaath *Bevisbedømmelse - sannsynlighet eller fortellinger?* JV (2004) s. 302.
[1715] Hov *Rettergang II* (2010) s. 1141.

Spørsmålet er da om denne skjønnsmessige vurderingen skal, eller bør, falle inn under rammen av de vitenskapelige krav til sannsynlighet. I så fall kan vurderinger av statistisk sannsynlighet til en viss grad bli styrende for rettens og andre avgjørelsesmyndigheters bevisvurdering. Innenfor denne rammen vil det ikke være mulig å gå dypt inn i denne materien, men det er etter min mening betimelig å peke på problemstillingen knyttet til forholdet mellom bevisvurdering og statistisk sannsynlighet.

Behovet for en avklaring kan illustreres ved det foran nevnte eksemplet knyttet til vurdering av signifikanssannsynlighet ved undersøkelse av om et merke er velkjent.[1716] Dersom beregninger viste at signifikanssannsynligheten var mindre enn signifikansnivået kunne nullhypotesen forkastes og det kunne påstås at varemerket *var velkjent*.[1717] Det innebærer at et høyt signifikansnivå gir uttrykk for at det er stor sannsynlighet for at undersøkelsen faktisk gir uttrykk for virkeligheten. Dommerens oppgave i bevisvurderingen vil imidlertid være knyttet til vurderinger som i større grad er basert på skjønn.

Det er selvsagt ikke noe i veien for at dommeren i dette eksempelet kan legge til grunn den samme forståelse av sannsynlighet som kommer til uttrykk gjennom den statistiske analysen. Det forutsetter for det første at dommeren kjenner de vitenskapelige krav til dataanalyser og er i stand til å vurdere dem. Men vel så viktig er det at dommeren gis tilgang til all nødvendig informasjon som ligger til grunn for dataanalysen. Det vil være svært bekymringsfullt dersom signifikansnivået er lavt og dommeren ikke får informasjon om dette når undersøkelsen fremlegges. Dersom dommeren i slike tilfeller legger avgjørende vekt på undersøkelsen vil konsekvensen bli at avgjørelsen baseres på bevis som med stor sannsynlighet ikke stemmer med virkeligheten.

Bildet vil imidlertid sjelden være så svart/hvitt. Bevisvurderingen i retten har et videre perspektiv og skal ta høyde for sannsynligheten for at også andre bevis gir uttrykk for virkeligheten, jfr. analysene i pkt. 20.3. Dersom bevisene går i samme retning settes ikke denne problemstillingen på spissen. Men dersom bevisene går i motsatt retning, for eksempel ved at to markedsundersøkelser viser diametralt motsatt resultat kan det være nødvendig å vurdere undersøkelsenes statistiske signifikansnivå.

Det avgjørende er da at dommeren får forelagt informasjon om den statistiske signifikans, slik at det vil være mulig å ta hensyn til det. Behovet for kunnskap om undersøkelseskriterier og behovet for å få fremlagt all relevant dokumentasjon blir igjen sentrale aspekter.

[1716] Jfr. kapittel IV pkt. 16.6 ovenfor.
[1717] Wenstøp *Statistikk og dataanalyse.* (2003) s. 237.

22 Kommentarer og refleksjoner til kapittel V

Målet med bevisvurderingen er å finne frem til bevisverdien av det aktuelle bevis. Generelt kan det sies at bevisverdien av et ethvert dokument beror på hvem dokumentet hitrører fra, under hvilke omstendigheter dokumentet er blitt til og på sannsynligheten av den beretning dokumentet inneholder.[1718] Selv om markedsundersøkelser ikke kan sies å være rene dokumentbevis, vil denne oppsummeringen passe godt også på vurderinger av markeds-undersøkelsers bevisverdi.

Markedsundersøkelsers bevisverdi kan ha sitt grunnlag både i undersøkelseskriterienes innflytelse på dommerens bevisvurdering, men også i andre forhold som ligger helt utenfor slike vitenskapelige vurderinger. Rene verdipremisser kan ha betydning for hvilken styrke markedsundersøkelser som bevis generelt anses å ha. Det kan blant annet innebære at undersøkelsesresultatenes validitet og reliabilitet kan sies å være nødvendige, men ikke tilstrekkelige, forutsetninger for å vektlegge markedsundersøkelser som bevis.

Det kan også være nærliggende å tolke manglende vurdering av undersøkelseskriterier, og generelt manglende kommentarer til markedsundersøkelser bevisverdi, som manglende kunnskap og bevissthet om de samfunnsvitenskapelige kriterier. For dommeren kan det, bevisst eller ubevisst, ha vært en høy terskel for å bevege seg inn på vurderinger av de undersøkelsestekniske metoder og kvalitative krav som stilles til en markedsundersøkelse. I så fall kan denne usikkerheten ha ført til at dommeren har vektlagt alternative bevis eller rene formelle lovfortolkninger som er mer ”spiselige”. Dette vil naturligvis måtte få konsekvenser for vurderingen av markedsundersøkelser som bevis. På den ene side kan det ha medført at undersøkelser med svært lav reliabilitet og validitet likevel har blitt vektlagt. På den annen side kan det ha medført at kvalitativt gode undersøkelser, som faktisk gjenspeiler virkeligheten, ikke har blitt vektlagt.

I enkeltsaker kan det imidlertid være en utfordring at avgjørelsesmyndighetene ikke får fremlagt det nødvendig underliggende materiale. Når dette ses i sammenheng med manglende kunnskap om sentrale undersøkelseskriterier, kan det være et problem at mulige feilkilder ikke oppdages. Avgjørelsesmyndighetene får i slike tilfeller ingen signaler om hva som bør kontrolleres nærmere. Manglende bakgrunnsdokumentasjon ved fremleggelse av en markeds-undersøkelse må dermed i seg selv gi grunnlag for ikke å vektlegge undersøkelsen.

[1718] Gomard og Kistrup *Civilprocessen* (2007) s. 617.

For å kunne vurdere markedsundersøkelsers bevisverdi må dermed to sentrale forutsetninger oppfylles: avgjørelsesmyndighetene må ha fått den nødvendige kunnskap som kreves for å kunne vurdere undersøkelsens kvalitative verdi og all relevant dokumentasjon må ha blitt fremlagt som en del av bevisføringen. I motsatt fall blir vurderinger av markeds-undersøkelsers bevisverdi høyst usikker.

Det er likevel tvilsomt om undersøkelseskriteriene i seg selv kan sies å danne bindende normer for dommerens bevisvurdering. Balansegangen mellom å dra nytte av vitenskapelige kriterier i bevisvurderingen og ivaretakelse av hensynet til fri bevisvurdering kan derfor by på utfordringer i praksis.

Kapittel VI Avsluttende kommentarer og vurderinger

23 Konsekvenser av at markedsundersøkelser anerkjennes

23.1 Markedsmekanismenes innflytelse

Nødvendige tilknytningspunkter mellom markedet og varemerket, og mellom markedet og markedsføringen av produkter eller tjenester ble påpekt innledningsvis. For å kunne si noe om dette markedet kan informasjon hentes fra juridiske vurderinger eller empiriske studier. Mens disse to tilnærmingsmåtene i det foregående har blitt drøftet parallelt, rettes fokuset her mot mulige konsekvenser av at markedsundersøkelser i større grad anerkjennes. En gjennomgang av ulike konsekvenser, både positive og negative, kan gi grunnlag for å si noe om hvorvidt markedsundersøkelser bør foretrekkes fremfor rene juridiske avveininger når omsetnings-kretsens oppfatninger er vurderingstema.

En direkte konsekvens av økt innflytelse fra markedsmekanismene kan være at avgjørelsene blir mer korrekte når de baseres på den reelle oppfatningen i markedet. I et marked med sterk grad av differensiering og segmentering kan det være vanskelig for en juridisk skolert dommer å ta høyde for ulike grader av bevissthet knyttet til merker og produkter. Dersom markedsundersøkelser i slike tilfeller ikke anerkjennes som bevis kan det være en risiko for at det ikke tas høyde for den reelle oppfatningen i markedet. Det kan for eksempel nettopp være et poeng at tenåringer og voksne ikke skal ha de samme preferanser og oppfatninger.[1719] Dette momentet ble påpekt allerede i 1948 i den amerikanske dommen om forvekslingsfare mellom to magasiner for tenåringsjenter.[1720] Forskjellene mellom tenårings-jenters og dommeres ståsted i forhold til ungdomsblader er nok ikke blitt mindre med årene. En markedsundersøkelse rettet mot den relevante målgruppe kan da gi mer spesifikk informasjon og dermed mer korrekte avgjørelser.

Dette behovet for markedsmekanismenes innflytelse for å sikre korrekte avgjørelser forsterkes også ved en stadig større grad av merkeutvidelser i det norske markedet. I Mango-dommen måtte for eksempel retten basere sine vurderinger av markedsutviklingens betydning

[1719] Min kjennskap til varemerker som Billa Bong, Quicksilver og Ripcurl henger for eksempel kun sammen med at jeg er tenåringsmor. Merkebevisstheten til husets tenåring er definitivt på et helt annet nivå enn mitt.
[1720] Triangle Publications v. Rohrlich 167 F.2d 969 (2nd Cir. 1948).

for forvekslingsfaren på mer normative oppfatninger.[1721] Merkebevisstheten ble da ansett å være høy hos store deler av omsetningskretsen for klokker og moteklær. Med tanke på at omsetningskretsen ble antatt å tilhøre en gruppe som raskt fanger opp nye trender kan dommerens vurdering av oppfatningen i denne kretsen, på et gitt tidspunkt, være en utfordring. Det kan da tenkes at markedsundersøkelser kunne ha vært en rettesnor i forhold til å få fastsatt den faktiske oppfatningen i markedet.

De samme tendenser knyttet til behovet for innflytelse fra markedsmekanismer i juridiske vurderinger kan også ses i markedsføringsretten. Dersom markedsundersøkelser i større grad anerkjennes som bevis for omsetningskretsens oppfatning kan det få konsekvenser for hvordan gjennomsnittsforbrukers oppfatning skal forstås. Slik denne forbrukeren er fortolket av EU kan han virke mer rasjonell enn den forbrukeren man faktisk kan treffe ute på gaten. Flere avgjørelser, spesielt i svensk praksis, tyder også på at den skjønnsmessige konstruksjonen ikke alltid sammenfaller med den reelle forbruker. Dersom markeds-undersøkelser kan anses å utrede hvordan forbrukere faktisk opptrer, kan konsekvensen være at den tradisjonelle oppfatningen av denne konstruksjonen må justeres. Bruk av markeds-undersøkelser kan dermed gi økt fleksibilitet og kan være et hinder mot at oppfatninger stivner i en gammel utdatert form.

Hvorvidt en markedsundersøkelse faktisk gir et korrekt bilde av virkeligheten må imidlertid knyttes til de krav som stilles til undersøkelsens kvalitet. Uten en slik korreksjon vil anerkjennelse av markedsundersøkelser kunne gi negative konsekvenser. Avgjørelsen kan i verste fall ha blitt basert på et helt galt inntrykk av markedets oppfatninger. Det må i tillegg tas hensyn til at markedsundersøkelser alltid vil være en illusjon av virkeligheten. I utgangs-punktet vil det ikke være mulig å gjengi fullstendig hvordan en forbruker ville ha tenkt eller reagert i en faktisk situasjon. For å unngå de konsekvenser slett utførte undersøkelser kan gi, er det viktig med klare kriterier for å sikre at de empiriske studier i størst mulig grad stemmer med virkeligheten.

Det må også tas høyde for at markedet som målestokk ikke er et statisk fenomen, men tvert imot en organisme i stadig endring. En markedsundersøkelse vil kun utgjøre en stikkprøve på den faktiske oppfatningen i markedet på et gitt tidspunkt og vil ha sin verdi knyttet til en slik begrensning. Dersom markedsmekanismene gis økt innflytelse gjennom anerkjennelse av markedsundersøkelser må det vurderes om dette usikkerhetsmomentet kan godtas som en naturlig konsekvens.

[1721] RG 2008 s. 161 (Borgarting, Mangodommen).

Generelt kan det også sies at anerkjennelse av markedsmekanismenes innflytelse, gjennom større bruk av markedsundersøkelser, sikrer tillit til at rettssystemet tar høyde for svingninger i markedet. Dette kan øke tilliten til at avgjørelsesmyndighetene er oppdatert på hva som til enhver tid rører seg "der ute". På den annen side kan det diskuteres om det er negativt at juristene får mindre innflytelse når faktum anses fastlagt av eksperter som opererer utenfor den juridiske profesjon.

Det må altså tas høyde for at markedsmekanismenes innflytelse kan gi både positive og negative konsekvenser.

23.2 Konsekvenser for forståelsen av materiell rett

I tillegg til de mer generelle konsekvenser knyttet til økt innflytelse fra markedsmekanismene, kan det også tenkes at anerkjennelse av markedsundersøkelser som bevis i siste ende får konsekvenser for forståelsen av materiell rett. Det kan derfor være grunn til å se nærmere på hvilke konsekvenser økt fokus på faktiske oppfatninger kan gi i fortolkningen av de ulike vurderingstema som er gjennomgått i denne avhandlingen.

Som nevnt innledningsvis vil fellesnevneren for analyser av markedsundersøkelsers juridiske sider være at det er oppfatninger i *markedet* som står i fokus. Ved vurderinger av oppfatninger i dette markedet er det ikke alltid noe tydelig skille mellom varemerkerett på ene side og markedsføringsrett på den annen. Det kan for eksempel være det samme markedet som skal undersøkes når vurderingstema er spørsmålet om det varemerkerettslige kravet til særpreg og spørsmålet om et produkt anses innarbeidet og beskyttelsesverdig etter markedsføringslovens etterligningsregler. Det samme markedet kan også være målestokk ved vurderinger av forvekslingsfare, både ved varemerkeinngrep og ved lovstridig etterligning. En markedsundersøkelse vil i så henseende ikke kunne ta høyde for de subjektive elementer i markedsføringsretten.

Når det gjelder krav til særpreg generelt, og innarbeidelse spesielt, vil de enkelte lovbestemmelser i stor grad selv åpne for å trekke inn den faktiske oppfatningen i markedet. Ved spørsmål om hvorvidt et merke er "godt kjent som noens særlige kjennetegn" i omsetningskretsen eller har "særpreg", kan dokumentasjon for faktisk oppfatning være direkte anvendelig. En markedsundersøkelse kan for eksempel være et relevant bevis for at et merke faktisk er godt kjent som et særlig kjennetegn. Disse bestemmelsene åpner dermed direkte for den faktiske oppfatningen som tolkningsgrunnlag, og anerkjennelse av markedsundersøkelser gir ingen åpenbare konsekvenser for hvordan disse reglene skal fortolkes.

Hvis blikket rettes mot de mer normative vurderinger knyttet til forvekslingsfare eller villedning kan det gi større konsekvenser å legge vekt på faktisk oppfatning. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom dokumentasjon for faktisk forveksling eller faktisk villedning godtas som bevis for henholdsvis "risiko for forveksling" og som dokumentasjon for at markedsføring er "egnet til å villede" forbrukerne. I første omgang blir det en slags fra det mer-til-det-mindre betraktning som kan fungere i enkeltsaker. Dersom den ene parten klarer å påvise at det er "faktisk forveksling" må det i alle fall kunne sies at beviskravet knyttet til "risiko for forveksling" oppfylles. Dersom markedsundersøkelser i større grad anerkjennes som bevis for forvekslingsfare kan det imidlertid gi utilsiktede konsekvenser for hvordan reglene skal forstås. Dersom en slik anerkjennelse får feste kan det føre til at beviskravet i disse lovbestemmelsene blir strengere. I så fall kan det føre til tolkninger som gjør at det ikke lenger er nok å påvise fare for forveksling for å oppfylle beviskravet. En slik fortolkning, basert på en fra det-mindre-til-det-mer betraktning, kan neppe godtas. Det er derfor knyttet større usikkerhet til hvilke konsekvenser anerkjennelse av markedsundersøkelser får for tolkningen av vurderingstema der vilkårene er knyttet til "fare for…" eller "egnet til..".

I den grad anerkjennelse av markedsundersøkelser fører til justeringer av gjennomsnitts-forbrukeren som en juridisk målestokk vil dette også kunne gi konsekvenser for hvordan reglene tolkes. Dersom en markedsundersøkelse viser at listen for forbrukernes bevissthets-nivå er lavere enn antatt kan det få konsekvenser også for hvordan reglene forstås. Det er ikke utenkelig at mylderet av reklamekampanjer og stadig nye produkter har ført til at forbrukerens oppmerksomhetsnivå er lavere i dag enn det som ble statuert i Gut Springenheide-dommen fra 1998. I så fall kan det være behov for å senke kravene til forbrukernes oppmerksomhetsnivå når de ulike lovbestemmelser skal fortolkes.

Andre, kanskje mer diffuse, konsekvenser av at markedsundersøkelser anerkjennes som bevis kan knyttes til at rettsanvendere generelt får en større bevissthet knyttet til interaksjonen mellom jus og empiri. Det kan da tenkes at informasjon om virkeligheten kan få generelle konsekvenser for rettslig tenkning og argumentasjon.[1722] I rettsanvendelsen kan dette for eksempel komme til uttrykk ved at reelle hensyn vektlegges i større grad. Bindeleddet mellom jussen og samfunnet blir i så fall nærere.[1723]

[1722] Graver påpekte i sin avhandling at empiri kan få betydning for anbefalinger om fortolkning og utforming av rettsreglene, se Graver *Den juristskapte virkelighet* (1986) s. 159.
[1723] Blandhol *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse* TfR (2004) s. 373.

Dersom empiri anerkjennes i større grad kan det også diskuteres om den rettsvitenskapelige virksomhet vil nærme seg en rettsrealisme som er mer pragmatisk rettet.[1724] I så fall kan det hevdes at dersom markedsundersøkelser anerkjennes i større grad kan det få rettsteoretiske konsekvenser. Jeg nøyer meg med å peke på dette som en mulig langsiktig konsekvens.

23.3 Prosessuelle konsekvenser

Dersom markedsundersøkelser anerkjennes som bevis for omsetningskretsens oppfatning er det naturlig også å vurdere om dette vil få spesielle prosessuelle konsekvenser, utover de opplagte konsekvenser knyttet til at prosessreglene *får* anvendelse.

En naturlig konsekvens er at hensynet til kontradiksjonsprinsippet kan føre til at motparten i sterkere grad må trekkes inn, også i forhold til de vitenskapelige krav som ligger til grunn for undersøkelsen.

I tillegg kan det sies å være en naturlig konsekvens at behovet for sakkyndig ekspertise øker. Dette vil gjelde flere stadier av prosessen. Den som utarbeider undersøkelsen kan trekkes inn som sakkyndig vitne, motparten kan føre et sakkyndig vitne som kommenterer undersøkelsen i retten og til sist må det vurderes om det vil være behov for sakkyndig ekspertise også når dommeren tar stilling til markedsundersøkelsers bevisverdi. Behovet for sakkyndige i bevisføring, og eventuelt i bevisvurderingen, henger sammen med behovet for kunnskap om de undersøkelsestekniske kriterier som ligger til grunn for utarbeidelsen av undersøkelsen. Vurderingen av hvorvidt undersøkelseskriteriene skal ha innflytelse i bevisvurderingen må igjen avveies mot de konsekvenser dette gir for prinsippet om fri bevisvurdering.

Anerkjennelse av markedsundersøkelser som bevis kan også gi prosessøkonomiske konsekvenser. Det vil utvilsomt knyttes kostnader til utarbeidelse av undersøkelsen, men bevisføringen vil også generere økte kostnader til den foran nevnte sakkyndige ekspertise. Det må også tas høyde for at dersom markedsundersøkelser anerkjennes i større grad, vil det føre til at slike bevis fremlegges i større grad. Dette kan fremtvinge en spiral, med økte kostnader som den mest iøynefallende konsekvensen.

De prosessøkonomiske konsekvenser blir satt på spissen dersom partene utarbeider hver sin undersøkelse, og disse til alt overmål viser motsatt resultat. Riktignok har ikke dette vært

[1724] Pragmatisk tenkning står sterk i amerikansk rettsteori, se for eksempel Posner *The problems of jurisprudence* (1990). Fra skandinavisk teori kan nevnes Dalberg-Larsen *Pragmatisk retsteori* (2001) og Blandhol *Nordisk rettspragmatisme: Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode* (2005).

en problemstilling i norsk rett, men det er flere eksempler fra svensk praksis på at begge parter har lagt frem både en og to undersøkelser hver.[1725] Når hver av partene i tillegg møter i retten med sakkyndige vitner som kritiserer motpartens undersøkelse kan det medføre at ingen av undersøkelsene blir tillagt vekt av retten.[1726] I så fall har prosessomkostningene økt kraftig, uten at faktum er ansett bevist. Dette må sies å være en alvorlig negativ konsekvens av at markedsundersøkelser anerkjennes.

Dersom domstolen i stor grad anerkjenner markedsundersøkelser som relevant bevis for publikums oppfatning vil det også kunne legge et press på partene i senere saker. Anerkjennelsen kan anses som et signal om at det er nødvendig å fremlegge markeds-undersøkelser for å dokumentere det aktuelle bevistema. Dette kan igjen føre til at retten forventer å få fremlagt slike undersøkelser. For å trekke en parallell til amerikansk rettspraksis, så er det der eksempler på at dersom saksøker ikke fremlegger en undersøkelse for å dokumentere et varemerkeinngrep, kan den manglende fremleggelsen anses som en indikasjon på at det nettopp ikke er et inngrep.[1727] Dersom et stort firma har mulighet for å få laget en markedsundersøkelse, men ikke gjør det, risikerer man at påstander om forvekslings-fare og varemerkeinngrep ikke anses bevist.[1728] Amerikansk rett kan altså tolkes i retning av at dersom den enkelte sak ikke er helt klar, vil det være nødvendig å dokumentere oppnådd sekundærbetydning eller forvekslingsfare med en undersøkelse.[1729]

Der ser imidlertid ut til at EU-domstolen bevisst forsøker å unngå at praksis i medlems-landene går i denne retning. Det følger blant annet av Chiemsee-dommen at det ikke er absolutt nødvendig å foreta en forbrukerundersøkelse for å vise at et tegn har fått det nødvendige særpreg som følger av bruk.[1730] Førsteinstansretten har enn videre påpekt at den "omstændighed, at sagsakten med undtagelse af Tyskland ikke indeholder forbruger-undersøgelser med henblik på at vurdere opfattelsen af det anfægtede varemærke hos den relevante kundekreds i Den Europæiske Union, kan (…) ikke føre til annullation af den anfægtede afgørelse".[1731] Mangelen på forbrukerundersøkelser utelukker altså ikke at det kan godtgøres, ved hjelp av andre bevis, at et tegn som følge av bruk har opparbeidet særpreg.

[1725] Se fra de senere år i Patentbesvärsrätten PBR 07-180 (Hermes Italie) og fra Marknadsdomstolen MD 2004:13 (Residence), MD 2005:12 (Gustavus), MD 2008:15 (Mag), MD 2009:12 (Xanté) og MD 2009:25 (Svenska Spel). Se også kommentarer til dette hos Engström *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005* NIR (2006) 475-476.
[1726] Se for eksempel MD 2004:13 (Residence).
[1727] E.S. Originals Inc. v. Stride Rite Corp., 656 F.Supp. 484, 490 (S.D.N.Y.1987). Se også Nora Bevs., Inc. V. Perrier Group of Am., Inc., 269 F.3d 114 (2d Cir 2001).
[1728] McCarthy *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (2009) § 32:195.
[1729] Se for eksempel Universal City Studios, Inc. V. Nintendo Co., 746 F.2d 112 (2d Cir. 1984).
[1730] C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee) premiss 49-53.
[1731] T-137/08 av 28. oktober 2009 (BCS Spa) premiss 40-41.

Dette må antas å være holdningen også i norsk rett. Det kan likevel spørres om det vil være mulig for domstoler og forvaltningsorganer å styre utviklingen i "riktig" retning, dersom markedsundersøkelser først anerkjennes i større grad. Partene i de ulike tvister vil nok naturlig rette seg etter hva som fungerer i praksis.

En eventuell utvikling i retning av et "krav" om fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis, gjør det betimelig å se på hvilke konsekvenser dette kan få for forholdet mellom partene i en prosess. Med bakgrunn i formålsparagrafen i den norske tvisteloven skal det tilstrebes at ulikheter i ressurser ikke skal være avgjørende for sakens utfall. Det er for eksempel ikke vanskelig å tenke seg at dersom bare den ene parten har penger og kompetanse nok til å få bestilt en markedsundersøkelse kan det ha betydning for sakens avgjørelse.[1732] En våken dommer vil kunne ta konsekvensen av dette og sørge for å avskjære slike bevis, men prosessøkonomisk fornuftig er det ikke.

Det må derfor tas høyde for at slike utilsiktede konsekvenser kan inntre dersom markedsundersøkelser anerkjennes i større grad.

[1732] Jeg har tidligere påpekt at forholdet mellom partenes mulighet til ressursbruk kan ha vært noe ubalansert i Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen).

24 I hvilken grad bør markedsundersøkelser anerkjennes?

Med utgangspunkt i at det eksisterer et generelt behov for dokumentasjon av reelle oppfatninger og reaksjoner i markedet, er det betimelig å vurdere i hvilken grad markedsundersøkelser *bør* anerkjennes som bevis i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister.

Slike vurderinger må baseres på gjennomgangen ovenfor, som viste at anerkjennelse av markedsundersøkelser også kan gi ulike negative konsekvenser. Blant annet kan det spørres om markedsundersøkelser overhodet bør anvendes når det juridiske vurderingstema er knyttet til forvekslingsfare eller spørsmål om villedning. Dette ligger i alle fall helt i ytterkanten av de tilfeller der markedsundersøkelser kan aksepteres. Det vil derfor være mest interessant å vurdere i hvilken grad markedsundersøkelser som dokumentasjon for særpreg og innarbeidelse bør anerkjennes i større grad. Behovet for å trekke inn markedsundersøkelser må i så fall oppveie de negative konsekvensene. Dersom utfordringene synes uoverkommelige og de negative konsekvenser er for store, bør ikke markedsundersøkelser som bevis anerkjennes.

Det mest iøynefallende er selvsagt at en undersøkelse som i det konkrete tilfelle ikke oppfyller de vitenskapelige kriterier, og verken er reliabel eller valid, heller ikke bør anerkjennes som dokumentasjon for oppfatningen i markedet. Det er derfor viktig at det lages kriterier som tar høyde for både juridiske og vitenskapelige kriterier som skal sikre kvalitet. Utfordringen ligger i at det verken materielt eller prosessuelt finnes klare retningslinjer for håndteringen av markedsundersøkelser som bevis i norsk rett. Dette kan i seg selv peke i retning av at slike undersøkelser ikke bør anerkjennes.

Manglende kunnskap om samspillet mellom de juridiske krav og de krav som stilles i samfunnsvitenskapelige metoder kan være en årsak til at det ikke finnes klare retningslinjer. For den som skal *utarbeide* undersøkelsen kan det derfor være en balansegang å sikre den juridiske forankring, samtidig med at de vitenskapelige krav oppfylles. For den juridiske ekspert som skal *vurdere* undersøkelsen kan det være en utfordring å håndtere de krav som stilles i samfunnsvitenskapelige metoder. Det er altså knyttet uklarheter både til hvordan denne kvaliteten skal sikres og hvordan den skal vurderes. Det vil derfor være et behov for klare retningslinjer som sikrer ensartet praksis, både av hensyn til den som utarbeider undersøkelsen og av hensyn til den som foretar bevisvurderingen. Spørsmålet om hvorvidt

markedsundersøkelser bør anerkjennes som bevis henger nøye sammen med hvordan denne utfordringen møtes.

I tillegg kan de foran nevnte prosessuelle konsekvenser være en vesentlig grunn til en viss tilbakeholdenhet med å anerkjenne markedsundersøkelser som bevis. Dette gjelder både de prosessøkonomiske hensyn og hensynet til at ulikheter i ressurser ikke skal innvirke på den enkelte avgjørelse.

Dersom angitte utfordringer kan møtes og negative konsekvenser kan reduseres vil det imidlertid være større grunn til å anerkjenne markedsundersøkelser. Det vil derfor være interessant å vurdere i hvilken grad det finnes gode løsninger som i større grad gir rom for å godta markedsundersøkelser som bevis.

Det kan for det første tenkes at undersøkelsens kvalitet som bevis kan sikres ved at retten mer aktivt tar del i hvordan slike bør utarbeides. For norsk retts vedkommende er det nå større åpning for dette, gjennom tvistelovens presiseringer av rettens plikt til aktiv saksstyring. Dommeren kan i så fall allerede ved saksforberedelsen ta stilling til behovet for undersøkelser, samt sørge for at det ikke utarbeides undersøkelser som ikke oppfyller de kvalitative krav. Undersøkelsens kvalitet kan også sikres ved at retten klargjør at all nødvendig dokumentasjon må legges frem gjennom bevisføringen i retten. Dersom dommeren tar klarere stilling til bruk av undersøkelser som bevis kan det etter hvert opparbeides en praksis som kan være rettledende, om enn ikke bindende, ved senere utarbeidelse og vurdering av markedsundersøkelser. Ved at det stilles tydeligere krav til undersøkelsens kvalitet kan praksis etter hvert blir mer ensartet. En slik løsning forutsetter imidlertid at domstolen har kunnskap om de vitenskapelige kriterier. Denne kunnskapen ligger ikke naturlig innenfor den juridiske kompetanse i de ordinære domstoler, og en slik løsning kan ikke være aktuell før en slik kunnskap er opparbeidet.

For at de enkelte dommere skal kunne opparbeide seg kunnskap innen slike spesifikke problemstillinger kan innføring av særdomstoler innen varemerke- og markedsføringsrett være en løsning. På bakgrunn av drøftelsene foran må det imidlertid antas at en endring av domstolsorganiseringen ikke er et aktuelt tema i norsk rett. En mellomløsning kan være større bruk av fagkyndige meddommere, men dette vil også kunne gi negative prosessøkonomiske konsekvenser. Etter min mening er ikke en endring av domstolenes organisering en farbar vei å gå.

Det kan heller spørres om fokuset bør rettes mot hvordan undersøkelsene i første omgang utarbeides. For å sikre at markedsundersøkelser utarbeides på en slik måte at de vil egne seg

som bevis i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister kan en løsning være å stille krav til det enkelte analysebyrå som utarbeider slike. I tillegg til krav om uavhengighet og nøytralitet, må det stilles krav til kompetanse både innen de vitenskapelige og de juridiske kriterier. Dersom egne institutter spesialiserer seg på slike undersøkelser kan dette være med på å sikre at det tas hensyn til både juridisk forankring og at undersøkelseskriterier følges. En mulig modell kan her være de større analysebyråene i Tyskland.[1733] Tatt i betraktning at det i Norge, inntil for få år siden, ikke har vært tradisjon for å utarbeide undersøkelser som anvendes som bevis i retten må det påregnes både tid og ressurser før en slik løsning kan realiseres. Det må også avklares om det er retten eller partene som skal bestille undersøkelsene.

En mellomløsning kan være opprettelse av en nemnd, noe tilsvarende den nå nedlagte svenske Varumärkesnämnden, som kan utrede de juridiske spørsmål basert på bestilte markedsundersøkelser. I så fall kan både den juridiske og tekniske siden sikres bedre. Det må imidlertid avklares hvem som skal drifte en slik nemnd, og om den skal være i privat eller offentlig regi. De kostnadsmessige konsekvensene må også utredes dersom en slik løsning skal være aktuell.

Det kan altså ikke gis noe klart svar på i hvilken grad markedsundersøkelser bør anerkjennes som bevis. Svaret må avhenge av at undersøkelsens kvalitet er sikret gjennom et samspill mellom juridiske behov og vitenskapelige kriterier, at det tas høyde for de prosessuelle føringer og at avgjørelsesmyndighetene er i stand til å vurdere slike undersøkelser. Formålet her har vært å peke på noen mulige løsninger som kan møte de utfordringer som oppstår når markedsundersøkelser skal vurderes som bevis.

Behovet for markedsmekanismenes innflytelse tilsier nettopp at det bør tilstrebes å finne gode løsninger som gjør at markedsundersøkelser kan anerkjennes som bevis. Dette vil i størst grad gjelde vurderingstemaer som direkte åpner for bruk av markedsundersøkelser, så som vurderinger av varemerkers særpreg og spørsmål om innarbeidelse av merker eller produkter i et marked. Gode løsninger kan være med på å sikre at rettssystemet hele tiden har føling med en markedsutvikling som går stadig raskere.

[1733] For eksempel *Demoskopie Allensbach* og *GfK-Marktforschung*.

Resymé på norsk

Tittelelen på avhandlingen er ”Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett”.

Formålet med avhandlingen er å analysere sentrale juridiske aspekter ved bruk av markedsundersøkelser som bevis i norsk varemerke- og markedsføringsrett. De ulike analyser skal gjøre det mulig å gi et mer helhetlig bilde av hvordan markedsundersøkelser håndteres som bevis for oppfatninger og reaksjoner i markedet. Dette skal igjen gjøre det mulig å belyse eventuelle juridiske konsekvenser som kan knyttes til bruk av markedsundersøkelser i en juridisk kontekst.

Sentrale regler i varemerke- og markedsføringsrett åpner for at markedsmekanismene, gjennom subjektive mentale assosiasjoner og reaksjoner i markedet, kan spille en forholdsvis stor rolle i juridiske vurderinger. Det aktuelle markedet kan analyseres rent juridisk, med utgangspunkt i generell lovtolkning. Markedsmekanismene kan imidlertid også søkes klarlagt gjennom en markedsundersøkelse, som skal måle faktiske oppfatninger og reaksjoner i markedet. Det kan da spørres hvilken betydning slike undersøkelser, foretatt ved empiriske studier, kan få i den juridiske vurdering.

Kapittel I – Emne og metode

I avhandlingens kapittel I klargjøres emne og formål. Generelle metodiske og rettskildemessige avveininger foretas også her. Avhandlingens sentrale analyser og diskusjoner baseres på den tradisjonelle juridiske metode. Fremstillingen og vurderingen av gjeldende rett følger dermed rettsdogmatisk metode, med en tradisjonell gjennomgang av aktuelle rettskilder. I og med at avhandlingen også trekker inn forholdet til samfunns-vitenskapelige metoder, vil noen av analysene ta utgangspunktet i de enkelte undersøkelses-tekniske kriterier, fremfor de juridiske kilder. Selve gjennomgangen av kildene vil imidlertid baseres på juridisk metode.

Selv om analysene tar utgangspunkt i norske kilder, vil også fremmed rett ha en viss betydning for behandlingen av de enkelte rettsspørsmål. Viktigst er at danske og svenske rettskilder i stor grad trekkes inn allerede i de løpende analysene av de materielle norske reglene. Denne nærhet i behandlingen av skandinavisk rett har særlig sammenheng med det

tradisjonelle rettsfellesskap mellom Norge, Danmark og Sverige. Også tysk, engelsk og amerikansk rett trekkes til en viss grad inn som illustrasjon av gjeldende rett og som inspirasjon til løsninger i norsk rett.

I kapittel I klargjøres også avhandlingens oppbygning og struktur. Avhandlingens oppbygning bærer for det første preg av en inndeling i materiell rett og prosessrett, selv om fokuset også rettes mot samspillet mellom disse. Dernest vil det juridiske forholdet til undersøkelseskriteriene i markedsforskningen bli behandlet mer adskilt fra den generelle gjennomgangen av materielle og prosessuelle rettskilder. Mer sammenfattende analyser foretas etter hvert som emnene klarlegges, og vil gjenfinnes som kommentarer og refleksjoner i slutten av hvert kapittel.

Kapittel II – Markedsundersøkelsers juridiske forankring

I avhandlingens kapittel II analyseres markedsundersøkelsers juridiske forankring med utgangspunkt i kilder som direkte eller indirekte åpner for bruk av empiri som dokumentasjon for oppfatninger i markedet. Når den mentale assosiasjonen til et konkret varemerke eller et markedsføringstiltak skal dokumenteres, vil ikke markedet som helhet være en presis nok målestokk. Markedsmekanismenes innflytelse i varemerke- og markedsføringsrettslige problemstillinger må dermed analyseres ut fra en nærmere angitt relevant omsetningskrets.

Etter at den relevante omsetningskrets er definert, kan denne kretsens oppfatning fortolkes ut fra bestemmelsens ordlyd. I så fall vil fortolkningen baseres på abstrakte skjønnsmessige resonnementer, uten at empirisk materiale trekkes inn. Omsetningskretsens oppfatning tolkes dermed rent juridisk, med bakgrunn i tradisjonell lovtolkning. Dette vil i varemerke- og markedsføringsrett komme til uttrykk ved fortolkningen av gjennomsnittsforbrukers oppfatning. Dersom omsetningskretsens oppfatning derimot søkes dokumentert gjennom empiriske studier trekkes markedsmekanismene mer direkte inn i de juridiske resonnementer. Disse tilnærmingsmåtene kan vurderes som to alternativer, og det oppstår et skille mellom den formelle tolkning av den materielle rett på den ene side og vurdering av reelle bevis forankret i prosessrett på den andre. Dette skillet fremkommer tydelig dersom dommeren velger å se bort fra fremlagte markedsundersøkelser og heller tolker omsetningskretsens oppfatning med utgangspunkt i skjønnsmessige vurderinger.

Markedsundersøkelsers forankring og relevans analyseres nærmere ut fra det enkelte vurderingstema, og drøftes i forhold til anvendelsen av gjennomsnittsforbruker som målestokk. Analysene tar utgangspunkt i de varemerkerettslige vurderinger av særpreg,

forvekslingsfare og vern av velkjente merker. I markedsføringsretten kan omsetningskretsens oppfatning ha betydning i vurderinger av om en handelspraksis er egnet til å villede, ved vurderinger av en konkurrents lovstridige etterligning og ved vurdering av om et produkt eller merke har krav på vern mot renommésnylting. Fellesnevneren for de ulike bestemmelser er omsetningskretsens oppfatning som en del av det enkelte vurderingstema. En analyse av sentrale rettskilder i Norge, Danmark og Sverige viser ar markedsundersøkelser anses relevante i varierende grad. Den mest iøynefallende forskjellen ligger mellom dokumentasjon for innarbeidelse for særpreg på den ene side og dokumentasjon for forvekslingsfare på den andre. Hvorvidt det foreligger innarbeidelse av særpreg i et marked vil være et faktisk spørsmål – som i større grad åpner for bruk av markedsundersøkelser, mens vurderinger av forvekslingsfare er et normativt spørsmål – som baseres på skjønnsmessige avveininger. Analysene viser også at det er visse forskjeller mellom norsk og dansk praksis på den ene side og svensk praksis på den annen. Markedsundersøkelser anvendes i størst grad i svensk rett.

Kapittel III – Prosessuelle føringer og begrensninger

I avhandlingens kapittel III drøftes hvorvidt prosessreglene generelt, og bevisreglene spesielt, kan legge føringer og begrensninger på bruk av markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister.

Blant annet kan grunnleggende prosessuelle prinsipper få betydning for hvordan markedsundersøkelser håndteres av retten. Oppmykingen av muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippene kan for eksempel gjøre det enklere å legge frem skriftlige bevis utarbeidet utenfor retten. Dette kan åpne for at markedsundersøkelser, som må anses å være utenrettslige erklæringer, kan fremlegges i større grad. I så fall må også motpartens muligheter for å imøtegå beviset sikres gjennom økt fokus på kontradiksjonsprinsippet.

I og med at utarbeidelse og analyse av undersøkelsens resultater kan føre til et behov for bruk av sakkyndig ekspertise drøftes også i hvilken grad, og på hvilket stadium i prosessen, slik ekspertise kan trekkes inn. Dersom det er uttalt behov for sakkyndig ekspertise vil det være et sentralt spørsmål om de sakkyndige skal være foran eller bak skranken, som sakkyndig vitne eller som fagkyndig meddommer. Behovet for ekspertise kan også drøftes med utgangspunkt i avgjørelsesmyndighetenes rolle. Allerede det forhold at forvaltningsorganer, i praksis Markedsrådet og Patentstyret, har avgjørelsesmyndighet i de aktuelle saker kan ha prosessuelle konsekvenser. Selve organiseringen kan derfor ha betydning for ulike organers kompetanse. Et interessant poeng er da forskjellen mellom

organiseringen i Norge, Danmark og Sverige. Dersom behovet for konsentrasjon og sakkyndig ekspertise vektlegges, vil dette klart best gjenfinnes i de svenske forvaltnings-domstolene Patentbesvärsrätten og Marknadsdomstolen.

Kapittel IV – Undersøkelseskriterier i en juridisk kontekst

Når omsetningskretsens faktiske oppfatning skal måles gjennom en markedsundersøkelse, vil den samfunnsvitenskapelige metode legge føringer for den konkrete utforming av undersøkelsen og den senere analyse av resultatene. I kapittel IV drøftes derfor markeds-undersøkelsers funksjon som bevismiddel, sett i sammenheng med dens kvalitative verdi basert på vitenskapelige krav. For å kunne foreta en analyse at domstolens eller andre avgjørelsesmyndigheters vurdering av markedsundersøkelser som bevis, gjennomgås de underliggende krav knyttet til de vitenskapelige undersøkelsestekniske kriterier.

Markedsundersøkelsers verdi som dokumentasjon for omsetningskretsens oppfatning må hvile på et fundament bestående av både juridiske og undersøkelsestekniske kriterier. Det kan da spørres om det er utviklet spesielle undersøkelseskriterier når markedsundersøkelser anvendes som bevis i varemerke- og markedsføringsrettslige tvister. Selv om det i norsk rett ikke er laget noen konkrete retningslinjer for håndtering av markedsundersøkelser i en juridisk kontekst, tyder praksis på at det i alle fall tas høyde for at det finnes visse undersøkelseskriterier en må forholde seg til. En gjennomgang av fremmed rett viser da også at det kan oppstilles ganske klare retningslinjer for hvordan markedsundersøkelsers verdi kan vurderes. I mangel av klare kriterier i norsk rett tar analysene utgangspunkt i et utviklet samspill mellom juridiske og vitenskapelige kriterier i fremmed rett. Analysene tar utgangspunkt i disse punktene:

1. Undersøkelsesmetode
2. Relevant målpopulasjon
3. Representativt utvalg
4. Undersøkelsesspørsmålenes utforming og rekkefølge
5. Krav til dokumentasjon og rapportering
6. Krav til dataanalysen
7. Krav til den som utfører undersøkelsen

Analysen av de enkelte kriteriers juridiske betydning gir imidlertid et inntrykk av at det i norsk rett ikke vies mye tid til drøftelser av de vitenskapelige krav. I avgjørelses-

myndighetenes begrunnelser synes det å være noe tilfeldig hvorvidt de enkelte kriterier faktisk vurderes. I den grad det har vært drøftet, har det gjerne vært knyttet til spørsmålsformuleringer og hvorvidt disse kan gi svar på det juridiske spørsmålet. Det kan da også være grunn til å reflektere over at det generelt utvises liten bevissthet knyttet til sammenhengen mellom de ulike kriterier. Det hjelper for eksempel ikke at spørsmålene synes å dekke bevistema dersom disse er rettet mot et utvalg som ikke anses å være representativt for den relevante omsetningskrets.

Selv om de vitenskapelige kriterier for undersøkelsens validitet og reliabilitet kan danne visse minstekrav, vil bevisvurderingen i det enkelte tilfelle bero på prosessuelle prinsipper. Manglende bevissthet knyttet til enkelte kriterier, kan også føre til at undersøkelser som i seg selv er slett utført likevel anses å ha bevisverdi. Undersøkelseskriterienes betydning i bevisvurderingen drøftes derfor nærmere i kapittel V.

Kapittel V – Markedsundersøkelsers bevisverdi

I dette kapitlet analyseres nærmere de ulike elementer som kan ha betydning for avgjørelsesmyndighetenes vurdering av markedsundersøkelsers bevisverdi.

Ved bevisvurderingen kan rettens eget erfaringsgrunnlag, generelt eller gjennom fagkyndige vurderinger, ha betydning når markedsundersøkelser fremlegges som bevis. Når omsetningskretsens eller publikums oppfatning er vurderingstema, kan altså retten fullt ut velge å legge vekt på egen praktisk erfaring. Hvorvidt denne erfaringen kommer til uttrykk gjennom en juridisk konstruksjon av gjennomsnittsforbruker eller som en del av bevisvurderingen kan være uklart. I noen tilfeller kan det se ut til at dommeren anser seg ”som forbruker” ved vurdering av den faktiske oppfatningen av saksforholdet, mens dommeren i andre tilfeller opptrer mer ”som dommer” som tolker de relevante juridiske begreper. Det kan imidlertid spørres om det er uproblematisk å legge større vekt på én forbrukers, altså dommerens, oppfatning fremfor en fremlagt undersøkelse som omfatter 1000 forbrukeres oppfatning. Bevistema i de enkelte bestemmelser vil jo være knyttet til den generelle oppfatningen i markedet, ikke bare én isolert forbrukers oppfatning. Det kan derfor være grunn til å ha en noe reservert holdning til dommeren ”som forbruker” når omsetningskretsens oppfatning er vurderingstema.

I vurderinger av hvorvidt undersøkelseskriteriene har noen reell innflytelse i dommerens vurdering av markedsundersøkelser som bevis, må det også tas høyde for prinsippet om fri bevisvurdering og forholdet til andre bevismidler. Analyser av praksis bekrefter at markeds-

undersøkelsers verdi ikke vurderes isolert, men ses sammen med andre bevis. Det innebærer blant annet at undersøkelsesresultatenes validitet og reliabilitet kan sies å være nødvendige, men ikke tilstrekkelige, forutsetninger for å vektlegge markedsundersøkelser som bevis.

En gjennomgang av norsk praksis viser imidlertid at markedsundersøkelsers bevisverdi kommenteres i liten grad. Analyser av praksis gir enn videre et inntrykk av manglende kunnskap og bevissthet om de samfunnsvitenskapelige kriterier. Dette vil naturligvis måtte få konsekvenser for vurderingen av markedsundersøkelser som bevis. På den ene side kan det ha medført at undersøkelser med svært lav reliabilitet og validitet likevel har blitt vektlagt. På den annen side kan det ha medført at kvalitativt gode undersøkelser som faktisk gjenspeiler virkeligheten, ikke har blitt vektlagt.

Analyser av praksis viser også at avgjørelsesmyndigheten i enkeltsaker ikke får fremlagt det nødvendig underliggende materiale som grunnlag for å vurdere undersøkelsens verdi. Når dette ses i sammenheng med manglende kunnskap om sentrale undersøkelseskriterier, kan det være et problem at mulige feilkilder ikke oppdages. Avgjørelsesmyndighetene får i slike tilfeller ingen signaler om hva som bør kontrolleres nærmere.

For å kunne vurdere markedsundersøkelsers bevisverdi, må dermed to sentrale forutsetninger oppfylles: avgjørelsesmyndighetene må ha fått den nødvendige kunnskap som kreves for å kunne vurdere undersøkelsens kvalitative verdi, og all relevant dokumentasjon må ha blitt fremlagt som en del av bevisføringen. I motsatt fall blir vurderinger av markeds-undersøkelsers bevisverdi høyst usikker.

Kapittel VI – Avsluttende kommentarer og vurderinger

I avhandlingens kapittel VI drøftes mulige konsekvenser av en utstrakt anerkjennelse av markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett.

En direkte konsekvens av økt innflytelse fra markedsmekanismene kan være at avgjørelsene blir mer korrekte når de baseres på den reelle oppfatningen i markedet. I et marked med sterk grad av differensiering og segmentering kan det være vanskelig for en juridisk skolert dommer å ta høyde for ulike grader av bevissthet knyttet til merker og produkter. Dersom markedsundersøkelser i slike tilfeller ikke anerkjennes som bevis kan det være en risiko for at det ikke tas høyde for den reelle oppfatningen i markedet. Vurderinger av hvorvidt en markedsundersøkelse faktisk gir et korrekt bilde av virkeligheten, må imidlertid knyttes til de krav som stilles til undersøkelsens kvalitet. Uten en slik korreksjon vil anerkjennelse av markedsundersøkelser kunne gi negative konsekvenser.

I tillegg til de mer generelle konsekvenser knyttet til økt innflytelse fra markeds-mekanismene, kan det også tenkes at anerkjennelse av markedsundersøkelser som bevis i siste ende får konsekvenser for forståelsen av materiell rett. For bestemmelser som direkte åpner for den faktiske oppfatningen som tolkningsgrunnlag, så som vurderinger av særpreg, gir anerkjennelse av markedsundersøkelser ingen åpenbare konsekvenser for hvordan disse reglene skal fortolkes. Men dersom blikket rettes mot mer normative vurderinger knyttet til forvekslingsfare eller villedning kan det gi større konsekvenser å legge vekt på faktisk oppfatning. Dersom dokumentasjon for faktisk forveksling eller faktisk villedning godtas som bevis for henholdsvis "risiko for forveksling" og som dokumentasjon for at markedsføring er "egnet til å villede" forbrukerne, kan det føre til at beviskravet øker. Det er derfor knyttet større usikkerhet til hvilke konsekvenser anerkjennelse av markedsundersøkelser får for tolkningen av mer normative vurderingstemaer.

Økte kostnader til utarbeidelse av undersøkelser og bruk av sakkyndig ekspertise i retten, vil også gi prosessøkonomiske konsekvenser. De prosessøkonomiske konsekvenser blir satt på spissen dersom partene utarbeider hver sin undersøkelse, og disse til alt overmål viser motsatt resultat. Når hver av partene i tillegg møter i retten med sakkyndige vitner som kritiserer motpartens undersøkelse, kan det medføre at ingen av undersøkelsene blir tillagt vekt av retten. I så fall har prosessomkostningene økt kraftig, uten at faktum er ansett bevist.

En eventuell utvikling i retning av et "krav" om fremleggelse av markedsundersøkelser som bevis, gjør det betimelig å se på hvilke konsekvenser dette kan få for forholdet mellom partene i en prosess. Med bakgrunn i formålsparagrafen i den norske tvisteloven skal det tilstrebes at ulikheter i ressurser ikke skal være avgjørende for sakens utfall. Dersom bare den ene parten har penger og kompetanse nok til å få bestilt en markedsundersøkelse, kan ulikheter i ressurser få direkte betydning for sakens avgjørelse.

Dette siste kapitlet er i tillegg viet mer normative vurderinger knyttet til bruk av markedsundersøkelser som bevis. Analysene i kapittel II til V skal danne grunnlag for å kunne si noe om dagens rettstilstand, men skal også gi grunnlag for å kunne si noe om hvorvidt markedsundersøkelser bør ha en rettmessig plass i jussen, som dokumentasjon for markedets oppfatninger.

Det mest iøynefallende er selvsagt at en undersøkelse som i det konkrete tilfelle ikke oppfyller de vitenskapelige kriterier, og verken er reliabel eller valid, heller ikke bør anerkjennes som dokumentasjon for oppfatningen i markedet. Det er derfor viktig at det lages kriterier som tar høyde for både juridiske og vitenskapelige krav som skal sikre kvalitet. De

prosessuelle konsekvenser kan i tillegg føre til en viss tilbakeholdenhet med å anerkjenne markedsundersøkelser som bevis. Dette gjelder både de prosessøkonomiske hensyn og hensynet til at ulikheter i ressurser ikke skal innvirke på den enkelte avgjørelse.

Dersom angitte utfordringer kan møtes og negative konsekvenser kan reduseres, vil det imidlertid være større grunn til å anerkjenne markedsundersøkelser. Det kan for det første tenkes at undersøkelsens kvalitet som bevis kan sikres ved at retten tar mer aktivt del i saksforberedelsen. Dersom dommeren tar klarere stilling til bruk av undersøkelser som bevis kan det etter hvert opparbeides en praksis som kan være rettledende, om enn ikke bindende, ved senere utarbeidelse og vurdering av markedsundersøkelser. En slik løsning forutsetter imidlertid at domstolen har kunnskap om de vitenskapelige kriterier. Denne kunnskapen ligger ikke naturlig innenfor den juridiske kompetanse i de ordinære domstoler, og en slik løsning kan ikke være aktuell før en slik kunnskap er opparbeidet. Andre løsninger som kan vurderes er innføring av særdomstoler innen varemerke- og markedsføringsrett. Det må imidlertid antas, på bakgrunn av avhandlingens analyser, at en endring av domstols-organiseringen ikke er et aktuelt tema i norsk rett. En tredje mulig løsning er mer spesialiserte analysebyråer. Dersom egne institutter spesialiserer seg på slike undersøkelser kan dette være med på å sikre at det tas hensyn til både juridisk forankring og at undersøkelseskriterier følges.

Det kan imidlertid ikke gis noe klart svar på i hvilken grad markedsundersøkelser bør anerkjennes som bevis. Svaret må avhenge av at undersøkelsens kvalitet er sikret gjennom et samspill mellom juridiske behov og vitenskapelige kriterier, at det tas høyde for de prosessuelle føringer og at avgjørelsesmyndighetene er i stand til å vurdere slike undersøkelser. Behovet for markedsmekanismenes innflytelse tilsier at det bør tilstrebes å finne gode løsninger som gjør at markedsundersøkelser kan anerkjennes som bevis. Gode løsninger kan sikre at rettssystemet hele tiden har føling med en markedsutvikling som går stadig raskere.

Summary in English

The objective of this dissertation is to analyze central legal aspects regarding the use of market surveys as evidence in Norwegian trademark and marketing law. The different analyses are intended to create a more complete picture of how marketing surveys are treated as evidence in cases involving perceptions and reactions in markets. This should in turn make it possible to illuminate potential legal consequences that can be linked to the use of market surveys in a legal context.

Central regulations in trademark and marketing law make it possible for market mechanisms – through subjective mental associations and reactions in the market – to play a relative significant role in legal judgment. The market at issue can consequently be analyzed legally, with its point of departure in general statutory interpretation. The market mechanisms can also be elucidated by a market survey that measures factual perceptions and reactions in the market. The question raised is what significance such surveys conducted in empirical studies, might have for assessments in a legal context.

Chapter I – Topics and methodology

In the dissertation's first chapter, topics and purposes will be clarified. General methodological and source of law considerations will also be undertaken here. The dissertation's central analyses and discussions are based on traditional legal methodology. The presentation and assessment of prevailing legal practice will consequently follow the legal doctrine method, using a traditional examination of pertinent legal sources. In as much as the dissertation also takes up the role social science methodology plays in a legal context, some of the analyses use, as a point of departure, survey technique criteria as opposed to legal sources. The examination of sources itself will nonetheless be based on legal methodology.

Despite the analyses having their point of departure in Norwegian sources, foreign law will also have some significance in the treatment of certain legal issues. Of importance here is that Danish and Swedish sources of law are to a great extent already brought into the running analyses of Norwegian statutory law. This close proximity of the treatment of Scandinavian law has a significant link to the traditional unity of interest shared by Norway, Denmark and Sweden. German, English and American law are incorporated to a certain extent as well, to

serve as an illustration of the prevailing law and as an inspiration for solutions applicable to Norwegian law.

In chapter I, the dissertation's layout and structure are also presented. The dissertation divides between substantive law and procedural law, although focus is also put on the interaction of the two. Consequently, the legal relationship to survey criteria in marketing research will be treated separately from the general examination of sources of law. More comprehensive analyses will be made as the topics are presented and will be again found in the commentary and reflection that conclude each chapter.

Chapter II – Legal basis and relevance of surveys

In chapter II of the dissertation, the legal foundation of market surveys is analyzed, with a point of departure in sources which, as direct or indirect, invite the use of empirical data as documentation for perception in the market. When the mental association to a trademark or marketing campaign is to be documented, the market itself as an entity will not be precise enough to serve as standard of measure. The influence that market mechanisms have on trademark and marketing law must thus be analyzed on the basis of a more specifically targeted circle of trade for the relevant goods and services.

After the relevant circle of trade is defined, the perceptions of this group can be interpreted on the basis of the regulation's wording. In this case the interpretation is based on abstract and approximate reasoning, without empirical material being brought into consideration. Perception of the circle of trade's is then evaluated in a purely legal context, with its foundation in traditional statutory interpretation. This can, in trademark and marketing law, find its expression in an interpretation of the average consumer's perception. Should, on the other hand, documentation of the perception of the circle of trade be sought through empirical study, market mechanisms will be brought more directly into the legal analysis. These methods of approach can be regarded as two alternatives, which results in a division between formal interpretations of the legal material on the one hand and assessment of real evidence based on procedural law on the other. This division is readily apparent when the judge chooses to disregard the submitted market research and rather interprets the perception of the circle of trade with his or her point of departure in more approximate assessments.

The relevance and foundation of market research is analyzed more in the context of the specific topic of assessment and is drafted in relationship to the application of an average

consumer as the source of measure. The analyses have their point of departure in the trademark law assessment of distinctiveness of a sign, likelihood of confusion between two signs and protection of well known trademarks. In marketing law, the perception of the circle of trade for relevant goods and services can be of significance in the assessment of whether commercial practice is likely to deceive consumers. It is also relevant in the assessment of counterfeit products, and to determine whether a competitor has taken unfair advantage of a company's reputation. The common denominator for the various assessments is the perception of the circle of trade as a part of the individual topic of assessment. An analysis of the central legal sources in Norway, Denmark and Sweden shows that market surveys are regarded as relevant to various degrees. The most striking difference lies with documentation of distinctiveness established by use, on the one hand, and documentation of the likelihood of confusion on the other. To what extent distinctiveness is established by use will be a factual issue – and market surveys are relevant, while the evaluation of likelihood of confusion will to a greater extent be a normative issue. Analyses also show that there are certain differences between Norwegian and Danish practice, on the one hand, and Swedish practice on the other. Market surveys are used to the greatest extent in Swedish courts.

Chapter III – Procedural rules and limitations

In chapter III I discuss to what extent rules of procedure in general and rules of evidence in particular are used as guidelines and limitations in the use of market surveys as evidence in trademark and marketing disputes.

Among other things, fundamental procedural principles can be of significance with regard to how market surveys are treated by the law. A relaxation of the rules for presentation of evidence at oral hearings can, for example, make it easier to present written evidence that is prepared outside court. This can open the possibility for market surveys, which must be regarded as extrajudicial declarations, to be presented in court to a greater extent. In this case, the counterpart's possibilities to cross-examine must be assured through increased focus on the party's access to refute the evidence of the opposite party.

In as much as the preparation and analysis of survey results can lead to the need for the use of expert testimony, to what extent and at what stage in the process this expertise is brought in is discussed. Should expert assessment be requested, a central issue will be whether the expert is to be before or behind the bar, i.e. as an expert witness or as an experienced lay judge. The need for expertise can also be drafted with regard to the role of the

decision-making powers. The fact that administrative bodies – in practice the Market Council and the Patent Office – have decision-making powers in the relevant cases can have procedural consequences. The organizing itself can consequently be of significance for the competencies of the different organs. One interesting element here is the difference in organizational procedures in Norway, Denmark and Sweden. Should the need for expertise be given priority, this will be most readily accomplished in the Swedish administrative tribunals, Patentbesvärsrätten and Marknadsdomstolen.

Chapter IV – Scientific criteria in a legal context

When the factual perception of the circle of trade for the relevant goods and services is to be measured by a market survey, the social scientific method will shape the formulation of the survey and later analysis of the results. Consequently, chapter IV drafts the function of the market survey as evidence in the context of its qualitative value based on scientific standards. In order to conduct an analysis of the court's or other decision-makers' assessment of market surveys as evidence, the surveys must meet the technical requirements of criteria for scientific investigation.

The value of market surveys as documentation for the perception of circles of trade must be based on a foundation comprised of legally based criteria and technical research related criteria. Still uncertain is if special technical investigative criteria have been developed for when market surveys are used as evidence in legal trademark and marketing disputes. Despite the fact that there are no concrete guidelines in Norwegian courts for the treatment of market surveys in a legal context, practice indicates that scope is given for there being certain research criteria that must be met. A review of foreign law indicates that relatively clear guidelines can be found regarding how the value of market surveys can be assessed. Due to the lack of clear criteria in Norwegian law, analyses have their point of departure in the interplay between legal and scientific criteria in foreign law. This is subsequently put in context with practice in the Scandinavian countries. These criteria are as follows;

1. Survey method and data collection
2. A relevant target group
3. A representative sample
4. Clear and precise questions in the right order
5. Documentation and correctly reported data

6. Analysis in accordance with statistical criteria
7. Qualified and independent research institutes

Analysis of the legal significance of the individual criteria nonetheless leaves the impression that no substantial amount of time is devoted to drafting the demands put on scientific method. In the justifications presented by the decision-making powers, there seems to be an element of coincidence with regard to the extent to which the individual criteria are actually evaluated. To the extent that assessment has been made, this is often linked to the formulation of questions and how these questions might relate to legal issues. Another element of interest is the fact that little attention is given to the contextual relationship of the different criteria. It doesn't help, for example, that questions seem to cover the legal issue when these questions are posed to a selected group that is not regarded as being representative for the relevant circle of trade.

Despite scientific research criteria setting certain minimum requirements for the validity of a survey, the assessment of evidence in a specific case will be based on procedural principles. Moreover, lack of insight into the individual criteria can lead to poorly framed and conducted surveys being regarded as useful evidence. The significance of the criteria for properly conducted surveys will therefore be discussed in chapter V.

Chapter V – Surveys as admissible evidence

In this chapter the different elements that can be of significance for the authorities' assessment of the probative value of market surveys are analyzed.

In its assessment of the evidence, the court's own experience – in general or through expert opinion – can be of importance when market surveys are presented as evidence. When the scope of the market or the public's predispositions is the issue of assessment, the court can choose to put emphasis on its own practical experience. To what extent this experience is expressed through a legal construction of the average consumer or as a part of its assessment of the evidence will nonetheless remain diffuse. In some instances it appears as if the judge sees himself as "the consumer" in assessing perceptions of the facts of the case, while in other instances the judge will perform more as "a judge" interpreting statutory law. A question can nonetheless be put as to whether it is unproblematic to attach more importance to one consumer's perception – in this case the judge's – than to a survey that embraces 1000 consumers' perceptions. The legal assessments will be linked to a general impression of the

market, not just one isolated consumer's perception. There can be reason to assume a more reserved attitude towards a judge as "consumer" when perceptions of the scope of the market are the topic of assessment.

In assessments of the extent to which survey criteria have real influence on a judge's evaluation of market surveys as evidence, scope must also be given for the principle of the courts power to assess evidence and the relation to other means of proof. Analyses of practice confirm that the value of market surveys is not evaluated in an isolated context, but is regarded along with the value of other evidence. This means that the validity and reliability of the survey's results must be seen as a necessary, but not necessarily sufficient, condition for placing emphasis on market surveys as evidence.

An examination of Norwegian practice nonetheless shows that the probative value of market surveys is only commented upon to a limited extent. Analyses of practice again indicate that this can be accounted for by lack of knowledge and awareness of social scientific criteria. This will impact evaluation of market surveys as evidence. On the one hand, it can have resulted in emphasis being placed on surveys with significantly low reliability and validity. On the other hand, it can have resulted in emphasis not being placed on qualitatively good surveys, which actually reflect the real situation.

Analyses of practice also show that the authorities in certain cases are not presented with the necessary underlying material as a foundation for evaluating the survey's worth. When this is linked with a lack of knowledge of central survey criteria, a problem arises with regard to discovering potential sources of error. The authorities in situations like this receive no signals with regard to what should be investigated more thoroughly.

In order to assess the probative value of market surveys, two central conditions must be fulfilled: the authorities must have the necessary knowledge to be in a position to assess the survey's qualitative worth, and all relevant documentation must have been presented as a part of case argumentation. If not, assessment of the probative value of the market survey will be on highly uncertain grounds.

Chapter VI – General comments and discussion

In chapter VI of the dissertation, possible consequences of the comprehensive recognition of market surveys as evidence in trademark and marketing law will be drafted.

One direct consequence of an increase in the importance of market mechanisms can be that decisions will be more correct when they are based on the real perception of the market.

In a market with a strong degree of differentiation and segmentation it can be difficult for a judge with his or her legal education to give scope for different levels of perception associated with trademarks and products. Should market surveys in these situations not be regarded as evidence, there is a risk that adequate scope will not be given for the real perception of the market. The assessment of to what extent a market survey actually gives a correct picture of reality must meanwhile be linked to the demands that are made on the quality of the survey. Without this kind of correction the recognition of market surveys as evidence can have negative consequences.

In addition to the more general consequences linked to the increased influence of market mechanisms, there is also the possibility that recognition of market surveys as evidence can, in the final analysis, have an impact on the understanding of statutory law. Decisions that directly open the possibility for the actual perception of a market as a foundation for interpretation – such as in assessment of distinctiveness – the recognition of market surveys has no clear consequences for how these rules will be interpreted. But, should there be a more normative assessment of, for example, the likelihood of confusion between to signs or whether commercial practice is likely to mislead the consumer, there would be greater consequences linked to emphasis being put on real perceptions. Should the documentation of actual confusion or actual misleading commercial practice be accepted as evidence for "likelihood of confusion" and as documentation for marketing that is "likely to mislead" the consumer, this can lead to greater demands being put on standards of proof. Greater uncertainty is therefore linked to what consequences recognition of market surveys will have for the interpretation of more normative topics of assessment.

Increased expenses in connection with the preparation of surveys and the use of expertise in court will also have consequences in terms of litigation costs. The consequences in terms of litigation costs will be further put at issue should each of the parties conduct its own survey and these surveys subsequently arrive at different conclusions. In addition, when each of the parties meets in court with expert witnesses who criticize their counterpart's survey, this can result in no importance being attached to any of the surveys. In this situation, litigation costs will have increased substantially, with no success.

With eventual development in the direction of "demand" for the presentation of market surveys as evidence, it would be appropriate to look at what consequences this can have for the relationship between the parties in the process. On the basis of the overriding objective in the Norwegian Dispute Act every effort should be made to assure that dissimilarities in the

resources of the parties involved are not decisive for the outcome of the case. Should one of the parties – and not the other one – have the funds and the competence to initiate a survey, disparities in resources can have a direct impact on the outcome of the case.

In this last chapter, more attention is given to normative assessment linked to the use of market surveys as evidence. The analyses in chapters II – V are intended to provide a basis for making comment on the present state of the law, but they are also intended to provide a basis for making comment on to what extent market surveys should have a warranted position in law as documentation for the perception of markets.

What of course is of importance is that a survey in this concrete situation, which doesn't meet scientific criteria and is neither reliable nor valid, should not be recognized as documentation for perception in the market. Consequently, it is crucial that criteria are established that give scope for both legal and scientific criteria in order to secure quality. The procedural consequences can, in addition, lead to a certain reticence in recognizing market surveys as evidence. This applies both with regard to litigation costs and with regard to disparity of resources not having an impact on specific case outcomes.

Should the above mentioned challenges be met and the negative consequences reduced, there would be greater reason to recognize market surveys. Moreover, it is possible that the quality of the survey as evidence can be assured through a more active role on the part of the court in its case preparation. Should the judge take a more clear position on the use of surveys as evidence, practice can be developed which can serve as a guideline, though not necessarily binding, for later preparation and assessment of market surveys. Such a solution nonetheless presupposes that the court has adequate knowledge of research survey criteria. This knowledge may not be found in the legal competencies of ordinary courts and such a solution will not be obtainable until the knowledge base is developed. One other solution to be considered includes the introduction of special court tribunals in brand and marketing law. What need be assumed, however, in the light of this dissertation's analyses, is that changes in the organization of the court are not a relevant topic in contemporary Norwegian law. A third possible solution is the use of more specialized institutes to provide these analyses. Providing that separate institutions are specialized in these kinds of survey, this can contribute to assuring that consideration is given both to legal requirements and research survey criteria.

There is nonetheless no clear answer to the question of to what extent market surveys should be recognized as evidence. The answer will of needs be dependent on the quality of the survey being assured through the interplay of legal demands and scientific criteria, that scope

is given for the resultant procedural guidelines and that the decision-making powers are capable of evaluating these surveys. The necessity of assessing the impact of market mechanisms leads us to the conclusion that good solutions should be sought for in order to assure that market surveys are recognized as evidence. Good solutions can assure that the legal system is in touch with steadily accelerating market development.

Rettspraksis og andre juridiske avgjørelser

Norske avgjørelser

Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg

Rt 1936 s. 946 (Bjørn Uldgarn)

Rt 1937 s. 472 (Bjørnelærdommen)

Rt 1962 s. 964 (Wegner)

Rt 1968 s.181 (Svanemerket)

Rt 1971 s. 962 (Teeni)

Rt 1975 s. 603 (Swingball)

Rt 1979 s. 758 (Vitasol)

Rt 1979 s. 1117 (Cash & Carry dommen)

Rt 1984 s. 248 (John Deere dommen)

Rt 1985 s. 612 (Pyrox-dommen)

Rt 1987 s. 1417 (Periscopus)

Rt 1991 s.1240 (Uni Storebrand - kjennelse)

Rt 1994 s. 1584 (Legodommen)

Rt 1995 s.1908 (Mozelldommen)

Rt 1996 s.1008 (Siljan kommune - kjennelse)

Rt 1997 s. 199 (Cirrusdommen)

Rt 1998 s. 1315 (Iskremdommen)

Rt 1998 s. 1809 (Bud-dommen)

Rt 1998 s. 1988 (Cosmica dommen)

Rt 1999 s. 641 (Superlekdommen)

Rt 1999 s. 1725 (Lundetangen)

Rt 2000 s. 1698 (Kavli, kjennelse)

Rt 2002 s. 391 (God Morgon dommen)

Rt 2003 s.1596 (Selo-zok - kjennelse og dom)

Rt 2004 s. 1474 (Volvo import dommen)

Rt 2005 s. 446 (Ekefellebidrag - kjennelse)

Rt 2005 s. 1601 (Gule sider dommen)

Rt 2006 s. 1348 (Østlandske Autoberging)

Rt 2006 s. 1473 (Livbøyedommen)

Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt dommen)

Rt 2008 s. 1555 (Biomar)

HR-2008-89-U (Erstatningsansvar - Beslutning)

Lagmannsrett

Eidsivating Lagmannsrett 25. oktober 1976 (TABAC)

RG 1986 s. 1010 (Gulating, Adidasdommen)

LE-1986-400 (Eidsivating, Always)

LE-1989-542 (Triumph-dommen)

RG 1991 s. 409 (Eidsivating, Orma)

RG 1993 s. 754 (Agder, Blomsterhallen)

LA-1994-262 (Agder, Hydralift)

LF-1994-354 (Tyrkisk pepper)

RG 1997 s. 258 (Borgarting, Geoservices)

LB-1998-2317 (Skatt og avgift - kjennelse)

Frostating lagmannsrett 21. desember 1999 (Big Bite)

RG 2000-1355 (Borgarting, Osram)

LB-2000-621 (God revisjonsskikk - kjennelse)

LB-2000-3388 (Ulvang sokker - kjennelse)

LF-2000-1115 (Suvenirtroll)

RG 2001 s.1 (Borgarting, X/Open)

LB-2001-2641 (Selo-zok)

RG 2002 s.1060 (Agder, Nordstrikk)

LB-2002-1200 (Opplysningen - kjennelse)

RG 2003 s. 70 (Borgarting, Myklegard-dommen)

RG 2003 s. 997 (Borgarting, Hewlett-Packard)

LB 2003-1979 (Blindflensventil)

LG-2003-5873 (Lamellpumpe)

LB-2004-10163 (Nettfinn - kjennelse)

LB-2004-2405 (Stavdal - kjennelse)

RG 2005 s.991 (Borgarting, Villmarksartikler - kjennelse)

RG 2006 s. 312 (Borgarting, Akers Avis Groruddalen - kjennelse)

RG 2006 s. 1046 (Borgarting, Beecham)

LB-2006-3616 (Cobi)

LB-2007-95820 (Hval Sjokoladefabrikk)

LB-2007-133644 (Lebara - kjennelse)

LG 2007-80128 (Dermanor-dommen)

LB 2007-54369 (Netcom - kjennelse)

LG 2007-160205 (Crocs-kjennelse)

RG 2008 s.117 (Borgarting, Lyden av lørdag - kjennelse)

RG 2008 s.161 (Borgarting, Mangodommen)

RG 2008 s. 225 (Agder, Omsorgstjeneste)

LF 2008-1008 (Zielinsky-kjennelse)

LB-2008-117063 (Champagneria)

LB-2009-99914 (Tippinga)

LB-2009-174551 (Companys)

LF-2009-117966 (Galliano-kjennelse)

RG 2010 s. 1116 (Borgarting, Esthetique - kjennelse)

LA-2010-35846 (Panorama - kjennelse)

Tingrett

RG 1988 s. 56 (Oslo byrett - Dim Vim)

Tønsberg byrett 12. desember 1990 (Lego)

RG 2003 s. 1092 (Asker og Bærum tingrett, sol.no)

TOSLO-2004-101336 (Philips)

TSTVG-2005-178340 (Skagen fondene)

TOSLO-2006-136792 (Elleville dager)

TOSLO-2006-76508 (Transcendental Meditasjon)

TOSLO 2006-103922 (First Price)

TOSLO 2007-10029 (Imperiadommen)

TOSLO-2008-41683 (Hotell Cæsar)

TOSLO-2009-71342 - TOSLO-2008-187040 (Sildakongen)

TOSLO-2009-188723 (Kaporal)

TGJOV-2010-63619 (Imsdalflasken)

TOSLO-2010-86774 (Kvikk Lunsj)

Patentstyrets annen avdeling

PS 2002-6923 (KEA!)

PS 2004-7310 (Ditt Distrikt)

PS 2005-7364 (Smirnov)

PS 2005-7365 (Statoil)

PS 2006-7456 (M)

PS 2006-7437 (Roltex)

PS-2006-7463 (Clinique)

PS 2006-7566 (Telefonkatalogen)

PS 2007-7628 (Red Carabao)

PS 2008-7777 (Dekk 1)

PS 2009-7680 (Kinder)

PS 2009-7687 (Rioja).

PS 2009-7723 (Denim de ville)

PS 2009-7836 (Laban)

PS 2010-7928 (Solvo)

PS 2010-7956 (Webs@ale)

PS 2011-7962 (Jägermeister)

Markedsrådet

MR 1975-3 (Rex)

MR 1977-8 (Top form)

MR 1978-7 (OMO)

MR 1996-11 (Ikea)

MR 1996-18 (Telenor)

MR 1996-20 (Porno i posten)

MR 1999-1 (Wasa)

MR 2001-9 (Slankemiddel)

MR 2003-5 (Pluss tid)

MR 2005-19 (Vadsø Taxi)

MR 2007-1 (Inkasso)

MR 2008-787 (Ryanair I)

MR 2008-791 (Bauhaus)

MR 2008-1185 (Skeidar)

MR 2009-13 (Tyrkia gratis)

MR 2009-969 (Nuform)

MR 2009-1195 (Fokus Bank)

Næringslivets konkurranseutvalg

NKU 1979-2 (Nescafé)

NKU 1982-11 (Freia Melkesjokolade)

NKU 1992-22 (Marius)

NKU 1994-9 (Storby)

NKU 1998-3 (Duosystem)

NKU 1999-11 (Cherrox)

NKU 2000-6 (Stjørdals-Nytt)

NKU 2004-12 (Fred. Olsen)

NKU 2005-10 (Laban)

NKU 2006-2 (Triomega I)

NKU 2006-7 (Triomega II)

NKU 2007-11 (Vaffeljern)

NKU 2007-12 (Amcar)

NKU 2009-2 (Energiteknikk)

NKU 2009-6 (Ida fossilet)

NKU 2010-4 (Maaruds ferske nøtter)

NKU 2010-8 (Pierre Robert)

Avgjørelser i andre land

Danske domstoler

U.1986.276S (Escort)

U.1987.653/2H (Aktiv Invest)

U.1988.989H (Preben Elkjær)

U.1989.216 (Nykredit)

U.1989.1143S (Læderlook)

U.1994.147/2S (Tordenskjold)

U.1994.671H (Lænestol)

U.1996.848H (Ritter Sport)

U.1997.253H (McAllan)

U.1997.467S (Twist)

U.1997.783/2H (Hugo Boss)

U.1997.795S (After Eight)

U.1999.449S (Bilka)

U.1999.786H (Tvangsblander)

U.1999.1061S (Ølarmatur)

U.1999.1859S (Montana I)

U.2000.620H (Torres)

U.2001.1006H (Farehytte)

U.2001.2161Ø (Rigtig juice)

U.2002.908Ø (Hjemmelavet chocolade)

U.2003.827H (Dansk Præmieinvest)

U.2003.1020H (Melitta)

U.2003.2400H (Smarties)

U.2005.1291H (Jutlandoor)

U.2005.1438H (Tivoli småkager)

U.2006.600H (Adidas)

SHD 03.02.2006 (Pasta Basta)

SH2005.M-0001-05 (Telefonabonnement)

U.2007.1896H (Fisherman's friend)

U.2007.951H (Halogenlamper)

U.2007.1941S (PR Chocolade)

U.2007.2040H (Forsikring)

U.2008.241S (Lån & Spar)

U.2008.446H (Coop-Puma)

U.2008.1834H (Bordløfter)

U.2008.2393H (Bravida)

U.2009.233S (Netto-Puma)

U.2009.754H (Minimal)

U.2009.1018H (Burberry)

SH2009.V-0107-07 (Transformers)

SH2009.V-0149-06 (Gosha)

U.2010.1S (Danske Spil)

U.2010.240H og U.2010.243/1H (Orientexpressen)

U.2010.320H (Tivoli Night)

U.2010.1908H (TLT)

U.2010.1979H (Lotto)

U.2010.2249S (Thomas Tivoli)

SH2010.V-0041-05 (L-control)

U.2011.151H (Tetra Pak)

U.2011.280S (Net2 Maleren)

Ankenævnet for Patenter og Varemærker:

AN 1997 00686 (Calvin Klein)

AN 1997 00919 (Backseat Boys)

AN 2000 00061 (Balticum Seaways)

AN 2001 00076 (Paraplatin)

AN 2003 00006 (Champ Twister)

AN 2003 00038 (Trip Trap)

AN 2004 00028 (Super color)

AN 2004 00031 (Weekendavisen)

AN 2005 00004 (Lindeberg)

AN 2005 00017 (Citapram)

AN 2006 00022 (E-Boks)

AN 2006 00024 (Wild Turkey)

AN 2007 00001 (Softlotion)

AN 2007 00009 (Boligagenten)

AN 2008 00040 (Sats)

AN 2010 00020 (Sansegynge)

Svenske domstoler

Marknadsdomstolen

MD 1974:5 (Blomin)

MD 1983:3 (Ajax I)

MD 1987:10 (Pre-Glandin)

MD 1990:3 (Liljeholmen)

MD 1995:9 (Knorr)

MD 1996:1 (Ajax II)

MD 1999:21 (Robinson)

MD 2000:25 (Hästens I)

MD 2001:16 (Hästens II)

MD 2001:26 (Falu rödfärg)

MD 2002:10 (Hygglo)

MD 2002:17 (Gladiatorerna)

MD 2002:24 (Hästens III)

MD 2002:28 (Santa Maria)

MD 2002:33 (Hästens IV).

MD 2003:3 (Hästens V)

MD 2003:7 (Digestive)

MD 2003:16 (Absolut)

MD 2003:22 (Finn Crisp)

MD 2003:31 (FörsäkringsRådet)

MD 2003:33 (Ryan Air)

MD 2003:40 (Rebex)

MD 2004:2 (Hästens VI)

MD 2004:13 (Residence)

MD 2004:23 (Lego-Coco)

MD 2004:27 (Bauhaus)

MD 2005:3 (Filterball)

MD 2005:12 (Gustavus)

MD 2005: 13 (Whiskas)

MD 2005:16 (Autobytel)

MD 2005:19 (Olka)

MD 2005:20 (Live!)

MD 2005:26 (Taxi Göteborg)

MD 2005:33 (Puma)

MD 2006:3 (Lego II)

MD 2006:19 (Vivo)

MD 2007:20 (Eniro)

MD 2007:24 (Elgiganten)

MD 2007:27 (Twinner)

MD 2008:8 (Villa Villekulla)

MD 2008:13 (AstraZenica)

MD 2008:15 (Mag)

MD 2008:20 (Taxiåkeriet)

MD 2009:1 (Elko)

MD 2009:8 (Fordonsvärderingen)

MD 2009:12 (Xanté)

MD 2009:23 (Pewag)

MD 2009:25 (Svenska Spel)

MD 2010:2 (CardKeep)

MD 2010:3 (Cederroth)

MD 2010:4 (Red Bull II)

MD 2010:6 (Pensjonsforsikring).

MD 2010:16 (Lokaldelen)

MD 2010:21 (California White)

MD 2010:22 (Gate Rehab)

MD 2010:29 (M&M)

MD 2010:30 (Easycredit)

MD 2010:31 (Tanglin)

MD 2011:1 (We-Kappahl)

Patentbesvärsrätten

PBR 96-346 (Företagspaket)

PBR 96-833 (Patentdagen)

PBR 97-435 (Svenska Nubbar)

PBR 97-738 (Noga Utvalt)

PBR 97-778 (Bra Miljöval)

PBR 98-236 (Hästens)

PBR 99-277 (Jordnötsringar)

PBR 01-084 (Duro-tak)

PBR 01-201 (Druvan)

PBR 01-383 (Mini Maglite)

PBR 01-406 (Bankomat)

PBR 01-412 (Byggnadsställningar)

PBR 02-011 (Toffifee)

PBR 02-012 (Werther´s)

PBR 02-113 (GB Glace AB)

PBR 02-236 (Toblerone)

PBR 02-426 (Whiskas lilla)

PBR 03-041 (Sprättägg)

PBR 03-099 (M)

PBR 03-230 (Microlax)

PBR 04-247 (Löplabbet)

PBR 05-051 (Europe Bonus)

PBR 05-080 (Kexchoclad)

PBR 05-157 (Godbiten)

PBR 05-192 og 05-193 (Pim Pim)

PBR 05-331 (Sova)

PBR 06-366 (Aftonbladets sportbilag)

PBR 07-032 (Grov)

PBR 07-046 (Tefex) Patentbesvärsrätten

PBR 07-067 (Swedish Match)

PBR 07-109 (Apoteket)

PBR 07/180 (Hermes Italie)

PBR 07-288 (Morakniv)

PBR 07-305 (Green Power)

PBR 07-352 og 07-353 (Hits for kids)

PBR 08-287 (Snille och smak)

Andre svenske domstoler

NJA 1988 s. 209 (Arlanda)

NJA 1990 s. 469 (Silva)

NJA 1995 s. 635 (Galliano)

NJA 2003 s. 163 (Jäger)

RÅ 2000 ref. 62 (Colgate)

RÅ 2001 ref. 14 I (SAF)

RH 1999:63 (Bregott)

Svea HovR T 1792-96 (El Molino)

Göta HovR T 352-00 (Absolut)

Tyske domstoler

GRUR 1957, 88 - Ihr Funkberater

GRUR 1957, 426 - Getränke-Industrie

GRUR 1965, 317 - Kölnisch Wasser

GRUR 1969, 357 – Sihl

GRUR 1970, 517 - Kölsch Bier

IIC 1981, 872 - Lübecker Marzipan

GRUR 1985, 559 - Camel

GRUR 1988, 635 – Grundcommerz

GRUR 1989, 440 - Dresdner Stollen

GRUR 1991, 609 – SL

GRUR 1991, 863 - Avon

GRUR 1992, 48 - frei öl

IIC 1992, 691 - Royal Bavarian Weiss Beer

GRUR 1993, 972 – Sana

GRUR 1997, 611 - Berliner Zeitung

GRUR 2003, 1040 - Kinder

GRUR 2004, 162 - Mindestverzinsung

GRUR 2004, 514 - Telekom

GRUR 2006, 760 - Lotto

BGH 2007, 26. oktober 2007 (Westie-Kopf)

GRUR 2008, 710 – Visage

IIC 2008, 467 - Goldhase

GRUR 2009, 669 - POST II

GRUR 2009, 954 - Kinder III

GRUR 2010, 138 - Rocher-Kugel

Engelske domstoler

Eastman Kodak Co. v. Kodak Cycle Co., [1898] 15 RPC105

Payton & Co v. Snelling, Lampard & Co [1901] 17 RPC 628

Spalding (AG) & Bros. v. AW Gamage Ltd. [1915] 32 RPC 273

Parker-Knoll Ltd. v. Knoll International Ltd. [1962] RPC 265

GE Trademark [1969] RPC 418: [1970] RPC 339: [1973] RPC 297

Customglass Boats Ltd. v. Salthouse Bros. Ltd. [1976] RPC 589

Morning Star Co-operative Society Ltd. Express Newspapers Ltd [1979] FSR s. 113

H v. Schering Chemicals Ltd. [1983] 1 W.L.R 143

Lego System A/S v. Lego M. Lemelstrich Ltd. [1983] FSR 155

Imperial Group plc v. Philip Morris Ltd. [1984] RPC s. 293

McDonald´s Hamburger`s Ltd v Burgerking (UK) Ltd [1986] FSR 45

Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc. [1990] RPC 341

Guccio Gucci SpA v. Paolo Gucci [1991] F.S.R. 89

United Biscuits (UK) Ltd. v. Burtons Biscuits Ltd. [1992] FSR 14

Wagamama v. City Centre Restaurants [1995] FSR 713

British Sugar plc v. James Robertson & Sons Ltd [1996] RPC 281

Harrods v. Harrodian School Ltd. [1996] RPC 697

Neutrogena v. Golden [1996] RPC 473

Chocosuisse v. Cadbury [1998] RPC 117

Clark v. Associated Newspapers Ltd [1998] RPC 261

The European Ltd v. The Economist Newspapers Ltd [1998] FSR 283

Daimler Chrysler v. Alavi [1999] RPC 826

Arsenal Football Club plc. v. Reed [2003] RPC 696

esure Insurance Limited v. Direct Line Insurance plc [2008] EWCA Civ 842.

Numatic International Ltd v Qualtex UK Ltd ([2010] EWHC 1237

Amerikanske domstoler

Elgin National Watch v. Elgin Clock 26 F.2d 376 (D. Dell, 1928)

Triangle Publications v. Rohrlich 167 F.2d 969 (2nd Cir. 1948)

International Milling Company v. Robin Hood Popcorn Co. Inc., 110 U.S.P.Q. 368 (Comr´s. Pat 1956)

American Luggage Works, Inc v United States Trunk Co Inc., 158 F Supp 50, 54 116 USPQ 188, 191 (D Mass 1957)

Standard Oil v. Standard Oil 252 F.2d 65 (10th Cir., 1958)

Zippo Manufacturing Co. v. Rogers Imports, Inc., 216 F. Supp. 670 (S.D.N.Y. 1963)

E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Yoshida Int´l, 393 F. Supp. 502 (E.D.N.Y. 1975)

American Brands, Inc. v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 413 F. Supp. 1352 (S.D.N.Y.1976)

American Home Products Corp. v. Johnson & Johnson, 577 F2d U.S.P.Q 132 (CA 2 1978)

R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Loew´s Theatres, Inc., 511 F Supp 867, 210 U.S.P.Q. 291 (SDNY 1980)

Prudential Insurance v. Gibraltar Finance, 694 F2d 1150 (9th Cir., 1982)

Universal City Studios, Inc. V. Nintendo Co., 746 F.2d 112 (2d Cir. 1984)

S.C. Johnson & Son, Inc. v. Carter-Wallace, Inc. 614 F Supp. 1278, 225 U.S.P.Q. 1022 (S.D.N.Y. 1985)

Thomson Medical Co., Inc v. Ciba-Geigy Corp., 643 F. Supp 1190 (S.D.N.Y 1986)

E.S. Originals Inc. v. Stride Rite Corp., 656 F.Supp. 484 (S.D.N.Y.1987)

Warner Bros. Inc. v. Dae Rim Trading Inc. 677 F. Supp, 740 (S.D.N.Y 1988)

American Express Travel-Related Service Co., Inc. v. Mastercard International, Inc., 776 F Supp 787 (S.D.N.Y. 1991)

Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 509 U.S. 579, 113 S. Ct 2786, 27 U.S.P.Q. 2d 200 (1993)

Indianapolis Colts, Inc. v. Metropolitan Baltimore Football Club, LLP 34 F3d 410 (7th Cir., 1994)

General Elec. Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 118 S Ct. 512, 139 L. Ed. 2d 508 (1997)

Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael, 526 U.S. 137,119 S Ct. 1167 143 L.Ed 2d 238, 50 U.S.P.Q. 2d 1177 (1999)

Nabisco, Inc. v. PF Brands, Inc., 191 F.3d 208 (2d Cir. 1999)

Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows Inc. v. Utah Division of Travel Development 170 F.3d 449 (4th Cir. 1999)

Weisgram v. Marley Co., 528 U.S. 440, 120 S. Ct. 1011, 145 L. Ed. 2d 958 (2000)

Westchester Media v. PRL USA Holdings, Inc. 214 F.3d 658 (5th Cir 2000)

Nora Bevs., Inc. V. Perrier Group of Am., Inc., 269 F.3d 114 (2d Cir 2001)

V Secret Catalogue, Inc. v. Moseley 259 F.3d 464 (6th Cir. 2001)

V Secret Catalogue, Inc., et al. v. Moseley, et al. (6th Cir. 2010)

Avgjørelser av internasjonale organer

EU domstolen

C-102/77 av 23. mai 1978 (Hoffman La Roche)

C-3/78 av 10. oktober 1978 (Centrafarm)

C-10/89 av 17. oktober 1990 (Hag II)

C-373/90 av 16. januar 1992 (Nissan)

C-9/93 av 22. juni 1994 (Ideal Standard)

C-470/93 av 6. juli 1995 (Mars)

C-313/94 av 26. november 1996 (Graffione)

C-251/95 av 11. november 1997 (Sabel/Puma)

C-210/96 av 16. juli 1998 (Gut Springenheide)

C-39/97 av 29. september 1998 (Canon)

C-108/97 og C-109-97 av. 4. mai 1999 (Chiemsee)

C-342/97 av 22. juni 1999 (Lloyd)

C-375/97 av 14. september 1999 (General Motors)

C-220/98 av 13. januar 2000 (Estée Lauder)

C-112/99 av 25. oktober 2001 (Toshiba)

C-206/01 av 12. november 2002 (Arsenal)

C-273/00 av 12. desember 2002 (Sieckmann)

C-299/99 av 18. juni 2002 (Philips)

C-53/01 av 8. april 2003 (Linde)

C-191/01 av 23. oktober 2003 (Doublemint)

C-291/00 av 20. mars 2003 (Arthur et Félicie)

C-292/00 av 9. januar 2003 (Davidoff)

C-408/01 av 23. oktober 2003 (Adidas-Salomon)

C-259/02 av 27. januar 2004 (La Mer Technology)

C-218/01 av 12. februar 2004 (Henkel I)

C-363/99 av 12. februar 2004 (Postkantoor)

C-371/02 av 29. april 2004 (Bostongurka)

C-456/01 og C-457/01 av 29. april 2004 (Henkel II)

C-468/01 - C-472/01 av 29. april 2004 (Procter & Gamble)

C-329/02 av 16. september 2004 (Sat. 1)

C-192/03 av 5. oktober 2004 (Alcon)

C-136/02 av 7. oktober 2004 (Mag-Lite)

C-37/03 av 15. september 2005 (BioID)

C-120/04 av 6. oktober 2005 (Thomson Life)

C-173/04 av 12. januar 2006 (SiSi-Werke)

C-206/04 av 23. mars 2006 (Zirh)

C-24/05 av 22. juni 2006 (Werther´s Original)

C-25/05 av 22. juni 2006 (Storck, Shape of a sweet wrapper)

C-108/05 av 7. september 2006 (Europolis)

C-361/04 av 12. januar 2006 (Picasso)

C-421/04 av 9. mars 2006 (Matratzen)

C-48/05 av 25. januar 2007 (Opel logo)

C-102/07 av 10. april 2008 (Adidas/Marca Mode)

C-273/05 av 19. april 2007 (Celltech)

C-412/05 av 26. april 2007 (Travatan)

C-334/05 av 12. juni 2007 (Shaker)

C-238/06 av 25. oktober 2007 (Develey)

C-328/06 av 22. november 2007 (Fincas Terragona)

C-304/06 av 8. mai 2008 (Eurohypo)

C-514/06 av 18. september 2008 (Nomafoam)

C-252/07 av 27. november 2008 (Intel)

C-197/07 av 12. desember 2008 (TDK)

C-320/07 av 12. mars 2009 (Nasdaq)

C-487/07 av 18. juni 2009 (L'Oréal)

C-301/07 av 6. oktober 2009 (Pago)

C-553/08 av 2. desember 2009 (Manpower)

C-398/08 av 21. januar 2010 (Audi)

C-236/08 - C-238/08 av 23. mars 2010 (Google)

C-278/08 av 25. mars 2010 (BergSpechte)

C-558/08 av 8. juli 2010 (Portakabin)

C-265/09 av 9. september 2010 (Borco)

C-48/09 av 14. september 2010 (Lego Juris)

Førsteinstansretten

T-128/01 av 6. mars 2003 (DaimlerChrysler)

T-8/03 av 13. desember 2004 (El Corte Inglés)

T-360/03 av 23. november 2004 (Frischpack)

T-164/03 av 21. april 2005 (Monbebé)

T-67/04 av 25. mai 2005 (Spa Finders)

T-262/04 av 15. desember 2005 (Bic lighter)

T-277/04 av 12. juli 2006 (Vitakraft)

T-215/03 av 22. mars 2007 (Vips)

T-477/04 av 6. februar 2007 (TDK)

T-460/05 av 10. oktober 2007 (B&O)

T-181/05 av 16. april 2008 (Citibank)

T-137/08 av 28. oktober 2009 (BCS Spa)

OHIM

OHIM 2149/2003 (Digital Focus) OHIM

R 220/2002-1 (Monbebé) OHIM

R 1/2005-4 (Hilti) OHIM

R 1/2005-4 (Hilti) OHIM

R 1620/2006-2 (Whiskas Purple) OHIM

R 355/2007-4 (Orange and gray) OHIM

Lover, forskrifter og forarbeider

Norge

Lov 2. februar 1910 nr. 7 om styret for det industrielle retsvern

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 3. mars 1961 nr. 4 om varemerker (varemerkeloven)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 21. juni 2002 nr. 32 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven)

Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

Forskrift om urimelig handelspraksis av 1. juni 2009 nr. 565

Forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv. av 5. juni 2009 nr 588.

NOU 1987:18 Forenkling av rettsregler og rettslig regulering.

NOU 2001: 32 B Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2001: 32 A Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2000:23 Forsikringsselskapers innhenting, bruk og lagring av helseopplysninger.

NOU 1999:22 Domstolene i første instans.

NOU 2001:8 Lov om varekjennetegn med motiver fra Varemerkeutredningen II.

Høringsnotat (2006) Ny lov om markedsføring og annen handelspraksis.

Ot.prp.nr 1 (1910)

Ot.prp.nr 37 (1959-1960) Om lov om endring i lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

Ot.prp.nr 38 (1964-1965) Behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Ot.prp.nr 57 (1971-1972) Kontroll med markedsføring.

Ot.prp.nr 75 (1993-1994) Om lov om endringer i forvaltningsloven mv.

Ot.prp.nr 59 (1994-1995) Om lov om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern

Ot.prp.nr 44 (2001-2002) Forbrukerkjøp.

Ot.prp.nr 51 (2004-2005) Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp.nr 74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover)

Ot.prp.nr 55 (2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

Ot.prp.nr 98 (2008-2009) Beskyttelse av varemerker (varemerkeloven).

Prop.6 L (2009-2010) Ny varemerkelov

Innst. fra Konkurranselovkomitéen 1966

Innst.O. nr 20 (2008-2009) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

Innst.101 L (2009-2010) Innstilling fra justiskomiteen om lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven).

Danmark

LF 18 96/97. Gennemførelse af TRIPS-aftalen, Trademark Law Treaty m.v.

LBK nr 90 af 28/01/2009 (Varemærkeloven).

LBK nr 839 af 31/08/2009 (Markedsføringsloven).

LBK nr 1237 af 26/10/2010 (Retsplejeloven).

Lov nr. 538 av 8. juni 2006 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Politi og domstolsreform)

BEK nr 1084 af 14/09/2007 Bekendtgørelse om urimelig markedsføring i forbrugerforhold.

Sverige

Rättegångsbalken (1942:740)

Lag om Marknadsdomstol (1970:417).

Lag om Patentbesvärsrätten (1977:729).

Marknadsföringslagen (2008:486).

SOU 1958:10 Firma – och varumärkeskommitténs betänkande.

SOU 2001:26 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.

SOU 2001:33 Patentprocessen mm.

SOU 2001:103 En modernare rättegång.

SOU 2006:76 Otillbörliga affärsmetoder.

SOU 2010:44 Mål och medel - särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol.

Prop. 1960:167 Förslag till varumärkeslag.

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

Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol.

Prop. 2007/08:115 Ny marknadsföringslag.

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

Betänkande 2010/11:NU6. Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.

EU-direktiver og forordninger

Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet)
Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked.

Direktiv 2006/114/EF (Direktiv om villedende og sammenlignende reklame)
Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/114/EF af 12. desember 2006 om villedende og sammenlignende reklame (kodifisert utgave).

Direktiv 2008/95/EF (Varemerkedirektivet)
Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/95/EF av 22. oktober 2008 om innbyrdes tilnærmelse av medlemsstatenes lovgivning om varemerker

Forordning 207/2009 (EF-varemerker)
Europarådets forordning 207/2009 av 26. februar 2009 om EF-varemerker (kodifisert versjon).

Litteraturliste

Andenæs, Kristian *Rettsvitenskap og empiri*: Regulering og styring III: Et bidrag til de juridiske forskeruddannelse. København, 1992.

Andersen, Mads Bryde *Bør "immaterialretten" fastholdes som universitetsfag?* :Festskrift til Marianne Levin. 2008.

Aubert, Vilhelm *Om relationerna mellan juridiska och sociologiska begrepp*:Rationalitet i rättssystemet. Stockholm, 1979.

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow og Lasse Højlund Christensen *Den civile retspleje*. 2010.

Bernitz, Ulf *Marknadsrätt: en komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer*. Stockholm, 1969.

Bernitz, Ulf *Marknadsföringslagen*. Stockholm, 1997.

Bernitz, Ulf *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. Stockholm, 2007.

Bernitz, Ulf *Svensk och europeisk marknadsrätt: konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*. Stockholm, 2009.

Bernitz, Ulf.. [et al.] Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens. Stockholm, 2009.

Bernt-Hamre, Camilla *Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven*. Jussens venner nr. 5 (2007) s. 273 flg.

Bird, Benedict og Stuart D'Aloisio *Confusing similarity*. Journal of Intellectual Property Law and Practice (2008) s.754 flg.

Bird, Robert C. *Streamlining consumer survey analysis*.The Trademark Reporter (1998) s. 269 flg.

Blandhol, Sverre *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse*. Tidsskrift for rettsvitenskap 3 (2004) s. 365 flg.

Blandhol, Sverre *Nordisk rettspragmatisme: Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode*(2005).

Boe, Erik *Innføring i juss- Juridisk tenkning og rettskildelære*. Oslo, 2010.

Bolding, Per Olof *Går det att bevisa?: perspektiv på domstolsprocessen*. Stockholm, 1989.

Borcher, Erlig *Produktefterligningsbeskyttelsen efter markedsføringsloven § 1*. Ugeskrift for retsvæsen U.2009B.151 (2009) s.151 flg.

Borcher, Erling *Produktefterligninger*. København, 2003.

Borcher, Erling og Frank Bøggild *Markedsføringsloven*. København, 2006.

Brolin, Thore, Åke Rehnström og Magnus Widebeck *Tvistemålsprocessen I - En handledning för förberedelsen*. Stockholm, 2008.

Brunsvig, Per*Utilbörlig efterligning av produkt under den norske konkurranseloven*.Nordiskt immateriellt rättsskydd (1960) s.146 flg.

Bruus, Morten *Beskyttelse af renommerede varemærker - Adidas - en streg i sandet?* Nordiskt immateriellt rättsskydd nr. 1 (2004) s. 23 flg.

Carmines, Edward G. og Richard A. Zeller *Reliability and validity assessment*. Thousand Oaks, California, 1979.

Choo, Andrew L. T. *Evidence*. Oxford, 2006.

Churchill, Gilbert A. og Dawn Iacobucci *Marketing research: methodological foundations*. Mason, Ohio, 2005.

Colston, Catherine og Middleton, Kirsty *Modern Intellectual Property Law*. 2005.

Cornish, W. R. og David Llewelyn *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*. London, 2007.

Crespi, Irving *Surveys as Legal Evidence*.The Public Opinion Quarterly 1 (1987) s. 84 flg.

Dahlberg-Larsen, Jørgen *Hvorfor interessere sig for andre samfundsvidenskaper?* : Regulering og styring III: Et bidrag til den juridiske forskeruddannelse. København, 1992.

Dalberg-Larsen, Jørgen *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab- et retsteoretisk tema i historisk og aktuel belysning*. København, 1977.

Dalberg-Larsen, Jørgen *Pragmatisk retsteori*. København, 2001.

Eckhoff, Torstein *Retten og samfunnet*. Oslo, 1976.

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen *Rettskildelære*. Oslo, 2001.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*. Oslo, 2010.

Eichmann, Helmut *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part one*. International Review of Intellectual Property and Competition Law 4 (2000) s. 408 flg.

Eichmann, Helmut *The Present and Future of Public Opinion Polls in Litigation in Germany - Part two*.International Review of Intellectual Property and Competition Law 5 (2000) s. 530 flg.

Ekelöf, Per Olof, Henrik Edelstam og Lars Heuman *Rättegång IV*. Stockholm, 2009.

Engelbrekt, Antonina Bakardjieva *EG-direktivet om utillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?* Europarättslig Tidsskrift 2 (2005) s. 236 flg.

Engelbrekt, Antonina Bakardjieva *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries - Consequences of a Directive on Unfair Business-to Consumer Commercial Practices.* Report for the Nordic Council of Ministers Committee on Consumer Affairs (2005).
http://www.norden.org/da/publikationer/publikationer/2005-424/at_download/publicationfile.

Engelbrekt, Antonina Bakardjieva *Från materiella regler till genomföranderegler: en ny fas i det europeiska rättssamarbetet på konsumentskyddsområdet?* Europarättslig Tidsskrift 3 (2007) s. 578 flg.

Engström, Catharina *Från Blomin till Puma; om marknadsundersökningar i marknadsrättsliga avgöranden mellan 1974 och 2005*. Nordiskt immateriellt rättsskydd nr 5 (2006) s. 463 flg.

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas (red) *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. Oslo, 2009.

Farrahi, Nina *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten*. Nordiskt immateriellt rättsskydd nr 5 (2006) s. 436 flg.

Folliard-Monguiral, Arnaud og David Rogers *Community trade mark case law round-up 2006*.Journal of Intellectual Property Law and Practice (2007) s. 215 flg.

Framnes, Runar, Hans Math Thjømøe og Arve Pettersen *Markedsføringsledelse*. Oslo, 2011.

Gastwirth, Joseph L. *Statistical Reasoning in the Legal Setting*. The American Statistician nr. 1 (1992) s. 55-69.

Gomard, Bernhard og Michael Kistru *Civilprocessen*. København, 2007.

Gram Mortensen, Bent Ole og Michael Steinicke *Dansk markedsret*. København, 2006.

Graver, Hans Petter *Den juristskapte virkelighet*. Oslo, 1986.

Graver, Hans Petter *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 4-5 (2004) s. 465 flg.

Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*. Oslo, 2007. 2. utg. 2002

Graver, Hans Petter *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig magefølelse eller rasjonell helhetsvurdering?* Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 2 (2009) s. 191 flg.

Grimstad, Amund og Torvald C. Løchen *Markedsføringsloven : kommentarutgave*. 7. utg. Oslo, 2003.

Gripsrud, Geir, Ulf Henning Olsson og Ragnhild Silkoset *Metode og dataanalyse - Med fokus på beslutninger i bedrifter*. Kristiansand, 2004.

Grundén, Örjan *Skyddet för kända och ansedda kannetecken*. Nordiskt immateriellt rättsskydd nr. 2 (1995) s. 227 flg.

Gundersen, Aase *Tillatt bruk av andres varemerker - grensene for varemerkeinnehavers enerett etter Varemerkedirektivet artikkel 5, 6 og 7*: Aktuell immaterialrett. Oslo, 2008.

Hagerup, Francis *Den norske civilproces I*. Kristiania, 1918.

Hagerup, Francis *Den norske civilproces II*. Kristiania, 1918.

Handler, Milton og Charles Pickett *Trademark and Trade names*. Columbia Law Review 6 (1930) s. 759 flg.

Heide-Jørgensen, Caroline *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*. København, 2008.

Heide-Jørgensen, Caroline *Reklameret- Konkurrenceret og kommerciel ytringsfrihed.* København, 2008.

Helset, Per, Felix Reimers og Toril Melander Stene *Immaterialrett - og produktetterligning mv. etter markedsføringsloven*. Oslo, 2009.

Henjesand, Inge Jan *Spørsmål og svar i spørreskjemaundersøkelser - Eksperimenter i forbindelse med valg av ordlyd i spørsmålsstilling, benevnelse på svarskala og rekkefølge på spørsmål*. Bergen, 1996.

Holyoak, Jon og Paul Torremans *Holyoak and Torremans intellectual property law*. Oxford, 2008.

Hov, Jo *Rettergang I*. Oslo, 2007.

Hov, Jo *Rettergang I*. Oslo, 2010.

Hov, Jo *Rettergang II*. Oslo, 2010.

Hurlen, Pål Standnes *Kodakvern i varemerkeretten*: Aktuell immaterialrett. Oslo, 2008.

Hørlyck, Erik *Syn og skøn*. 2004.

Jacoby, Jacob, Amy H. Handlin og Alex Simonson *Survey evidence in deceptive advertising cases under the Lanham Act.*The Trademark Reporter (1994) s. 541 flg.

Jensen, Torben *Højesteret og retsplejen*. 1999.

Kleppestø, Knut *Domstolsprøving av patentstyrets avgjørelser*. Lov og rett nr. 2 (2008) s. 120 flg.

Knoph, Ragnar *Oversikt over Norges rett*. Oslo, 1934.

Knoph, Ragnar *Åndsretten*. Oslo, 1936.

Knoph, Ragnar, Kåre Lilleholt og Johs Andenæs *Knophs oversikt over Norges rett*. Oslo, 2009.

Knaak, Roland *Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts*. Weinheim, 1986.

Knaak, Roland *The International Development of Survey Practices in Trademark and Unfair Competition Law*.International Review of Intellectual Property and Competition Law 3 (1990) s. 327 flg.

Koktvedgaard, Mogens *Konkurrencepræge de immaterialretspositioner - bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret*. København, 1965.

Koktvedtgaard, Mogens *Domstolenes rolle i immaterialsaker*:Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002. 2002.

Kolflaath, Eivind *Bevisbedømmelse - sannsynlighet eller fortellinger?* Jussens venner (2004) s. 279 flg.

Kolflaath, Eivind *Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil*. Lov og Rett nr. 3 (2008) s.149-164.

Kotler, Philip og Kevin Lane Keller *Marketing management*. Upper Saddle River, N.J., 2009.

Krüger Andersen, Paul *Markedsføringsret*. København, 1978.

Kunstadt, Robert M. *Trade marks: not just for the rich and famous*.Journal of Intellectual Property Law and Practice (2008) s. 451 flg.

Kur, Annette *Kända märkens skydd mot renommésnylting - på väg mot en ny dimension inom varumärkesskyddet?*Nordiskt immateriellt rättsskydd (1988) s.134 flg.

Kur, Annette *A New Framework for Intellectual Property Rights - Horizontal Issues*.International Review of Intellectual Property and Competition Law 1 (2004) s. 1 flg.

Lassen, Birger Stuevold *Om iskrem i Høyesterett og isenkram i Brønnøysund*:Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002. Oslo, 2002.

Lassen, Birger Stuevold *Markedsundersøkelser som bevis for innarbeidelse av varemerke*. Nytt i prvatretten nr. 4 (2007) s.14.

Lassen, Birger Stuevold og Are Stenvik *Kjennetegnsrett*. Oslo, 2011.

Lassen, Birger Stuvevold og Are Stenvik *Oversikt over norsk varemerkerett*. Oslo, 2003.

Lea, Gary *Masters of All They Survey? - Some Thoughts upon Official Attitudes to Market Survey Evidence in U.K Trade Mark Practice*. Intellectual Property Quartely 2 (1999) s. 191 flg.

Leighton, Richard J. *Using Daubert-Kumho gatekeeping to admit and exclude surveys in Lanham Act advertising and trademark cases*.The Trademark Reporter (2002) s.743 flg.

Levin, Marianne *Noveller i varumärkesrätt*. Stockholm, 1990.

Levin, Marianne *En ny nordisk känneteckensrätt inför 2000-talet*. Nordiskt immateriellt rättsskydd (1994) s. 516 flg.

Levin, Marianne *Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna i EU*. Nordiskt immateriellt rättsskydd nr. 3 (1995) s. 464 flg.

Levin, Marianne *Lärobok i immaterialrätt*. Stockholm, 2007.

Levin, Marianne og Susanne Bonnier *Praktisk varumärkesrätt*. Stockholm, 1998.

Lindblom, Per Henrik *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*. Uppsala, 2000.

Loughlin, Paula og Stephen Gerlis *Civil procedure*. London, 2004.

Lunde, Tore *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*. Bergen, 2003.

Lunde, Tore, Ingvild Mestad og Terje Lundby Michaelsen *Markedsføringsloven*. Oslo, 2009.

Løvås, Gunnar G. *Statistikk for universiteter og høgskoler*. Oslo, 2004.

Madsen, Palle Bo *Markedsret Del 2, Markedsføringsret og konkurrenceværn*. København, 2007.

Madsen, Palle Bo *Markedsret Del 3, Immaterialret*. København, 2008.

McCarthy, Thomas J. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*. 2009.

Morcom, Christopher *Survey Evidence in Trade Mark Proceedings*.European Intellectual Property Review (1984) s. 6 flg.

Murray, Peter L. og Rolf Stürner *German civil justice*. Durham, N.C., 2004.

Møgelvang-Hansen, Peter, Thomas Riis og Jan Trzaskowski *Markedsføringsretten*. København, 2007.

Niedermann, Anne *Emprische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung*. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht s. 367 flg.

Niedermann, Anne *Surveys as Evidence in Proceedings Before OHIM.*International Review of Intellectual Property and Competition Law nr. 3 (2006) s. 260 flg.

Niedermann, Anne *The use of surveys as legal evidence*: The SAGE Handbook of Public Opinion Research. Chicago, 2008.

NIR Debatt *Ett harmoniserat immaterialrättsligt sanktionssystem*. Nordiskt immateriellt rättsskydd (2003) s. 359 flg.

Noelle-Neumann, Elisabeth og Carl Schramm *Umfrageforschung in der Rechtspraxis*. Weinheim, 1961.

Nordell, Per Jonas *Marknadsrättens goodwillskydd*. Stockholm, 2003.

Nordell, Per Jonas *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens*. Stockholm, 2004.

Nordell, Per Jonas *Marknadsrätten: en introduktion*. Stockholm, 2008.

Nordell, Per Jonas *Om varumärkets funktioner i ljuset av EU-domstolens avgöranden i mål C-487/07 (L'Oréal) och de förenade målen C-236/08 - C-238/08 (Google)*. Nordiskt immateriellt rättsskydd nr. 3 (2010) s. 264 flg.

Norström, Tomas *Mot en samlad speciallösning för immaterialrättsliga rättegångar – några frågetecken ändå*. Nordiskt immateriellt rättsskydd 1 (2004) s. 66 flg.

Nygaard, Nils *Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane*. Tidsskrift for rettsvitenskap nr.1/2 (2002) s. 33 flg.

Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt*. Bergen ; Oslo, 2004.

Palladino, Vincent N. *Surveying secondary meaning*.The Trademark Reporter (1994) s. 155 flg.

Pehrson, Lars *Varumärken från konsumentsynpunkt - En rättsvetenskaplig studie*. Stockholm, 1981.

Pehrson, Lars *Chevy-målet - EG-domstolen tolkar anseendeskyddet i varumärkesdirektivet*. Juridisk Tidskrift (1999/2000) s. 421 flg.

Pflüger, Almut *Legal Research in Practice. - Empirical Legal Research and Research into Legal Facts*.International Review of Intellectual Property and Competition Law nr. 2 (2008) s. 198 flg.

Posner, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass., 1990.

Rappeport, Michael *Litigation surveys - social "science" as evidence*.The Trademark Reporter (2002) s. 957 flg.

Reimers, Felix *Yellow Pages' mark held valid and infringed by split Supreme Court*. Journal of Intellectual Property Law Practice (2006) s. 374 flg.

Rienth, Carola Verena *The concept of dilution with special focus on recent case law from the European Court of Justice - L'Oréal v Bellure and Intel - CPM*. Nordiskt immateriellt rättsskydd nr. 2 (2010) s. 150 flg.

Riis, Thomas *Forretningskjendetegn og varemærker med egenværdi*. Nordiskt immateriellt rättsskydd nr. 1 (2000) s. 18 flg.

Robberstad, Anne *Utenlandske sivilprosessforbilder - for Francis Hagerup og Tvistemålsutvalget (NOU 2001:32)*: Festskrift till Per Henrik Lindblom. 2004.

Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Bergen, 2009.

Rohnke, Inger *Markengesetz*. 2010.

Roos, Carl Martin *Ersättningsrätt - en forskningsinriktning?* : Festskrift till Jan Hellner. Stockholm, 1984.

Rosén, Jan *Känneteckens goodwillskydd: från anseende till uppmärksamhetsvärde i svensk känneteckens- och marknadsrätt*: Festskrift til Mogens Koktvedgaard. København, 2003.

Rosenmeier, Morten *Nogle bemærkninger om sagkyndiges medvirken i ophavsretssager*. Ugeskrift for retsvæsen U.2001B.102 (2001).

Rygaard, Sture *Domstolsreformen i Danmark*. Nordiskt immateriellt rättsskydd (2007) s. 56 flg.

Sandgren, Claes *Om empiri och rättsvetenskap (del I)*. Juridisk Tidskrift (1995-96) s.726 flg.

Sandgren, Claes *Om empiri och rättsvetenskap (del II)*. Juridisk Tidskrift (1995-96) s.1035 flg.

Sandgren, Claes *On Empirical Legal Science*.Scandinavian studies in law (2000) s. 445 flg.

Schechter, Frank *The Historical Foundations of the Law relating to Trade Marks*. New York, 1925.

Schechter, Frank *The Rational Basis Of Trademark Protection*. Harvard Law Review (1927) s. 813 flg.

Schei, Tore... [et al.]. *Tvisteloven - Lov av 17. juni 2005 nr 90 om mekling og rettergang i sivile tvister. Kommentarutgave*. Oslo, 2007.

Schovsbo, Jens *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*. København, 1996.

Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier *Immaterialret - ophavsret, patentret, brugsmodelret, designret, varemærkeret*. København, 2011.

Schweizer, Robert *Empirische Rechtsforschung*: Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung. Berlin, 1976.

Selnes, Fred *Markedsundersøkelser*. 4. utg. Oslo, 1999.

Sinding, Christian *Branding: et verktøy for å sikre verdiskaping*. Oslo, 2004.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. Oslo, 2001.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning- Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*. Oslo, 2010.

Sletten, Tormod A. *Domstollignende forvaltningsorganer*. 1990. (Institutt for offentlig retts skriftserie; nr. 3).

Sorenson, Robert C. *Survey research execution in trademark litigation.*The Trademark Reporter (1983) s. 349 flg.

Steen, Henrik *Genomsnittskonsumentens snedvridna ekonomiska beteende - konsekvenser av svenskt införlivande av direktivet om otilbörliga affärsmetoder*. Europarättslig Tidsskrift 4 (2009) s. 617 flg.

Stenvik, Are *Patentrett*. Oslo, 2006.

Stenvik, Are *Varemerkerett: Søkemotorannonsering*. Nytt i prvatretten 2 (2010) s.13.

Strömholm, Stig *Användning av utländskt material i juridiska monografier*. Svensk Juristtidning (1971) s. 251 flg.

Strömholm, Stig *Hur många rättsvetanskaper finns det?* Tidsskrift for rettsvitenskap (1978) s. 621 flg.

Svensson, Carl Anders... [et al.]. *Praktisk marknadsrätt.* Stockholm, 2010.

Synnerstad, Karin (nå Karin Cederlund) *Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden*. Stockholm, 1992.

Trzaskowski, Jan *Urimelig handelspraksis - europæisering af dansk markedsføringsret*. Ugeskrift for Rettsvæsen U.2008 B.275 (2008).

Trzaskowski, Jan *Om den uninonsretlige markedsføringsret*. Ugeskrift for retsvæsen U.2010B.145 (2010).

Uecker, Rolf *Effektivisering av sivilprosessen i Tyskland - Relasjonsmetoden og begrensning av muntlighetsprinsippet*. Lov og Rett nr. 6 (2001) s. 357 flg.

Ur svensk praxis. Nordiskt immateriellt rättsskydd nr. 4 (1981) s. 411 flg.

Wadlow, Christopher *The law of passing-off- Unfair competition by misrepresentation*. London, 2004.

Wallberg, Knud *Varemærkeret- Varemærkeloven og fællesmærkeloven med kommentarer, EF-varemærket, Madrid-Protokollen*. København, 2008.

Wenstøp, Fred *Statistikk og dataanalyse.* Oslo, 2003.

Wessman, Richard *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten*. Stockholm, 2002.

Zahle, Henrik *Om bevisbedømmelsen. Kommentar til nogle aktuelle emner.* Ugeskrift for retsvæsen U.1978B.375 (1978).

Zeisel, Hans og Kaye, David *Prove It with Figures - Emipirical Methods in Law and Litigation*. New York, 1997.

Zuckerman, A. A. S., Sergio Chiarloni og Peter Gottwald *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford, 1999.

Aarbakke, Magnus *Harmonisering av rettskilder*. Tidsskrift for Rettsvitenskap (1966).

Aasland, Gunnar *Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål.* Tidsskrift for rettsvitenskap (1967) s. 157 flg.

Aasland, Gunnar *Utenrettslige erklæringer - tvistemålsloven § 197*. Rett og rettssal, Festskrift til Rolv Ryssdal (1984).

Andre kilder

Alle nettsider er kontrollert 31. mai 2011.

American Marketing Association
http://www.marketingpower.com/AboutAMA/Pages/DefinitionofMarketing.aspx

CASRO Code of Standards and Ethics for Survey Research
http://www.casro.org/pdfs/CodeVertical-FINAL.pdf

Court Appointed Scientific Experts (CASE)
http://www.aaas.org/spp/case/case.htm

Dagens Nyheter 29. januar *2011:* **Karin Nilsson, Sanktioner behövs mot oseriösa opinionsföretag,**
http://www.dn.se/debatt/sanktioner-behovs-mot-oseriosa-opinionsforetag

ESOMAR Guidelines for Online Research. Draft per august 2010
http://www.esomar.org/index.php/professional-standards-codes-and-guidelines-online-research.html

Esomar World Research Codes & Guidelines. Interviewing children and young people
http://www.esomar.org/uploads/pdf/ESOMAR_Codes&Guidelines_InterviewingChildren.pdf

Federal Judicial Center, Manual for Complex Litigation 2004
http://www.fjc.gov/public/home.nsf/autoframe?openform&url_l=/public/home.nsf/inavgeneral?openpage&url_r=/public/home.nsf/pages/524

Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) Part B Examination:
http://oami.europa.eu/en/mark/marque/pdf/examination-23042008-EN.pdf

Guidelines concerning proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) Part C, Opposition Guidelines:
http://www.osim.ro/publicatii/editura/TOATE%20MATERIALELE/Marca%20comunitara_GHID_CD/Regulamaente/Text_extenso/guidelines-oppo-fv.pdf

Håndbok i bruk av webskjema. SSB
http://www.ssb.no/publikasjoner/pdf/handbok-81.pdf

ICC/Esomar International Code on Market and Social Research
http://www.esomar.org/uploads/pdf/professional-standards/ICCESOMAR_Code_English_.pdf

Intellectual Property Office UK
http://www.ipo.gov.uk/

International Survey of Specialised Intellectual Property Courts and Tribunals 2005
http://www.int-bar.org/images/downloads/International_IP_Survey_February_2005.pdf

Interim Report (Access to Justice) 1995 Lord Woolf
http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm

Konkurransetilsynet; Det relevante marked (2010)
http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/RELEVANT_MARKED.pdf

Markedsanalyse, Rune Eilertsen: Respondentjuks og webpaneler
http://www.markedsanalyse.org/article.php?id=321 2007

Norsk Markedsanalyse Forening
http://www.markedsanalyse.org/index.php?c=2&kat=Om+NMF

Norsk Markedsanalyse Forenings Retningslinjer knyttet til de Etiske Regler
http://www.markedsanalyse.org/article.php?id=28#anchor6

Norsk Markedsanalyse Forenings Retningslinjer for gjennomføring av Markeds- og Opinionsundersøkelser ved bruk av Internett
http://www.markedsanalyse.org/article.php?id=31

Patentstyrets eksempler på dokumentasjon for innarbeidelse av et varemerke
http://www.patentstyret.no/no/For-eksperter/Varemerkeeksperten/Innarbeidelse-og-bruk-av-et-varemerke--/Eksempler-pa-dokumentasjon/

Quantifying antitrust damages - towards non-binding guidance for courts - Study prepared for the European Commission:
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

Reference Manual on Scientific Evidence, second edition 2000:
http://www.fjc.gov/public/home.nsf/autoframe?openform&url_l=/public/home.nsf/inavgeneral?openpage&url_r=/public/home.nsf/pages/610

SSB foredrag 20. mai 2010. Utforming av spørsmål og svar i intervju- og spørreskjema undersøkelser.
www.ssb.no/omssb/kurs_seminar/sporreskjema_mai2010.ppt

Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnds tidligere hjemmeside
http://www.chamber.se/?id=4513:http://www.chamber.se/?id=4513

The Final Report (Access to Justice) 1996 Lord Woolf
http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm

Vedtekter for Næringslivets Konkurranseutvalg
http://www.konkurranseutvalget.no/konkurranseutvalget-forsiden/vedtekter-for-naeringslivets-konkurranseutvalg-article887-530.html

TITLER I PH.D.SERIEN:

2004

1. Martin Grieger
Internet-based Electronic Marketplaces and Supply Chain Management

2. Thomas Basbøll
LIKENESS
A Philosophical Investigation

3. Morten Knudsen
Beslutningens vaklen
En systemteoretisk analyse of moderniseringen af et amtskommunalt sundhedsvæsen 1980-2000

4. Lars Bo Jeppesen
Organizing Consumer Innovation
A product development strategy that is based on online communities and allows some firms to benefit from a distributed process of innovation by consumers

5. Barbara Dragsted
SEGMENTATION IN TRANSLATION AND TRANSLATION MEMORY SYSTEMS
An empirical investigation of cognitive segmentation and effects of integrating a TM system into the translation process

6. Jeanet Hardis
Sociale partnerskaber
Et socialkonstruktivistisk casestudie af partnerskabsaktørers virkelighedsopfattelse mellem identitet og legitimitet

7. Henriette Hallberg Thygesen
System Dynamics in Action

8. Carsten Mejer Plath
Strategisk Økonomistyring

9. Annemette Kjærgaard
Knowledge Management as Internal Corporate Venturing
– a Field Study of the Rise and Fall of a Bottom-Up Process

10. Knut Arne Hovdal
De profesjonelle i endring
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur

11. Søren Jeppesen
Environmental Practices and Greening Strategies in Small Manufacturing Enterprises in South Africa
– A Critical Realist Approach

12. Lars Frode Frederiksen
Industriel forskningsledelse
– på sporet af mønstre og samarbejde i danske forskningsintensive virksomheder

13. Martin Jes Iversen
The Governance of GN Great Nordic
– in an age of strategic and structural transitions 1939-1988

14. Lars Pynt Andersen
The Rhetorical Strategies of Danish TV Advertising
A study of the first fifteen years with special emphasis on genre and irony

15. Jakob Rasmussen
Business Perspectives on E-learning

16. Sof Thrane
The Social and Economic Dynamics of Networks
– a Weberian Analysis of Three Formalised Horizontal Networks

17. Lene Nielsen
Engaging Personas and Narrative Scenarios – a study on how a user-centered approach influenced the perception of the design process in the e-business group at AstraZeneca

18. S.J Valstad
Organisationsidentitet
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur

19. Thomas Lyse Hansen
Six Essays on Pricing and Weather risk in Energy Markets

20. Sabine Madsen
Emerging Methods – An Interpretive Study of ISD Methods in Practice

21. Evis Sinani
The Impact of Foreign Direct Investment on Efficiency, Productivity Growth and Trade: An Empirical Investigation

22. Bent Meier Sørensen
Making Events Work Or, How to Multiply Your Crisis

23. Pernille Schnoor
Brand Ethos
Om troværdige brand- og virksomhedsidentiteter i et retorisk og diskursteoretisk perspektiv

24. Sidsel Fabech
Von welchem Österreich ist hier die Rede?
Diskursive forhandlinger og magtkampe mellem rivaliserende nationale identitetskonstruktioner i østrigske pressediskurser

25. Klavs Odgaard Christensen
Sprogpolitik og identitetsdannelse i flersprogede forbundsstater
Et komparativt studie af Schweiz og Canada

26. Dana B. Minbaeva
Human Resource Practices and Knowledge Transfer in Multinational Corporations

27. Holger Højlund
Markedets politiske fornuft
Et studie af velfærdens organisering i perioden 1990-2003

28. Christine Mølgaard Frandsen
A.s erfaring
Om mellemværendets praktik i en transformation af mennesket og subjektiviteten

29. Sine Nørholm Just
The Constitution of Meaning – A Meaningful Constitution?
Legitimacy, identity, and public opinion in the debate on the future of Europe

2005

1. Claus J. Varnes
Managing product innovation through rules – The role of formal and structured methods in product development

2. Helle Hedegaard Hein
Mellem konflikt og konsensus – Dialogudvikling på hospitalsklinikker

3. Axel Rosenø
Customer Value Driven Product Innovation – A Study of Market Learning in New Product Development

4. Søren Buhl Pedersen
Making space
An outline of place branding

5. Camilla Funck Ellehave
Differences that Matter
An analysis of practices of gender and organizing in contemporary workplaces

6. Rigmor Madeleine Lond
Styring af kommunale forvaltninger

7. Mette Aagaard Andreassen
Supply Chain versus Supply Chain Benchmarking as a Means to Managing Supply Chains

8. Caroline Aggestam-Pontoppidan
From an idea to a standard
The UN and the global governance of accountants' competence

9. Norsk ph.d.

10. Vivienne Heng Ker-ni
An Experimental Field Study on the

Effectiveness of Grocer Media Advertising
Measuring Ad Recall and Recognition, Purchase Intentions and Short-Term Sales

11. Allan Mortensen
Essays on the Pricing of Corporate Bonds and Credit Derivatives

12. Remo Stefano Chiari
Figure che fanno conoscere
Itinerario sull'idea del valore cognitivo e espressivo della metafora e di altri tropi da Aristotele e da Vico fino al cognitivismo contemporaneo

13. Anders McIlquham-Schmidt
Strategic Planning and Corporate Performance
An integrative research review and a meta-analysis of the strategic planning and corporate performance literature from 1956 to 2003

14. Jens Geersbro
The TDF – PMI Case
Making Sense of the Dynamics of Business Relationships and Networks

15 Mette Andersen
Corporate Social Responsibility in Global Supply Chains
Understanding the uniqueness of firm behaviour

16. Eva Boxenbaum
Institutional Genesis: Micro – Dynamic Foundations of Institutional Change

17. Peter Lund-Thomsen
Capacity Development, Environmental Justice NGOs, and Governance: The Case of South Africa

18. Signe Jarlov
Konstruktioner af offentlig ledelse

19. Lars Stæhr Jensen
Vocabulary Knowledge and Listening Comprehension in English as a Foreign Language
An empirical study employing data elicited from Danish EFL learners

20. Christian Nielsen
Essays on Business Reporting
Production and consumption of strategic information in the market for information

21. Marianne Thejls Fischer
Egos and Ethics of Management Consultants

22. Annie Bekke Kjær
Performance management i Proces-innovation
– belyst i et social-konstruktivistisk perspektiv

23. Suzanne Dee Pedersen
GENTAGELSENS METAMORFOSE
Om organisering af den kreative gøren i den kunstneriske arbejdspraksis

24. Benedikte Dorte Rosenbrink
Revenue Management
Økonomiske, konkurrencemæssige & organisatoriske konsekvenser

25. Thomas Riise Johansen
Written Accounts and Verbal Accounts
The Danish Case of Accounting and Accountability to Employees

26. Ann Fogelgren-Pedersen
The Mobile Internet: Pioneering Users' Adoption Decisions

27. Birgitte Rasmussen
Ledelse i fællesskab – de tillidsvalgtes fornyende rolle

28. Gitte Thit Nielsen
Remerger
– skabende ledelseskræfter i fusion og opkøb

29. Carmine Gioia
A MICROECONOMETRIC ANALYSIS OF MERGERS AND ACQUISITIONS

30. Ole Hinz
Den effektive forandringsleder: pilot, pædagog eller politiker?
Et studie i arbejdslederes meningstilskrivninger i forbindelse med vellykket gennemførelse af ledelsesinitierede forandringsprojekter

31. Kjell-Åge Gotvassli
Et praksisbasert perspektiv på dynamiske
læringsnettverk i toppidretten
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur

32. Henriette Langstrup Nielsen
Linking Healthcare
An inquiry into the changing performances of web-based technology for asthma monitoring

33. Karin Tweddell Levinsen
Virtuel Uddannelsespraksis
Master i IKT og Læring – et casestudie i hvordan proaktiv proceshåndtering kan forbedre praksis i virtuelle læringsmiljøer

34. Anika Liversage
Finding a Path
Labour Market Life Stories of Immigrant Professionals

35. Kasper Elmquist Jørgensen
Studier i samspillet mellem stat og erhvervsliv i Danmark under
1. verdenskrig

36. Finn Janning
A DIFFERENT STORY
Seduction, Conquest and Discovery

37. Patricia Ann Plackett
Strategic Management of the Radical Innovation Process
Leveraging Social Capital for Market Uncertainty Management

2006

1. Christian Vintergaard
Early Phases of Corporate Venturing

2. Niels Rom-Poulsen
Essays in Computational Finance

3. Tina Brandt Husman
Organisational Capabilities, Competitive Advantage & Project-Based Organisations
The Case of Advertising and Creative Good Production

4. Mette Rosenkrands Johansen
Practice at the top
– how top managers mobilise and use non-financial performance measures

5. Eva Parum
Corporate governance som strategisk kommunikations- og ledelsesværktøj

6. Susan Aagaard Petersen
Culture's Influence on Performance Management: The Case of a Danish Company in China

7. Thomas Nicolai Pedersen
The Discursive Constitution of Organizational Governance – Between unity and differentiation
The Case of the governance of environmental risks by World Bank environmental staff

8. Cynthia Selin
Volatile Visions: Transactons in Anticipatory Knowledge

9. Jesper Banghøj
Financial Accounting Information and Compensation in Danish Companies

10. Mikkel Lucas Overby
Strategic Alliances in Emerging High-Tech Markets: What's the Difference and does it Matter?

11. Tine Aage
External Information Acquisition of Industrial Districts and the Impact of Different Knowledge Creation Dimensions

A case study of the Fashion and Design Branch of the Industrial District of Montebelluna, NE Italy

12. Mikkel Flyverbom
Making the Global Information Society Governable
On the Governmentality of Multi-Stakeholder Networks

13. Anette Grønning
Personen bag
Tilstedevær i e-mail som interaktionsform mellem kunde og medarbejder i dansk forsikringskontekst

14. Jørn Helder
One Company – One Language?
The NN-case

15. Lars Bjerregaard Mikkelsen
Differing perceptions of customer value
Development and application of a tool for mapping perceptions of customer value at both ends of customer-supplier dyads in industrial markets

16. Lise Granerud
Exploring Learning
Technological learning within small manufacturers in South Africa

17. Esben Rahbek Pedersen
Between Hopes and Realities: Reflections on the Promises and Practices of Corporate Social Responsibility (CSR)

18. Ramona Samson
The Cultural Integration Model and European Transformation.
The Case of Romania

2007

1. Jakob Vestergaard
Discipline in The Global Economy
Panopticism and the Post-Washington Consensus

2. Heidi Lund Hansen
Spaces for learning and working
A qualitative study of change of work, management, vehicles of power and social practices in open offices

3. Sudhanshu Rai
Exploring the internal dynamics of software development teams during user analysis
A tension enabled Institutionalization Model; "Where process becomes the objective"

4. Norsk ph.d.
Ej til salg gennem Samfundslitteratur

5. Serden Ozcan
EXPLORING HETEROGENEITY IN ORGANIZATIONAL ACTIONS AND OUTCOMES
A Behavioural Perspective

6. Kim Sundtoft Hald
Inter-organizational Performance Measurement and Management in Action
– An Ethnography on the Construction of Management, Identity and Relationships

7. Tobias Lindeberg
Evaluative Technologies
Quality and the Multiplicity of Performance

8. Merete Wedell-Wedellsborg
Den globale soldat
Identitetsdannelse og identitetsledelse i multinationale militære organisationer

9. Lars Frederiksen
Open Innovation Business Models
Innovation in firm-hosted online user communities and inter-firm project ventures in the music industry
– A collection of essays

10. Jonas Gabrielsen
Retorisk toposlære – fra statisk 'sted' til persuasiv aktivitet

11. Christian Moldt-Jørgensen
Fra meningsløs til meningsfuld evaluering.
Anvendelsen af studentertilfredshedsmålinger på de korte og mellemlange videregående uddannelser set fra et psykodynamisk systemperspektiv

12. Ping Gao
Extending the application of actor-network theory
Cases of innovation in the telecommunications industry

13. Peter Mejlby
Frihed og fængsel, en del af den samme drøm?
Et phronetisk baseret casestudie af frigørelsens og kontrollens sameksistens i værdibaseret ledelse!

14. Kristina Birch
Statistical Modelling in Marketing

15. Signe Poulsen
Sense and sensibility:
The language of emotional appeals in insurance marketing

16. Anders Bjerre Trolle
Essays on derivatives pricing and dynamic asset allocation

17. Peter Feldhütter
Empirical Studies of Bond and Credit Markets

18. Jens Henrik Eggert Christensen
Default and Recovery Risk Modeling and Estimation

19. Maria Theresa Larsen
Academic Enterprise: A New Mission for Universities or a Contradiction in Terms?
Four papers on the long-term implications of increasing industry involvement and commercialization in academia

20. Morten Wellendorf
Postimplementering af teknologi i den offentlige forvaltning
Analyser af en organisations kontinuerlige arbejde med informationsteknologi

21. Ekaterina Mhaanna
Concept Relations for Terminological Process Analysis

22. Stefan Ring Thorbjørnsen
Forsvaret i forandring
Et studie i officerers kapabiliteter under påvirkning af omverdenens forandringspres mod øget styring og læring

23. Christa Breum Amhøj
Det selvskabte medlemskab om managementstaten, dens styringsteknologier og indbyggere

24. Karoline Bromose
Between Technological Turbulence and Operational Stability
– An empirical case study of corporate venturing in TDC

25. Susanne Justesen
Navigating the Paradoxes of Diversity in Innovation Practice
– A Longitudinal study of six very different innovation processes – in practice

26. Luise Noring Henler
Conceptualising successful supply chain partnerships
– Viewing supply chain partnerships from an organisational culture perspective

27. Mark Mau
Kampen om telefonen
Det danske telefonvæsen under den tyske besættelse 1940-45

28. Jakob Halskov
The semiautomatic expansion of existing terminological ontologies using knowledge patterns discovered

on the WWW – an implementation and evaluation

29. Gergana Koleva
European Policy Instruments Beyond Networks and Structure: The Innovative Medicines Initiative

30. Christian Geisler Asmussen
Global Strategy and International Diversity: A Double-Edged Sword?

31. Christina Holm-Petersen
Stolthed og fordom
Kultur- og identitetsarbejde ved skabelsen af en ny sengeafdeling gennem fusion

32. Hans Peter Olsen
Hybrid Governance of Standardized States
Causes and Contours of the Global Regulation of Government Auditing

33. Lars Bøge Sørensen
Risk Management in the Supply Chain

34. Peter Aagaard
Det unikkes dynamikker
De institutionelle mulighedsbetingelser bag den individuelle udforskning i professionelt og frivilligt arbejde

35. Yun Mi Antorini
Brand Community Innovation
An Intrinsic Case Study of the Adult Fans of LEGO Community

36. Joachim Lynggaard Boll
Labor Related Corporate Social Performance in Denmark
Organizational and Institutional Perspectives

2008

1. Frederik Christian Vinten
Essays on Private Equity

2. Jesper Clement
Visual Influence of Packaging Design on In-Store Buying Decisions

3. Marius Brostrøm Kousgaard
Tid til kvalitetsmåling?
– Studier af indrulleringsprocesser i forbindelse med introduktionen af kliniske kvalitetsdatabaser i speciallægepraksissektoren

4. Irene Skovgaard Smith
Management Consulting in Action
Value creation and ambiguity in client-consultant relations

5. Anders Rom
Management accounting and integrated information systems
How to exploit the potential for management accounting of information technology

6. Marina Candi
Aesthetic Design as an Element of Service Innovation in New Technology-based Firms

7. Morten Schnack
Teknologi og tværfaglighed
– en analyse af diskussionen omkring indførelse af EPJ på en hospitalsafdeling

8. Helene Balslev Clausen
Juntos pero no revueltos – un estudio sobre emigrantes norteamericanos en un pueblo mexicano

9. Lise Justesen
Kunsten at skrive revisionsrapporter. En beretning om forvaltningsrevisionens beretninger

10. Michael E. Hansen
The politics of corporate responsibility: CSR and the governance of child labor and core labor rights in the 1990s

11. Anne Roepstorff
Holdning for handling – en etnologisk undersøgelse af Virksomheders Sociale Ansvar/CSR

12. Claus Bajlum
Essays on Credit Risk and Credit Derivatives

13. Anders Bojesen
The Performative Power of Competence – an Inquiry into Subjectivity and Social Technologies at Work

14. Satu Reijonen
Green and Fragile
A Study on Markets and the Natural Environment

15. Ilduara Busta
Corporate Governance in Banking
A European Study

16. Kristian Anders Hvass
A Boolean Analysis Predicting Industry Change: Innovation, Imitation & Business Models
The Winning Hybrid: A case study of isomorphism in the airline industry

17. Trine Paludan
De uvidende og de udviklingsparate
Identitet som mulighed og restriktion blandt fabriksarbejdere på det aftaylo-riserede fabriksgulv

18. Kristian Jakobsen
Foreign market entry in transition economies: Entry timing and mode choice

19. Jakob Elming
Syntactic reordering in statistical machine translation

20. Lars Brømsøe Termansen
Regional Computable General Equilibrium Models for Denmark
Three papers laying the foundation for regional CGE models with agglomeration characteristics

21. Mia Reinholt
The Motivational Foundations of Knowledge Sharing

22. Frederikke Krogh-Meibom
The Co-Evolution of Institutions and Technology
– A Neo-Institutional Understanding of Change Processes within the Business Press – the Case Study of Financial Times

23. Peter D. Ørberg Jensen
OFFSHORING OF ADVANCED AND HIGH-VALUE TECHNICAL SERVICES: ANTECEDENTS, PROCESS DYNAMICS AND FIRMLEVEL IMPACTS

24. Pham Thi Song Hanh
Functional Upgrading, Relational Capability and Export Performance of Vietnamese Wood Furniture Producers

25. Mads Vangkilde
Why wait?
An Exploration of first-mover advantages among Danish e-grocers through a resource perspective

26. Hubert Buch-Hansen
Rethinking the History of European Level Merger Control
A Critical Political Economy Perspective

2009

1. Vivian Lindhardsen
From Independent Ratings to Communal Ratings: A Study of CWA Raters' Decision-Making Behaviours

2. Guðrið Weihe
Public-Private Partnerships: Meaning and Practice

3. Chris Nøkkentved
Enabling Supply Networks with Collaborative Information Infrastructures
An Empirical Investigation of Business Model Innovation in Supplier Relationship Management

4. Sara Louise Muhr
Wound, Interrupted – On the Vulnerability of Diversity Management

5. Christine Sestoft
Forbrugeradfærd i et Stats- og Livsformsteoretisk perspektiv

6. Michael Pedersen
Tune in, Breakdown, and Reboot: On the production of the stress-fit self-managing employee

7. Salla Lutz
Position and Reposition in Networks – Exemplified by the Transformation of the Danish Pine Furniture Manufacturers

8. Jens Forssbæck
Essays on market discipline in commercial and central banking

9. Tine Murphy
Sense from Silence – A Basis for Organised Action
How do Sensemaking Processes with Minimal Sharing Relate to the Reproduction of Organised Action?

10. Sara Malou Strandvad
Inspirations for a new sociology of art: A sociomaterial study of development processes in the Danish film industry

11. Nicolaas Mouton
On the evolution of social scientific metaphors:
A cognitive-historical enquiry into the divergent trajectories of the idea that collective entities – states and societies, cities and corporations – are biological organisms.

12. Lars Andreas Knutsen
Mobile Data Services:
Shaping of user engagements

13. Nikolaos Theodoros Korfiatis
Information Exchange and Behavior
A Multi-method Inquiry on Online Communities

14. Jens Albæk
Forestillinger om kvalitet og tværfaglighed på sygehuse
– skabelse af forestillinger i læge- og plejegrupperne angående relevans af nye idéer om kvalitetsudvikling gennem tolkningsprocesser

15. Maja Lotz
The Business of Co-Creation – and the Co-Creation of Business

16. Gitte P. Jakobsen
Narrative Construction of Leader Identity in a Leader Development Program Context

17. Dorte Hermansen
"Living the brand" som en brandorienteret dialogisk praxis:
Om udvikling af medarbejdernes brandorienterede dømmekraft

18. Aseem Kinra
Supply Chain (logistics) Environmental Complexity

19. Michael Nørager
How to manage SMEs through the transformation from non innovative to innovative?

20. Kristin Wallevik
Corporate Governance in Family Firms
The Norwegian Maritime Sector

21. Bo Hansen Hansen
Beyond the Process
Enriching Software Process Improvement with Knowledge Management

22. Annemette Skot-Hansen
Franske adjektivisk afledte adverbier, der tager præpositionssyntagmer indledt med præpositionen à som argumenter
En valensgrammatisk undersøgelse

23. Line Gry Knudsen
Collaborative R&D Capabilities
In Search of Micro-Foundations

24. Christian Scheuer
Employers meet employees
Essays on sorting and globalization

25. Rasmus Johnsen
The Great Health of Melancholy
A Study of the Pathologies of Performativity

26. Ha Thi Van Pham
Internationalization, Competitiveness Enhancement and Export Performance of Emerging Market Firms:
Evidence from Vietnam

27. Henriette Balieu
Kontrolbegrebets betydning for kausativalternationen i spansk
En kognitiv-typologisk analyse

2010

1. Yen Tran
Organizing Innovationin Turbulent Fashion Market
Four papers on how fashion firms create and appropriate innovation value

2. Anders Raastrup Kristensen
Metaphysical Labour
Flexibility, Performance and Commitment in Work-Life Management

3. Margrét Sigrún Sigurdardottir
Dependently independent
Co-existence of institutional logics in the recorded music industry

4. Ásta Dis Óladóttir
Internationalization from a small domestic base:
An empirical analysis of Economics and Management

5. Christine Secher
E-deltagelse i praksis – politikernes og forvaltningens medkonstruktion og konsekvenserne heraf

6. Marianne Stang Våland
What we talk about when we talk about space:
End User Participation between Processes of Organizational and Architectural Design

7. Rex Degnegaard
Strategic Change Management
Change Management Challenges in the Danish Police Reform

8. Ulrik Schultz Brix
Værdi i rekruttering – den sikre beslutning
En pragmatisk analyse af perception og synliggørelse af værdi i rekrutterings- og udvælgelsesarbejdet

9. Jan Ole Similä
Kontraktsledelse
Relasjonen mellom virksomhetsledelse og kontraktshåndtering, belyst via fire norske virksomheter

10. Susanne Boch Waldorff
Emerging Organizations: In between local translation, institutional logics and discourse

11. Brian Kane
Performance Talk
Next Generation Management of Organizational Performance

12. Lars Ohnemus
Brand Thrust: Strategic Branding and Shareholder Value
An Empirical Reconciliation of two Critical Concepts

13. Jesper Schlamovitz
Håndtering af usikkerhed i film- og byggeprojekter

14. Tommy Moesby-Jensen
Det faktiske livs forbindtlighed
Førsokratisk informeret, ny-aristotelisk ἦθος-tænkning hos Martin Heidegger

15. Christian Fich
Two Nations Divided by Common Values
French National Habitus and the Rejection of American Power

16. Peter Beyer
Processer, sammenhængskraft og fleksibilitet
Et empirisk casestudie af omstillingsforløb i fire virksomheder

17. Adam Buchhorn
Markets of Good Intentions Constructing and Organizing Biogas Markets Amid Fragility and Controversy

18. Cecilie K. Moesby-Jensen
Social læring og fælles praksis
Et mixed method studie, der belyser læringskonsekvenser af et lederkursus for et praksisfællesskab af offentlige mellemledere

19. Heidi Boye
Fødevarer og sundhed i sen-modernismen
– En indsigt i hyggefænomenet og de relaterede fødevarepraksisser

20. Kristine Munkgård Pedersen
Flygtige forbindelser og midlertidige mobiliseringer
Om kulturel produktion på Roskilde Festival

21. Oliver Jacob Weber
Causes of Intercompany Harmony in Business Markets – An Empirical Investigation from a Dyad Perspective

22. Susanne Ekman
Authority and Autonomy
Paradoxes of Modern Knowledge Work

23. Anette Frey Larsen
Kvalitetsledelse på danske hospitaler
– Ledelsernes indflydelse på introduktion og vedligeholdelse af kvalitetsstrategier i det danske sundhedsvæsen

24. Toyoko Sato
Performativity and Discourse: Japanese Advertisements on the Aesthetic Education of Desire

25. Kenneth Brinch Jensen
Identifying the Last Planner System
Lean management in the construction industry

26. Javier Busquets
Orchestrating Network Behavior for Innovation

27. Luke Patey
The Power of Resistance: India's National Oil Company and International Activism in Sudan

28. Mette Vedel
Value Creation in Triadic Business Relationships. Interaction, Interconnection and Position

29. Kristian Tørning
Knowledge Management Systems in Practice – A Work Place Study

30. Qingxin Shi
An Empirical Study of Thinking Aloud Usability Testing from a Cultural Perspective

31. Tanja Juul Christiansen
Corporate blogging: Medarbejderes kommunikative handlekraft

32. Malgorzata Ciesielska
Hybrid Organisations.
A study of the Open Source – business setting

33. Jens Dick-Nielsen
Three Essays on Corporate Bond Market Liquidity

34. Sabrina Speiermann
Modstandens Politik
Kampagnestyring i Velfærdsstaten.
En diskussion af trafikkampagners styringspotentiale

35. Julie Uldam
Fickle Commitment. Fostering political engagement in 'the flighty world of online activism'

36. Annegrete Juul Nielsen
Traveling technologies and transformations in health care

37. Athur Mühlen-Schulte
Organising Development
Power and Organisational Reform in the United Nations Development Programme

38. Louise Rygaard Jonas
Branding på butiksgulvet
Et case-studie af kultur- og identitetsarbejdet i Kvickly

2011

1. Stefan Fraenkel
Key Success Factors for Sales Force Readiness during New Product Launch
A Study of Product Launches in the Swedish Pharmaceutical Industry

2. Christian Plesner Rossing
International Transfer Pricing in Theory and Practice

3. Tobias Dam Hede
Samtalekunst og ledelsesdisciplin
– en analyse af coachingsdiskursens genealogi og governmentality

4. Kim Pettersson
Essays on Audit Quality, Auditor Choice, and Equity Valuation

5. Henrik Merkelsen
The expert-lay controversy in risk research and management. Effects of institutional distances. Studies of risk definitions, perceptions, management and communication

6. Simon S. Torp
Employee Stock Ownership:
Effect on Strategic Management and Performance

7. Mie Harder
Internal Antecedents of Management Innovation

8. Ole Helby Petersen
Public-Private Partnerships: Policy and Regulation – With Comparative and Multi-level Case Studies from Denmark and Ireland

9. Morten Krogh Petersen
'Good' Outcomes. Handling Multiplicity in Government Communication

10. Kristian Tangsgaard Hvelplund
Allocation of cognitive resources in translation - an eye-tracking and key-logging study

11. Moshe Yonatany
The Internationalization Process of Digital Service Providers

12. Anne Vestergaard
Distance and Suffering
Humanitarian Discourse in the age of Mediatization

13. Thorsten Mikkelsen
Personligsheds indflydelse på forretningsrelationer

14. Jane Thostrup Jagd
Hvorfor fortsætter fusionsbølgen udover "the tipping point"?
– en empirisk analyse af information og kognitioner om fusioner

15. Gregory Gimpel
Value-driven Adoption and Consumption of Technology: Understanding Technology Decision Making

16. Thomas Stengade Sønderskov
Den nye mulighed
Social innovation i en forretningsmæssig kontekst

17. Jeppe Christoffersen
Donor supported strategic alliances in developing countries

18. Vibeke Vad Baunsgaard
Dominant Ideological Modes of Rationality: Cross functional

integration in the process of product innovation

19. Throstur Olaf Sigurjonsson
Governance Failure and Icelands's Financial Collapse

20. Allan Sall Tang Andersen
Essays on the modeling of risks in interest-rate and inflation markets

21. Heidi Tscherning
Mobile Devices in Social Contexts

22. Birgitte Gorm Hansen
Adapting in the Knowledge Economy Lateral Strategies for Scientists and Those Who Study Them

23. Kristina Vaarst Andersen
Optimal Levels of Embeddedness The Contingent Value of Networked Collaboration

24. Justine Grønbæk Pors
Noisy Management A History of Danish School Governing from 1970-2010

25. Stefan Linder
Micro-foundations of Strategic Entrepreneurship Essays on Autonomous Strategic Action

26. Xin Li
Toward an Integrative Framework of National Competitiveness An application to China

27. Rune Thorbjørn Clausen
Værdifuld arkitektur Et eksplorativt studie af bygningers rolle i virksomheders værdiskabelse

28. Monica Viken
Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett

TITLER I ATV PH.D.-SERIEN

1992

1. Niels Kornum
Servicesamkørsel – organisation, økonomi og planlægningsmetode

1995

2. Verner Worm
Nordiske virksomheder i Kina Kulturspecifikke interaktionsrelationer ved nordiske virksomhedsetableringer i Kina

1999

3. Mogens Bjerre
Key Account Management of Complex Strategic Relationships An Empirical Study of the Fast Moving Consumer Goods Industry

2000

4. Lotte Darsø
Innovation in the Making Interaction Research with heterogeneous Groups of Knowledge Workers creating new Knowledge and new Leads

2001

5. Peter Hobolt Jensen
Managing Strategic Design Identities The case of the Lego Developer Network

2002

6. Peter Lohmann
The Deleuzian Other of Organizational Change – Moving Perspectives of the Human

7. Anne Marie Jess Hansen
To lead from a distance: The dynamic interplay between strategy and strategizing – A case study of the strategic management process

2003

8. Lotte Henriksen
Videndeling – om organisatoriske og ledelsesmæssige udfordringer ved videndeling i praksis

9. Niels Christian Nickelsen
Arrangements of Knowing: Coordinating Procedures Tools and Bodies in Industrial Production – a case study of the collective making of new products

2005

10. Carsten Ørts Hansen
Konstruktion af ledelsesteknologier og effektivitet

TITLER I DBA PH.D.-SERIEN

2007

1. Peter Kastrup-Misir
Endeavoring to Understand Market Orientation – and the concomitant co-mutation of the researched, the re searcher, the research itself and the truth

2009

1. Torkild Leo Thellefsen
Fundamental Signs and Significance effects
A Semeiotic outline of Fundamental Signs, Significance-effects, Knowledge Profiling and their use in Knowledge Organization and Branding

2. Daniel Ronzani
When Bits Learn to Walk Don't Make Them Trip. Technological Innovation and the Role of Regulation by Law in Information Systems Research: the Case of Radio Frequency Identification (RFID)

2010

1. Alexander Carnera
Magten over livet og livet som magt
Studier i den biopolitiske ambivalens