



MARKNADSDOMSTOLEN

DOM
2013-12-18

2013:19
Mål nr C 1/13

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Stockholms tingsrätts, avd. 5,
dom 2012-12-12 i mål nr T 12666-11,
se domsbilaga (ej bilagd här)

KÄRANDE

Procter & Gamble Sverige AB,
556128-3846, Box 27303,
102 54 Stockholm
Ombud: advokaterna P. v. H.
och M. F., H. Legal
Advokat AB, Kaptensgatan 12,
114 57 Stockholm

SVARANDE

SCA Hygiene Products Aktiebolag,
556007-2356, 405 03 Göteborg
Ombud: jur.dr R. W.,
advokaten H. L.,
jur.kand. M. S. och
konsult H. S,
von Lode Advokat AB, Box 47229,
100 74 Stockholm

SAKEN

Marknadsföring av blöjor

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen fastställer tingsrättens domslut i vad det avser skadestånd.

Postadress
Box 2217
103 15 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 9

Telefon
08-412 10 30
E-post
mail@marknadsdomstolen.se
<http://www.marknadsdomstolen.se>

Telefax
08-21 23 35

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00 – 15:00
Lunchstängt
12:00 – 13:00

2. Marknadsdomstolen ändrar tingsrättens dom i vad den avser rättegångskostnader där på så sätt att Marknadsdomstolen bestämmer det belopp med vilket Procter & Gamble Sverige AB ska ersätta SCA Hygiene Products Aktiebolag för rättegångskostnader till tvåmiljoneretthundrasjuttioen (2 171 000) kr, varav 2 000 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 12 december 2012 till dess betalning sker.

 3. Procter & Gamble Sverige AB ska ersätta SCA Hygiene Products Aktiebolag för dess rättegångskostnader i Marknadsdomstolen med enmiljonåttahundratusen 1 800 000 kr vilket avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.
-

YRKANDEN M.M.

- 1 Procter & Gamble Sverige AB (nedan P&G) har yrkat att Marknadsdomstolen med ändring av Stockholms tingsrätts dom i första hand ska befria P&G från skyldigheten att till SCA Hygiene Products Aktiebolag (nedan SCA) utge skadestånd med 4 815 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 12 september 2011 till dess betalning sker. I andra hand, för det fall att Marknadsdomstolen finner att P&G ska utge ersättning till SCA, har P&G yrkat att beloppet bestäms till högst 500 000 kr och i tredje hand att ersättningen reduceras till ett belopp som Marknadsdomstolen finner skäligt.
- 2 Beträffande rättegångskostnaderna har P&G i första hand yrkat att Marknadsdomstolen ska befria P&G från skyldigheten att ersätta SCA för rättegångskostnader i tingsrätten, innebärande att vardera part står för sina egna rättegångskostnader, i andra hand att beloppet bestäms högst till det som vitsordats i tingsrätten, d.v.s. 1 395 000 kr, och i tredje hand att ersättningen reduceras till ett belopp som Marknadsdomstolen finner skäligt.
- 3 SCA har bestritt ändring av tingsrättens dom och yrkat att Marknadsdomstolen fastställer denna.
- 4 Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER**P&G**

- 5 SCA har inte vare sig styrkt, visat eller gjort sannolikt att P&G:s otillåtna marknadsföring orsakat någon skada. SCA har i vart fall inte visat att det framstår som klart mer sannolikt att orsaksförloppet varit det som SCA gör gällande än de sakförhållanden som P&G åberopat. Beviskravet är således inte uppfyllt och SCA:s skadeståndstalan bör därför lämnas utan bifall.
- 6 Tingsrätten har på ett felaktigt sätt vänt på bevisbördan till P&G:s nackdel och tillämpat hypotetiska modeller/principer för att fastställa att ersättningsgill skada föreligger.

- 7 I den mån Marknadsdomstolen ändå skulle komma fram till att ersättningsgill skada föreligger så ska en riktig bevisvärdering göras där det vid beräkningen av skada ska tas skälig hänsyn till de av P&G anförda alternativa skadeorsakerna och inte som tingsrätten gjort göra en oriktig bevisvärdering där de av P&G anförda alternativa skadeorsakerna inte har tillmätts någon betydelse alls och där metoden som använts för värderingen av skadan är felaktig.
- 8 I den mån Marknadsdomstolen skulle finna att den otillåtna marknadsföringen har påverkat SCA:s resultat så har denna påverkan i vart fall endast uppgått till en mindre del av den som SCA kräver ersättning för.
- 9 Påståendet att SCA:s goodwill skulle ha skadats är felaktigt eftersom en sådan skada förutsätter att SCA och dess varumärken pekas ut, något som överhuvudtaget inte har förekommit. SCA har dessutom inte kunnat visa att försäljningsnedgången, som påstås vara förorsakad av P&G:s marknadsföring, varit bestående, dvs. att långsiktig skada föreligger.

SCA

Skada

- 10 Marknadsföringen har skadat SCA på kort och lång sikt. Skadan består av en minskad vinst på grund av minskad försäljning av Libero under andra halvåret 2011, kostnader för motkampanjer som företagits i avsikt att reducera skadan och en skada på Liberos varumärke och minskad försäljning på lång sikt.
- 11 Det finns ett adekvat orsakssamband mellan ansvarsgrunden och skadan. Mot bakgrund av att det rör sig om en oligopolmarknad, där Libero och Pampers är de konkurrerande märkena, är det uppenbart att en marknadsföringskampanj av en sådan omfattning som den omtvistade har haft en positiv effekt för Pampers och en motsvarande negativ effekt för Libero. Det finns även empiriskt stöd för dessa effekter, i form av en uppgång för Pampers och en motsvarande nedgång för Libero.

Skadans storlek

- 12 Beräkningen av det yrkade beloppet har skett enligt följande. SCA minskade sin marknadsföringsandel andra halvåret 2011 med 2,8 procent jämfört med första halvåret 2011, samtidigt som P&G ökade sin andel med 3,2 procent. Den totala försäljningen av blöjor i Sverige under det andra halvåret 2011 uppgick till ca 307 miljoner. Andelstappet på 2,8 procent under det andra halvåret innebär att SCA under denna period har sålt ca 8,6 miljoner färre blöjor. SCA:s täckningsbidrag per blöja ligger på i vart fall 0,64 kr. Detta innebär att SCA har gått miste om en handelsvinst under andra halvåret 2011 om ca 5,5 miljoner kronor. I vart fall hälften av den uteblivna försäljningen, dvs. 2 750 000 kr, är att hänföra till 8 av 10-kampanjen. Libero har även lidit en bestående marknadsskada, vilket bekräftas av försäljningsstatistik för 2012 av vilken framgår att försäljningsnedgången på den svenska marknaden bara delvis har återhämtats. Vid bedömningen av den goodwillskada SCA har lidit bör hänsyn även tas till det värde varumärket Libero besitter. Libero har funnits på den svenska blöjmarknaden sedan 1980 och har med några få års undantag varit marknadsledande sedan början av 1990-talet. Den totala försäljningen av blöjor under märket uppgår till ca 600 miljoner kr om året. Skadeståndsyorkandet grundar sig även på kostnaderna för de extrainsatta marknadsföringsinsatser SCA har tvingats till på grund av 8 av 10-kampanjen. De sammanlagda kostnaderna för dessa extrainsatser i form av tv-reklam, rabattutskick och kundaktiviteter i butikskedjor uppgick till cirka 13 miljoner kronor. Mot denna bakgrund kan den goodwillskada bolaget lidit till följd av 8 av 10-kampanjen i vart fall uppskattas till tre miljoner kronor.

UTVECKLING AV TALANP&G*Beviskrav*

- 13 Högsta domstolen har i ett flertal avgöranden haft anledning att uttala sig om vilken grad av bevisning som ska krävas till styrkande av att en uppkommen skada haft viss angiven orsak. Ett något lägre beviskrav än normalt har därvid uppställts i fall då särskilda svårigheter ansetts föreligga att framlägga en fullständig bevisning om att andra skadeorsaker varit uteslutna. Kravet har härvid i vissa fall formulerats så att det

i betraktande av samtliga omständigheter ska framstå som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat utgjort skadeorsaken (se NJA 1991 s. 481 och där anmärkta rättsfall). Det räcker således inte med att en skadelidande kan göra gällande att det sannolikt föreligger en skada, utan denne måste även visa att den är klart mer sannolik än de alternativa orsaker till skadan som anförts i målet. Högsta domstolen anger tydligt att det ska föreligga särskilda svårigheter att framlägga bevisning för att bevisbördan ska lättas.

- 14 Enligt P&G:s uppfattning är det tveksamt om den bevislätnadsregel som tingsrätten använt överhuvudtaget är tillämplig i ett mål som detta. SCA har, såsom kärande och den part som genom bolagets räkenskaper och dokument har den reella möjligheten att styrka sin påstådda skada, helt underlåtit att fullfölja sin skyldighet (se bl.a. NJA 2005 s. 180 där kärandens underlåtenhet att föra fram bevisning gällande sin påstådda skada har avgörande betydelse i målet).
- 15 Det har inte förelegat särskilda svårigheter för SCA, som jämbördig part med P&G, att i tingsrätten presentera sådan bevisning. I vart fall har SCA inte anförts några skäl till att det skulle föreligga några särskilda orsaker till att inte fullfölja sin bevisskyldighet. SCA utgör heller inte en svagare part som förtjänar särskilt skydd, såsom exempelvis en fysisk person som yrkar trafikskadeersättning mot sitt försäkringsbolag.
- 16 Omfattande motfakta och bevisning om alternativa skadeorsaker har lagts fram av P&G. Motsatsbevisningen för att det inte föreligger skada p.g.a. marknadsföringen är mer omfattande, detaljerad och styrkt än vad SCA å sin sida har presterat genom sitt vittnesförhör med bolagets controller M. C.
- 17 P&G menar, med samma resonemang som Högsta domstolen förde i målet NJA 1982 s. 421, att även för det fall det skulle finnas en sannolikhet för att marknadsföringen påverkar SCA:s försäljning negativt, så är det inte visat att det är klart mer sannolikt att det varit detta som faktiskt orsakat SCA:s minskade försäljning.

Omvänd bevisbörda?

- 18 Tingsrätten har istället för att ställa krav på att SCA ska visa att det i beaktande av samtliga omständigheter ska framstå som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som SCA påstått, än de sakförhållanden som P&G anfört utgjort den verkliga orsaken, lagt hela bevisbördan på P&G. Detta framgår av sidan 40 stycke 4 i domskälen: ”... bör kunna tjäna som utgångspunkt vid bestämmande av skadan, om den inte motbevisas.”
- 19 Enligt P&G :s uppfattning har tingsrätten på ett oriktigt sätt och utan att motivera sitt ställningstagande vänt på bevisbördan ifråga om beviskravet. Även ifråga om hur stort skadestånd som ska utges, dvs. bevisvärderingen, har tingsrätten vänt på bevisbördan och presumerat att P&G har orsakat en skada. Man har tillämpat s.k. *”falsk bevisbörda”*, men på ett oriktigt sätt. Avgörande för utgången i ett mål är den äkta bevisbördan och den slutliga bevisvärderingen av allt det framlagda bevismaterialet (Ekelöf, Edelstam, Heuman, Rättegång IV uppl. 7 s. 88). Den falska bevisbördan är en hjälp för domstolen, men inte ett generellt stöd för att kasta om bevisbördan från den som har bevisskyldigheten. Käranden ska styrka att han lidit en skada. Denna allmänna bevisbördeprincipen bygger åtminstone delvis på att en svarande inte med orätt ska åläggas ersättningsskyldighet (sannolikhetsargumentation, a a s. 98). Författarna menar att *”bevisbedömningen kan uttryckas så att käranden fullgjort sin bevisskyldighet eller att bevisbördan övergått till svaranden. Det rör sig då om den falska bevisbördan. Om käranden gjort en riktig bevisvärdering kommer han att vinna målet såvida inte svaranden senare under huvudförhandlingen förebringat så stark motbevisning att den falska bevisbördan återgår på käranden. Om den äkta bevisbördan innebär att det riktas ett strängt beviskrav mot käranden behöver svarandens motbevisning inte väga särskilt tungt för att den falska bevisbördan skall gå tillbaka till käranden”* (a a s. 88).
- 20 Tingsrätten förefaller ha godtagit SCA:s påstående om att man lidit en skada och där- efter tillämpat falsk bevisbörda för att sedan avfärda P&G:s motbevisning och i och med denna felaktiga tillämpning av bevisregler kommit fram till att SCA:s skada är styrkt. Detta framgår på sidan 43 stycke 4 i domskälen där tingsrätten angivit att det inte är ”klart mera sannolikt att SCA:s förlust, utifrån grunderna för beräkningen, har

orsakats av Action-kampanjen”. Tingsrättens uttalande visar enligt P&G på logiska brister i dess resonemang. Man ställer således krav på P&G, såsom svarande, att bolaget ska visa att något är klart mera sannolikt än det som SCA, dvs. kärende-bolaget, anför som orsaken, utan att ställa motsvarande krav på SCA:s bevisning, trots att det senare bolaget är det som yrkar ersättning.

Användning av modeller eller metoder för att påvisa skada

- 21 Tingsrätten synes ha använt den s.k. före- och eftermetoden, en modell eller metod där man jämför ett hypotetiskt med ett verkligt händelseförlopp för att påvisa att skada de facto föreligger, alltså kausalitet, och inte, som modellen/metoden är avsedd för, att beräkna skadestånd. Före- och eftermetoden är en modell/metod som är avsedd för, och ibland används för, att beräkna konkurrensskada.
- 22 Enligt en studie som genomförts på uppdrag av konkurrensverket så utgör den s.k. ”Före och eftermetoden” kanske den vanligast förekommande metoden för att beräkna konkurrensskada (Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:1, Metoder för att beräkna privat konkurrensskada). I rapporten anges under rubriken 3.2 ”Olika bevisbördor för skadans uppkomst respektive skadans storlek” bl.a. följande: ”... *beviskraven ska vara olika när det gäller att bevisa att den skadelidande parten de facto lidit konkurrensskada och att bevisa storleken på konkurrensskadan. Generellt sett kan man säga att bevisbördan är hög när det gäller att fastställa att ett företag de facto lidit konkurrensskada. Bevisbördan är däremot lägre när det gäller precisionen i beräkningarna av konkurrensskadans storlek.*”
- 23 I Konkurrensverkets rapport, avsnittet 5.4 ”Rimliga beräkningar”, anförs att parterna kan hänvisa till ekonomisk teori i syfte att göra det mer eller mindre troligt att konkurrensskada uppstått, men samma teorier visar också att andra faktorer på marknaden kan ge liknande effekter och som därmed inte är ersättningsgilla. Det ankommer således på den skadelidande parten att bevisa att skadan inte uppkommit som en följd av faktorer som är ”lagliga”, dvs. inte har samband med den otillåtna handlingen. Det åligger således SCA att bevisa att skadan inte uppstått till följd av förändringar i andra ”lagliga” faktorer. Tingsrätten har emellertid oriktigt valt att lägga bevisbördan på P&G. Trots att marknadsfakta och statistik har åberopats av

P&G i målet samt att ett antal andra omständigheter och bevis föreligger har tingsrätten grundat domslutet på spekulationer först i skadan och därefter, som en följd av föregående, skadans storlek. En redan i utgångspunkten felaktig bedömning har följt med och utgjort grund för fortsatta delar i domslutet.

Bevisfakta och bevisvärdering

- 24 P&G menar att tingsrätten inte tillräckligt och på ett korrekt sätt analyserat och beaktat bevisfakta, d.v.s. faktiska omständigheter som har endast indirekt betydelse för om ett rättsfaktum föreligger (Ekelöf, Edelstam, Heuman, Rättegång IV uppl. 7 s. 83). Tingsrätten har enligt P&G på ett alltför lättvindigt sätt värderat den bevisning som lagts fram och trots att marknadsfakta och statistik är ostridigt spekulerat i skada och skadans storlek. Tingsrätten gör vidare inte någon helhetsbedömning av de av P&G anförda alternativa orsakerna och prövar inte om dessa sammantaget skulle vara en förklaring till SCA:s minskade marknadsandelar. Domstolen synes istället pröva varje bevisfaktum var och en för sig istället för som en helhet. Att så är fallet framgår bl.a. av att det i domskälen anges: *”Det är dock svårt att tro att denna problematik skulle vara så påtaglig att den förklarar hela SCA:s marknadsnedgång och P&G:s motsvarande uppgång”* (tingsrättens dom s. 42 st. 3). P&G har aldrig gjort gällande att den s.k. ”Action-kampanjen” utgör förklaringen till hela SCA:s marknadsnedgång. Rätten har istället att väga samman bevisfakta och ska inte, på så sätt som tingsrätten förfaller ha gjort, avfärda dessa en efter en (jfr. Resonemang i Ekelöf, Edelstam, Boman, Rättegång IV uppl. 7 s. 83). Tingsrätten har dessutom inte på ett tillräckligt sätt i sina domskäl motiverat varför P&G:s förklaringsmodeller underkänns och varför motfakta inte är ”bärkraftiga”.

Ursprungssannolikhet

- 25 Med ursprungssannolikhet avses hur sannolik en händelse är på basen av ett visst kunskapsmaterial, t.ex. tidigare undersökningar och livserfarenhet. Inom den s.k. bevisrätten beskrivs ursprungssannolikheten som den sannolikhet för bevisemat som föreligger redan innan någon bevisning upptagits i målet (Ekelöf, Edelstam, Heuman, Rättegång IV uppl. 7 s. 189). Tingsrätten anger i sina domskäl att eftersom P&G genomfört marknadsföringen ”föreligger en hög ursprungssannolikhet för att en

kampanj av sådant slag skadar den största konkurrenten på marknaden” och att den ”typiskt sett resulterar i skada för SCA” (tingsrättens dom s. 40). I domskälen redogörs varken för hur man kommit fram till att det föreligger ursprungssannolikhet för den yrkade skadan eller ens varför man anser att ett resonemang om ursprungssannolikhet kan användas vid bevisbördans placering och vid bevisvärderingen. Tingsrätten förefaller, utan att någon närmare förklaring har lämnats, resonera som om innebörden av teorin om ursprungssannolikhet är att den som påstår något som strider mot ursprungssannolikheten är bevisskyldig för detta påstående. Stöd för detta saknas både i modern doktrin och i rättspraxis.

- 26 En grundläggande rättsprincip är att avgöranden ska baseras på unika fakta och bevisning i varje enskilt fall. Detta är också grunden till den kritik mot ursprungssannolikhet som framförs av professor emeritus Lars Heuman som ingående har behandlat teorin om ursprungssannolikhet i boken *Beviskrav och bevisbörda i tvistemål* (uppl. 1.4). Heuman anför bl.a: ”En modern tendens går ut på att den varierande sannolikheten tillmäts en rättvisande betydelse om den beaktas efter en noggrant genomförd bevisvärdering. Läggts däremot en sannolikhet till grund för en bevisbörderegeln får sannolikheten ofta en större betydelse än som följer av dess naturliga värde. Bevisbörderegeln kommer då inte att bidra till målsättningen att domstolarnas avgöranden skall vara materiellt riktiga i största möjliga antalet fall” (avsnitt 1.11.3, s. 44). Heuman anför vidare: ”Ursprunglighets sannolikheten bör inte läggas till grund för en bevisbördelösning för att därefter beaktas också vid bevisvärdering. Detta skulle innebära att den bevisbördegynnande parten på ett oberättigat sätt fick dra nytta av ursprungssannolikheten två gånger” (avsnitt 5.3.5, s. 439, se även Ekelöf, Edelstam, Heuman, *Rättegång IV* uppl. 7 s. 145). Heuman anför även att: ”En bevisskyldighet kan inte grundas på en fastlagd ursprungssannolikhet som inte gäller för de speciella fall där en tvist uppkommit mellan två parter” (avsnitt 5.3.8, s. 444-445). Stöd kan också hämtas i äldre doktrin. Professor Per Olof Bolding menar att det inte är rimligt att grunda bevisbörderegler på sannolikhetsberäkningar (*Bevisbördan och den juridiska tekniken*, s. 85). Enligt honom kan bevisbördan läggas på den som påstår något som strider mot ursprungssannolikheten endast om detta kan motiveras med något annat vid sidan om sannolikhetsfrågan (Bolding a a s. 80).

- 27 P&G har anfört flera relevanta alternativa förklaringar till de marknadsrörelser vilka SCA anser är orsakade av marknadsföringen, förklaringar vilka inte ens förefaller ha beaktats av tingsrätten innan man konstaterat att det föreligger ursprungssannolikhet för att SCA:s förklaringsmodell är riktig (tingsrättens dom s. 40, st.1). De omständigheter som P&G har anfört som det verkliga skälen till SCA:s minskade försäljning kan inte påstås vara ovanliga i en marknadsekonomi med fri konkurrens. Förklaringsmodeller har också presenterats tillsammans med omfattande skriftlig och muntlig bevisning och kan inte avfärdas med stöd av teorin om ursprungssannolikhet.

Motfakta och alternativa skadeorsaker

- 28 P&G har anfört och fört bevisning om en rad omständigheter - andra än marknadsföringen - som förklarar SCA:s minskade försäljning, både på kort och lång sikt. Nedan följer en sammanfattning av varför bolaget anser att det föreligger brister i tingsrättens resonemang och varför Marknadsdomstolen ska ompröva dessa omständigheter och lägga dessa till grund för bifall av P&G:s yrkande i den överklagade delen.

Försäljningsstatistik och trender

- 29 Med stöd av statistik som åberopats i tingsrätten, vilken bygger på data som tillhandahålls av AC Nielsen, gör P&G gällande att marknadsandelarna på blöjmarknaden över tiden är volatil, inte trögrörlig som tingsrätten påstår. Det är en tydlig tendens fr.o.m. år 2008 t.o.m. september 2012 att båda märkenas marknadsandelar fluktuerar, där Libero som minst har en andel om 50,1 % (juli 2008) och som mest 59,8 % (december 2010), d.v.s. ett spann på 9,7 procentenheter, Pampers marknadsandel är som minst 16,9 % (februari 2008) och som mest 34,1 % (oktober 2012), ett spann på 17,2 procentenheter.
- 30 Följande statistik visar att marknadsföringen inte har haft den negativa påverkan som SCA gör gällande.

- 31 P&G hade större ökning av sin marknadsandel för sina Pampersprodukter under verksamhetsåret 2010 jämfört med år 2011 då marknadsföringen pågick, vilket var fr.o.m. slutet av vecka 26 t.o.m. vecka 49.

2008	19,48%	
2009	21,36 %	+ 1,8 % (ökning från året innan)
2010	25,52%	+ 4,16 %
2011	28,60%	+ 3,08 %

SCA:s marknadsandel för dess Libero produkter började minska redan 2010. Minskningen det året var större än 2011 då marknadsföringen pågick.

2008	55,13%	
2009	57,43%	+ 2,3 %
2010	56,14%	- 1,29 %
2011	56,13%	- 0,01 %

P&G har under nästan varje år sedan 2008 ökat sin marknadsandel för den produkt som marknadsföringen avsåg, dvs. Pampers Active Fit. Dock blev det ingen ökning 2011 då marknadsföringen pågick.

2008	3,06%	
2009	3,96 %	+ 0,9 %
2010	5,38%	+ 1,4 %
2011	5,27%	- 0,1 %

Skillnaden i den genomsnittliga marknadsandelen för Pampers Active Fit under de sex första respektive sex senaste månaderna under 2011 var marginell.

januari – juni	5,15 %	
juli – december	5,4 %	+ 0,25 %

- 32 Tingsrätten har, på samma sätt som SCA, helt bortsett från säsongvariationer när man jämfört marknadsandelarna för Libero mellan första och andra halvåret 2011,

se domskälen s. 41 där tingsrätten anger: "... förändring på cirka tre procentenheter...". Enligt P&G måste det vara mer rättvisande att göra jämförelsen med samma period tidigare år än två olika perioder samma år. Det betyder att perioden juli-december 2009 ska jämföras med juli-december 2010, juli-december 2010 med juli-december 2011 och juli-december 2011 med juli-december 2012. Jämförelser med andra tidsperioder ger helt fel förutsättningar för jämförelse eftersom de säsongsmässiga variationerna är stora. Vid en jämförelse mellan nämnda relevanta perioder kan konstateras att den genomsnittliga marknadsandelen mätt i volymandelar för SCA:s Libero var:

juli-december 2009	57,8 %	
juli-december 2010	56,4%	1,4%
juli-december 2011	54,6%	- 1,8%
juli-december 2012	55,10%	+ 0,50 %

- 33 Nedgången på 1,8 procentenheter under juli-december 2011, är väsentligen lägre än det andelstapp om 2,8 procentenheter som SCA beräknar sin ersättning på. SCA har dessutom inte rätt ut begreppen procent och procentenheter. Detta gör det extremt svårt att tolka hur SCA egentligen har resonerat angående tappet - det finns en stor skillnad mellan förändring i procent som innebär att förändringen motsvaras av en viss andel av utgångsvärdet, och en förändring i procentenheter som betyder skillnaden mellan två procentsatser. Dessutom visar jämförelsen mellan 2011, då marknadsföringen pågick, och 2012 att det inte är en bestående negativ trend utan att Liberos genomsnittliga marknadsandel istället har ökat. Som framgår av graf utvisande Liberos marknadsandelar mätt i volym år 2010 - 2012, så föreligger återkommande säsongsvariationer. Bland annat kan utläsas att varje år sker en nedgång under februari månad som återhämtas i mars, hösten präglas av nedgående försäljning som avbryts med en uppgång i november/december, nedgången från augusti - oktober 2012 är avsevärt större än nedgången mellan juli - oktober 2011, då P&G:s marknadsföring pågick, samt nedgången mellan september - oktober 2010 är åtskilligt större än juli - oktober 2011. En avvikelse som också är intressant i sammanhanget är uppgången mellan mars - maj 2011, vilket är en avvikelse från det normala. SCA försöker göra gällande att en ökande försäljning under maj är normal, medan det istället

förhåller sig tvärtom. Liberos normala säsongsvariation under denna period präglas av att maj utgör en månad med svag försäljning för Liberos del.

- 34 Minskningen på 1,8 procentenheter mellan juli-december 2010 jämfört med juli-december 2011 är samma sak som en procentuell minskning på 3,2 %. Samma minskning kan således uttryckas på fundamentalt olika sätt beroende på hur man väljer att beräkna den varför det är ytterst viktigt att beräkningen och hur den utförs definieras nogga.
- 35 Ett annat faktum som visar att det inte är rättvisande att jämföra första och andra halvåret 2011 med varandra är att det totala antalet sålda blöjor i Sverige under perioden juli-augusti är markant lägre samtliga år 2009, 2010, 2011 och 2012, jämfört med månaden innan respektive efter, dvs. juni respektive september. Månaden juni, vilken faller inom perioden innan marknadsföringen påbörjades, toppar dessutom i såld volym år 2009-2011. En bakomliggande anledning till minskningen under juli-augusti är att huvuddelen av föräldrars semester är förlagd under denna period, vilken präglas av att barn bär blöjor i mindre utsträckning samt att många använder sommaren att vänja av sina barn från att använda blöjor. Både juli och augusti infaller under andra halvåret och någon motsvarande säsongsmässig variation föreligger inte under första halvåret.
- 36 Det finns en mängd annat statistiskt stöd för att nedgången av Liberos marknadsandelar under de sista sex månaderna 2011 inte är osedvanlig. En sådan är att i augusti 2010 hade Libero en marknadsandel om 59,6 % som sedan månaden efter (september) sjönk till 55,5 %, dvs, minus 4,1 procentenheter. Året efteråt, under samma period 2011, så hade Libero i augusti 56,6 % men gick i september ned till 52,8 %, d.v.s. minus 4,2 procentenheter, en tiondels procentandels skillnad mellan samma period 2010 och 2011, trots att marknadsföringen inte pågick under 2010.
- 37 Tingsrätten har överhuvudtaget inte kommenterat det markanta trendbrott i Liberos marknadsandel som skedde vecka 19, dvs. 9 - 13 maj 2011. Detta var närmare 7 veckor innan marknadsföringen påbörjades i slutet av vecka 26. Trendbrottet är svårförklarligt om det inte är andra marknadspåverkande faktorer som påverkat SCA:s förluster än marknadsföringen.

Prissättningen

- 38 Tingsrätten anför att utredningen visar att prisskillnaden har varit konstant under tiden (tingsrättens dom s. 41).
- 39 P&G har i tingsrätten åberopat bevisning till stöd för att priset på Pampers under hela perioden 2010 - 2011 har varit lägre än priset på Libero. Här hänvisas bl.a. till prisstatistik samt förhöret med Erik Holmberg. Bevisningen visar bl.a. att priset på Pampers blöjor har sänkts samt att Liberos pris också har sänkts, dock inte lika mycket. Det genomsnittliga priset (räknat i jämförbara statistiska enheter, ”statistical units” (SU) 2 för Libero blöjor respektive Pampers blöjor börjar i januari 2010 på 390 kronor respektive 350 kronor och i december 2011 slutar på 380 kronor respektive drygt 320 kronor. Gapet var alltså till en början 40 kronor men för att sluta på 60 kronor i slutet av 2011. Prisskillnaden har därför ökat mellan Pampers och Libero räknat både i absoluta tal och procentuellt. P&G:s bevisning bemöttes aldrig av SCA i tingsrätten men framför allt så har bevisningen inte bestridits utan SCA har endast anfört att prisskillnaden inte haft någon inverkan på försäljningen.
- 40 Prisskillnaden, som är en mycket tungt vägande faktor vid inköp av blöjor, har således gynnat Pampers marknadsandelar, i synnerhet som den ekonomiska krisen har gjort att småbarnsföräldrar är mycket försiktiga med sin ekonomi.
- 41 En annan omständighet som visar prissättningens verkan och betydelse är att under vecka 33 år 2011 (15 - 19 augusti) så genomförde SCA den största rabattkampanjen under 2011, dvs. en kortare kraftig prissänkning. Av statistik över marknadsandelar per vecka framgår att efter den större prissänkningen av Libero vecka 33 så sker en kraftig nedgång i försäljningen av Libero, vilken är en vanlig marknadseffekt eftersom blöjkonsumenterna köpt ett lager av prisnedsatta produkter och inte behöver köpa nya blöjor förrän dessa är slut. På ungefär samma sätt, dock inte lika markant, avspeglas P&G:s större prissänkingskampanj under vecka 42 (17 - 21 oktober) vilken efter samma mönster ger en kvardröjande minskning av P&G:s marknadsandel.

- 42 Enligt varumärkesstrategisk doktrin är priset det som är mest drivande för försäljningen, med undantag av kundernas tidigare erfarenhet av produkten. Andra marknadsfaktorer som kvalitet, marknadsföring och rykte har mindre betydelse. (Keller/Aperia/Georgsson, Strategic Brand Management: A European Perspective, 2 uppl., Prentice hall, s. 63). Den typiska blöjkonsumenten är priskänslig, vilket också förklarar minskningen av Liberos marknadsandel. P&G menar därför att det talar mot all rimlig logik att SCA:s försäljningsnedgång och vinstbortfall under andra hälften av 2011 inte, i vart fall till viss del, är en följd av prisskillnader mellan produkterna.

Försäljning hos detaljister

- 43 Libero har sedan i vart fall 2010 tappat marknadsandelar hos flera av de största detaljistkedjorna.
- 44 Sedan år 2010 har Pampers marknadsandel hos Coop Sverige, landets tredje största detaljist med en marknadsandel om 20 %, ökat med mer än 100 %. Detta framgår av Nielsen statistik för Pampers respektive Libero marknadsandelar hos Coop. Försäljningsökningen för Pampers hos Coop är väldigt tydlig, den inleddes långt innan marknadsföringen påbörjades. Coops framgång kan i huvudsak förklaras med att Pampers är samarbetspartner med Coop Baby Club vilket innebär att kunder som har Coops medmerakort får rabatt med 20 % vid köp av de redan i utgångsläget billigare Pampersblöjorna. Coops andel av den totala försäljningen av blöjor i Sverige har också ökat. Detta har givit en hävstångseffekt för P&G:s ökade marknadsandelar, vilket i sin tur delvis utgör en förklaring till Liberos minskade marknadsandelar.
- 45 Liberos marknadsandelar hos Axfood (Willys, Hemköp, Prisextra m.fl., vilka står för cirka 25 % av den svenska försäljningen av blöjor) har minskat under perioden 2010 - 2011, medan Pampers ökat något. Som framgår har dock SCA:s minskning till stor del skett till förmån för Axfoods egna märken, s.k. retail brands.
- 46 Även hos Bergendahls (City Gross, Eko-hallen m.fl.) har Liberos marknadsandel minskat något under tiden 2010 - 2011. Minskningen hos Bergendahls är bl.a. ett resultat av att kedjan slutat sälja Kimberly-Clark:s varumärke ”Huggies” samt att P&G:s Pampers har åtnjutit en framgång mot kedjans egna märken. Det föreligger

också ett samband mellan Huggies-konsumenten och Pampers-konsumenten vilket yttrar sig som att när inte Huggies finns att tillgå väljer man i andra hand Pampers, inte Libero.

- 47 Liberos förlust av marknadsandelar hos flera av de största detaljistkedjorna har således pågått långt innan marknadsföringen påbörjades och är naturligtvis en bidragande orsak till SCA:s förlorade försäljning.

Förändring hos Axfood

- 48 Vid en jämförelse av försäljningsvolymerna för Libero hos de olika detaljhandelskedjorna under första respektive andra halvåret 2011 framträder ett annat mönster vad gäller Liberos försäljning i de olika detaljhandelskedjorna, nämligen att förändringen hos Axfood är överlägset störst, jämfört med övriga kedjor. Hos Axfood minskar Liberos försäljning med över åtta miljoner blöjor. Denna minskning står ensamt för nästan hela den faktiska minskningen av Liberos försäljning under det andra halvåret 2011 jämfört med det första halvåret. Som framgår av diagram över försäljningen av blöjor i olika detaljhandelskedjor finns en synnerligen kraftig ökning av försäljningen hos Axfood under perioden v. 3 - 5 år 2011. Under denna period ökade den totala blöjförsäljningen med nästan 300 % hos Axfood, för att därefter falla tillbaka till normala nivåer under resten av 2011. Denna förändring har dock inget med P&G:s marknadsföring att göra.
- 49 Den dramatiska ökningen av försäljningen orsakades av att Axfood drev en ”3 för 2-kampanj” innebärande att om konsumenten köper två paket blöjor så följer ett tredje med på köpet. Eftersom blöjkonsumenter är mycket prismedvetna så fick kampanjen ett synnerligen kraftigt genomslag och ledde till att SCA:s försäljning av Libero ökade dramatiskt. Kampanjen pågick ca 3 veckor (v. 3 - 5) under vilken tid SCA sålde 8,1 miljoner fler blöjor än normalt. Även vid en försiktig beräkning av den extra försålda volymen hos Axfood, dvs. att man inkluderar veckorna efter kampanjen, då försäljningen/volymen typisk sett går ned (eftersom konsumenterna har hamstrat blöjorna under kampanjperioden), blir nettoeffekten på kampanjen ändå en volymökning på 7,2 miljoner blöjor för SCA:s del. Av detta följer att första halvårets för-

säljning är felaktig som jämförelsetal eftersom den grundas på en extraordinär kampanj där SCA i praktiken skänkte bort blöjor.

- 50 Det ska således noteras att genom karaktären på Axfood-kampanjen, nämligen att konsumenten fick ett tredje paket ”på köpet” vid köp av två paket blöjor innebär att man rabatterade det tredje paketet med 100 %, innebärande att en tredjedel av de 7,2 miljoner extra försålda blöjorna i praktiken skänktes bort, vilket i sin tur innebär att SCA fick ett negativt täckningsbidrag räknat på just dessa blöjor. SCA:s försäljning har således som en engångsföreteelse ökat kraftigt under första halvåret genom 3 för 2-kampanjen. Dessutom har ökningen med 7,2 miljoner blöjor under första halvåret skett till priset av ett lägre täckningsbidrag innebärande att även om SCA sålt färre blöjor under andra halvåret 2011 jämfört med det första så har bolaget inte drabbats av motsvarande minskade vinst, och P&G:s marknadsföring har definitivt inte något med den saken att göra heller.
- 51 Att under dessa förutsättningar som grund för ett skadeståndskrav jämföra försäljning och marknadsandelar första och andra halvåret 2011 är inte skäligt och ger ett missvisande resultat. Den minskade volymen under andra halvåret 2011 på 8,1 miljoner blöjor motsvaras således till största del av den extraordinära ökade volymen för SCA enbart i Axfood under första halvåret på 7,2 miljoner blöjor. Vad som är intressant för en aktör på en marknad är hur mycket man de facto säljer och vinstmarginalen på det som säljs. Marknadsandelen kan vara av intresse som en komponent i verksamheten och används som redskap i bolagets interna analys, men inget annat. Nationellt ackumulerade marknadsandelar som sådana säger ingenting om orsakerna bakom variationerna som inträffar hos olika detaljister, och det är således orimligt att basera en så långtgående rättslig konsekvens som ett skadestånd på ett så trubbigt instrument som marknadsandelar. SCA har även yrkat skadestånd beräknat på ett ogrundat påstått täckningsbidrag om 64 öre per blöja något som tingsrätten inte godtagit. Tingsrätten anger bl.a. (tingsrättens dom s. 43) att SCA har tagit med ett antal fasta omkostnader, men har avstått från att redovisa poster som rimligtvis är rörliga och som verkar viktiga i branschen som rabatter och rabattkuponger från SCA till konsumenter.

Effekterna av SCA:s byte av varumärkesidentitet

- 52 SCA:s byte av varumärkesidentiteten och paketstorleken på sin storsäljare Libero Comfort fit, i samband med att man ändrade varumärket till Libero Action, är en viktig orsak till att SCA tappat i både försäljning och goodwill under 2011. Produkten ifråga har cirka 25 % marknadsandel av samtliga sålda blöjor i Sverige. SCA introducerade i slutet av april 2011, vecka 16, sin ersättare till Libero Comfort Fit, d.v.s. Libero Action. Detta genomfördes således mer än två månader innan P&G påbörjade den påtalade marknadsföringen, dvs. vecka 26. Som framgår av veckostatistiken så avspeglas bytet av varumärkesidentiteten och förpackningsstorleken mycket tydligt med början vecka 19, dvs. 9 - 13 maj, där SCA:s marknadsandel för Libero viker nedåt, en trend som står sig under hela 2011.
- 53 Under september 2011 förändrade SCA åter sin varumärkesidentitet, men denna gång mer i tysthet. Den blöja som så sent som i slutet av april 2011 bytte namn från Libero Comfort fit till Libero Action, genomgår ytterligare en metamorfos och återtar nu sitt gamla namn Libero Comfort Fit, det namn som man frångick bara några månader tidigare. P&G har inte kännedom om exakt vilket datum leveranserna av den nygamla produkten inleddes. Precis som vid den tidigare förändringen av varumärket så tappar SCA åter marknadsandelar, vilket tydligt avspeglar sig i en ny nedgång för Libero vid denna tid.
- 54 Marknadsandelen för Libero Action sjunker kraftigt mellan vecka 21 2011 (23 - 27 maj) och vecka 25 (veckan innan marknadsföringen inleddes), vilket är i samband med att varumärkesidentiteten ändras från Libero Comfort fit till Libero Action. Förändringen är så stor som 10 procentenheter. När det gamla varumärket återupptas, kring vecka 34, så sjunker marknadsandelen återigen kraftigt efter en tid av viss återhämtning. Libero Comfort fits marknadsandelar vid en jämförelse mellan de sex första respektive sex senaste månaderna under 2011 sjönk med 3,7 procentenheter. Dessa omständigheter styrker att SCA:s egenåtgärder har långt större effekt än vad SCA och tingsrätten synes göra gällande. Intressant är också uppgiften att P&G:s tejpade blöja Pampers Active Fit, dvs. den som marknadsföringen avsåg, endast ökade med 0,3 procentenheter under samma jämförda perioder.

- 55 En ytterligare faktor som skapat förvirring och som kan haft negativ inverkan för SCA är att varumärkesidentiteten för Libero Action är tämligen lik P&G:s Pampers Active Fit. Den tidigare varumärkesidentiteten för Libero Comfort fit är avsevärt annorlunda. Detta kan också leda till felaktiga associationer och val bland konsumenterna vilket kan haft negativ påverkan på försäljningen av Libero Action.
- 56 P&G har även åberopat en rad andra skriftliga och muntliga bevis för att bytet av varumärkesidentiteten och storlek på förpackningen för Liberos storsäljare lett till att konsumenter uppfattat Libero Action som en ny produkt, att blöjan förväxlas med P&G:s Pampersblöjor och att det funnits negativa omdömen om produkten. Omständigheter andra än marknadsföringen som påverkar SCA:s resultat, goodwill och liknande.

Övriga blöjfabrikats marknadsandelar

- 57 Övriga blöjmärkens marknadsandelar har inte nämnvärt påverkats av marknadsföringen. Detta förhållande framgår av redovisade marknadsandelar för Pampers, Libero och övriga fabrikat halvårsvis under perioden 1 januari 2011 till 31 december 2011. Visserligen anser P&G att jämförelser mellan första sex månaderna med de sista sex månaderna samma år är missvisande, men den lilla inverkan som finns för andra blöjfabrikat visar att marknadsföringens faktiska effekt är starkt överdriven av SCA och tingsrätten. För det fall SCA:s Libero skulle drabbas av en skada i den grad som SCA gör gällande måste även andra konkurrenter på marknaden lida motsvarande nedgång. Eftersom den otillbörliga marknadsföringen inte pekar ut SCA eller dess varumärken torde näppeligen SCA vara ensamma om att drabbas av minskade marknadsandelar, för det fall marknadsföringen har den effekt som SCA gör gällande.

Reklamkampanjens innehåll

- 58 P&G vidhåller sin invändning om att den ifrågavarande reklamkampanjen, i vilken marknadsföringen ingår som ett moment, till stora delar också består av sådana påståenden och framställningar som inte varit föremål för SCA:s talan i målet. I reklamfilmen ingår bl.a. starka skriftliga och muntliga framställningar som

”SVERIGES TORRASTE” och ”OSLAGBART TUNN”. Den del av marknadsföringen som har ansetts som otillåten utgör endast en liten del av hela marknadsföringen. Det otillåtna budskapet i filmen utgörs av cirka 5 sekunder, d.v.s. 17 % av hela reklamfilmen och i övrig marknadsföring cirka hälften eller mindre än så av reklambudskapen. Marknadsföringen i övriga delar som inte är otillåten är därmed tillåten vilket i sin tur innebär att åtskilligt mer än 50 % av marknadsföringen är tillåten och kan inte läggas till grund för ett skadeståndskrav. Reklamkampanjens eventuella negativa effekter för SCA kan således inte tillskrivas enbart de delar som tingsrätten har funnit strida mot marknadsföringslagen.

- 59 Tingsrätten har funnit att det är omöjligt att avgränsa effekterna av en reklamkampanj i lagliga och olagliga delar samt angivit att det i alla händelser är P&G som har bevisbördan. Det är naturligtvis svårt och kan t.o.m. vara omöjligt att göra en sådan uppdelning, men domstolen har alltid möjligheten att tillerkänna den part som har bevisbördan viss bevislättning. På samma sätt som den påstått skadelidande kan ges bevislättning borde även den påstådda skadegörande parten kunna få samma förmån om denne i vart fall kan göra klart sannolikt att en reklamkampanjs effekt inte enbart utgör ett resultat av den förbjudna marknadsföringen, utan även av andra moment i reklamkampanjen. Därefter bör domstolen kunna i sin skälighetsuppskattning av skadan beakta detta.

Goodwillskada

- 60 För att det ska kunna föreligga en ersättningsgrundande långsiktig skada på varumärket Libero så torde krävas att SCA eller varumärket Libero utpekas direkt eller indirekt på något sätt. Tingsrätten konstaterar dock (tingsrättens dom s. 38) att *”P&G:s marknadsföring innehåller inte något påstående som innefattar ett konkret utpekande av SCA eller Libero, ens indirekt. Det är därför inte fråga om jämförande reklam”*.
- 61 I det tidigare avgörandet MD 2001:16 Hästens ./.. Lagan anger Marknadsdomstolen följande (s. 34): *”De åtgärder som tingsrätten har funnit utgöra skadeståndsgrundande överträdelser enligt 29 § i MFL har riktats mot ett av Hästens genom företagets omfattande marknadsföringsåtgärder skapat värde vad avser företagets kännetecken,*

främst rutmönstret. Ett utnyttjande av dessa kännetecken får anses medföra skada på den goodwill som Hästens har byggt upp”.

- 62 I ovan angivna mål fastställde både tingsrätten och Marknadsdomstolen att det var fråga om renommésnyltning. Lagan hade i sin marknadsföring både använt sig av Hästens kända rutmönster och ordet Brunte jämte figuren av en stiliserad häst, ett klassiskt utpekande alltså. Någon snyltning, vilseledande efterbildning eller liknade föreligger dock inte i detta mål från P&G:s sida. Bolaget har i sin marknadsföring överhuvudtaget inte knutit an eller associerat till SCA:s verksamhet, produkter eller kännetecken. Tingsrätten har t.o.m. slagit fast att P&G:s marknadsföring inte utgör något konkret utpekande, ens indirekt.
- 63 P&G anser därmed att förutsättningar saknas för att skadeståndsgrundande goodwill-skada ska anses föreligga, varför SCA:s yrkande om ersättning med tre miljoner kronor i denna del ska ogillas.

Föreligger överhuvudtaget någon långsiktig skada?

- 64 För det fall Marknadsdomstolen finner att förutsättningar föreligger för ersättningsgrundande goodwillskada, så bör övervägas om långsiktig skada överhuvudtaget föreligger och om så anses vara fallet, vilken ersättningsnivå som är skälig.
- 65 En omständighet som är mycket viktig att beakta när bedömningen görs om långsiktig skada föreligger eller inte i just detta mål är att trenden under de senaste fyra åren för Liberos marknadsandel är nedåtgående.
- 66 Den av SCA åberopade rapporten från Ipsos undersökning visar att utvecklingen även följer en lång negativ trend såvitt gäller s.k. top of mind awareness. Ytterligare intressant är att den långsiktigt nedåtgående trenden är konstant sedan 2008 samt att undersökningen visar att det förekommer stora variationer under tiden, varför utvecklingen inte kan tillskrivas någon enskild händelse eller marknadsföringskampanj. Även mätningar genomförda av analysföretaget MediaCom mellan juli 2009 till februari 2012 visar att Liberos top of mind awareness har stadigt minskat under denna period medan Pampers har ökat, något som således bekräftar den lång-

siktiga trenden i Ipsos undersökning. Det är således ingen positiv långvarig trend för Libero som bryts då marknadsföringen inleddes. Tvärtom, Libero fortsätter en långsiktig negativ utveckling.

- 67 En annan omständighet som talar emot att SCA lidit långsiktig skada är att den genomsnittliga marknadsandelen för Libero är högre både första och andra halvåret 2012 jämfört med genomsnittliga marknadsandelen under andra halvåret 2011 då marknadsföringen pågick.
- 68 Om man istället tittar på faktiskt antal sålda Libero blöjor så säljer SCA inte färre blöjor under 2012 än vad bolaget gjorde under 2011. SCA har istället ökat sin försäljning. Detta framgår om man jämför Liberos marknadsandel av den totala blöjförsäljningen i Sverige med data som visar total blöjförsäljning i Sverige i MSU. Enligt detta har SCA ökat sin totala försäljning av Libero blöjor under 2012 jämfört med 2011. Det föreligger således inte någon långsiktig skada. Libero har som ovan redovisats en långsiktig negativ trend sett på marknadsandelar som pågått sedan i vart fall år 2009. Försäljningsstatistiken för 2012 visar emellertid att SCA:s försäljning i absoluta tal under 2012 har tydligt ökat och det gångna årets försäljning överträffar inte bara 2011 utan även med god marginal försäljningen för både 2009 och 2010.
- 69 Sett mot denna bakgrund anser P&G att även för det fall att en ersättningsgrundande goodwillskada föreligger så bör beloppet väsentligen reduceras eftersom SCA och Liberos försäljning under 2012 inte drabbats av någon minskning, utan den är större än något år tidigare under de senaste fyra åren.

Ökade marknadsföringskostnader för att minska försäljningstappet och reducera goodwillförlusten?

- 70 SCA anger att marknadsföringen "tvingat SCA till särskilda marknadsföringsinsatser för att försöka motverka effekten av 8 av 10- kampanjen och reparera uppkommen goodwillskada". Kostnaden för SCA:s "särskilda marknadsföringsinsatser" blir bara en skada om den faktiskt orsakats av P&G:s ansvarsgrundande agerande. Vid denna bedömning måste också beaktas vilka fördelar SCA haft av dessa kostnader.

- 71 P&G:s inställning är att "Libero Up & Go-kampanjen" (för en annan typ av blöjor än den som marknadsföringen avsåg) var en på förhand planerad marknadsföringsstrategi eller i vart fall en kampanj som ändå skulle komma att genomföras eftersom SCA låter genomföra likadana Up & Go-kampanjer varje år. Kampanjer av detta slag är en normal del av parternas aktiviteter i dagligvaruhandeln och en del i arbetet att jämna ut både dalar och toppar i försäljningen. Att det föreligger viss regelbundenhet i SCA:s marknadsföring och reklamkostnader framgår av en graf som bygger på statistik ur MediaCom:s databas. Sedan maj 2010 har det inte vid något tillfälle gått mer än tre månader mellan TV-kampanjerna, ett mönster som åter upprepas i september 2011. Man kan också från grafen utläsa att kostnaden för SCA:s TV-kampanj i september-november 2011 inte skiljer sig nämnvärt från tidigare TV-kampanjer i januari-mars respektive maj-juli 2011. SCA:s sammanlagda reklamkostnad är även ungefärligen densamma 2010 som 2011. Detta är omständigheter som visar att den ifrågavarande Up & Go-kampanjen inte kan betraktas som en särskild marknadsföringsinsats förorsakad av marknadsföringen.
- 72 Det kan också noteras att SCA bl.a. har motiverat sitt ersättningsanspråk genom att göra gällande att bruttokostnaden (exklusive produktionskostnad) för P&G:s reklamtid på TV uppgår till minst 20 miljoner kronor. P&G vill åter understryka att P&G, i likhet med SCA, i egenskap av att vara en stor aktör på marknaden åtnjuter mycket generösa rabatter. P&G:s kostnad för den reklamtid som redovisats understiger 5 miljoner kronor. Den faktiska kostnaden är således mindre än 25 % av vad SCA gör gällande ska ligga till grund för sitt ersättningsanspråk. Det är enligt P&G:s uppfattning orimligt att en bruttoprislista som inte tillämpas annat än som en grund från vilken rabatt avräknas ska användas som grund för ett skadeståndsrättsligt ersättningsanspråk. En grundläggande princip i skadeståndsrätten är att ersättning ska utgå för den skada som åstadkommits på grund av den ersättningsgrundande händelsen, inget annat. Den skadelidande ska alltså försättas i samma ekonomiska situation som om den omständighet som föranleder ersättningen inte hade inträffat.

Rättegångskostnader

- 73 SCA:s yrkande om ersättning för rättegångskostnader i tingsrätten är enligt P&G:s uppfattning oskäligt högt. En grundläggande princip är att rättegångskostnaderna ska

vara skäligen för att ta tillvara partens rätt. En annan princip är att det yrkade ombudsarvodet ska motsvara den faktiska kostnaden. I förevarande mål har en omfattande skriftväxling ägt rum före huvudförhandling i tingsrätten. P&G har själva lagt ner mycket tid i målet och dess ombud likaså. Trots detta har man ändå inte lyckats ackumulera mer än drygt hälften av det belopp som SCA har yrkat i tingsrätten. För att sätta SCA:s ombudsarvode i perspektiv vill P&G peka på att under skriftväxlingen har SCA:s ombud ingivit 56 sidor egen text (inklusive stämmingsansökan). 2,7 miljoner kronor utslaget på 56 sidor innebär att varje sida har kostat 48 214 kronor. Detta är oskäligt, i synnerhet då SCA har underlåtit att kommentera de uppmaningar att förtydliga sina påståenden som P&G har begärt samt att man inte har presenterat någon bevisning i sak för att visa att man lidit den skada som påstått. SCA har heller inte presenterat något underlag utvisande vad den yrkade kostnaden faktiskt består i.

SCA

Har SCA skadats av 8 av 10-kampanjen?

- 74 Man kan använda två analysmetoder - deduktion respektive empiri - till grund för ett svar på den rubricerade frågan. Båda dessa metoder leder till slutsatsen att SCA har skadats.

Den deduktiva analysmetoden

- 75 P&G — en av världens största och mest professionella reklamköpare — har genomfört en omfattande svensk kampanj med ett vilseledande budskap och valt att fortsätta med denna under sex månaders tid (trots att SCA begärde att den skulle upphöra). Kampanjen kom att utökas till en rad andra länder. I tingsrätten gjordes det tydligt att få budskap är så effektiva på marknaden för barnblöjor som sådana som berättar vad andra föräldrar föredrar. Tingsrätten konstaterade att ”8 av 10 föräldrar rekommenderar” är ett mycket kraftfullt reklambudskap. Mediebyrån Carat har uppskattat kostnaden för medieutrymmet för 8 av 10-kampanjen till knappt 27 miljoner kronor. I beloppet är inte inkluderat kostnader för framtagande av reklamfilmer, rabattkuponger och utvärdering etc. Även om P&G i någon mån har fått rabatt vid upphandlingen av medieutrymmet torde P&G i vart fall ha investerat totalt cirka

30 miljoner kronor på den svenska 8 av 10-kampanjen. Beloppet avser endast kostnader för den svenska delen av kampanjen. Det är en helt verklighetsfrämmande tanke att P&G skulle ha satsat mångmiljonbelopp på en långvarig kampanj om denna inte gav resultat.

- 76 Slutsats 1: Det är uppenbart att 8 av 10-kampanjen har haft en positiv effekt vid försäljningen av Pampers.
- 77 Blöjkonsumtionen är vid varje tidpunkt konstant. Det säljs i princip inte fler blöjor totalt när en viss blöja marknadsförs. *”Barn kissar inte mer för att det går en reklamfilm på tv.”*
- 78 Slutsats 2: Om försäljningen ökar för en viss fabrikants blöja vid en given tidpunkt så säljer någon annan blöjfabrikant färre blöjor.
- 79 I Sverige finns det endast två blöjmärken i premiumsegmentet (Libero och Pampers). Även om lågprisblöjor inkluderas så är det likväl en oligopolmarknad. Libero har nämligen cirka 60 procent av den totala svenska blöjmarknaden och Pampers cirka 30 procent. P&G hävdar för övrigt självt att *”övriga blöjmärkens marknadsandelar har inte nämnvärt påverkats av marknadsföringen”*. Den positiva effekten av 8 av 10-kampanjen kan, givet att P&G:s påstående är riktigt, bara ha drabbat SCA.
- 80 Slutsats 3: 8 av 10-kampanjen har lett till att SCA:s försäljning av blöjor har minskat. Detta är en given och oundviklig slutsats som följer av att det är en oligopolmarknad samt av slutsats 1 och 2 ovan.
- 81 Sammanfattningsvis har SCA, genom att visa att 8 av 10-kampanjen har genomförts, i och med de logiska konsekvenser som följer av denna, styrkt sin skada.

Den empiriska analysmetoden

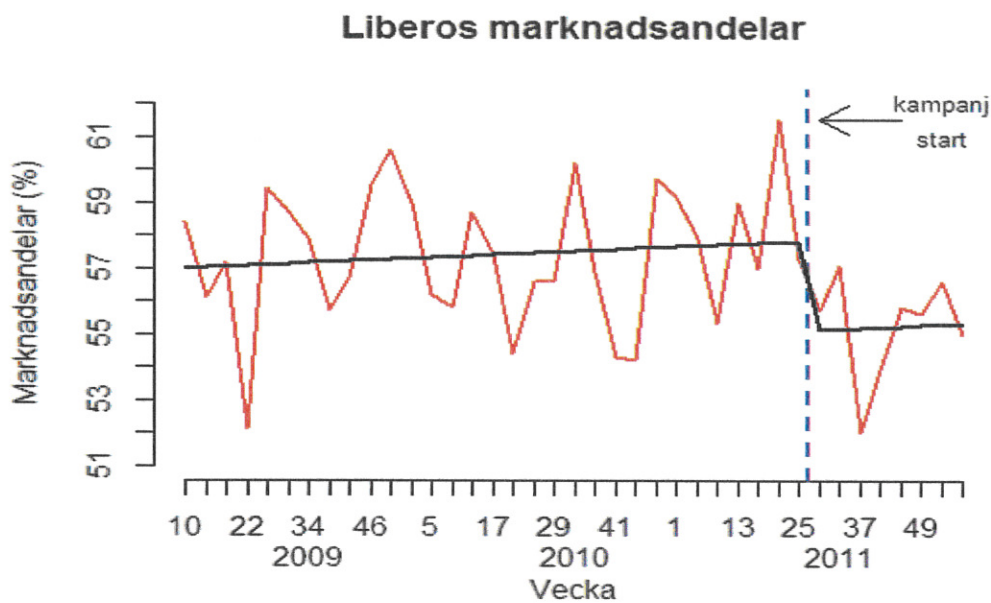
- 82 Vid sidan av den logiska argumentationslinje som redogjorts för i föregående avsnitt så finns det dessutom empiriskt stöd som direkt visar på en faktisk skada. Det empiriska stödet utgörs av uppgifter om 8 av 10-kampanjens omfattning och marknadsdata som beskriver dels försäljningen av Libero och Pampers, dels konsumenters uppfatt-

ning av märkena Libero och Pampers. Vidare har det förebringats bevisning (bland annat i form av en sammanställning av mediebyrå Carat avseende sändningstider för tv-kampanj) rörande motkampanjer av SCA.

- 83 Ett sätt för SCA att visa på den uppkomna skadan har varit att tydliggöra SCA:s marknadsandel före den skadebringande handlingen och läget efter densamma. Metoden beskrivs ibland som "före- och eftermetoden". Denna kan användas både för att visa på förekomsten av en skada och storleken av denna och inte som P&G påstått endast för skadeberäkning. En sådan begränsning står i strid med principen om fri bevisprövning. P&G påstår även att det vore mer rättvisande att jämföra försäljningen av Libero under andra halvåret 2011 med en period längre tillbaka i tiden än det första halvåret 2011. Skälet till detta är enligt P&G att det finns säsongsvariationer. SCA kan inte finna något stöd i den bevisning som åberopas av P&G för detta. Det går inte att dra sådana slutsatser av material som endast sträcker sig över ett par år. Det är istället logiskt att använda en så aktuell jämförelseperiod som möjligt, dvs. första halvåret 2011. På så vis visas också det rent faktiska tapp som har drabbat SCA sedan P&G:s otillbörliga kampanj dragit igång.

Försäljningsnedgången

- 84 Marknadsdata visar att det har skett ett trendbrott som sammanhänger med 8 av 10-kampanjen. En följd av kampanjen blev att SCA:s försäljning av blöjor minskade och P&G:s försäljning av blöjor ökade. Detta vinner stöd av bland annat statistikern J. B. utlåtande och vittnesmål.



- 85 Den lodräta streckade blå linjen indikerar tidpunkten för kampanjens start. Den svarta linjen visar det trendbrott som har skett i samband med 8 av 10- kampanjen.
- 86 Andelstappet har kvarstått även långt efter det att 8 av 10-kampanjen har upphört. P&G påstår dock i målet att skada inte föreligger eftersom det antal blöjor SCA sålde under 2012 ökat jämfört med föregående år. Med anledning av detta får SCA påpeka att även en utebliven försäljningsökning innebär en skada. SCA:s försäljning skulle alltså rimligen ha varit högre om inte P&G hade genomfört den otillbörliga kampanjen. P&G bortser även ifrån att SCA:s genomsnittliga marknadsandel under 2012 inte återhämtat sig till nivån före tidpunkten för 8 av 10-kampanjen.

Motåtgärder

- 87 SCA försökte neutralisera effekterna av 8 av 10-kampanjen genom extrainsatta kampanjer för Libero under hösten 2011. Kostnaderna för dessa utgör en del av den skada som har drabbat SCA.
- 88 P&G påstår att motåtgärderna var planerade sedan tidigare och alltså inte var föranledda av 8 av 10-kampanjen. P&G:s påstående är inte korrekt. Det motsägs både av muntlig bevisning och skriftlig bevisning.

- 89 Tingsrätten fann heller inte skäl att ifrågasätta att P&G:s marknadsföring gav upphov till behov av motåtgärder genom ökad intensitet i SCA:s marknadsföring (s. 44 i tingsrättens dom).

Kvarstående goodwillförlust

- 90 Trots vidtagna motåtgärder har SCA, även långt efter att den vilseledande kampanjen har avslutats, inte återhämtat försäljningstappet. En sådan bestående nedgång ger indikation på en goodwillförlust. SCA har yrkat ersättning för denna.
- 91 Tingsrätten konstaterade helt korrekt att SCA hade rätt till skadestånd avseende skada på varumärkets kapital (s. 43 i tingsrättens dom). Med anledning av vad P&G anfört bör det framhållas att ersättning för goodwillskada inte förutsätter vare sig jämförande reklam eller renomménlyftning. Det räcker att P&G:s vilseledande marknadsföring har minskat konsumenternas tilltro till SCA:s produkter genom det massiva spridandet av budskapet att 80 procent av föräldrarna föredrar Pampers vilket de facto innebär att dessa föräldrar föredrar denna produkt framför Libero. Att det möjligen inte är fråga om jämförande i reklam i den mening som avses i 18 § MFL innebär inte att den allmänna bilden av Liberos popularitet inte har påverkats negativt. Allmänhetens uppfattning att Libero är den klart mest populära blöjan har fått sig en törn av P&G:s vilseledande budskap.
- 92 En egenhet med just goodwillskada är att den knappast låter sig uppskattas exakt. Det ligger i begreppets natur att det är fråga om en uppskattning som utnyttjar en av rättsordningen accepterad bevislättnad.

Betydelsen av andra marknadsfaktorer

- 93 P&G har framhållit att marknadsandelarna har påverkats av en rad olika händelser såsom tillfälliga priskampanjer och produktlanseringar. Såsom kommer att visas i det följande har sådana händelser föga att göra med frågan om huruvida 8 av 10-kampanjen har skadat SCA.

Det kan inte vara fråga om "alternativa skadeorsaker"

- 94 En grundläggande brist i motpartens utläggning rörande andra marknadsfaktorer är att dessa betecknas som "alternativa skadeorsaker". Detta synsätt är inkorrekt. Förekomsten av eventuella andra skadebringande marknadsfaktorer innebär inte att 8 av 10-kampanjen inte har skadat SCA. Det rör sig helt enkelt inte om alternativa skadeorsaker. Att de av P&G påtalade andra marknadsfaktorerna må ha existerat och kan ha skadat är inte något argument för att 8 av 10-kampanjen inte har varit till skada för SCA. Det rör sig om olika intäktsbortfall och olika "bitar av kakan".
- 95 De skadebringande faktorerna - de av P&G påtalade andra marknadsfaktorerna respektive 8 av 10-kampanjen - kan samtliga existera parallellt.
- 96 Blöjmarknaden präglas av ett ihållande marknadsbrus med priskrig, produktlanseeringar och diverse reklamkampanjer m.m. Ur detta hav av aktiviteter har P&G försökt att lyfta fram vissa företeelser och felaktigt betecknat dessa som "alternativa skadeorsaker". Sådana marknadsfaktorer kan ha påverkat SCA:s och P&G:s försäljning åt det ena eller andra hållet. Men förekomsten av sådana "försäljningsskador" är inte relevanta för bedömningen av om 8 av 10-kampanjen i sig har skadat SCA.
- 97 Den bild av förekommande marknadsfaktorer som motparten målar upp är vidare missvisande. Tingsrätten har helt korrekt slagit fast att P&G:s alternativa förklaringar inte är tillräckligt underbyggda (se bl.a. tingsrättens dom s. 41).
- 98 P&G gör gällande att det inte är korrekt att skillnaden i pris mellan Pampers och Libero blöjorna har varit konstant över tiden. Detta motsägs dock av P&G:s egen bevisning. Det är dessutom ingalunda givet att en ändring i prisskillnad automatiskt innebär en ändring av SCA:s och P&G:s marknadsandelar. Exempelvis kan ett högre pris signalera en högre kvalitet vilket i sin tur ökar efterfrågan. Om ett lågt pris med nödvändighet ökade produktens attraktivitet så skulle den något billigare Pampers-blöjan vara större än Libero på den svenska marknaden, vilket inte är fallet.
- 99 Det är inte heller korrekt att Liberos varumärkesidentitet har ändrats. Varumärket Libero är starkt och det har inte funnits någon anledning att lansera något annat.

Däremot har det genomförts vissa profilerande kampanjer, men dessa utgör inte ett identitetsbyte.

- 100 P&G gör i målet gällande att en alternativ skadeorsak är det erbjudande som P&G har genomfört på Coop under den aktuella tidsperioden. Den tidsperiod då prisreduktion har erbjudits är emellertid inte begränsad till det andra halvåret 2011. Erbjudandet har förekommit under en lång tid, i vart fall sedan hösten 2010, dvs. närmare ett år innan 8 av 10-kampanjen lanserades. Prisreduktionen på Coop har därför ingen relevans i sammanhanget.
- 101 Den s.k. 3 för 2 kampanjen hos Axfood innefattade både Libero och Pampers. Om kampanjen skulle ha haft den positiva effekt för Libero som P&G vill påskina, så skulle det ha skett en allmän ökning av Liberos marknadsandelar under perioden v. 3-5 år 2011, och en minskning av Pampers. I stället minskade Libero sin totala marknadsandel och Pampers ökade sin. P&G:s påstående om att SCA skulle ha sålt mer blöjor än normalt under första halvåret 2011 till följd av kampanjen saknar alltså grund.

Andra nordiska rättsfall

- 102 De nordiska rättsfall, rörande 8 av 10-kampanjen, vilka P&G hänvisat till, har rört andra omständigheter i sak och andra rättsregler, i andra länder och under andra rättsordningar. De innebär inte att SCA skulle sakna rätt till ersättning i förevarande mål, mot bakgrund av de svenska förhållanden, som har förts fram i målet, i Sverige och enligt svensk rätt.

En samlad bedömning

- 103 P&G hävdar att det bara är vissa delar av 8 av 10-kampanjen som är otillbörliga och därmed är relevanta för skadeståndsdelen. Dock låter sig en marknadsföringsinsats inte brytas ned i en legal del och en icke-legal del. Ändamålet med en marknadsföringskampanj är i huvudsak att framföra ett budskap. Detta görs ibland genom att förmedla associationer och skapa ett stämningsläge och ett, ofta avslutande, snärtigt inslag med själva budskapet. Men också när en sådan dramaturgi används bör

marknadsföringsinsatsen bedömas som en helhet utan en uppdelning i en legal och en icke-legal del. Ett exempel är reklamfilmerna i 8 av 10-kampanjen. Under 26 sekunder skapas en sinnesstämning och ett igenkännande och under några få sekunder förs sedan budskapet fram. Alla delarna i en sådan reklamfilm hänger samman. Det vilseledande budskapet förstärks genom den inledande sekvensen.

- 104 Det bör också uppmärksammas att för en stor del av kampanjen ter sig en uppdelning särskilt verklighetsfrämmande. En billboard som för fram budskapet att ”8 av 10 föräldrar rekommenderar Pampers” är i sig — i sin helhet — icke-legal trots att bara några få procent av ytan upptas av texten med själva budskapet. Motsvarande resonemang kan appliceras även på exempelvis en reklamfilm eller tidningsannons.

Hur stor är SCA:s skada?

- 105 Inledningsvis kan noteras att bevisbördan för såväl orsakssamband som skadans storlek är lägre än ”styrkt”.

Försäljningsnedgången

- 106 Sammanfattningsvis har SCA:s marknadsandel minskat med 2,8 procent under andra halvåret 2011. Totalmarknaden var cirka 307 miljoner blöjor. Tappet innebär därför att SCA sålt 8,6 miljoner färre blöjor under andra halvåret 2011. Såsom har framförts av SCA:s controller innebär varje utebliven försäld blöja en minskad vinst med i vart fall 64 öre. Den totala skadan på grund av försäljningsnedgången under kampanjen är således 5,5 miljoner kronor.
- 107 Det bör dock noteras att skadan inte behöver yttra sig i form av en minskad försäljning. Även en utebliven eller minskad försäljningsökning är ersättningsgill.

Motåtgärder

- 108 I syfte att motverka de negativa marknadseffekterna av P&G:s ”8 av 10-kampanj” initierade SCA ett antal åtgärder under hösten 2011. Dessa marknadsföringsinsatser

låg utanför SCA:s normala marknadsföringsbudget och omfattade kundaktiviteter, tv-reklam samt direktmarknadsföring.

- 109 Mellan vecka 38 2011 och vecka 1 2012 genomfördes ett antal extrainsatta kundaktiviteter på butikskedjorna ICA och Willys. Veckorna 40-42 2011 sändes en extrainsatt tv-kampanj för Libero Up & Go på TV3. Därtill skickade SCA ett extrainsatt DM till svenska hushåll under vecka 41.
- 110 Sammanlagt ledde motåtgärderna till en ökad kostnad för SCA om uppskattningsvis 13 185 000 kronor. Kostnaderna fördelar sig enligt följande:

Kundaktiviteter på ICA och Willys	3 700 000 kronor
Tv-reklam på TV3	4 485 000 kronor (brutto)
Direktmarknadsföring	5 000 000 kronor

RB 35:5

- 111 SCA hävdar i och för sig att bolaget har presenterat tillräcklig bevisning för att skadans storlek ska anses styrkt eller i vart fall uppfylla det krav som gäller enligt praxis. I vart fall har SCA förebringat den bevisning som är tillgänglig. Detta innebär att 35 kap. 5 § kan användas för det fall att domstolen skulle finna att bevisningen för skadans storlek inte når upp till vad som krävs enligt huvudregeln.
- 112 SCA menar alltså här att a) bevislätnadsregeln kan användas när det är omöjligt eller svårt att fullt ut bevisa ett förhållande och b) SCA har presenterat bevisning i en omfattning som bör anses vara proportionerlig och realistisk. Om denna likväl inte anses vara tillräcklig kan alltså 35 kap. 5 § rättegångsbalken tillämpas. Målet MD 2011:7 (Maglite-målet) ger stöd för tillämpning av ovan nämnda bestämmelse i mål av denna typ. I detta mål betonades också att skadeståndet ska ha en preventiv funktion och alltså inte bara vara reparativt. Målet är också ett uttryck för att det, enligt Marknadsdomstolens praxis, kan göras en skälighetsbedömning när skadeståndsbeloppet fastställs.

Betydelsen av prevention och förbudet mot obehörig vinst m.m.

- 113 I 37 § andra stycket MFL stadgas att när ersättningen till näringsidkare bestäms får hänsyn tas även till omständigheter av annan än ekonomisk art. Lagrummet är särskilt användbart när fråga är om så kallad goodwillskada, jfr prop. 1994/95:123 s. 277. Av prop. 1994/95:123 s. 179 framgår, i kommentaren till bestämmelsen om skadestånd, följande: *”För att förbättra den skadelidandes möjligheter att få full ersättning för den skada han har åsamkats föreskrivs i andra stycket att även andra omständigheter än rent ekonomiska får beaktas när skadeståndet till näringsidkare skall beräknas. Sådana omständigheter kan exempelvis vara att den marknadsförande näringsidkaren har varit grovt oaktsam eller har gjort en betydande vinst på sitt förfarande, eller att förfarandet har pågått under lång tid.*

Det är den skadelidande som enligt allmänna bevisregler har att visa omfattningen av skadan. Eftersom det kan vara svårt att uppfylla kravet på full bevisning kan domstolen med stöd av 35 kap. 5 § rättegångsbalken uppskatta skadan till skäligt belopp. Skadorna kan i vissa fall vara högst betydande. En ekonomiskt realistisk bedömning skall självfallet eftersträvas.”

- 114 Enlig förarbetena ska således hänsyn tas till omständigheter, vilka inte är rent ekonomiska, och härvid särskilt graden av oaktsamhet, den vinst som marknadsföringen kan ha medfört och om den otillåtna marknadsföringen har varit långvarig. I anslutning härtill vill SCA understryka att P&G, trots ett tidigt varningsbrev från SCA:s sida under sommaren 2011, i vilket det påpekades att marknadsföringen var i strid med marknadsföringslagen, valde att fortsätta med den omfattande kampanjen under det andra halvåret 2011, givetvis med syftet att med hjälp av denna öka sin försäljning. P&G var, när man tog beslutet att oberoende av varningsbrevet fortsätta marknadsföringen, fullt medvetet om samtliga de omständigheter i sak, vilka konstituerade grunden för reklamkampanjens lagstridighet. Marknadsdata utvisar att P&G också på ett betydande sätt stärkte sin marknadsställning under det andra halvåret 2011.
- 115 Samtliga de tre faktorer som räknas upp i förarbetena, graden av oaktsamhet (att man inte hörsammade varningsbrevet, utan med full vetskap om de omständigheter som

konstituerade vilseledandet drev kampanjen vidare) den ekonomiska vinningen (kampanjens syfte, omfattning och effekt), samt varaktighet (kampanjen pågick under lång tid även efter varningsbrevet), är således samtliga uppfyllda.

- 116 P&G har investerat totalt cirka 30 miljoner kronor på att via en rad kanaler framföra ett falskt budskap. Kampanjen har givetvis haft positiva effekter. Om så inte var fallet hade P&G självfallet inte fortsatt med den under lång tid samt utökat den till andra länder. De positiva effekterna vinner också stöd av data över marknadsandelarnas utveckling. Om P&G skulle slippa att betala skadestånd skulle det vara lönsamt att på detta sätt bryta mot lagen. Det finns därför också preventiva skäl till att ålägga P&G ett skadeståndsansvar. (Se även exempelvis MD 2006:8, med hänvisning till tingsrättens domskäl samt det i föregående avsnitt nämnda Maglite-målet).
- 117 Principen om obehörig vinst talar i samma riktning.

Rättegångskostnader

- 118 SCA tillbakavisar P&G:s påstående att SCA:s yrkande om ersättning för rättegångskostnader i tingsrätten var oskäligt högt. Det bör bland annat beaktas dels att målet, som tingsrätten har funnit, rört komplexa marknadsförhållanden, dels att SCA i långt högre grad än P&G har tvingats göra en omfattande kartläggning av P&G:s 8 av 10-kampanj inklusive dess omfattning, sätt för genomförande och konsekvenser. Slutligen berör målet en rad komplexa rättsfrågor och utgången har stor ekonomisk betydelse.

BEVISNING

- 119 I Marknadsdomstolen har på begäran av P&G videoupptagningar av förhör vid tingsrätten med E. H. och H. U. spelats upp och på begäran av SCA har videoupptagningar av förhör vid tingsrätten med J. B., L. C., M. C. och M. G. spelats upp.
- 120 Båda parter har även åberopat omfattande skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

- 121 Målet rör P&G:s överklagande av Stockholms tingsrätts dom den 12 december 2012 i vilken tingsrätten funnit att P&G:s marknadsföring var otillbörlig i strid mot 10 och 8 §§ MFL och att den därmed förbjöds vid vite samt även att P&G skulle utge skadestånd till SCA för försäljningsminskning och goodwillskada med sammanlagt 4 815 000 kr.
- 122 P&G har endast överklagat tingsrättens dom i de delar som avser skadestånd och rättegångskostnader vilket innebär att tingsrättens dom såvitt den avser förbud mot marknadsföringen har vunnit laga kraft. Den huvudfråga som Marknadsdomstolen nu har att pröva är således om SCA har rätt till skadestånd enligt 37 § MFL med anledning av marknadsföringen.
- 123 I 37 § första stycket MFL anges att den som bryter mot ett förbud enligt MFL ska ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare. När ersättningen bestäms får enligt paragrafens andra stycke hänsyn tas även till omständigheter av annan än ekonomisk art.
- 124 Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer är det en förutsättning för att skadeståndsskyldighet ska uppkomma att det föreligger en skada, att det finns ett orsaksamband mellan en handling, i detta fall marknadsföring, och skadan (s.k. kausalitet) samt att detta samband är adekvat.

Skada

- 125 I likhet med tingsrätten anser Marknadsdomstolen att reklambudskapet ”8 av 10 föräldrar rekommenderar” är mycket kraftfullt med betoning på att framställa P&G:s produkt i en mycket fördelaktig dager.
- 126 Den aktuella marknaden kännetecknas av produkter med stor efterfrågan från småbarnsföräldrar. Det finns endast två aktörer inom premiumsegmentet på denna marknad, P&G och SCA, vilket gör reklam och varumärken till utomordentligt viktiga inslag i dessa aktörers agerande på marknaden. Kampanjen har varit landsomfattande, långvarig och har ägt rum i flera olika reklammedier. Den har fortsatt trots att SCA

krävt att den skulle upphöra. Enligt Marknadsdomstolens bedömning har P&G:s agerande varit grovt oaktsamt.

127 Som tingsrätten funnit föreligger en hög ursprungssannolikhet för att en kampanj av detta slag skadar den störste konkurrenten på marknaden. Marknadsföringen får därför betraktas som en handling som typiskt sett lett till skada för SCA.

128 Marknadsdomstolen instämmer vidare i tingsrättens bedömning att den av SCA tillämpade s.k. före- och eftermetoden framstår som rimlig i detta sammanhang och bör kunna tjäna som utgångspunkt vid bestämmande av skadan.

Orsakssamband

129 Det är SCA som har bevisbördan för att det finns ett samband mellan den påstådda skadan i form av försäljningsminskning och förlorad goodwill och den otillbörliga marknadsföringen.

130 Beträffande vilket beviskrav som ska ställas på SCA i detta avseende konstaterar Marknadsdomstolen att det typiskt sett är mycket komplicerat att i efterhand exakt fastställa vad som orsakat förändringar i marknadsandelar och försäljningsresultat på en marknad såsom den nu aktuella där aktörerna ständigt konkurrerar med varandra genom olika typer av marknadspåverkande insatser. Med hänsyn härtill och för att inte rätten till skadestånd enligt 37 § MFL ska bli enbart illusorisk, anser Marknadsdomstolen att det för att kravet på orsakssamband ska anses uppfyllt är tillräckligt att SCA:s påstådda orsaksförlopp framstår som klart mera sannolikt än något annat orsaksförlopp som framförts av P&G (se bl.a. NJA 1991 s. 481, NJA 1982 s. 421, NJA 1981 s. 622 och NJA 1977 s. 176).

131 Vid bedömningen av om SCA fullgjort sin beviskyldighet i detta avseende har domstolen att väga samman all bevisning som parterna har lagt fram.

132 Det är ostridigt i målet att SCA har haft en försäljningsminskning under den period då marknadsföringskampanjen pågått, andra halvåret 2011. Parterna är dock oense om hur stor denna nedgång varit och vad som orsakat den. Det är också ostridigt att P&G

har haft en motsvarande ökning i sin marknadsandel men att effekten på övriga märken utanför premiumsegmentet varit ringa.

- 133 Redan genom vad som ovan nämnts om situationen på den aktuella marknaden för blöjor i förening med sakkunnigförhöret med J. B. och det diagram som denne upprättat och som åberopats av SCA finner Marknadsdomstolen att det framstår som i mycket hög grad sannolikt att SCA:s försäljningsminskning orsakats av P&G:s marknadsföring. Därtill kommer att Marknadsdomstolen fullt ut delar de överväganden som tingsrätten gjort beträffande de förklaringar till SCA:s försäljningsnedgång som P&G fört fram.
- 134 Vid en sammantagen bedömning av vad parterna anfört och utredningen i målet finner Marknadsdomstolen således att det är övervägande sannolikt att försäljningsminskningen och den goodwillskada som SCA gjort gällande orsakats av den aktuella marknadsföringen och att SCA inte skulle ha drabbats av dessa förluster om inte P&G:s marknadsföring ägt rum. Därmed har SCA visat att det finns ett tillräckligt orsakssamband mellan marknadsföringen och skadan.

Adekvans

- 135 På de av tingsrätten anförda skälen anser Marknadsdomstolen att P&G:s marknadsföring bör betraktas som en handling vilken typiskt sett resulterar i en skada för en konkurrent som SCA samt att kravet på adekvans är uppfyllt.

Skadans storlek

- 136 Med anledning av det ovan anförda har SCA rätt till skadestånd för den skada som bolaget lidit till följd av marknadsföringen.
- 137 Det är SCA som har bevisbördan för skadans omfattning. Enligt 35 kap. 5 § rättegångsbalken får dock rätten uppskatta skadan till skäligt belopp om full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras. Denna regel fritar dock inte den skadelidande från skyldigheten att förebringa den utredning som skäligen kan åstadkommas (se bl.a. MD 2007:7).

Minskad försäljning

- 138 SCA har till stöd för sin beräkning av skadeståndsbeloppet på grund av försäljningsminskning i huvudsak utgått från att försäljningsminskningen andra halvåret 2011 uppgått till 2,8 procent. I förhållande till det totala antalet sålda blöjor per halvår, ca 307 miljoner, innebär denna minskning enligt SCA att bolaget under perioden har sålt ca 8,6 miljoner färre blöjor än vad man borde ha gjort. SCA:s täckningsbidrag per blöja ligger enligt vad bolaget anfört på i vart fall 0,64 kr. Detta innebär enligt SCA:s mening att bolaget har gått miste om en vinst under andra halvåret 2011 om ca 5,5 miljoner kronor. I vart fall hälften av den uteblivna försäljningen, d.v.s. 2 750 000 kr, är att hänföra till 8 av 10-kampanjen.
- 139 P&G har invänt att försäljningsminskningen för SCA under den aktuella perioden har varit betydligt lägre än 2,8 procent samt att det totala antalet sålda blöjor per år endast uppgår till 570 miljoner. Vidare har P&G invänt att SCA:s täckningsbidrag per blöja är för högt räknat, men har vitsordat 10 öre per blöja som skäligt i och för sig.
- 140 Marknadsdomstolen gör bedömningen att SCA, genom den utredning som bolaget åberopat, bl.a. försäljningsstatistik och vittnesmål från L. C., har förebringat den utredning som bolaget skäligen har kunnat åstadkomma.
- 141 Marknadsdomstolen instämmer dock i tingsrättens bedömning att det finns anledning att ifrågasätta riktigheten av det underlag som SCA presenterat för beräkning av intäktsförlusten. Detta ifråga om antalet sålda blöjor men även då beräkningen av täckningsbidraget saknar vissa viktiga poster samtidigt som den inkluderar andra som rätteligen inte borde ingå. Detta leder sammantaget till att den utredning som SCA presenterat inte utgör ett fullgott underlag för bedömning av skadans storlek.
- 142 Mot denna bakgrund finns skäl att, såsom tingsrätten gjort, tillämpa bestämmelsen i 35 kap. 5 § rättegångsbalken och uppskatta skadan till ett skäligt belopp.
- 143 Den uppskattning av försäljningsminskningen som tingsrätten gjort, motsvarande två tredjedelar av vad som yrkats, framstår vid en skälighetsbedömning i vart fall inte som för hög.

Goodwillskada

- 144 SCA har gjort gällande att Libero till följd av P&G:s marknadsföring lidit en skada på sitt varumärke, s.k. goodwillskada, vilket domstolen även funnit utrett ovan (se punkt 134).
- 145 SCA:s beräkning av skadan grundar sig dels på att en del av försäljningsnedgången allttjämt kvarstår på längre sikt, dels på att bolaget tvingats genomföra extra marknadsföringsinsatser till en kostnad om cirka 13 miljoner kr.
- 146 Då det av naturliga skäl är svårt att uppfylla kravet på full bevisning avseende en goodwillskadas omfattning har Marknadsdomstolen, vilket tingsrätten också gjort i detta fall, att tillämpa 35 kap. 5 § rättegångsbalken och uppskatta skadan till skäligt belopp.
- 147 Beträffande de motåtgärder i form av marknadsföring som SCA delvis grundat sitt yrkande på och för vilka P&G invänt att dessa marknadsföringsinsatser ändå skulle ha genomförts anser Marknadsdomstolen att SCA genom förhöret med L. C. styrkt att de varit en kostnad som föranletts av P&G:s marknadsföring.
- 148 Till detta kommer att enligt 37 § andra stycket MFL får domstolen när ersättning till en näringsidkare bestäms ta hänsyn även till omständigheter av annan än ekonomisk art.
- 149 Sådana omständigheter kan t.ex. vara att den marknadsförande näringsidkaren varit grovt oaktsam, gjort en betydande vinst på sitt förfarande eller att förfarandet pågått under lång tid (jfr prop. 1994/95:123 s. 112).
- 150 Som Marknadsdomstolen redan har konstaterat (punkten 126) har P&G:s handlande varit grovt oaktsamt samtidigt som reklamkampanjen pågått under lång tid. Enligt Marknadsdomstolens mening finns det därför skäl att vid beräkningen av skadeståndets storlek beakta även dessa omständigheter som inte är av ekonomisk art.

- 151 Mot bakgrund av det anförda finner Marknadsdomstolen att det av tingsrätten fastställda skadeståndsbeloppet beträffande goodwillskada i vart fall inte är för högt beräknat.
- 152 Sammanfattningsvis ska alltså tingsrättens domslut fastställas såvitt avser utdömt skadestånd.

Rättegångskostnader

- 153 Beträffande de i tingsrätten utdömda rättegångskostnaderna avseende SCA:s ombudsarvode och ersättning för rättsutlåtande har P&G anfört att de är oskäligt höga och bör sättas ned.
- 154 Marknadsdomstolen delar i och för sig tingsrättens bedömning att målet vid tingsrätten aktualiserat komplicerade marknadsförhållanden. Även med beaktande av detta anser dock Marknadsdomstolen att det av tingsrätten utdömda ersättningsbeloppet, 2 700 000 kr, avseende ombudsarvode framstår som väl högt. SCA får enligt Marknadsdomstolen anses vara skäligen tillgodosett med 2 000 000 kr. Vidare får SCA vara skäligen tillgodosett med den av P&G vitsordade ersättningen för rättsutlåtandet, 100 000 kr.
- 155 Med anledning av utgången i Marknadsdomstolen ska P&G ersätta SCA för dess rättegångskostnader i Marknadsdomstolen. Yrkat belopp är vitsordat och ska därmed bifallas.

På Marknadsdomstolens vägnar



Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande (skiljaktig), Per Eklund, Christer Fallenius och Jonas Häckner.

Sekreterare: hovrättsassessorn Helene Karlsson

Marknadsdomstolens ordförande Per Carlson är skiljaktig samt anför följande.

Mellan parterna är ostridigt, att SCA under andra halvåret 2011 vidkändes en minskning i sin försäljning av de blöjor som bolaget tillhandahåller under varumärket LIBERO jämte olika beteckningar såsom ”Comfort Fit”. Det är emellertid tvistigt – förutom vad som orsakat denna minskning – hur stor försäljningsminskningen var och i vad mån den kan anses vara bestående.

Skada

Utredningen om försäljning av blöjor på den svenska marknaden och olika företags andelar av denna marknad bygger i hög grad på utskrifter med uppgifter från Nielsen Services Sweden AB (Nielsen AB). Utskrifterna saknar som sådana bevisvärde men de uppgifter som de innehåller har vitsordats som riktiga av parterna och kan därigenom läggas till grund för prövningen i detta mål. En begränsning i de sålunda vitsordade uppgifternas bevisvärde ligger dock i bl.a. att de endast anger läget var fjärde vecka och därmed inte ger en heltäckande bild av utvecklingen på marknaden.

Av förhöret med J. B. och ett av denne avgivet utlåtande framgår, att en linjär regressionsanalys, baserad på uppgifter om andelar av den svenska marknaden för blöjor hämtade från Nielsen AB, visar, att marknadsandelen för SCA:s LIBERO-blöjor under andra halvåret 2011 (vecka 26 – vecka 51) genomsnittligt var 2,7 procent lägre jämfört med en period om ca två år dessförinnan (vecka 10 år 2009 – vecka 25 år 2011). I den meningen att SCA vidkändes en försäljningsminskning av detta slag har bolaget drabbats av en förmögenhetsskada.

Allmänt om orsaker

En förmögenhetsskada i form av bl.a. minskad försäljning kan av lätt insedda skäl typiskt sett vara ett resultat av många olika faktorer. En skada av detta slag kan t.ex. – såsom SCA gjort gällande i föreliggande mål – uppkomma till följd av att någon konkurrent använt sig av en otillbörlig marknadsföring. Men skadan kan också – såsom P&G invänt – uppkomma

genom att förhållandena på marknaden förändrats i en lojal konkurrens eller genom att företaget självt företagit misslyckade marknadsdispositioner.

Bevisbörda och beviskrav m.m.

En utgångspunkt i mål av detta slag är, att det ankommer på den skadelidande att visa att det föreligger ett orsakssamband mellan den påtalade marknadsföringen och skadan. De händelseförlopp som påverkar ett företags försäljning på marknaden är typiskt sett komplicerade och svåröverskådliga. Full bevisning om vad som orsakat en minskad försäljning hos ett företag kan därför i praktiken knappast läggas fram. För att den skadelidandes möjlighet till ersättning inte skall bli illusorisk bör fall av detta slag hänföras till dem där dennes bevisbörda lindras (jfr NJA 1977 s. 176 och s. 549, 1981 s. 622 och 1982 s. 421).

Vid bedömning av vilket beviskrav som bör tillämpas är det å ena sidan angeläget att kravet inte sätts så högt att skadelidanden i praktiken är förhindrad att få gottgörelse på grund av otillbörlig marknadsföring. Å andra sidan är det viktigt att kravet inte sätts så lågt att det öppnar för skadestånd även i fall där marknadsföring av detta slag inte har något samband med skadan, särskilt med hänsyn till den osäkerhet som det skulle medföra på marknaden. Vid en avvägning mellan dessa intressen bör beviskravet bestämmas så, att det skall framstå som klart mera sannolikt att skadan orsakats av en otillbörlig marknadsföring än av någon alternativ orsak som gjorts gällande.

I detta beviskrav ligger, att den skadelidandes påstående om orsaken till skadan skall jämföras med de alternativa orsaker som den påstådde skadevällaren gjort invändning om. En grundläggande förutsättning för skadestånd är därvid, att den skadelidandes påstående om orsaken till skadan i sig är sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet. Härutöver fordras, att skadelidandens påstående om orsaken till skadan är klart mera sannolikt än den sammanlagda sannolikheten för de alternativa orsaker som den påstådde skadevällaren gjort invändning om. (Angående bedömningen av sannolikheten i fall av detta slag, se Lars Welamson i SvJT 1989 s. 572 samt Ekelöf m.fl. Rättegång Fjärde häftet, 6 uppl. s. 103 f. och 7 uppl. s. 130.)

Genomslag av marknadsföring m.m.

För att en otillbörlig marknadsföring skall kunna orsaka en skada i form av försäljningsminskning för en konkurrent fordras givetvis att marknadsföringen får ett genomslag på marknaden. Att en marknadsföringskampanj penetrerar marknaden kan inte tas för givet, vare sig till fördel för den som står bakom kampanjen eller till nackdel för någon konkurrent. Det är t.ex. inte möjligt att dra någon bestämd slutsats i dessa hänseenden enbart med utgångspunkt i den tid en kampanj pågått eller de kostnader som den dragit. Än mindre kan förutsättas att användningen av en i och för sig felaktig uppgift har betydelse för ett genomslag.

Det är inte tillräckligt för att skadeståndsskyldighet skall föreligga att det s.k. transaktionstestet är uppfyllt, dvs. att det är sannolikt att marknadsföringen påverkat mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Inte heller är det tillräckligt att den påstådde skadegöraren genom marknadsföringen ökat sin egen försäljning. Det fordras i stället att det med hänsyn till omständigheterna är sannolikt att den otillbörliga marknadsföringen medfört att den aktuella målgruppen väljer konkurrentens produkt i stället för skadelidandens produkt. Härutöver fordras bl.a. att den otillbörliga marknadsföringen varit en nödvändig betingelse för skadan (Jfr Hellner o.a., Skadeståndsrätt, 8 uppl. s. 196 ff).

P&G:s marknadsföring

Genom tingsrättens dom är rättskraftigt avgjort att P&G:s påtalade marknadsföring av bolagets blöja PAMPERS ”Active Fit”, med användning av påståenden av innebörd att åtta av tio föräldrar rekommenderar PAMPERS, varit vilseledande och otillbörlig enligt 10 och 8 §§ MFL. Marknadsföringen pågick under tiden den 27 juli 2011 – den 15 december 2011 och förekom, förutom på bolagets webbplats, bl.a. i reklamfilmer i TV, i annonser i tidskrifter och i utomhusreklam. Kampanjen innefattade bl.a. bilder på en pappa som på golvet i ett sovrum kryper på alla fyra med sitt barn på ryggen, vilka bilder var försedda med påståenden av den ovan nämnda innebörden.

Av förhöret med M. G. framgår, att reklam har jämförelsevis stor betydelse på en s.k. mogen marknad för snabbrikliga konsumentprodukter, såsom på marknaden för blöjor, samt att P&G:s kampanj betraktad i dess helhet förmedlade ett starkt budskap till den

berörda målgruppen. Med hänsyn härtill och till att marknadsföringen pågick under en förhållandevis lång tid är det sannolikt att den hade betydelse för en ökning av P&G:s försäljning av blöjor. Vid dessa förhållanden är det också sannolikt att kampanjen påverkat SCA:s försäljning i negativ riktning, särskilt i betraktande av vad som framkommit om att den totala försäljningen av blöjor på den svenska marknaden vid en viss tid är tämligen konstant.

I det nyssnämnda förhållandet, att den totala försäljningen av blöjor på den svenska marknaden är tämligen konstant, ligger med andra ord att en ökning av försäljningen för ett företag normalt leder till en minskning av försäljningen för ett eller flera andra företag. I utredningen finns emellertid inte några egentliga hållpunkter för att en ökning av P&G:s försäljning skulle leda till en minskning av försäljningen för SCA, i dess i målet ostridiga egenkap av marknadsledande företag. Vid denna bedömning kan det inte anses föreligga en hög ursprungssannolikhet för att P&G:s kampanj orsakat SCA:s försäljningsminskning.

Alternativa orsaker

De alternativa orsaker som P&G anfört till stöd för sin invändning måste till sin beskaffenhet anses vara sådana att de kan orsaka en försäljningsminskning av det slag som SCA vidkänns. Av betydelse är bl.a. vad P&G gjort gällande om att bolaget sedan 2010 haft ett samarbete med Coop Sverige AB inom ramen för dess "Baby Club", att SCA under en period 2011 ändrade varumärkesidentitet med avseende på en av sina blöjor, att de olika företagens andelar på blöjmarknaden fluktuerar och att SCA:s marknadsandel minskade redan före den aktuella marknadsföringskampanjen.

Enligt uppgifter från Nielsen AB ökade Coop Sverige AB under tiden den 1 juli 2010 – den 30 september 2012 sin försäljning av blöjor med ca $(44,59 \div 65,00 \approx)$ 46 procent. Vidare framgår att P&G under tiden den 1 januari 2010 – 19 februari 2012 ökade sin försäljning hos Coop Sverige AB, från en andel om ca 20 procent till en andel om ca 45 procent. Det framgår också att SCA och andra företag under samma tid minskade sin försäljning hos Coop Sverige AB; SCA från en andel om ca 60 procent till en andel om ca 45 procent. Och det framgår tydligt att förändringarna i andelarna av denna försäljning började långt före P&G:s i målet aktuella kampanj.

Utredningen visar att Coop Sverige AB:s ökade försäljning förklaras av att bolaget under vissa förutsättningar erbjudit medlemmar i "Baby Club" en rabatt om 20 procent på vissa blöjor, bl.a. på P&G:s blöjor men inte på SCA:s blöjor. Förändringarna i P&G:s och SCA:s respektive andel av försäljningen hos Coop Sverige AB låter sig väl förklara av det förhållandet P&G:s blöjor, till skillnad från SCA:s blöjor, såldes med en tämligen stor rabatt. Att förändringarna i försäljningen hos Coop Sverige AB tog sin början långt innan P&G:s marknadsföring inleddes utgör en tydlig indikation på att det kan ha funnits andra orsaker till SCA:s försäljningsminskning andra halvåret 2011 än den påtalade kampanjen.

SCA har vitsordat att bolaget i maj 2011 lanserade en ny blöja under beteckningen LIBERO "Action" samt att det innebar att beteckningen "Comfort Fit" under en period fram till november 2011 "tonades ned" i vissa storlekar. Av utredningen framgår, så som tingsrätten konstaterat, att lanseringen innebar en förändring av SCA:s varumärkesidentitet avseende en av bolagets blöjprodukter. Medan LIBERO "Comfort Fit" försålts i en förpackning med bl.a. en närbild på ett barn, tillhandahölls "Libero Action" i en förpackning med en bild på ett barn som "klättrar i berg".

M. G. och H. U. har bekräftat att SCA:s och P&G:s varumärken LIBERO respektive PAMPERS är av grundläggande betydelse för att individualisera respektive företags blöjor på marknaden. Av förhöret med H. U. framgår vidare, att även företagens "dottervarumärkesidentitet", såsom SCA:s "Comfort Fit" och P&G:s "Active Fit", har betydelse för deras varumärkesidentitet. H. U. har beskrivit SCA:s lansering av "Action" som en repositionering som mera liknade en introduktion av ett nytt varumärke samt framhållit att det medförde att SCA i viss utsträckning fick "börja om" för att etablera märket på marknaden.

Som ovan konstaterats är den totala försäljningen på den svenska blöjmarknaden tämligen stabil. Av utredningen framgår emellertid, att det under åren 2009-2012 funnits bl.a. vissa säsongsbundna variationer i försäljningen. En sådan variation är att försäljningen dessa år varit lägre under juli respektive augusti än under juni och september. Vidare framgår, att det förekommit förhållandevis stora variationer i de olika företagens marknadsandelar från tid till annan. Under åren 2009-2011 (vecka 10 år 2010 – vecka 25 år 2011) skedde t.ex. en nedgång i SCA:s marknadsandelar vid inte mindre än åtta tillfällen, vilket bl.a. J. B. bekräftat i sitt utlåtande och sitt vittnesmål.

Särskilt anmärkningsvärt är, att den sista av de nyssnämnda nedgångarna i SCA:s marknadsandel för bolagets LIBERO-produkter inleddes redan under vecka 19 år 2011, dvs. under tiden den 9-13 maj, och således innan P&G i slutet av vecka 26 år 2011 började använda sina påståenden av innebörd att åtta av tio föräldrar rekommenderar Pampers. Vidare är det i sammanhanget märkligt, att P&G:s marknadsandel avseende den blöja som den påtalade marknadsföringen avsåg, PAMPERS ”Active Fit”, ökade under vart och ett av åren 2008, 2009 och 2010, men inte under 2011 då den i målet aktuella marknadsföringskampanjen genomfördes.

Till detta kommer att de uppgifter om marknadsandelar från Nielsen AB som SCA självt åberopat ger vid handen att SCA:s marknadsandel under tiden fr.o.m. vecka 10 år 2009 t.o.m. vecka 25 år 2011 förändrades inom ett intervall om 9,4 procentenheter, med en största andel om 61,5 procent i vecka 21 år 2011 och en minsta andel om 52,1 procent i vecka 22 år 2009. Och enligt ett diagram benämnt ”Volymandelar Blöjor SE”, som avser åren 1997 – 2012, som SCA åberopat såväl vid tingsrätten som i Marknadsdomstolen, har bolagets andel av blöjmarknaden minskat under tiden fr.o.m. andra halvåret 2009 t.o.m. första halvåret 2011.

Väl får det, som ovan anförts, anses vara sannolikt att P&G:s marknadsföring påverkat SCA:s försäljning i negativ riktning under andra halvåret 2011. Vad som framkommit om de alternativa orsakerna till försäljningsminskningen talar dock sammantaget starkt emot att kampanjen orsakat denna minskning. Vid en samlad bedömning av utredningen i målet har SCA, mot P&G:s bestridande, inte gjort klart mera sannolikt att P&G:s marknadsföring varit orsaken till SCA:s minskade försäljning andra halvåret 2011 än de alternativa orsaker som P&G gjort invändning om.

Överröstad i frågan om orsakssamband mellan P&G:s marknadsföring och SCA:s minskade försäljning av LIBERO-blöjor andra halvåret 2011, har jag att ta ställning till frågorna om sambandet varit adekvat och om P&G:s marknadsföring varit oaktsam samt till frågan om ersättning för försäljningsminskning under andra halvåret 2011 och för försäljningsminskning på lång sikt inbegripet skada på varumärket LIBERO och därmed till frågan om kostnader för motkampanjer.

Kausalitet m.m.

I frågorna om kausalitet finner jag lika med majoriteten att otillbörlig marknadsföring av det slag som P&G gjort sig skyldigt till typiskt sett kan orsaka skador i form av minskad försäljning för en konkurrent samt att sambandet mellan marknadsföring och skada därmed är adekvat. Vidare finner jag lika med tingsrätten (s. 40) att P&G:s handlande varit i vart fall oaktsamt.

Minskning av försäljning m.m.

När det gäller frågan om marknadsföringen orsakat en minskad försäljning på lång sikt kan inledningsvis konstateras att den utredning som J. B. gjort inte omfattar tiden efter andra halvåret 2011. Någon utredning som säkerställer en signifikant förändring av SCA:s försäljning av eller marknadsandelar för blöjor under varumärket LIBERO har inte åberopats. Utredningen består i denna del främst av uppgifter om försäljning och marknadsandelar från Nielsen AB. Dessa uppgifter kan emellertid inte läggas till grund för slutsatsen att SCA fått vidkännas en bestående minskning av sin försäljning. Snarare tyder uppgifterna på att SCA:s försäljning och marknadsandelar vänt upp under redan i början av 2012 och att bolaget därefter hävdade sin ställning.

Vad sedan gäller frågan om skada på varumärket LIBERO kan först konstateras, att det så som tingsrätten slagit fast (s. 38) inte är visat att P&G i sin marknadsföring pekade ut vare sig SCA eller dess varumärke LIBERO. Omständigheter som konstituerar en anknytning eller association till SCA eller dess varumärke LIBERO har således inte visats föreligga. Inte heller är visat att bilden av varumärket LIBERO som sådant påverkats på ett sätt som kan ha betydelse för målgruppens val av blöjor. Med den utgångspunkten för bedömningen, att P&G:s marknadsföring orsakat SCA en försäljningsminskning under andra halvåret 2011, har emellertid marknadsföringen påverkat varumärkets ekonomiska värde under denna tid.

Med denna utgångspunkt har det funnits skäl för SCA att vidta åtgärder för att hävda sin ställning på marknaden och säkerställa värdet hos varumärket LIBERO, t.ex. genom att företa egna marknadsföringsinsatser. Det är ostridigt mellan parterna att P&G under andra halvåret 2011 genomfört kundaktiviteter på ICA och Willys, låtit sända reklamfilmer i bl.a. TV 3 avseende LIBERO ”Up & Go” och skickat direktreklam till svenska hushåll. Mot

P&G:s bestridande har SCA inte styrkt att TV-reklamen avseende LIBERO ”Up & Go” – som enligt vad utredningen visar rörde en annan typ av blöja än den som P&G:s marknadsföring avsåg – varit föranledd av P&G:s marknadsföring eller sakligt motiverad för att motverka en försäljningsminskning. SCA:s kundaktiviteter på ICA och Willys måste dock liksom direktreklamen anses ha varit föranledd av P&G:s kampanj och relevanta som motåtgärder.

Ersättning för minskad försäljning m.m.

Utgångspunkten att P&G:s marknadsföring orsakat en försäljningsminskning för SCA under 2011 leder till frågan om ersättning för denna skada. Annat är inte visat än att omfattningen av den minskade försäljningen andra halvåret 2011 bör beräknas med utgångspunkt i den genomsnittliga minskning om 2,7 procent som Johan Bring omvittnat. Mot P&G:s bestridande har SCA inte visat att den totala marknaden för blöjor andra halvåret uppgick till mer än det av P&G vitsordade antalet om ca 570 milj. blöjor. Inte heller har SCA – som ej åberopat t.ex. av revisor bestyrkta uppgifter – mot P&G:s bestridande visat att bolagets täckningsbidrag uppgått till mer än det av P&G vitsordade beloppet om 0,10 kr per blöja. Vid denna bedömning skall till grund för beräkningen av SCA:s ersättning för minskad försäljning alltså läggas vad som framkommit om en genomsnittlig försäljningsminskning om 2,7 procent på en marknad om 570 milj. blöjor per år där bolaget skulle ha gjort en vinst om 0,10 kr på varje blöja.

Vidare leder utgångspunkten att P&G:s marknadsföring orsakat en försäljningsminskning på kort och lång sikt för SCA och därmed skada på bolagets varumärke LIBERO till frågan om ersättning för motåtgärder. Denna fråga skall i sin tur bedömas med utgångspunkt i att de motåtgärder som SCA företagit – kundaktiviteter på ICA och Willys, direktreklam samt TV-reklam – föranletts av och varit motiverade av P&G:s marknadsföring. P&G har bestritt att SCA har lagt ned de kostnader för motåtgärder som bolaget gjort gällande och P&G har inte vitsordat något belopp som skäligt i och för sig. Mot P&G:s bestridande har SCA – som åberopat förhör med sin egen controller, men ej åberopat t.ex. verifierat eller av revisor bestyrkta uppgifter – inte styrkt vilka kostnader som motåtgärderna dragit. Med hänsyn till att SCA i denna del inte kan anses ha lagt fram den utredning som skäligen kan åstadkommas finns inte förutsättningar att uppskatta ersättningen enligt 35 kap. 5 § rättegångsbalken

(jfr NJA 2005 s. 180). Vid denna bedömning kan SCA inte tillerkännas någon ersättning för de företagna motåtgärderna.

Rättegångskostnader

Överröstad i själva saken är jag ense med majoriteten i frågan om rättegångskostnader.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'L' with a long horizontal tail that loops back.