

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2001:22

2001-10-19

Dnr C 23/00 och

C 27/00

KÄRANDE

i båda målen

Red Bull Sweden AB, 556525-3662, Box 42504,

126 16 STOCKHOLM

Ombud: advokaten O.W., B. & M. Advokatbyrå KB,

Box 5719, 114 87 STOCKHOLM

SVARANDE

i mål C 23/00

Energi Trading i Skara Handelsbolag, 969662-4486,

Rådhusgatan 12, 532 30 SKARA

Ombud: advokaten A.S., Advokathuset B.K. AB,

Box 63, 541 22 SKÖVDE

i mål C 27/00

Energi Trading i Skara AB i konkurs, 556591-9718,

Rådhusgatan 12, 532 30 SKARA

SAKEN

marknadsföring av energidryck

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder Energi Trading i Skara Handelsbolag och Energi Trading i Skara AB i konkurs, det förstnämnda vid vite av etthundratusen (100 000) kr, att vid marknadsföring av energidrycken UR ABSO Bull

a) använda den i målen påtalade burkförpackningen eller väsentligen samma förpackningar som genom det helhetsintryck de ger lätt kan förväxlas med burkförpackningen för den av Red Bull Sweden AB marknadsförda energidrycken Red Bull,

b) ange att varumärket UR ABSO Bull är registrerat, om så inte är fallet.

2. Energi Trading i Skara Handelsbolag och Energi Trading i Skara AB i konkurs förplik-
tas att solidariskt ersätta Red Bull Sweden AB för dess rättegångskostnader i målen med ett-
hundrafemtontusenfyrahundrafemtio (115 450) kr, varav 115 000 kr utgör ombudsarvode.
På beloppet skall utgå ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdom-
stolens dom till dess betalning sker.

INLEDNING

Red Bull Sweden AB (Red Bull AB), tidigare Red Bull Nordic AB, marknadsför energi-
drycken Red Bull. Energi Trading i Skara Handelsbolag (handelsbolaget) och Energi Tra-
ding i Skara AB (aktiebolaget) (gemensamt benämnda Energi Trading-bolagen) har mark-
nadsfört energidrycken UR ABSO Bull. Red Bull AB har påtalat den burkförpackning som
Energi Trading-bolagen därvid använt.

YRKANDEN, M.M.

Red Bull AB har yrkat att Marknadsdomstolen förbjuder Energi Trading-bolagen vid vite att
vid marknadsföring av energidrycken UR ABSO Bull

- a) använda den förpackning vilken ingetts till domstolen eller liknande förpackningar som
genom det helhetsintryck de ger lätt kan förväxlas med förpackningen för den av Red Bull
AB marknadsförda energidrycken Red Bull,
- b) ange att varumärket UR ABSO Bull är registrerat.

Handelsbolaget har, som det får förstås, i första hand bestritt yrkandena eftersom bolaget är
fel part och i andra hand bestritt yrkande a eftersom det inte är fråga om vilseledande efter-
bildning och medgett yrkande b.

Aktiebolaget har medgett yrkandena.

Red Bull AB och handelsbolaget har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

Marknadsdomstolen har i två beslut den 17 oktober 2000 för tiden till dess slutliga avgöranden i målen föreligger eller Marknadsdomstolen förordnar annat, förbjudit handelsbolaget och aktiebolaget vardera vid vite av 200 000 kr att vid marknadsföring av energidrycken UR ABSO Bull använda den påtalade förpackningen eller liknande förpackningar som genom det helhetsintryck de ger lätt kan förväxlas med förpackningen för den av Red Bull AB marknadsförda energidrycken Red Bull och i övrigt lämnat yrkandet utan bifall. Vidare har Marknadsdomstolen den 27 oktober 2000 beslutat att målen skall handläggas gemensamt och att handläggningen fortsättningsvis skall ske i mål C 23/00.

Aktiebolaget har under målens handläggning försatts i konkurs och konkursförvaltaren har uppgett att konkursboet inte har för avsikt att inträda i rättegången.

PARTERNAS TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

Red Bull AB

Bolaget Red Bull AB importerar, distribuerar och marknadsför energidrycken Red Bull i Sverige. Red Bull marknadsförs i en förpackning som haft samma utseende sedan introduktionen. Förpackningen ger i sin helhet ett klart särpräglat intryck. Särskiljande är framförallt logotypen med två tjurar i anfallsställning mot en cirkelformad bakgrund. Tjurarna är röda och bakgrunden är guldgul. Därutöver är varumärket Red Bull skrivet med röda bokstäver och förpackningen har i övrigt en mörkblå färg i kombination med silverfärgade fält. Även texten ENERGY DRINK förekommer i rött under logotypen.

Energidrycken och den därmed förknippade förpackningen är väl känd på den svenska marknaden. Produkten Red Bull är marknadsledande med en marknadsandel om ca 70 procent och är kontinuerligt föremål för omfattande reklamkampanjer. Under år 1999 kostade marknadsföringen av Red Bull 12 miljoner kr och bolaget sålde ca 14 miljoner förpackningar av Red Bull i Sverige, vilket motsvarar en omsättning om ca 112 miljoner kr. I genomsnitt har således under år 1999 varje svensk köpt knappt två burkar Red Bull. Den senaste tillgängliga marknadsundersökningen utvisar att Red Bull är känd bland ca 75 procent av i princip hela Sveriges befolkning.

I början av år 2000 kom det till Red Bull AB:s kännedom att handelsbolaget marknadsförde en energidryck under varumärket UR ABSO Bull i en förpackning som lätt kan förväxlas med Red Bullförpackningen.

UR ABSO Bullförpackningen har exakt samma storlek och blå färg som förpackningen för Red Bull. Varumärket UR ABSO Bull är skrivet med likadan röd text av i stort sett samma typsnitt och storlek som varumärket Red Bull, särskilt vad gäller ordet bull. Därutöver förekommer en i princip identisk logotyp bestående av en röd tjur i anfallsställning på en gul cirkel på produktförpackningen. Även texten ENERGY DRINK återkommer i rött under logotypen. UR ABSO Bullförpackningen ger därför väsentligen samma bestående minnesbild hos konsument som Red Bullförpackningen, vilket innebär en betydande risk för förväxling av produkterna.

Det råder inget tvivel om att konsumenterna lätt kan förväxla förpackningen för UR ABSO Bull i tron att det är produkten Red Bull. Att detta också varit avsikten och att handelsbolaget använt förpackningen för Red Bull som förlaga för sin efterbildning visas dessutom genom de informationstexter som förekommer på förpackningarnas baksida. Informationstexten på förpackningen för UR ABSO Bull utgör ett direkt plagiat av informationstexten på förpackningen för Red Bull, såväl språkligt som layoutmässigt. Texten på förpackningen för UR ABSO Bull skulle inte ha kunnat utformats på ett sådant sätt utan den andra texten som förlaga, då både ordval och meningsbyggnad är exakt samma med undantag av två ord.

Det samlade intrycket av UR ABSO Bullförpackningen i jämförelse med Red Bullförpackningen leder således till slutsatsen att UR ABSO Bullförpackningen utformats med Red Bullförpackningen som direkt förebild. Avsikten med att efterbilda Red Bullförpackningen har uppenbarligen varit att underlätta introduktionen av UR ABSO Bull och öka försäljningen med utnyttjande av Red Bulls renommé och etablerade marknadsposition på så sätt att konsument av misstag skall välja UR ABSO Bull i tron att den köpta produkten är Red Bull.

Förväxlingsrisken skall dessutom bedömas med utgångspunkt från det sätt på vilket konsument köper dessa typer av produkter. Den övervägande delen av försäljningen sker i snabbköp tillsammans med konsumenters övriga inköp av dagligvaror. Med hänsyn till att förpackningarna ger samma bestående minnesbild hos konsument vad avser helhetsintrycket

av förpackningsutstyrelsen, och då köp av dylika produkter sker utan mer noggrant övervägande, är det än mer uppenbart att risk för förväxling mellan de aktuella produkterna föreligger.

Sammanfattningsvis kan sägas att Red Bullförpackningen har särprägel, är väl känd på den svenska marknaden och förknippas med produkten Red Bull. UR ABSO Bullförpackningen företer sådana likheter med Red Bullförpackningen, att den lätt kan förväxlas med Red Bullförpackningen, varför det föreligger risk att konsument vilseleds om UR ABSO Bulls kommersiella ursprung. Det görs således gällande att den påtalade marknadsföringen strider mot 8 § marknadsföringslagen (1995:450) (MFL).

Vidare används tecknet ® för registrerade varumärken på förpackningen för produkten UR ABSO Bull. Vid kontroll med Patent- och registreringsverket (PRV) har konstaterats att UR ABSO Bull inte är registrerat som varumärke. Konsumenterna vilseleds således att tro att varumärket UR ABSO Bull faktiskt är registrerat, trots att det inte förhåller sig så. Det görs i denna del gällande att den påtalade marknadsföringen strider mot 6 § MFL.

Handelsbolaget

Handelsbolaget har sedan mitten av november 1999 till Sverige importerat och här distribuerat och marknadsfört energidrycken UR ABSO Bull. UR ABSO Bull är en energidryck som sedan ett par år marknadsförs och säljs över hela världen. I Europa marknadsförs och säljs UR ABSO Bull i åtta olika länder. Bolagsman och ansvarig för verksamheten i handelsbolaget är U.O. Den 3 juli 2000 överlät handelsbolaget hela sin verksamhet till aktiebolaget, vilket bolag således fr.o.m. nämnda datum är ansvarig importör, distributör och marknadsförare av energidrycken UR ABSO Bull i Sverige. Ägare till samtliga aktier i aktiebolaget och styrelseledamot är O. Handelsbolaget är fr.o.m. den 1 juli 2000 inte innehavare av några rättigheter och bedriver inte någon verksamhet. Att handelsbolagets verksamhet, efter en försiktig uppstart under några månader i ett handelsbolag, i mitten av år 2000 skulle ombildas till ett aktiebolag har varit planerat sedan verksamhetens start.

I slutet av december 1999 kontaktades O. av någon anställd hos Red Bull AB som presenterade sig som J.. O. uppfattade J. som marknadsansvarig för Sverige. Denne J. uttryckte sitt gillande av produkten UR ABSO Bull och önskade lycka till med den fort-

satta lanseringen. Det egentliga ärendet var dock att diskutera den eventuella risk som förelåg att restauranger och barer skulle kunna tänkas använda/marknadsföra UR ABSO Bull som ingrediens i drinken "Vodka Red Bull". O. förklarade att han omgående skulle instruera sina representanter att informera kunderna om att så inte fick ske. Efter ytterligare något samtal i detta ärende strax efter årsskiftet skickade handelsbolaget den 16 februari 2000 ett brev till Red Bull AB med en skriftlig bekräftelse av vad de kommit överens om per telefon. Därmed uppfattade handelsbolaget att Red Bull AB inte ca 3-4 månader efter introduktionen av UR ABSO Bull i Sverige hade något att anföra mot marknadsföringen av produkten och varumärket. I och för sig var väl detta inte särskilt förvånande eftersom UR ABSO Bull ju marknadsförts i Europa och övriga världen under ca två år utan att Red Bull AB:s representanter i dessa länder, så vitt bekant är, reagerat negativt eller anmärkt på detta förhållande. I detta sammanhang skall nämnas att det är svårt att frigöra sig från misstanken att Red Bull AB:s nuvarande agerande gentemot bolagen och produkten UR ABSO Bull är rent konkurrensbetingat.

Gör man ett besök på Red Bull AB:s hemsida, www.redbull.com, finner man, från det som visas på denna sida, att det som innehavaren av varumärket uppenbarligen önskar framhäva som särskiljande är de blå och silverfärgade fält som pryder förpackningens framsida. Förpackningen är egentligen i sin helhet silverfärgad med två rektangulära blå fält på framsidan. På hemsidan är förpackningen utförd just med de helt framträdande blå- och silverfärgade fälten. Likaså framträder en flagga utförd på motsvarande sätt med blå- och silverfärgade fält. De två tjurarna i anfallsposition är mycket små och kan egentligen endast identifieras som tjurar vid ett noggrant studium av förpackningen. Den guldgula cirkelformade bakgrunden som tjurarna enligt beskrivningen skall framträda mot har en diameter om endast ca 13 mm. Mot denna minimala bakgrund framträder endast tjurarnas huvuden och nackar. Den text som förekommer på förpackningens framsida är utförd i en ljusröd/skär färgskala.

Såvitt har kunnat utredas har produkten Red Bull marknadsförts i Sverige under de senaste kanske 4-5 åren. Red Bull torde för närvarande vara marknadsledande i Sverige. Uppgiven procentandel om ca 70 procent av totalmarknaden kan inte vitsordas då kunskap härom saknas. Red Bull AB:s påstående om att varumärket Red Bull och den därmed förknippade förpackningen, efter den relativt korta tidsrymd som marknadsföringen ägt rum, skulle vara väl kända på den svenska marknaden i sin helhet kan inte vitsordas. Den marknadsundersökning

som Red Bull AB hänvisar till omfattar endast 1 000 personer utan angivande av hur många av dessa som ingår i den typiska målgruppen för energidrycker. Inte heller kan påståendet om att denna typ av produkter köps i snabbköp utan mer noggrant övervägande vitsordas. Möjligen är varumärket Red Bull välkänt inom ett par av målgrupperna för denna typ av drycker, dvs. i huvudsak ungdomar som sysslar med idrott och annan fysisk aktivitet samt ungdomar sysselsatta inom IT-området. Likaså torde varumärket Red Bull vara relativt välkänt inom restaurangbranschen i och med att det de senaste åren blivit allt mer populärt att blanda starksprit och olika former av energidrycker till drinkar. Kunderna i sistnämnda fall är inköpare hos restaurangerna.

Det bestrids att marknadsföringen och försäljningen av energidrycker under varumärket UR ABSO Bull sker i förpackning som är förväxlingsbar med Red Bulls förpackning och som därmed skulle kunna anses vilseledande på sätt som är otillbörligt enligt 8 § MFL.

Den förpackning om 250 ml som Red Bull marknadsförs i är en s.k. PLM-burk. Denna typ av burk används av uppskattningsvis 90-95 procent av övriga på marknaden förekommande energidrycker och kan därmed konstateras vara en väletablerad och accepterad standard för marknadsföring av dylika drycker. Själva burken får därmed anses vara funktionellt betingad och allmänt tillgänglig för envar producent av drycker.

Redan vid en flyktig blick kan en konsument konstatera att de två aktuella förpackningarna är påtagligt olika vad gäller utformningen av varumärkena. Även innehållet i de energidrycker på marknaden som innehåller koffein och taurin verkar vara i stort sett identiskt vad avser mängd och slag av vitaminer, energiinnehåll m.m. I likhet med Red Bull och uppskattningsvis ca 20-30 andra på marknaden förekommande energidrycker innehåller UR ABSO Bull, förutom vatten, socker, B-vitaminer av olika slag och aromämnen m.m., de aktiva huvudsubstanserna taurin och koffein, vilka substanser enligt uppgift skall verka uppiggande och öka prestationsförmågan vid fysisk ansträngning. Taurin är en aminosyra som första gången framställdes ur tjurgalla år 1824. Namnet på denna aminosyra härleds således från det grekiska ordet för tjur, taurus. Det engelska ordet för tjur är bull. Med ordet UR i det aktuella varumärket skall förstås den ursprungliga uroxen auerochse. Ordet ABSO är en förkortning av det tyska ordet absonderbar, således en absorberbar substans. Huruvida ordet bull i produktnamnet Red Bull skall härledas ur taurin på samma sätt som nyss beskrivits är inte känt, men sannolikt är det väl på det viset.

Förpackningen för UR ABSO Bull är i huvudsak guldfärgad med en violett framsida. Inuti en klargul cirkel med en diameter om drygt 50 mm framträder en ensam tjur vänd mot betraktaren. Tjuren är mörkröd med klart markerad svart svans. Ovanför denna tjur framträder texten UR ABSO Bull med ett särpräglad och helt annorlunda typsnitt än Red Bulls. Bokstäverna på UR ABSO Bullförpackningen är väsentligen mycket mindre än de på Red Bullförpackningen. Under tjuren i den gula cirkeln, flankerad av två kraftiga gula blixtar för att framhäva kraften hos tjuren/drycken, framträder texten ENERGY DRINK i väsentligt annorlunda typsnitt och väsentligt större bokstäver än hos Red Bull. Bokstäverna och den gula cirkeln på UR ABSO Bullförpackningen är dessutom kraftfullt markerade med en gul markering/skuggning. Längst ned på framsidan av burken framträder i klargult texten ”With Taurine. Revitalizes body” och under denna text www.energidrinks.com. Från tillverkaren av burkarna har följande färgkoder inhämtats.

Red Bull

Skär/Pink 13R5112 OV

Blå 15R7964

Guld 11R1638

Silver 17R5360

UR ABSO Bull

Röd 13R1746

Violett 14R5305

Gul 11R5122

Svart 10CL33097

Vad gäller färgsättningen hos varumärkena föreligger således ingen som helst samstämmighet, vilket heller aldrig varit avsikten att så skulle göra.

Vid introduktionen av energidrycken UR ABSO Bull i Sverige skulle den engelska informationstexten översättas till svenska och finska av importören. Förslag till sådan text upprättades av handelsbolaget och överlämnades till producenten. Att informationstexten fått en utformning som starkt påminner om texten på Red Bullförpackningen har varit en slump. Eftersom den finska textens utformning inte blev helt lyckad, har informationstexten på förpackningarna numera omarbetats för att få en annan utformning. Detta i syfte att minska de irritationsmoment som den tidigare utformningen av texten uppenbarligen orsakat Red Bull AB. Vid en kontroll av hur informationstexten utformats på övriga på marknaden förekommande energidrycker kan för övrigt konstateras att denna informationstext utformats på i huvudsak likartat sätt på samtliga burkar.

Sammantaget bestrids mycket bestämt att det skulle föreligga någon som helst risk för att konsumenter i Sverige lätt skulle kunna förväxla förpackningen för UR ABSO Bull med förpackningen för Red Bull. Den eventuella särprägel som Red Bullförpackningen kan sägas ha skulle bestå i att förpackningen är silverfärgad med två rektangulära blå fält på framsidan. Så framställs i vart fall förpackningen på producentens egen hemsida. Att förpackningen kan ge ett sådant särpräglat intryck kan till nöds vitsordas. Att, som Red Bull AB påstår, två tjurar i anfallsställning mot en cirkelformad bakgrund skulle vara särskiljande och ge förpackningen ett särpräglat intryck bestrids å det bestämdaste. Grunden härför är att man ju måste studera förpackningen tämligen ingående för att över huvud taget uppfatta de två diminutiva tjurarna. Vad en konsument däremot tämligen lätt kan uppfatta är varumärket Red Bull i skär text på blå och silverfärgad bakgrund. UR ABSO Bullförpackningen ger å sin sida ett helt annat särpräglat intryck. Denna förpackning är helt klargul med ett violett fält på framsidan. Mycket tydligt framträder en kraftfull röd tjur i en kraftig gul cirkel som täcker knappt hälften av produktens violetta framsida. På det violetta fältet framträder dessutom mycket tydligt texten UR ABSO Bull i rött med en kraftig markering/skuggning av gult. Även övrig text på förpackningens framsida framträder på ett helt annat sätt än den på förpackningen för Red Bull. Till saken hör även att den eventuella förväxlingsrisk som skulle kunna föreligga än mer minskar med hänsyn tagen till att energidrycker betingar ett väsentligt mycket högre pris i dagligvaruhandeln än andra drycker såsom Coca-Cola och liknande. En burk energidryck om 250 ml kan kosta ca 14-17 kr. En burk Coca-Cola, Fanta eller liknande om 330 ml kostar ca 7-10 kr. Således är energidrycker 2-4 gånger dyrare än motsvarande mängd annan läskedryck. Denna omständighet medför med automatik att köp av energidrycker sker med betydligt större noggrannhet och under betydligt mer noggrant övervägande än köp av andra läskedrycker.

Mot ovan angivna bakgrund kan det inte anses föreligga någon som helst risk för att en konsument av energidrycker skulle kunna förväxla de i målet aktuella förpackningarna. Att sådan förväxling skulle kunna ske har inte heller varit handelsbolagets avsikt.

I samband med introduktionen av energidrycken UR ABSO Bull i Sverige ingavs till PRV en varumärkesansökan. Producenten av burkarna har utan handelsbolagets vetskap synbarligen utgått ifrån att varumärket varit registrerat i Sverige och har därmed försett förpackningen med detta tecken. Eftersom det enligt uppgift från PRV kommer att ta ca 24 månader att handlägga varumärkesansökan, har det aktuella tecknet tagits bort från förpackningarna

som nu tillverkas och kommer inte att återkomma på förpackningen förrän varumärket registrerats.

Red Bull AB

Med anledning av uppgiften om att handelsbolagets verksamhet överlåtits till aktiebolaget per den 1 juli 2000 har talan även väckts mot aktiebolaget.

Det förhållandet att handelsbolagets verksamhet eventuellt överlåtits till aktiebolaget är irrelevant eftersom handelsbolaget står som avsändare av marknadsföring som under hösten 2000 bedrivits via Energi Trading-bolagens hemsida.

Det är inte riktigt att Red Bull AB genom passivitet eller på annat sätt skulle ha accepterat att UR ABSO Bull marknadsförs på sätt som sker. De initiala kontakterna som förekom med handelsbolaget avsåg det än mer angelägna förhållandet att, enligt uppgift som Red Bull AB erhöll av återförsäljare och detaljister, handelsbolaget marknadsförde UR ABSO Bull som en identisk kopia av Red Bull och uppgav att produkterna dessutom var tillverkade vid samma fabrik. Dessa uppgifter är oriktiga, vilket handelsbolaget väl kände till, och kontakten syftade till att få handelsbolaget att genast upphöra med att sprida de oriktiga uppgifterna. Så har troligen också skett.

Handelsbolaget hänvisar till Red Bull AB:s hemsida vad avser varumärkets utseende. Detta saknar relevans i målet. Det är de aktuella förpackningarnas utseende som är föremål för talan.

Energidrycker marknadsförs i ett flertal olika förpackningsstorlekar på den svenska marknaden. Det förekommer förpackningar som rymmer 500, 330 och 250 ml. Handelsbolagets uppgift att 90-95 procent av energidryckerna marknadsförs i samma förpackningsstorlek som den Red Bull marknadsförs i är felaktig. Det finns ingen etablerad standard på den svenska marknaden, annat än i det avseendet att Red Bull har en marknadsandel om 71,7 procent, vilket framgår av ingiven Nielsen-index, och använder en förpackning som rymmer 250 ml.

Ordet bull i det registrerade varumärket Red Bull kommer ursprungligen från taurus som i sin tur är härlett ur taurin. Om Energi Trading-bolagen har önskat och önskar använda sig av samma möjlighet att semantiskt härleda varumärket borde man ha benämnt sin produkt UR ABSO TAURUS i stället för att göra en översättning därav, särskilt eftersom den engelska översättningen bull redan används av Red Bull. Detta har man dock inte gjort och skälet härtill torde vara uppenbart. Bolagen har insett fördelen med ett varumärke och en förpackning som är förväxlande lik Red Bull och som av konsumenterna uppfattas ha samma ursprung.

Att ordet ABSO skulle vara en förkortning av det tyska ordet absonderbar är oriktigt. UR ABSO Bull marknadsförs under varumärket UR ABSOLUT Bull i andra länder. Detta kan inte vara okänt för Energi Trading-bolagen. Förmodligen på grund av påstötningar från innehavaren till rättigheterna av varumärket ABSOLUT används ett annat namn i Sverige. Uppenbarligen ville man göra en association till spritdrycker för att underlätta marknadsföringen gentemot restauranger och dylika kunder. Red Bull AB:s moderbolag och koncernbolag i Europa har noterat de förväxlingsbara förpackningar i vilka UR ABSOLUT Bull marknadsförs och har initierat liknande åtgärder som denna i en rad andra länder, bl.a. Tyskland, Frankrike, Liechtenstein och Storbritannien. Detta förhållande kan inte vara okänt för Energi Trading-bolagen. Red Bull AB ser allvarligt på denna renommésnyltning och avser att angripa liknande förpackningar var än de dyker upp.

Det något högre priset för energidrycker jämfört med vanliga läskedrycker saknar i detta avseende betydelse. Priset för energidrycker har inte en avgörande inverkan på huruvida produkterna köps under mer eller mindre noggrant övervägande. En del av försäljningen är dessutom impulsköp, med anledning av att konsumenten köper energidryck i syfte att tillföra energi i ett mer eller mindre uttröttat tillstånd. Enbart det faktum att det är energidrycker som avser att tillföra energi till utmattade konsumenter som av den anledningen saknar förmåga att göra exakta bedömningar är skäl i sig att anse att de köps under mindre noggrant övervägande.

Importören av en energidryck med namnet Bullfighter har den 22 september 2000 gentemot Red Bull AB åtagit sig att återkalla drycken från den svenska marknaden per den 5 oktober 2000.

Handelsbolaget

Redan i mars-april år 2000 inleddes, med anledning av att ytterligare intressent skulle ingå i ett nytt bolag, diskussioner om att handelsbolagets verksamhet skulle överlåtas till aktiebolaget. Den 1 juli 2000 överläts handelsbolagets verksamhet till aktiebolaget och handelsbolaget har således sedan detta datum inte bedrivit någon verksamhet. Fr.o.m. den 1 juli 2000 har aktiebolaget ensamt varit ansvarig importör, distributör och marknadsförare av energidrycken UR ABSO Bull i Sverige och resten av Skandinavien. Vid tidpunkten för talans väckande i Marknadsdomstolen bedrev handelsbolaget således ingen verksamhet. Handelsbolaget är dock alltjämt registrerat.

Det faktum att handelsbolaget kvarstått på hemsidan som importör är endast ett förbiseende. Ansvarigt företag för hemsidan har instruerats per överlåtelsedagen att ändringar på hemsidan skulle utföras i enlighet med nytt ägarförhållande. Detta har tydligen inte utförts och dessvärre inte uppmärksammats av Energi Trading-bolagen.

Producent av energidrycken UR ABSO Bull, SMART drinks ltd.BVI, är som namnet antyder, registrerat i Tortola, British Virgin Islands. Uppgifter om färgkoder och ursprunget till ordet ABSO har erhållits av A.K.S.. Denne person äger rätt att i allt som rör bolagets verksamhet företräda det gentemot kunder m.fl.

Red Bull AB har hänvisat till tre förpackningar på marknaden som inte marknadsförs i 250 ml PLM-burkar. Pripps Energy i flaska är, trots namnet, att betrakta som en sportdryck. I övrigt marknadsförs energidrycker i 250 ml PLM-burkar och i all hast har tio olika energidrycker hittats som marknadsförs i sådana burkar.

Ordet bull används enbart av den anledningen att burken sedan tre år marknadsförs i en rad Europeiska länder vilket gör att producenten vill utnyttja kopplingen från land till land och inte använda inhemska namn för ordet bull i varje enskilt land. Bull och tjur är dessutom djurnamn och det är svårt eller omöjligt för ett enskilt företag att söka patent på detta. Produkterna UR ABSO Bull och Red Bull innehåller taurin i motsats till många andra drycker som i stället innehåller guarana, ginseng eller andra liknande ämnen. På grund av detta har en tjur avbildats på UR ABSO Bullförpackningen.

Förpackningen för energidrycken Bullfighter, som tidigare funnits på marknaden, var snarlikt Red Bullförpackningen i färgsättningen och förpackningarna var definitivt förväxlingsbara.

ÅBEROPAD BEVISNING

På begäran av Red Bull AB har förhör hållits med styrelsesuppleanten i Red Bull AB J.R. och på begäran av handelsbolaget har förhör hållits med revisorn S.G. och redovisningskonsulten S.B. Red Bull AB och handelsbolaget har även åberopat viss skriftlig bevisning.

J.R. har uppgett bl.a. följande. Sedan januari 1999 ansvarar han för marknadsföringen av energidrycken Red Bull i Sverige. Marknadsföringsbudgeten för år 1999 var 35 miljoner kr och för år 2000 39 miljoner kr. År 1999 sålde Red Bull AB 14,8 miljoner burkar till ett värde av 115 miljoner kr och år 2000 såldes 20 miljoner burkar till ett värde av 160 miljoner kr. I år, liksom tidigare år, satsar Red Bull AB en hel del på marknadsföring av energidrycken. Drycken har marknadsförts bl.a. i TV, i radio och på biografen. Red Bull AB använder sig även av s.k. sampling. Sampling innebär att företrädare för företaget personligen söker upp konsumenter. Konsumenterna får smaka på drycken och erhåller dessutom en burk. Vidare informeras konsumenterna om energidrycken och dess användningsområden. Ca 4 miljoner människor har provat Red Bull och 1,6 miljoner personer dricker regelbundet energidrycken. Det är riktigt att han vid något tillfälle ringde till O. Han kommer emellertid inte ihåg när denna kontakt togs. På restauranger serveras bl.a. en drink som kallas Vodka Red Bull. Drinken innehåller vodka och energidrycken Red Bull. Anledningen till telefonsamtalet var att han av Red Bull AB:s återförsäljare blivit informerad om att drinken ibland kunde innehålla UR ABSO Bull. O. uppgav att han skulle tala med sina representanter för att undvika en förväxling av produkterna på restauranger. Vid telefonsamtalet talade de inte om förpackningarnas utformning.

S.G. har uppgett bl.a. följande. I mars 2000 kom han för första gången i kontakt med Energi Trading-bolagen. Han kontaktades av S.B. rörande en överföring av handelsbolagets tillgångar och skulder till aktiebolaget. Handelsbolaget sysslade med försäljning av energidrycker. Han fick i uppdrag att vara revisor i aktiebolaget och bl.a. intyga att handelsbolagets tillgångar flyttats över till aktiebolaget. Den 31 maj 2000 inventerade han och O. handelsbolagets lager. Han upprättade en balansräkning per detta datum. Den 28 juni 2000

granskade han handelsbolagets handlingar och därefter bokfördes tillgångarna i aktiebolaget per den 1 juli 2000. Det var handelsbolagets hela verksamhet som flyttades över till aktiebolaget. Efter övergången av handelsbolagets verksamhet till aktiebolaget har han inte granskat handelsbolagets verksamhet. Han varken är insatt i marknadsföringen eller vet huruvida handelsbolaget allttjämt är registrerat. Under perioden den 1 juli 2000 – den 16 november 2000 var aktiebolagets omsättning 1 059 000 kr.

S.B. har uppgett bl.a. följande. Han har sedan hösten 1999 haft hand om redovisning, fakturering och betalning i handelsbolaget. O. har varit hans kontaktman i bolaget. Handelsbolaget sålde energidrycker och försäljningen startade hösten 1999. I mars eller april 2000 uppkom frågan huruvida ett aktiebolag skulle överta handelsbolagets verksamhet. I anledning härav kontaktade han G. De hade tidigare samarbetat. Det blev en retroaktiv ombildning per den 1 juli 2000 och handelsbolagets hela verksamhet flyttades detta datum över till aktiebolaget. För att hinna bokföra de transaktioner som ägde rum i maj 2000 daterades överlåtelsehandlingen den 3 juli 2000. I handelsbolaget har inga poster bokförts efter den 1 juli 2000. Han vet inte något om marknadsföringen i handelsbolaget. G. berättade att han i slutet av maj 2000 genomförde en inventering av handelsbolagets lager. Han hade även hand om redovisningen, faktureringen och försäljningen i aktiebolaget. Aktiebolaget fortsatte med samma försäljning som handelsbolaget. Verksamheten i aktiebolaget bedrevs fram till november 2000 och i december 2000 upprättades bokslut för aktiebolaget. Aktiebolaget försattes troligen i april 2001 i konkurs. Handelsbolaget finns fortfarande kvar men det bedrivs ingen verksamhet i bolaget.

DOMSKÄL

Red Bull AB har till stöd för sin förbudstalan gjort gällande dels att UR ABSO Bullförpackningen utgör vilseledande efterbildning av Red Bullförpackningen, dels att det är vilseledande marknadsföring att på förpackningen för energidrycken UR ABSO Bull använda tecknet för registrerat varumärke, ®.

Aktiebolaget har medgett Red Bull AB:s talan. Marknadsdomstolen är vid sin prövning emellertid inte bunden av ett medgivande från den mot vilken en talan om förbud riktas, vilket följer av 50 § MFL (se vidare prop. 1994/95:123 s. 149).

Handelsbolaget har till en början invänt att ett förbud inte kan meddelas mot bolaget eftersom verksamheten i handelsbolaget upphört vid tidpunkten för talans väckande i Marknadsdomstolen.

Det är ostridigt i målet att såväl handelsbolaget som aktiebolaget har marknadsfört energidrycken UR ABSO Bull i Sverige och att handelsbolaget alltjämt är registrerat. Som framgår av motiven till MFL och av Marknadsdomstolens praxis (se bl.a. MD 1999:25 och 2001:12) finns inget hinder mot att förbud meddelas i fråga om ett påtalat förfarande även om förfarandet har upphört. Marknadsdomstolen har även meddelat förbud mot bolag trots att verksamheten upphört (se bl.a. MD 1982:9). Vad handelsbolaget anfört om att verksamheten upphört utgör därför inte hinder mot en prövning enligt MFL.

Domstolen har således att enligt MFL pröva det av Red Bull AB påtalade förfarandet i dess helhet.

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

I målet är ostridigt att energidrycken Red Bull har marknadsförts i Sverige i vart fall i 4-5 år och att handelsbolaget i slutet av år 1999 började marknadsföra energidrycken UR ABSO Bull i Sverige.

Av utredningen i målet framgår att energidrycker säljs under en rad olika varumärken, att många energidrycker försäljs i burkar och att merparten av dessa burkar är s.k. PLM-burkar som rymmer 250 ml. Det har således utbildat sig ett visst mönster beträffande förpackningarnas form och storlek. Formgivningen av Red Bullförpackningen i enlighet med detta gängse mönster är enligt Marknadsdomstolens mening i huvudsak funktionellt betingad. Inte heller burkens sammanställning av färglagda fält i blått och silver och baksidans utformning ger förpackningen särprägel. Vid bedömningen av frågan om Red Bullförpackningen kan anses ha särprägel har emellertid utformningen av burkförpackningens framsida väsentlig betydelse. Den framstår som mycket karaktäristisk genom, förutom själva namnet Red Bull i röda bokstäver i särskilt typsnitt, bildens komposition med två röda tjurar, avbil-

dade från sidan, i anfallsställning framför en guldfärgad cirkel. Trots att förpackningens färg och form företer likheter med andra förpackningar är sålunda framsidans utformning sådan att burkförpackningen sedd som helhet får anses ha särprägel.

Av utredningen i målet framgår att energidrycken Red Bull, som har marknadsförts i Sverige i flera år, har en mycket hög marknadsandel, att en stor del av de personer som ingått i den av Red Bull AB åberopade marknadsundersökningen förklarar sig ha kännedom om energidrycken Red Bull och att drycken har marknadsförts i en burkförpackning som varit densamma sedan introduktionen. Av lämnade uppgifter om försäljningen framgår att Red Bull åren 1999 och 2000 sålts i drygt 14 miljoner respektive 20 miljoner burkar och att bolaget lagt ner betydande belopp på marknadsföring av produkten. Det anförda ger enligt Marknadsdomstolens mening vid handen att Red Bullförpackningen är väl känd på marknaden.

Handelsbolaget har i fråga om risk för förväxling av UR ABSO Bullförpackningen med Red Bullförpackningen invänt att bl.a. förpackningarnas utseende, olika varumärke och prisskillnad mellan energidrycker och läskedrycker torde utesluta en förväxling.

Marknadsdomstolen har i tidigare avgöranden (se bl.a. MD 1996:1) uttalat att bedömningen av risken för att två förpackningar förväxlas måste grundas på en jämförelse av det helhetsintryck förpackningarna ger och att förväxlingsrisk föreligger om förpackningarna skapar i allt väsentligt samma minnesbild hos konsumenten. Vidare har domstolen uttalat i fråga om varor som ofta säljs i självbetjäningbutiker att det blir det helhetsintryck som förpackningens form, färg m.m. ger vid ett flyktigt påseende som avgör valet av vara och att det är av mindre betydelse om förpackningarna sedda samtidigt kan skiljas åt.

Vid en jämförelse mellan förpackningarnas framsidor uppvisar UR ABSO Bullförpackningen i flera avseenden likheter med Red Bullförpackningen. UR ABSO Bullförpackningens framsida består, förutom själva namnet UR ABSO Bull i rött, av en röd tjur framför en stor gul cirkel. Nedanför tjuren finns orden ENERGY DRINK i rött. Bokstäverna i orden Bull och ENERGY DRINK är utformade i ett typsnitt och i en färg som måste anses mycket likt typsnittet och färgen som använts på Red Bullförpackningen. Beträffande färgval och allmän uppbyggnad finner Marknadsdomstolen således att de båda framsidorna företer en likhet. Vidare förstärker den röda tjuren på UR ABSO Bullförpackningen och ordet Bull i varu-

märket liksom baksidans utformning ifråga om text och färgsättning på denna intrycket av gemensamt kommersiellt ursprung. Visserligen finns det, som handelsbolaget framhållit, vissa skillnader mellan förpackningarna bestående bl.a. av olika varumärke, Red Bullförpackningens fält i blått och silver och de gula blixterna på UR ABSO Bullförpackningen. Trots dessa skillnader finns så framträdande likheter mellan förpackningarna att de måste antas skapa väsentligen samma bestående minnesbild hos konsumenten. Härigenom föreligger enligt Marknadsdomstolens mening en risk för att UR ABSO Bullförpackningen kan förväxlas med Red Bullförpackningen.

Handelsbolaget har invänt bl.a. att prisskillnaden mellan energidrycker och läskedrycker är så stor att inköp av energidrycker sker med betydligt större noggrannhet vilket skulle utesluta eventuell förväxlingsrisk. Såväl energidrycker som läskedrycker är dagligvaror som säljs bl.a. i självbetjäningbutiker. Den prisskillnad som finns mellan dryckerna torde inte vara så stor att en förväxling skulle vara utesluten vid köp av energidrycker. Inte heller föranleder den omständigheten att energidryckerna marknadsförs under olika varumärke att förväxling skulle vara utesluten.

Mot bakgrund av det anförda finner Marknadsdomstolen att UR ABSO Bullförpackningen får anses utgöra en efterbildning av Red Bullförpackningen som är ägnad att vilseleda om förpackningens kommersiella ursprung. Red Bull AB:s förbudsyrkande i denna del skall därför, med visst förtydligande, bifallas. Förbud skall således meddelas att vid marknadsföring av energidrycken UR ABSO Bull använda den i målen påtalade burkförpackningen eller väsentligen samma förpackningar som genom det helhetsintryck de ger lätt kan förväxlas med burkförpackningen för den av Red Bull AB marknadsförda energidrycken Red Bull.

Red Bull AB har vidare yrkat att Marknadsdomstolen förbjuder Energi Trading-bolagen att ange att varumärket UR ABSO Bull är registrerat.

Handelsbolaget har uppgett bl.a. att UR ABSO Bullförpackningen av misstag försetts med tecknet för registrerat varumärke, att det aktuella tecknet tagits bort från de förpackningar som nu tillverkas och att tecknet inte kommer att återkomma på förpackningen förrän varumärket har registrerats.

I 6 § MFL föreskrivs att en näringsidkare vid marknadsföring inte får använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares näringsverksamhet.

Som framgår av vad som tidigare anmärkts utgör den omständigheten att ett förfarande upphört inte något hinder mot att dess otillbörlighet prövas. I målet är ostridigt att varumärket UR ABSO Bull inte är registrerat. Att i marknadsföring av energidrycken UR ABSO Bull ange att varumärket är registrerat, genom att använda tecknet för registrerat varumärke, ®, är således vilseledande och därmed otillbörligt enligt MFL. Yrkandet i denna del skall således, med visst förtydligande, bifallas. Förbud skall därför meddelas att vid marknadsföring av energidrycken UR ABSO Bull ange att varumärket UR ABSO Bull är registrerat, om så inte är fallet.

Vite

Enligt 19 § MFL skall ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehörligt. Aktiebolaget har numera försatts i konkurs. Med hänsyn härtill finner Marknadsdomstolen att förbudet för aktiebolaget inte bör förenas med vite.

Vad gäller handelsbolaget har Marknadsdomstolen vid bestämmande av vitesbeloppet beaktat att bolaget inte längre bedriver någon verksamhet.

Rättegångskostnader

Red Bull AB har yrkat att Energi Trading-bolagen skall åläggas ett solidariskt ansvar att ersätta Red Bull AB:s kostnader i målet. Red Bull AB har till stöd härför anfört att det råder ett mycket starkt samband mellan bolagen och att kostnaderna inte på ett meningsfullt sätt kan uppdelas och hänföras till endera av dem. För det fall att Marknadsdomstolen skulle finna att Energi Trading-bolagen inte skall förpliktas att solidariskt ersätta bolagets rättegångskostnader har Red Bull AB uppgett att två tredjedelar av yrkat belopp härför sig till talan mot handelsbolaget medan en tredjedel av beloppet avser talan mot aktiebolaget.

Handelsbolaget har bestritt att bolagen skall förpliktas solidariskt ansvar.

Vid den utgång som nyss redovisats har Red Bull AB rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Red Bull AB har yrkat ersättning med sammanlagt 227 950 kr, varav 227 500 kr avser ombudsarvode och 450 kr utlägg. Vad yrkad ersättning för arvode närmare avser framgår inte av ingiven kostnadsräkning. De inlagor som Red Bull AB upprättat och gett in i de båda målen, innan målen handlagts gemensamt, är i stort sett likalydande. Varken målens omfattning eller deras svårighetsgrad motiverar en särskilt hög ersättning, vilket inte heller har gjorts gällande. Red Bull AB får mot bakgrund av det anförda anses skäligen tillgodosett med ett belopp om 115 000 kr i arvode. I övrigt får yrkad ersättning anses skäligen. Utredningen och annat arbete torde avse Energi Trading-bolagen gemensamt och kostnaderna torde inte på ett meningsfullt sätt kunna uppdelas och hänföras till ett av dem eller fördelas på dem på det sätt som Red Bull AB i andra hand gjort gällande. Bolagen skall således förpliktas att solidariskt ersätta Red Bull AB för dess rättegångskostnader.

På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Brita Swan, Per Eklund, Jonas Häckner, Lars-Gunnar Mattsson och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Ann-Charlotte Bragsjö