

AVSKRIFT

MARKNADSDOMSTOLEN DOM 2001:6
2001-03-20 Dnr C 36/99

ÖVERKLAGAD DOM Stockholms tingsrätts, avd. 8, dom 1999-11-23 i mål
T 8-515-98, bilaga (ej bilagd här)

KLAGANDE AB Estrella, 556048-4551, Box 2101,
424 02 ANGERED
Ombud: advokaten P.S., Advokatfirman Delphi & Co,
Box 1432, 111 84 STOCKHOLM

MOTPART OLW Sverige AB, 556516-5254, Box 77,
682 22 FILIPSTAD
Ombud: advokaterna U.W. och P.N., N. Ad-
vokatbyrå AB, Box 7701,
103 95 STOCKHOLM

SAKEN marknadsföring av ostbågar

DOMSLUT

1 Med ändring av tingsrättens dom lämnar Marknadsdomstolen OLW Sverige AB:s yrkande om förbud för AB Estrella att fortsätta användningen av den påtalade förpackningsutstyrelsen eller därmed liknande förpackningar utan bifall samt befriar AB Estrella från skyldigheten att ersätta OLW Sverige AB för dess rättegångskostnader vid tingsrätten.

2 OLW Sverige AB förpliktas att ersätta AB Estrella för dess rättegångskostnader vid tingsrätten med tvåhundrafemtioåtusentrehundratrettiofyra (252 334) kr, varav 180 000 kr utgör ombudsarvode, och i Marknadsdomstolen med etthundraåtjugofyratusenettundra-

femtio (124 150) kr, varav 120 000 kr avser ombudsarvode. På beloppen skall utgå ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för tingsrättens respektive Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

YRKANDEN I MARKNADSDOMSTOLEN, M.M.

AB Estrella (Estrella) har yrkat att Marknadsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, 1 i första hand ogillar OLW Sverige AB:s (OLW) talan och i andra hand befriar Estrella från det med tingsrättens förbud förenade vitet och förenar förbudet med en övergångsperiod om åtta månader,

2 befriar Estrella från skyldigheten att ersätta OLW:s rättegångskostnader vid tingsrätten och förpliktar OLW att utge ersättning för Estrellas rättegångskostnader där.

OLW har bestritt Estrellas ändringsyrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

I målet har upplysts att OLW-SNACKS AB, 556032-2157, genom fusion har upplösts och uppgått i OLW Sverige AB, 556516-5254.

TALAN I MARKNADSDOMSTOLEN

Parterna har i allt väsentligt anfört samma grunder och åberopat samma omständigheter i Marknadsdomstolen som vid tingsrätten. Härutöver har parterna anfört bl.a. följande.

Estrella

Grunden för överklagandet vad avser vilseledande om kommersiellt ursprung är att inget av rekvisiten härför är uppfyllda. Vad OLW åberopat i fråga om renommésnyltning är inga självständiga omständigheter utan avser endast att Estrella genom att efterbilda OLW:s förpackningsutstyrsel har gjort sig skyldigt till renommésnyltning. Ålagt vite är obehövligt och något vite yrkades inte vid tingsrätten. En övergångstid om åtta månader är nödvändig.

Tillverkning av ostbågar startade under 1960-talet. De tillverkande företagens förpackningsutstyrselar har varierat över åren. Konsumenterna har lärt sig att skilja på produkterna, som säljs med omfattande reklam. Såväl Estrella som OLW är starka varumärken på den svenska marknaden. Dessa bolags förpackningsutstyrselar är traditionella med tydlig varumärkesangivelse. Tydliga signalfärger används för skilda produkttyper. För ostbågar är det gul färg. Produkten är avbildad. Produkterna presenteras i butik nästan genomgående i kartonger. Då de finns på hyllor används s.k. hylltalare. De olika varumärkena presenteras vart och ett för sig.

Den aktuella förpackningen introducerades av Estrella våren 1998. OLW:s nya förpackning kom några månader tidigare. Att ta fram en ny förpackning tar tid och Estrella hade under hösten 1997 inte någon vetskap om OLW:s planer på att lansera en ny förpackning. På Estrellas nya förpackning framhävs namnet Estrella, produkten har döpts om från cheese curls till ostbågar och tidigare använda stjärnor (Estrella är det spanska ordet för stjärna) har tagits bort. Estrella har härigenom avlägsnat sig från OLW:s förpackning.

Tingsrätten har angett att OLW:s förpackning ”sedan 1960-talet bestått av ett ovalt fönster som är något förskjutet till höger”. Detta konstaterande är oriktigt, vilket framgår av en i målet företedd sammanställning av bilder av förpackningar, benämnd Sortimentsutveckling, som beskriver OLW:s och Estrellas förpackningsutformningar sedan år 1990.

Vidare har tingsrätten antagit att det förhållandet att ”gula ostbågar har framträtt eller avbildats” har bidragit till att göra OLW:s förpackningsutstyrsel väl känd på marknaden. Att förpackningsinnehållet, genom avbildning eller synliggörande genom ett transparent fönster, tydliggörs för konsumenten är ett traditionellt utstyrsелеlement utan förmåga att göra en utstyrsel känd på marknaden i marknadsföringslagens (1995:450) (MFL) mening. Sålunda torde det inte förekomma en enda förpackning inom den aktuella varugruppen, snacks, chips, nötter m.m., som inte på motsvarande sätt innehåller en illustration av produkten i förpackningen.

Slutligen har tingsrätten i denna del felaktigt antagit att en hög marknadsandel för en viss produkt måste betyda att dess förpackning är känd på marknaden i MFL:s mening. Den omständigheten att produkten är känd på marknaden är inte nödvändigtvis detsamma som att förpackningen är känd. Någon utredning som styrker att den aktuella förpackningsut-

styrseln av konsumenterna uppfattas på något visst sätt har inte presenterats av OLW. I avsaknad därav och med hänsyn till övriga omständigheter saknas tillräckliga skäl för tingsrättens antagande.

Vad avser frågan om OLW-förpackningen kan anses ha särprägel i MFL:s mening kan av de av tingsrätten angivna komponenterna endast beteckningen "Cheez doodles" anses ha någon betydelse. Som nyss anförts är det synnerligen vanligt inom den aktuella varugruppen att förpackningsutstyrlar innehåller någon form av fönster. Den ovala formen på fönstret i OLW:s förpackningsutstyrsel ger i sig inte någon särskild karaktär åt denna. Därtill är den alltför vanlig. Inte heller kan en knappt märkbar sidoförskjutning av fönstret antas bidra till att göra förpackningsutstyrseln som helhet särpräglad. Detsamma gäller synnerligen vanliga färger som vitt och gult. Den gula färgen är dessutom dikterad av att produkten är gul och samtliga tillverkare vill framhålla den gula färgen för att därigenom förstärka "ostkänslan".

Det är oklart vad tingsrätten gjort för förväxlingsbedömning. De element i förpackningsutstyrlarna som härvid framhållits är inte ägnade att ge stöd åt tingsrättens slutsats. Förutom att vissa av de åberopade elementen saknar betydelse för bedömningen eller har getts för stor vikt vid bedömningen, har andra, särskiljande element förbisetts eller getts för liten vikt. Detta gäller särskilt för den framträdande varumärkesmärkningen och de tydligt särskiljbara produktnamnen. Vidare har tingsrätten förbisett en rad faktorer som med stor styrka talar mot slutsatsen att förväxlingsrisk skulle föreligga ens vid en relativ likhet mellan förpackningsutstyrlarna. Sådana faktorer är bl.a. vad för slags produkt det är fråga om, konsumenternas märkesmedvetenhet, konsumenternas kännedom om de ifrågavarande produkterna och hur dessa faktiskt presenteras i butik.

Tingsrättens uttalande om förpackningens format är förbryllande. Estrella frågar sig om bolaget måste finna en ny och i dessa sammanhang unik form för att undvika förväxlingsrisk.

Vidare ter sig tingsrättens uttalande om förpackningens färg förbryllande. Gult, rött och vitt är i sammanhanget mycket vanliga färger och framför allt färgerna gult och rött har genomgående förekommit på både OLW:s och Estrellas förpackningar sedan flera decennier. Den gula färgen är dikterad av produkten och kan inte vara förbehållen endast en

tillverkare. Rött är förmodligen den vanligaste signalfärgen i marknadsföringssammanhang och vitt ingår sedan årtionden i Estrellas logotype. Av Marknadsdomstolens praxis framgår att ensamrätt i marknadsföringssammanhang inte kan göras gällande beträffande färger. Även tingsrättens uttalande om avbildningen av ostbågar synes egendomligt. Det torde inte finnas en enda förpackning inom den aktuella varugruppen som inte innehåller en illustration av förpackningsinnehållet. Vid valet mellan att illustrera innehållet genom att låta den faktiska produkten synas genom ett transparent parti och att avbilda produkten, hade Estrella redan i sin senast föregående förpackningsutstyrsel valt att avbilda produkten, medan OLW då alltjämt valt att låta produkten synas genom ett transparent fönster. Vid introduktionen av de två aktuella förpackningarna, utgjorde således detta element ett nytt inslag i OLW:s förpackningsutstyrsel men inte i Estrellas. Det är OLW som i detta avseende närmat sig Estrella.

Förskjutningen åt höger av fönstret på förpackningarna är så obetydlig att den inte kan bidra till att de två förpackningsutstyrselarna kan förväxlas med varandra. Inte heller kan en vit inramning, för övrigt med tydliga skillnader, rimligtvis anses ha denna effekt.

Det kan i denna del noteras, liksom när det gäller frågan om huruvida OLW:s förpackningsutstyrsel är känd på marknaden, att utredning i form av marknadsundersökning eller liknande saknas.

Tingsrättens bedömningsnorm framstår som exceptionellt sträng och skulle om den tillämpades generellt inom den aktuella varugruppen, eller över huvud taget på s.k. snabbbröliga konsumentvaror, påkalla behov av att förändra en majoritet av alla förpackningsutstyrselar.

Visserligen torde det inte krävas något särskilt yrkande för att ett förbud skall kunna förenas med vite och visserligen är huvudregeln i 19 § MFL att ett förbud enligt 14 § samma lag skall förenas med vite. Undantag görs dock för de fall att vite av särskilda skäl är obehövligt och det torde framgå av Marknadsdomstolens praxis att, när vite inte yrkats, utsättande av vite kan underlåtas. Eftersom OLW inte yrkat vite, borde tingsrättens förbud inte ha förenats med vite.

Med hänsyn till alla de olika led - såsom designarbete, inkluderande såväl en kommersiell som en juridisk bedömning, eventuella materialanpassningar, tester, lansering och slutför-

säljning av produkter i den tidigare, dvs. nuvarande, förpackningen - som är förenade med en övergång från en förpackningsutstyrsel till en annan och de ledtider som är förknippade därmed, är det nödvändigt med en övergångsperiod om minst åtta månader.

OLW

Såväl OLW som Estrella har ett gott renommé. I målet är fråga om ostbågar som är OLW:s ”flaggskepp”. OLW gör inte gällande något skydd för varje detalj beträffande förpackningen men väl för helheten.

Estrella har ifrågasatt tingsrättens slutsats att OLW:s förpackning ”sedan 1960-talet bestått av ett ovalt fönster som är något förskjutet till höger” och härvid åberopat den vid tingsrätten presenterade sammanställningen Sortimentsutveckling. OLW menar att förskjutningen till höger inte framgår av avbildningarna. Att det på bilderna av vissa påsar inte helt framgår att fönstret är förskjutet något till höger har enbart med fotografiet av påsen i sig att göra. Det rör sig således inte om någon verklig egenskap hos förpackningen utan om en brist i återgivningen av densamma. Tingsrättens bedömning att OLW:s förpackning sedan 1960-talet bestått av ett ovalt fönster som är något förskjutet till höger är således riktig.

Förekomsten av gula ostbågar som framträtt i ett fönster eller avbildats får betydelse för förpackningens utseende vid en helhetsbedömning då OLW-förpackningen haft ett i princip oförändrat utseende sedan 1960-talet. Som sådan har den blivit inarbetad och väl känd på marknaden. Tingsrättens slutsats är således att det för förpackningens helhetsintryck inte har haft någon betydelse om ostbågarna har gått att se genom ett genomskinligt fönster eller om de har avbildats på ett verklighetstroget sätt. Det viktiga är att förpackningen har använts konsekvent på ett mycket likartat sätt och att den därigenom blivit inarbetad och väl känd på marknaden. På detta sätt har förekomsten av avbildningen eller framträdandet av ostbågar i ett fönster haft betydelse för kännedomen om förpackningsutstyrseln.

OLW ställer sig frågande till Estrellas påstående att OLW inte har presenterat någon utredning som styrker att förpackningen uppfattas av konsumenterna på ett visst sätt. Enligt en TEMO-undersökning, som utförts på OLW:s uppdrag år 1997, har ca 85 procent av de tillfrågade uppgett att de har sett förpackningsutstyrseln och känner igen den. Detta styrker att OLW:s förpackningsutstyrsel är känd i MFL:s mening. Att OLW dessutom har en

mycket hög marknadsandel, stadigt omkring 80 procent, vad gäller ostbågar kan knappast anses minska kännedomen om produkten.

De olika komponenterna i OLW:s förpackningsutstyrsel bildar en helhet som är särpräglad. Genom konsekvent användning under drygt 30 års tid har förpackningsutstyrseln dessutom blivit inarbetad och får, om inte annat så genom denna långa inarbetning, vid det här laget anses som särpräglad i MFL:s mening.

Avgörande för bedömningen av om två förpackningsutstyrselar lätt kan förväxlas i MFL:s mening är inte om vissa detaljer skiljer sig mellan förpackningsutstyrselarna eller om utstyrselarna kan skiljas åt när man jämför dem sida vid sida. Det avgörande är hur förpackningsutstyrselarna uppfattas som helhet och hur konsumenterna kommer ihåg dem.

Estrellas senaste förpackningsutstyrsel har närmat sig OLW:s och får numera anses lätt kunna förväxlas med denna. Estrella har i sina tidigare förpackningsutstyrselar haft färgerna rött, gult och vissa inslag av vitt men då på ett annat sätt. Sammansättningen av dessa färger på de äldre förpackningsutstyrselarna skiljer sig på ett markant sätt från Estrellas nuvarande förpackningsutstyrsel. Bl.a. har följande förändringar gjorts vilka på ett tydligt sätt skiljer sig från tidigare design; Estrella använder nu en vit ram, blåa inslag i designen vilket inte tidigare förekommit i bolagets design för ostbågar, ett fönster något förskjutet till höger, verklighetstrogen avbildning av ostbågar jämfört med tidigare förpackningar där ostbågarna flyger i luften samt texten ”bakade ostbågar med mild ostsmak” skrivet i svart mot tidigare i vit skrift. Förändringarna torde ha genomförts för att konsumenterna skall förväxla produkten med OLW:s kända och särpräglade produkt och för att otillbörligt kunna snylta på OLW:s goda renommé.

Estrellas påstår att företagets produktnamn skiljer sig åt men den generiska benämningen är densamma för de båda förpackningsutstyrselarna, nämligen ostbågar. OLW:s utstyrsel innehåller även det registrerade varumärket Cheez doodles. Produkten kan dock efterfrågas i butik som ostbågar, oavsett om man köper Estrellas eller OLW:s produkt. Det är oväsentligt för de i målet aktuella frågorna att utstyrselarna är försedda med olika varumärken, OLW respektive Estrella. Såsom framgår av Marknadsdomstolens praxis spelar förekomsten av olika varumärken på förpackningsutstyrseln mindre roll, eftersom det är avgö-

rande om förpackningarna skapar i det väsentliga samma bestående minnesbild, vilket de båda aktuella förpackningsutstyrlarna gör.

Ostbågar köps ofta i snabbköp. Presentationen av de olika produkterna i butik varierar betydligt. I vissa butiker finns produkterna uppstaplade efter kommersiellt ursprung. Det är emellertid inte ovanligt att produkter från olika företag ligger sammanblandade. Av naturliga skäl finns produkterna samlade på samma ställe i butiken och det är därför lätt att konsumenterna tar fel när två förpackningsutstyrlar är så lika. Det är dock inte alla butiker som säljer såväl OLW:s som Estrellas produkter. I många butiker har konsumenterna därför över huvud taget inte möjlighet att göra någon jämförelse, vilket ökar risken för sammanblandning. Konsumenterna kan ta Estrellas påse i tron att det är OLW:s produkt man köper.

Estrella har i andra hand yrkat att det meddelade förbudet inte skall förenas med vite samt att förbudet skall ges en övergångsperiod om åtta månader. Enligt 19 § MFL skall ett förbud enligt 14 § MFL förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Det krävs inte något särskilt yrkande om att förbud skall förenas med vite varför OLW inte har sett sig skyldigt att särskilt framställa yrkande härom vid tingsrätten.

OLW bestrider att skäl föreligger för Estrellas yrkande om åtta månaders slutanvändningsfrist. Estrella har haft god tid att förbereda sig för ett eventuellt byte av förpackningsdesign och ett sådant byte kommer således inte som någon överraskning för bolaget. Estrella har möjlighet att gå tillbaka till sin tidigare design, varvid bolaget slipper nytt designarbete, juridisk bedömning, materialanpassning, lansering m.m. Ett meddelande till distributörerna att omedelbart ta bort produkten ur deras sortiment kan inte ta lång tid och OLW bestrider att längre tid än de sex månader som har beviljats av tingsrätten får anses påkallad.

ÅBEROPAD BEVISNING

Estrella har som skriftlig bevisning åberopat

1 Estrella- respektive OLW-förpackningar,

2 TEMO-undersökning från år 1997,

3 utdrag ur undersökningen Svensk Varumärkesbarometer åren 1996, 1997 och 1998,

4 Estrellas sortimentsförteckning år 1998,

5 fotografier avseende butiksexponeringar och
6 fotokopior av förpackningsutstyrselar.

OLW har som skriftlig bevisning åberopat

- 1 Estrellas respektive OLW:s aktuella förpackning,
- 2 OLW:s varumärkesregistreringar,
- 3 fotografier på OLW-förpackningar från 1960-talet,
- 4 fotografi utvisande kartong med OLW-förpackningar och texten "Say Cheez!",
- 5 utdrag ur TEMO-undersökningar avseende OLW:s och Estrellas ostbågar m.m.,
- 6 fotokopior av Estrella-förpackningar,
- 7 sortimentsutveckling för OLW och Estrella åren 1990-1998 och
- 8 utlåtande av professorn Tom Hedquist.

På Estrellas begäran har förhör under sanningsförsäkran hållits med bolagets verkställande direktör S.G. Denne har uppgett bl.a. att Estrella inte haft för avsikt att försöka efterlikna OLW:s förpackningar, att OLW:s förpackningsutstyrsel var okänd för Estrella när bolagets utstyrsel togs fram och beslutades, att Estrella har ett eget renommé samt att det finns behov av en övergångstid om minst åtta månader.

DOMSKÄL

Estrella har till stöd för sitt i Marknadsdomstolen i första hand framställda yrkande att OLW:s talan skall ogillas anfört att OLW:s förpackning för ostbågar inte kan anses vara så känd på marknaden eller ha sådan särprägel att den lätt kan förväxlas med Estrellas motsvarande förpackning så att Estrella därigenom vilseleder konsumenterna om produktens kommersiella ursprung. Inte heller föreligger, enligt Estrella, grund för att anse att Estrella gjort sig skyldigt till renommésnyltning.

I målet har upplysts att tillverkning av ostbågar påbörjades under 1960-talet och att ostbågar sålts i förpackningar vilkas utstyrsel genomgått vissa förändringar över åren. De förändringar av OLW:s förpackningar som gjorts under 1990-talet har, som framgår av utredningen i målet, inte varit mera genomgripande än att förpackningsutstyrselarna kan sägas vara likartade. Genomgående har på förpackningarna bl.a. funnits benämningen Cheez doodles i rött med undertexten the cheezier snack mot gul färg och en i övrigt vit bakgrund

och bolagets namn, OLW, inramat av stjärnor i en röd medaljong överst på förpackningen. OLW:s förpackningsutstyrsel har sålunda använts under lång tid och har haft en utformning som inte genomgått några mera genomgripande förändringar. Den omständigheten sammantagen med OLW:s förhållandevis omfattande marknadsföring med exponering av förpackningen ger fog för att anse att OLW:s förpackning för ostbågar är känd på marknaden och förknippas med bolagets produkt. De olika komponenterna i OLW:s förpackningsutstyrsel bildar en helhet som ger förpackningen särprägel.

Vad avser risken för förväxling av OLW:s och Estrellas förpackningar kan till en början noteras att fråga är om två förpackningsutstyrselar som båda under förhållandevis lång tid har funnits på marknaden. Enligt OLW har Estrellas förpackningsutstyrsel, som började marknadsföras under våren 1998, närmat sig OLW:s och får numera anses lätt kunna förväxlas med denna. Av utredningen i målet framgår emellertid att Estrella på den nya förpackningen frångått benämningen Cheese Curls till förmån för Ostbågar och att ordmärket Estrella fått en betydligt större och mera markant utformning så att namnet Estrella blivit tydligare. Vidare framgår att den tidigare använda utstyrseln med stjärnor, som också förekommer på OLW-förpackningen, tagits bort varigenom ett för båda förpackningarna gemensamt element försvunnit. Vidare har avbildningarna av ostbågar på de båda förpackningarna getts en olikartad utformning. Visserligen har förpackningarna vissa grundläggande likheter i färgsättningarna. Färgerna gult, vitt och rött har dock av såväl OLW som Estrella använts under lång tid på förpackningar av det slag som nu är i fråga. Mot bakgrund av det anförda ger, enligt Marknadsdomstolens mening, Estrellas aktuella förpackningsutstyrsel inte ett sådant helhetsintryck att risk för förväxling med OLW:s förpackning uppkommer. Att ostbågar är varor som ofta säljs i självbetjäningbutiker, där konsumenterna snabbt och rutinmässigt plockar till sig varor från hyllorna i butiken, ändrar inte den gjorda bedömningen.

Sammanfattningsvis finner sålunda Marknadsdomstolen att Estrellas förpackningsutstyrsel inte utgör en efterbildning av OLW:s förpackning som är ägnad att vilseleda konsumenterna om produktens kommersiella ursprung. Inte heller kan Estrellas förpackningsutstyrsel anses ha anknytning till OLW:s förpackningsutstyrsel eller denna i förhållande till Estrellas förpackning anses vara bärare av ett sådant uppmärksamhetsvärde som förutsätts för att den av Estrella använda förpackningsutstyrseln skall vara att bedöma som renommésnyltning. Med hänsyn till det anförda skall Estrellas överklagande bifallas.

Vid den utgång som målet har fått i Marknadsdomstolen är Estrella att anse som vinnande part. Estrella är därför berättigad att, med befrielse från skyldigheten att ersätta OLW för dess kostnader vid tingsrätten, erhålla ersättning för sina rättegångskostnader vid tingsrätten och i Marknadsdomstolen. Estrella har vid tingsrätten yrkat ersättning med 315 588 kr, varav 180 000 kr utgör ombudsarvode och 135 588 kr utlägg. I yrkad ersättning för utlägg ingår bl.a. ersättning för kostnader för färgtryck med 7 299 kr och för två rättsutlåtanden med tillhoppa 126 509 kr. OLW har bestritt yrkandet avseende kostnaderna för färgtryck samt har beträffande kostnaderna för rättsutlåtandena vitsordat endast halva beloppet som i och för sig skälig ersättning. Marknadsdomstolen anser kostnaderna för färgtryck vara motiverade. Vad gäller kostnaderna för de två rättsutlåtandena, i vilka behandlas i allt väsentligt samma frågor, får Estrella anses skäligen tillgodosett med det av OLW vitsordade beloppet 63 255 kr. Den i övrigt vid tingsrätten yrkade ersättningen får anses skälig. I Marknadsdomstolen har Estrella yrkat ersättning med 124 150 kr, varav 120 000 kr utgör ombudsarvode. Den yrkade ersättningen får anses skälig.

På Marknadsdomstolens vägnar

Staffan Laurén

Ledamöter: Staffan Laurén, Brita Swan, Per Erik Lindeberg, Carin Holmquist, Anders Stenlund och Barbro Wickman-Parak. Enhälligt

Sekreterare: Paul Katai

Rätt avskrivet intygar

Monica Stenderup