

KÄRANDE

Swedish Match North Europe AB,
118 85 STOCKHOLM

Ombud: advokaterna Håkan Borgenhäll och
Elsa Arbrandt, RydinCarlsten Advokatbyrå AB,
Box 1766, 111 87 STOCKHOLM

SVARANDE

1. Gallaher Snus Aktiebolag,
Box 1412, 111 84 STOCKHOLM

2. Gallaher Sweden AB, Box 1412,
111 84 STOCKHOLM

Ombud: advokaten Krister Azelius och jur. kand.
Marcus Palm, Advokatfirman Vinge KB, Box 1064,
251 10 HELSINGBORG

SAKEN

marknadsföring av snus

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder Gallaher Snus Aktiebolag och Gallaher Sweden AB, vardera vid vite av fyrahundratusen (400 000) kr att vid marknadsföring av snus använda de dosor som framgår av domsbilaga 1 eller väsentligen samma dosor vilka till helhetsintrycket stämmer överens med Swedish Matchs motsvarande förpackningar, domsbilaga 2. Förbudet träder i kraft den 15 oktober 2005.
2. Marknadsdomstolen lämnar Swedish Matchs talan i övrigt utan bifall (yrkandet såvitt avser marknadsföring av snus med beteckningarna "1:a Kvalité" och "original").

3. Marknadsdomstolen lämnar Gallaher Snus Aktiebolags och Gallaher Sweden AB:s avvisningsyrkande utan bifall.
4. Gallaher Snus Aktiebolag och Gallaher Sweden AB förpliktas att solidariskt ersätta Swedish Match AB dess rättegångskostnader med tvåmiljonertvåhundraettusenfyrahundra-fyrtioett (2 201 441) kr varav 1 506 617 kr utgör ombudsarvode. På beloppet skall utgå ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

YRKANDEN M.M.

Swedish Match North Europe AB (Swedish Match) har yrkat att Marknadsdomstolen vid vite, som förslagsvis bör bestämmas till 800 000 kr, förbjuder svarandena att i näringsverksamhet marknadsföra snus med var och en av de förpackningar som framgår av domsbilaga 1 eller med förpackningar som har väsentligen likartat utseende. Vidare yrkas vid vite, förslagsvis 400 000 kr, förbud för svarandena att i näringsverksamhet marknadsföra snus med beteckningarna ”1:a kvalité” eller ”original” eller andra väsentligen likartade beteckningar.

Gallaher Snus Aktiebolag och Gallaher Sweden AB (tillsammans Gustavus och Gallaher) har bestritt talan och därvid yrkat att Marknadsdomstolen avvisar Swedish Matchs förbudsyrkande såvitt avser bisatsen ”eller med förpackningar som har väsentligen likartat utseende”. För det fall Marknadsdomstolen bifaller talan helt eller delvis, yrkas att Marknadsdomstolen förordnar att förbudet skall träda i kraft först efter en övergångstid om sex månader från det dom meddelas i målet

Swedish Match har bestritt Gustavus och Gallahers yrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för sina respektive rättegångskostnader.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

Swedish Match

Swedish Matchs särpräglade förpackningar för snusprodukterna General, Ettan, Grovsnus och Probe Whiskey, (*domsbilaga 2*), har genom inarbetning blivit kända och mycket starkt förknippade med Swedish Match. Förpackningsutstyrlarna åtnjuter även ett högt renommé. De snusförpackningar som Gustavus och Gallaher marknadsför och säljer är otillåtna efterbildningar av Swedish Matchs förpackningar. Gustavus och Gallahers snusförpackningar är så lika Swedish Matchs förpackningar att de vilseleder genom att de lätt kan förväxlas med originalen och deras ursprung (8 § marknadsföringslagen (1995:450), MFL).

Genom marknadsföringen av Gustavus och Gallahers förpackningar utnyttjar Gustavus och Gallaher även, utan tillstånd, det renommé och det uppmärksamhetsvärde som är förknippat med Swedish Matchs förpackningar vilket är till skada för Swedish Match. Det är således även fråga om otillbörlig renommésnyltning (4 § MFL).

Ettan är ett registrerat och inarbetat ordvarumärke för Swedish Match. Gustavus och Gallahers användning av kännetecknet ”1:a Kvalité” är vilseledande enligt 6 § MFL, dels på grund av att det förknippas med Swedish Matchs ordvarumärke Ettan, dels på grund av att det inte föreligger någon bevisning till stöd för att snuset är av högsta kvalitet.

Gustavus och Gallahers användning av beteckningen ”original” är vilseledande eftersom svarandenas snus inte är det ursprungliga. Även här åberopas 6 § MFL.

Omständigheter m.m.

Swedish Match härstammar från dels Svenska Tändsticks AB, dels Svenska Tobaks AB, det tidigare Svenska Tobaksbolaget, som grundades år 1915. Sedan 1960-talet är tobaksmonopolet upphävt. Under cirka 40 års tid har Swedish Match verkat på en konkurrensutsatt marknad.

Ursprungligen tillverkade Swedish Match tobaksprodukter avseende alla nischområden. Sedan cigarettverksamheten avyttrades till Austria Tabak år 1999 är Swedish Match numera verksamt inom områdena snus, cigarrer, piptobak och tuggtobak, med huvudsaklig betoning på de rökfria alternativen. Austria Tabak kom senare att köpas upp av den engelska tobaks-

koncernen Gallaher Group, som är världens femte största tobaksbolag. Gallaher äger sedan år 2002 även Gustavus.

År 2002 förbrukades totalt 6 750 ton snus i Sverige, vilket motsvarar 187 miljoner dosor. Uppskattningsvis använder 23 procent av den manliga befolkningen och 3 procent av den kvinnliga befolkningen snus. Totalt uppgår antalet snusare i Sverige till en miljon.

Produktprofilering inom snusmarknaden är av stor betydelse. Av den anledningen har Swedish Match under decennier medvetet och systematiskt satsat på att skapa och inarbeta vissa produktprofiler. Swedish Match har lagt ned stor vikt vid att behålla produkternas utseendemässiga rötter. Endast smärre justeringar har gjorts i samband med modernisering av produktutstyrlarna.

Swedish Matchs snusportfölj består av tio snusmärken med olika profil. Det finns totalt 25 olika produktvarianter. Samtliga förpackningar, med undantag för Catch Drive och de tre varianterna av miniportioner, har samma storlek och proportioner. Förpackningen har haft samma storlek och proportioner sedan år 1967. Förpackningen är cylindrisk med en diameter på 70 mm och en höjd på 24 mm.

Swedish Matchs kollektion av snusprodukter bygger på ett genomtänkt och sammanhållet koncept. Bärande element är förutom formen på dosorna deras färg, smak och därtill koplade ordvarumärken. Inom ramen för detta koncepttänkande finns de fyra originalprodukter som är aktuella i målet. Det är Swedish Matchs tre mest framgångsrika produkter, General, Ettan och Grovsnus, samt en fjärde unikt profilerad produkt vid namn Probe Whiskey. Sammansättningen av de visuella elementen ger ett helhetsintryck av varje produkt som enligt undersökningar som Swedish Match har gjort visar sig vara synnerligen väl inarbetat bland snus användare.

General är Swedish Matchs ledande svenska snusmärke och har funnits i över 100 år. General är marknadsledaren och står för 40 procent av Swedish Matchs totala snusförsäljning. General är ett grovmalet snus med citrussmak. Det är ett klassiskt snus som står för premium, vilket även understryks av kopplingen till den högsta militära rangen general. Förpackningen inger auktoritet genom färgkoderna svart, vitt och guld som har hämtats från generalsuniformen. Dessa färger signalerar också det exklusivt klassiska. För Swedish Match fyller General rollen som talesman för hela snuskategorin, vilket betonas av att alla Swedish

Matches kylar är färgsatta i Generals färger och bär Generals ordvarumärke. Färgschemat har varit detsamma sedan år 1967. Bakgrundsfärgen på etiketten och locket är svart. Ordmärket General är skrivet i guld med kursiv och figurativ text. På etiketten finns också ett guldfärgat emblem i form av en sköld med ett G ovanför två korslagda lagerkvistar. Samma emblem återfinns i relief på locket. Ean-koden är precis som på Swedish Matches övriga snusprodukter placerad till höger om ordvarumärket. Banderollen, själva etiketten, är numera också ett registrerat figurvarumärke som innehas av Swedish Match.

Ettan, L:s "Etta" eller "nummer 1" har sitt ursprung i ett tobaksspinneri som startades år 1697 i Stockholm och som övertogs av J. F. L. år 1822. L:s blev det dominerande märket i Sverige. Det är det näst populäraste snuset i Swedish Matches snussortiment och utgör 19 procent av den totala försäljningen. J. F. L. lät registrera sin snusetikett så snart som varumärkeslagen infördes. Etiketten liknar starkt det emblem som fortfarande finns på Ettanförpackningen. Det är det näst äldsta varumärket som är i bruk i Sverige. Snuset döptes om till Ettan vid tobaksmonopolets införande år 1915. Även Ettan är ett registrerat ordvarumärke. L:s snus No 1. förknippas fortfarande av omsättningskretsen med Ettan och Swedish Match. Det recept som används har varit oförändrat i 180 år. Snuset innehåller inget annat än tobak, salt och vatten, vilket ger en ren smak. Ettan står för kärnvärden så som äkta, naturlig och svensk tradition, vilket också förpackningen signalerar genom sin gula färg på lock och etikett, ett gammaldags emblem med lejon på locket och gammaldags tryckstil på ordvarumärket Ettan. Etiketten innehåller även en bild på L:s varumärke. Sedan år 1967 har Ettan marknadsförts och sålts i den gula dosan med svarta textelement. Den heltäckande etiketten är ockragul med svaga längsgående ränder i guld och locket är guldfärgat. Ordvarumärket Ettan är skrivet i versaler med gammaldags tryckstil inom en inramning med rundade ändstycken. Till vänster om Ettan-märket finns en skylt för L:s snus No 1. Ean-koden har samma placering som på övriga Swedish Matches dosor. Ettan-etiketten är även ett registrerat varumärke för Swedish Match.

Grovsnus introducerades år 1915. Ända sedan introduktionen har snuset marknadsförts under ordvarumärket Grovsnus. Såväl ordvarumärket Grov som den nuvarande etiketten är registrerade varumärken som Swedish Match innehar. Vid profileringen har Swedish Match hållit fast vid rötterna och valt element som signalerar ett robust och handfast snus utan några större krusiduller. Färgsättningen utnyttjar jordnära färger som brunt, svart och brons som för tankarna till jakt och annat utomhusliv. Även designen är ren med få detaljelement och med ett rakt och enkelt typsnitt på ordvarumärket. Grovsnus förpackningsetikett har hi-

storiskt sett alltid varit brun och haft samma dominerande element genom alla utformningar. Plastlocket är bronsfärgat. Själva ordvarumärket är skrivet med ett modernt typsnitt. Ordet Grov är skrivet med svart och ordet snus i bronsfärg. Ean-märket har samma placering som på övriga Swedish Matches dosor. Grovsnus utgör 18 procent av Swedish Matches försäljning och är därmed lika stort som Ettan.

Probe Whiskey lanserades år 1994. Som ett nischmärke är det ett viktigt märke i Swedish Matches produktportfölj. Probe Whiskey är ett exklusivt snus för finsmakare. Det är tänkt att användas främst vid festliga tillfällen men även till vardags. Snuset är mycket smakrikt och smaksatt med bourbon, vilket ger en tydlig whiskysmak, och som i sig signalerar en exklusivare smak hos användaren och för associationer till en vivör och finsmakare. Smaken har också en viss rökighet som associerar till en god cigarr efter maten. Exklusiviteten förstärks av färgkoderna på förpackningen, det gyllene locket och guldelementen på etiketten och den vinröda bakgrundsfärgen som ger en känsla av skinn och exklusiv clubmiljö som också förstärks av att namnet Probe var en amerikansk avelshingst. Även komplementfärgerna, som förutom guld är svart och vitt, bidrar till att förstärka känslan av premium och exklusivitet. Bakgrundsfärgen på etiketten är sedan lanseringen vinröd. Etiketten är även här ett registrerat varumärke som Swedish Match innehar. Locket är guldfärgat. Ordvarumärket Probe exponeras i guldfärg mot svart bakgrund i en guldfärgad inramning. Bredvid texten, som är skriven i versaler, finns ett hästhuvud. På båda sidor om Probe står det med stora versaler Whiskey med vit text. Ovanför texten Whiskey står det ”smaksatt med” med betydligt mindre typsnitt. Även här har Ean-märkningen samma placering som på övriga Swedish Matches dosor. Även om Probe Whiskey är den av Swedish Matches aktuella snussorter som har lägst marknadsandel har bolaget sålt drygt 12 miljoner dosor av Probe Whiskey under de senaste tio åren. Under det senaste året har Probe Whiskey omsatt 50 miljoner kr.

När det gäller Swedish Matches förpackningsutstyrselar har bolaget låtit genomföra sammanlagt sju undersökningar avseende inarbetning och fem förväxlingsundersökningar och i samband med dessa lika många renommé- och renommésnyltningsundersökningar. Av inarbetningsundersökningen, neutral dosa, framgår att cylindriska dosor med vissa mått som kommer från Swedish Match är mycket väl kända. Sammanfattningsvis kan konstateras att det genomgående föreligger höga kännedomssiffror och höga inarbetningssiffror avseende General, Ettan, Grovsnus och Probe Whiskey. Inarbetningsundersökningarna ger ett mycket stabilt underlag för slutsatsen att Swedish Matches förpackningar, oavsett lössnus eller por-

tionsförpackningssnus, redan genom bara formen och färgen är väl kända inom omsättningskretsen och även särpräglade.

Gustavus och Gallaher marknadsför fyra snusmärken under varumärket Gustavus. De fyra aktuella varumärkena är Original, 1:a Kvalité, Grovt och Whiskey. Samtliga förpackningar har samma storlek och proportioner som Swedish Matches. Gustavus samtliga produkter säljs i totalt 4 600 butiker över hela landet. Snusen marknadsförs genom bl.a. Gustavus egna kylar och stora hyllmärken, genom broschyrer till återförsäljarna samt via Internet.

Vilseledande efterbildning (8 § MFL)

Samtliga ordvarumärken, General, Ettan, Grov och Probe Whiskey, är registrerade varumärken som innehas av Swedish Match. De är särpräglade kännetecken för bolaget. Ordmärkena är också genom en omfattande och långvarig användning väl kända och inarbetade kännetecken. Samtliga aktuella etiketter är registrerade varumärken, vilket också i sig indikerar särskiljningsförmåga och särprägel. Det nuvarande utseendet eller väsentligen likartat utseende på Swedish Match produkter har använts konsekvent under en lång följd av år. Produkterna har sålts i betydande omfattning. Enbart under år 2003 såldes drygt 76 miljoner dosor av General. Totalt sålde Swedish Match under samma år 193 miljoner snusdosor. De fyra aktuella produkterna i målet står för drygt 77 procent av omsättningen. Swedish Match hade en omsättning avseende snus på 2 miljarder kr år 2003. I konsumentledet motsvarar det 3,6 miljarder kronor.

Bolagets marknadsföring består huvudsakligen av produkterna själva samt marknadsföringsmaterial på försäljningsställena. Dessutom marknadsförs produkterna gentemot återförsäljarna genom olika utskick och informationsblad. Marknadsföringsmaterialet har använts i butiker, som står för 85 procent av den totala snusförsäljningen. Dosornas betydelse för marknadsföringen är mycket stor eftersom dosorna är den främsta bäraren av Swedish Matches varumärkeskapital. Det faktum att produkterna har varit föremål för en aktiv marknadsbearbetning och betydande butiksexponering medför att förpackningarna får anses väl kända på marknaden och väl inarbetade kännetecken för Swedish Match. Detta bekräftas dessutom av den stora marknadsandel som Swedish Match har på området, över 90 procent, samt resultatet av utförda inarbetningsundersökningar.

Gustavus snusprodukter säljs i likadana dosor. De har samma form och proportioner som Swedish Matchs dosor. Plastlocken har fått en likartad prägling och har en klar markering av lockets sarg och med återgivande av emblem eller produktnamn på präglingen. Därutöver tillhandahåller både Swedish Match och Gustavus sina portionssnusdosor med s.k. kombilock, dvs. extra utrymme att förvara begagnat snus i. Generellt gäller att Gustavus har kopierat alla iögonfallande moment i Swedish Matchs snusprodukter och därutöver lagt till vissa detaljer som avviker men som inte påverkar helhetsintrycket.

Gustavus förpackning Original är en efterbildning av Swedish Matchs förpackning för snuset General. Liksom General är den svart och har ett svart lock i plast. På den svarta etiketten står ordvarumärket Original skrivet i silver. General är skrivet i guld. Till vänster om ordvarumärket finns en guldfärgad symbol i form av en vinge eller ett segel. På Generalförpackningen finns motsvarande guldfärgade symbol i form av en sköld. Även Gustavus förpackning har en prägling på locket med en symbol i mitten och text i halvcirkel. På Generals lock finns en motsvarande text över symbolen i mitten. Själva ordet Original väcker vissa associationer till ordvarumärket General med sina tre stavelser och det gemensamma avslutet "al".

Sedan hösten 2003 är förpackningen för 1:a Kvalité en efterbildning av Swedish Matchs Ettanförpackning. Gustavusförpackningen har en liknande ockragul färg som Ettan. Ordvarumärket 1:a Kvalité är skrivet med brun färg. Även 1:a Kvalité har ettpräglat lock med en markerad sarg. I likhet med Ettans lock finns det en symbol med text i en halvcirkel över och därunder. Förväxlingsrisken förstärks genom att 1:a Kvalité säljs med ett namn som ger ett vilseledande intryck av en ägarmässig eller annan kommersiell samhörighet med originalet Ettan. Det dominerande elementet i Gustavus och Gallahers märke är siffran 1 eller första som har en konceptuell överensstämmelse med Swedish Matchs varumärke Ettan. Swedish Match har använt det registrerade varumärket Ettan sedan år 1915. Kännetecknet L:s snus nr 1 har använts sedan början av 1800-talet. Tidvis har Ettan varit det största snusmärket i Sverige. Kännetecknet Ettan och L:s snus nr 1 är således väl inarbetade som kännetecken för Swedish Match.

Gustavus förpackning för Grovt fick en ny färg under hösten 2003 och marknadsförs numera i en brun förpackning. Namnet Grovt är liksom texten Grov på Swedish Matchs förpackning skriven med svart text. Ordet Grovt är i princip identiskt med Swedish Matchs registrerade ordvarumärke Grov. På förpackningen förekommer en guldfärgad symbol i form av segel el-

ler vinge. Det matchar de bronselement som finns på Grovsnus-etiketten i form av ordet snus och viktangivelse. Även Grovt har ettpräglat lock med en markerad sarg. På locket står texten Gustavus i mitten med stor text omgivet av ord med mindre typsnitt i en cirkel runt om. På Grovsnus lock står texten Grovsnus med stor text i mitten också omgivet av ord med mindre typsnitt i en cirkel runt om.

Gustavus Whiskey, som också fick ny förpackningsdesign hösten 2003, marknadsförs numera i en vinröd förpackning. På Gustavusförpackningen är ordvarumärket Whiskey skrivet i silverfärg som ger samma intryck som den vita färg som ordet Whiskey är skrivet med på Probe Whiskey. Whiskey-förpackningen har en guldfärgad symbol i form av en vinge eller ett segel som matchar de gyllene elementen hos Probe Whiskey så som ordvarumärket Probe och ramen kring det ordet. På Gustavus förpackning finns detprägling på locket med en symbol i mitten och text i en halvcirkel över. På Probe Whiskey snus finns text över symbolen på locket.

Det vanligaste är att ett försäljningsställe inte bara marknadsför ett Gustavusmärke utan flera. Då finns det anledning att beakta den totala effekten av samtliga Gustavus förpackningar och att de liknar de motsvarande Swedish Matchprodukterna som också alltid marknadsförs tillsammans. Risken för förväxling förstärks då det inte är fråga om att efterlikna en enstaka förpackning utan flera förpackningar. Gustavus har alltså även kopierat sättet att sätta samman en produktportfölj där Gustavus har valt att inkludera produkter motsvarande Swedish Matches tre storsäljare, General, Ettan och Grovsnus men också Probe Whiskey. Gustavus marknadsför inte någon annan snusprodukt än de här påtalade produkterna som samtliga ansluter till Swedish Match. Den systematik som Swedish Match valt för att profilera sina produkter har närgånget efterbildats och otillbörligt utnyttjats av Gustavus och Gallaher. För var och en av de i målet påtalade förpackningarna har Gustavus och Gallaher utnyttjat de av Swedish Match inarbetade produktprofilerna. Man har anslutit till bl.a. grundfärgerna, do-sans cylindriska form, storlek, innehållsvikt, lock med markerad sarg, mönster i relief, ordvarumärke och smakkaraktärer.

Smakerna på Gustavus snus har samma karaktär som motsvarande snus från Swedish Match. Till detta kommer de valda ordmärkena för respektive Gustavus produkt som ansluter till Swedish Matches ordvarumärken. Man har också utvecklat en kvalitetsstandard som benämns Swedish Quality och som idémässigt ansluter till Swedish Matches kvalitetsstandard Gothiatek. Snuset marknadsförs som ett lågprisalternativ.

Samtliga fyra Gustavus snusprodukter har lanserats på två mässor i april 2001. Man började sälja märket Original i augusti 2001 och i april 2002 fyllde man på med övriga tre aktuella produkter. Under hösten 2003 har en förändring av Gustavus förpackningsdesign ägt rum. Tre produkter berördes av förändringen, 1:a Kvalité, Grovt och Whiskey. Man använder samma eller liknande bakgrundsfärger och i flera fall även det färgspråk på text och andra element som Swedish Match använder. Man har samma placering av EAN-koden. Allt detta bidrar till att ge ett helhetsintryck som starkt liknar Swedish Matches förpackningar.

Swedish Match har låtit genomföra marknadsundersökningar på Gustavus förpackningar för att undersöka förväxlingsrisken. Resultatet av förväxlingsundersökningarna visar att det föreligger en hög risk för förväxling. Man kan dra den slutsatsen att de utseendemässiga elementen är avgörande för konsumenternas val av ersättningsprodukt.

Snus är föremål för rutinmässiga inköp. En genomsnittsanvändare förbrukar ungefär 3,5 snusdosor i veckan. Det är fråga om produkter som köps i livsmedelsbutiker, snabbköp, jouraffärer, tobaksaffärer, bensinstationer och kiosker. Typiskt sett exponeras snusdosor i kylskåp med glasdörrar där konsumenten antingen själv tar fram varan eller ber en försäljare ta fram varan. I de flesta fall är Swedish Matches och Gustavus snus placerade i samma kyl. Genom glasdörrarna ser köparna dosorna. I självbetjäningssituationen står snuskylen ofta placerad invid kassetten och i annat fall precis bakom disken. Inköpen görs då inte bara rutinmässigt utan snuset plockas även upp snabbt och i nära anslutning till betalning av varan. Förpackningarna är placerade på högkant, dvs. med etiketten upp mot konsumenten. Även Gustavus har placerat sina snusburkar på högkant med etiketterna uppåt i sina egna kylar. Redan innan konsumenten öppnar dörren har konsumenten kunnat registrera och identifiera den aktuella snusdosan. I det här förloppet har färgerna och de övriga elementen på etiketten en avgörande betydelse. Men även formen har betydelse för konsumentens intryck. Samma mekanism gör sig gällande när expediten skall välja snus åt kunden.

Vilseledande påståenden - "original" och "1:a Kvalité" (6 § MFL)

Ordet "original" tolkas av konsumenten som att produkten jämfört med övriga produkter på marknaden är ursprunglig, den första i sitt slag. Gustavus Original skall smakmässigt motsvara Swedish Matches snus General. Generalblandningen kommer från AJ Boman & Co och tillverkades redan år 1866. Tillverkningen övertogs i och med tobaksmonopolets införande

av Swedish Match. Beteckningen Generalsnus återfinns i den första prislistan som gavs ut av Tobaksmonopolet år 1915 och har tillverkats av Swedish Match sedan dess. Gustavus snus lanserades först år 2001. Original kan inte heller sägas vara den ursprungliga Gustavusprodukten.

1:a Kvalité innebär ett påstående om produktens egenskaper. Orden har fått en framträdande placering på förpackningens etikett och ger intrycket av att produkten i något avseende är förstklassig eller av bästa kvalitet. Swedish Match bestrider att detta påstående är korrekt. Gustavus och Gallaher har bevisbördan för att deras snus är bäst och av högsta kvalitet samt att de är ensamma om det.

Renommésnyltning

Swedish Match har genom stora investeringar och målmedveten marknadsföring under många år skapat en positiv föreställning hos konsumenterna om sina snus produkter, som också blivit mycket välkända och uppskattade. Utseendet hos Swedish Matchs snusförpackningar har blivit så känt på marknaden att förpackningarna förknippas med Swedish Match. Genom att marknadsföra liknande förpackningar utnyttjas det uppmärksamhetsvärde som är knutet till Swedish Matchs förpackningar. Omsättningskretsen associerar till Swedish Match och därmed flyttas de positiva associationerna som förknippas med Swedish Match över till Gustavus och Gallaher som på det här sättet gratis får del av det renommé som Swedish Match har byggt upp. Detta är till skada för Swedish Match.

Av undersökningar framgår att Swedish Matchs varumärken General, Ettan och Grovsnus har ett högt till mycket högt renommé. Undersökningarna visar att Gustavus genom att använda sig av liknande förpackningselement som Swedish Match avseende färg, form och proportioner på dosan utnyttjar sig av de positiva associationerna som är förknippade med Swedish Matchs förpackningar.

Det är tydligt att Gustavus och Gallaher genom att sälja och marknadsföra snusförpackningar med väsentligen likartat utseende som Swedish Matchs systematiskt anknyter till och snyltar på det kommersiella anseende och den dragningskraft som Swedish Match har i Sverige och som bolaget har byggt upp genom mångåriga ansträngningar och stora investeringar. Härigenom försöker Gustavus och Gallaher lyfta sin image och anseendet hos sina snusprodukter som de säljer till ett lägre pris än Swedish Matchs motsvarande produkter. Gusta-

vus och Gallahers otillbörliga användande av de påtalade förpackningarna innebär därför dels att Gustavus och Gallaher åker snålskjuts på Swedish Matchs marknadsinvesteringar med en risk för betydande skada avseende Swedish Matchs goodwill, inbegripet en urvattningsskada, dels att konsumenternas marknadsöverblick försvåras.

Gustavus och Gallaher

Gustavus och Gallaher bestrider att Gustavus snusförpackningar är otillåtna efterbildningar av Swedish Matchs snusförpackningar för lössnus. Vidare bestrids att det föreligger risk för vilseledande och förväxling mellan Gustavus snusförpackningar och Swedish Matchs förpackningar och deras ursprung.

Gustavus och Gallaher bestrider att de genom marknadsföringen av Gustavus snusförpackningar utnyttjar det renommé och det uppmärksamhetsvärde som må vara förknippat med Swedish Matchs förpackningar. Det bestrids att det finns ett sådant uppmärksamhetsvärde.

Ej heller användandet av kännetecknet ”1:a Kvalité” är vilseledande. Kännetecknet förknippas inte med varumärket Ettan. Inte heller ger det uttryck för att snuset är av högsta kvalitet i generella ordalag.

Gustavus och Gallaher bestrider att användandet av kännetecknet ”Original” är vilseledande. Kännetecknet ger inte uttryck för att produkten är ursprunglig på det sätt som Swedish Match påstår, dvs. ett generellt produktursprung. Det Gustavus och Gallaher menar är att det är Gustavus första produkt.

För det fall MFL skall tillämpas på det sätt som Swedish Match hävdar, gör Gustavus och Gallaher gällande att en sådan tillämpning av MFL står i strid mot artikel 82 i EU-fördraget varför MFL likväl inte får tillämpas på sådant sätt. Den angivna artikeln har direkt effekt i Sverige och har företräde framför nationell rätt.

En ansökan om stämning skall innehålla ett bestämt yrkande. Eftersom Gustavus och Gallaher inte har någon möjlighet att avgöra vad som närmare skall förstås med ”eller med förpackningar som har väsentligen likartat utseende” är yrkandet i den delen inte bestämt.

Gustavus och Gallaher bör medges en skälig övergångstid för att kunna efterleva ett eventuellt förbuds föreläggande enligt MFL eftersom det inte är möjligt att omedelbart i samband med att dom meddelas ställa om produktionen av aktuella produkter.

Swedish Match har verkat som monopolist under tobaksmonopolet. Det upphörde år 1967 men Swedish Matchs ställning är även därefter att betrakta som en faktisk monopolställning. Swedish Match har alltså 96 procent av snusmarknaden (lös- och portionssnus). Gustavus har 2,5 procents marknadsandel. F. och L. har 1 procents marknadsandel. Rocker har 0,1 procent av marknaden. Övriga ligger på ungefär 0,1 procent.

Gustavus verksamhet startades av L. B. år 1999. Han utvecklade själv de snusrecept som kom att lanseras som Gustavus Original, Gustavus 1:a Kvalité, Gustavus Grovt och Gustavus Whiskey. Det är fel att använda beteckningen Original, 1:a Kvalité, Grovt eller Whiskey ensamt utan ordet Gustavus. Gustavus är ett registrerat varumärke. Ytterligare produkter har utvecklats och fler produkter är på väg ut på marknaden.

Vid mässan Elmia Food Mart den 13-15 mars 2001 i Jönköping exponerades de fyra produkterna för första gången. Gustavus Original var då en färdigutvecklad produkt som kunde provsmakas. När det gäller Gustavus 1:a Kvalité, Gustavus Grovt och Gustavus Whiskey visades dessa emballeringsmässigt. Slutinnehållet var inte färdigt och det gick inte att provsmaka dem. Gustavus Original var i sin svarta dosa. Gustavus 1:a Kvalité hade en blå dosa. Gustavus Grovt hade en brun dosa och Gustavus Whiskey en svart dosa. På en senare mässa år 2001 i Stockholm visades produkterna på samma sätt som i Jönköping. Swedish Match var representerat vid de båda mässorna. I oktober 2001 introducerades Gustavus Original lössnusversion och var därmed tillgänglig för inköp. Våren 2002 kom Gustavus Original portionssnus ut på marknaden. I april 2002 lanserades lössnussorterna Gustavus 1:a Kvalité, Gustavus Grovt samt Gustavus Whiskey. Kort tid därefter kom sistnämnda tre produkter också ut som portionssnus. Sommaren 2002 köpte det engelska tobaksbolaget Gallaher Limited, som är en av världens fem största tobakskoncerner, Gustavus. Köpet innebar dels att Gustavusbolaget stod inför en möjlighet att få mycket starkt ekonomiskt stöd för lansering av sina snusprodukter, dels att Gustavusbolaget fick en organisation som var oerhört erfaren och rutinerad när det gäller varumärkesprofilering och produktprofilering.

Gustavus lanserade sina snusprodukter i Gallaherkoncernen som uppstickare och utmanaren mot monopolisten. Man investerade betydande belopp för att vinna marknadsandelar i förhållande till Swedish Match och dess monopol.

Inom ramen för en produktutvecklingsplan gjordes i oktober 2003 en förändring beträffande produkterna Gustavus 1:a Kvalité, Gustavus Grovt och Gustavus Whiskey. Då gjordes den färgändring som läggs Gustavus och Gallaher till last i målet. Den gjordes inte för att snylta eller vinna fördelar i förhållande till Swedish Match utan bl.a. för att anpassa produkterna till marknaden, dvs. till konsumenterna.

Gustavus och Gallaher har investerat betydande belopp och gjort betydande ansträngningar för att hitta en egen identitet på sina produkter. Första steget var färgförändringen. Den ledde inte till någon uppgång i försäljningssiffrorna utan i stället till en nedgång i försäljningen av de tre produkter, Gustavus 1:a Kvalité, Gustavus Grovt och Gustavus Whiskey, vars färger ändrades. Fram till början av år 2004 fanns samtliga Gustavus smaker som lössnus. På grund av vikande försäljningssiffror togs emellertid Gustavus Whiskey och Gustavus Grovt bort från marknaden under januari respektive februari 2003. Gustavus Original och Gustavus 1:a Kvalité finns alltså som lössnus. I april 2004 verkställdes andra delen av produktprofileringen. Försäljningen av nya dosor påbörjades i april 2004. Man hade då ökat storleken på varumärket Gustavus på respektive produkts näringskännetecken och på motsvarande sätt minskat den andra delen i näringskännetecknet.

Vilseledande kännetecken – ”1:a Kvalité”

Det finns ingen förväxlings- eller snyltningsrisk förknippad med Gustavus 1:a Kvalité. Ettan och L:s snus är inte skyddade genom inarbetning. Varken benämningen Ettan eller L:s snus No 1 är, i förhållande till Gustavus 1:a Kvalité, lika. De ser inte lika ut och de låter inte lika.

Vilseledande påståenden – ”original” och ”1:a Kvalité”

Gustavus Original är Gustavus första produkt. Näringskännetecknet Original utgör en del av kännetecknet Gustavus Original. Ordet original marknadsförs aldrig ensamt. Det är vanligt med varumärkesregistreringar med användande av ordet original när det används som en del

av kännetecknet. Ordet original är vedertaget i branschen och används av flera andra snus-säljare.

Näringskännetecknet 1:a Kvalité utgör en del av kännetecknet Gustavus 1:a Kvalité. 1:a Kvalité och varianter på kvalitetsbestämmandet är historiskt förekommande i branschen. Det är en kvalitetsbestämning som har att göra med den rena tobakssmaken i produkten. Det är en produkt av hög eller högsta kvalitet.

Vilseledande efterbildning (8 § MFL)

Den form som Swedish Match och Gustavus har på sina burkar skiljer sig åt. Diameter och höjd är inte exakt desamma, även om ögat inte fångar det i inköpssituationen. Icke desto mindre så är det en grundform som tillhör det allmänna formförrådet. Grundformen saknar utseendemässiga särdrag och kan inte skyddas eller ges någon ensamrätt. I dag finns det flera olika snustillverkare som säljer snus i runda dosor med i stort sett samma storlek och proportioner.

Användandet av vissa färger ger inte och kan inte ge särprägel. Av en produktkarta utgiven av Swedish Match framgår att det inte finns någon ledig färg. Swedish Match täcker hela färgskalan. Möjligen kan man använda en vit produkt.

År 1967 kom runda dosor i papp med plåtlock från USA till Sverige och påföljande år såldes allt svenskt snus i nya dosor. Redan det förhållandet att en förpackningsform omedelbart resulterade i att hela produktutbudet säljs i en sådan förpackning visar hur oerhört tungt vägande de funktionella aspekterna var. Den runda dosan är alltså vanligt förekommande och den helt dominerande.

En rund dosa rullar fram till skillnad från en icke rund dosa. Det finns funktionalitet i att dosor kan rulla fram i en kyl. Snuset blir mer koncentrerat i en rund dosa och fyllningen blir mer homogen. Ovala dosor, till skillnad från runda, ger inte stöd för fingrarna när dosan börjar bli tom. I en fyrkantig dosa skulle snuset fastna i hörnen, särskilt när den börjar bli tom. Raka sidor medför en ökad hållfasthet med ökad möjlighet att stapla stora tunga volymer som följd. En rund dosa behöver inte orienteras. Hur en sådan än sätts i produktionsanläggningen så har den samma förhållande till sina kanter i och med att den är rund. Det innebär att när man fyller den, sätter på locket och etiketterar den så har det ingen betydelse om den

kommer på den ena eller andra sidan. Det är de första momenten, användardelen, som gjorde att dosan slog igenom fullt ut när den kom till Sverige år 1967.

Gustavus Original har ett segel medan General har en symbol med ett G ovanför två korslagda lagerkvistar. Ordmärkena Gustavus Original och General är framställda med olika typsnitt. Det finns inte heller någon likhet i innehållsmässig betydelse av ordmärkena eller i stavning. General är skrivet i guld medan Gustavus Original återges i vitt och silver. På den nya förpackningen av Gustavus Original blir skillnaderna beträffandena ordmärkena än större vid en jämförelse mellan Generalförpackningen och det nya utseendet på Gustavus Original. Segelsymbolen och ordmärket Gustavus har givits en central och framträdande roll på Gustavus förpackning. Ean-koden är anbringad mellan ordmärkena Gustavus och Original medan den återfinns till höger om ordmärket General. Vidare är inte Gustavus Originalförpackning försedd med någon innehållsförteckning. Ser man på locken till förpackningarna så återkommer ordmärket Gustavus och segelsymbolen och återigen är de framträdande. På locket till General finns skölden med ett G ovanför två korslagda lagerkvistar. Vidare har Generals lock en upphöjd kant som saknas på Gustavus Original. Locket till Gustavus Original har samma proportioner som dosan vilket medför att förpackningen får en slät sida. Däremot är locket till General bredare vilket skapar en kant utanpå förpackningen. General använder en vit pappersdosa medan hela förpackningen för Gustavus Original är svart och tillverkad av plast. Gustavus Originals dosa är till skillnad från Generals tillsluten med etiketten och har en uppskjutning i botten, som är patentskyddad, och som skall underlätta konsumentens möjlighet att ta upp snuset. På Generals dosa finns information till kunden om att snuset är kvalitetsmärkt enligt Gothia Teaks standard. Motsvarande information finns inte på Gustavus produkt. De enda elementen på etiketten till General som skulle kunna vara särskiljande eller ha särprägel är ordmärket General och symbolen i form av en sköld.

På Gustavus 1:a Kvalité återfinns segelsymbolen medan Ettan är försedd med en symbol som innefattar beteckningen "J.F L:s SNUS No 1 STOCKHOLM". Återigen är det fråga om olika typsnitt. Varumärket Ettan är inramat med rundade ändstycken. Det finns ingen innehållsmässig likhet i stavning eller uttal vad gäller de här två ordvarumärkena. Ettan är skrivet i vitt medan 1:a Kvalité återges i vitt och brunt. Ettan återges med versaler medan 1:a Kvalité framställs med gemener. Dessa skillnader blir än mer påtagliga när man jämför den nya förpackningsutformningen för Gustavus 1:a Kvalité. På locket finns ordmärket Gustavus 1:a Kvalité och segelsymbolen. Jämför man med locket till Ettan finns en symbol med två lejon på var sin sida om beteckningen No 1. Vidare är locket till 1:a Kvalité svart medan Et-

tans är guldfärgat. Dessa färgskillnader syns inte bara vid betraktande av burkarna ovanifrån utan även framifrån. Vidare har Ettans lock en upphöjd kant. Locket till Gustavus 1:a Kvalité har samma proportioner som dosan vilket medför att förpackningen får en slät sida. Ettans lock är bredare än dosan vilket skapar en kant utanpå förpackningen. Förpackningen för Ettan är tillverkad i en vit pappersdosa medan hela förpackningen för Gustavus 1:a Kvalité är tillverkad i en förpackning som är svart och av plast. När det gäller undersidan så finns samma skillnader som beträffande Gustavus Original och General. Ean-koden och placeringen framställs på olika sätt och det finns ingen innehållsförteckning till Gustavus 1:a Kvalité. Ettan är försedd med vågräta linjer i guld. Motsvarande moment återfinns inte på Gustavus 1:a Kvalité som har en bakgrundsfärg som bryter mot brunt och orange. De element på etiketten till Ettan som möjligen skulle kunna anses vara särskiljande eller ha särprägel är ordmärket, symbolen samt de vågräta linjerna.

Gustavus Grovt är försedd med segelsymbolen. Grovsnus har ingen symbol. Till ordmärkena används olika typsnitt. Det är väsentliga skillnader beträffande stavning och uttal av ordmärkena. Grovsnus är skrivet i svart och guldfärg medan Gustavus Grovt återges i vitt och svart. Grovsnus skrivs med versaler medan Gustavus Grovt inleds med versal och därefter framställs med gemener. På locket finns ordmärket Gustavus och segelsymbolen som framställs på ett framträdande sätt. På locket till Grovsnus finns ordet Grovsnus. Grovsnus har ett lock som är bronsfärgat medan Gustavus Grovt har ett lock som är svart. Grovsnus har en upphöjd kant som inte finns på Gustavus Grovt. Gustavus produkter har samma proportioner på lock och förpackning till skillnad från Swedish Matchs produkt. Ean-koden placeras på olika sätt. På botten finns återigen uppskjutningen på Gustavus Grovt. Vad gäller bakgrundsfärgerna så har Gustavus Grovt en ljusbrun nyans medan Grovsnus har en mer mörkbrun nyans. Det som skulle kunna anses vara särskiljande eller ha särprägel på Swedish Matchs produkt är enbart själva ordmärket, som emellertid måste anses beskrivande för produktens egenskaper.

På etiketten på Gustavus Whiskey finns den karakteristiska segelsymbolen. Probe har en symbol i form av ett hästhuvud som exponeras mot en svart bakgrund i en guldfärgad inramning. Till ordmärkena används olika typsnitt. Det finns ingen likhet beträffande stavning eller uttal. Probe är skrivet i guldfärg medan Gustavus Whiskey återges i vitt och silver. Gustavus och Swedish Match använder sig av olika typsnitt, teckenstorlek och färgsättning när det gäller framställande av ordet Whiskey. Vid en jämförelse av locken så finns en symbol av två lejon på var sin sida av ett vikingaskepp på locket till Probe. Gustavus Whiskey har

segelsymbolen och ordmärket Gustavus. Locket till Gustavus Whiskey är svart medan Probe har ett lock som är guldfärgat. Dessa färgskillnader syns inte bara vid betraktande av burkarna ovanifrån utan även framifrån. Probes lock har en upphöjd kant. Det föreligger skillnader även i fråga om själva burken och locket. Probe är tillverkad i en vit pappersdosa. Gustavus Whiskeys burk är tillverkad i plast och är genomgående svart. Uppskjutningen återfinns i botten på Gustavus Whiskey. Den dosan är till skillnad från Probe tillsluten med etiketten. Placeringen av Ean-koden skiljer sig åt. Undersidan av Probe har kvalitetsbeteckningen Gothiatek. Om man jämför bakgrundsfärger så bryter Gustavus Whisky mot brunt. De enda elementen på Probe som skulle kunna vara särskiljande eller ha särprägel är ordmärket och symbolen med hästhuvudet samt att dessa element exponeras mot en svart bakgrund i guldfärgad inramning. Ytterligare skillnader är att Gustavus portionssnus är försett med ett kombilock med utrymme för konsumerade prillor. Det finns en gyllene rand längst ner på etiketten där ordet portion upprepas med jämna intervaller och även förekommer utanför den gyllene randen i anslutning till viktmåttet. Portionssnus innehåller 24 gram medan lössnusdosan innehåller 50 gram.

De enda likheter som finns mellan de ovan angivna produkterna är den grundläggande formen på förpackningen samt att produkterna har liknande bakgrundsfärger. Helhetsintrycket av respektive produkt visar på markanta skillnader.

Det finns ca 13 000 försäljningsställen för snus i Sverige. Swedish Match är representerat på alla. Gustavus förekommer på ca 4 500 ställen. Högst hälften av försäljningsställena utbjuder snus till självbetjäning. Gustavus har en distinkt märkning och detta sker i hög utsträckning genom snuskylarna. Swedish Match har egna kylar märkta i många fall med flaggskeppet General. På motsvarande sätt har Gustavus egna kylar för sina produkter. Gustavus utgångspunkt är att man inte vill ha andra produkter än de egna i sina kylar. Swedish Match har kylar på samtliga försäljningsställen där det är försäljning i någon typ av butiksform. På de 4 500 försäljningsställen där Gustavus finns representerat har Gustavus placerat ut 3 500 mindre kylar. I kylarna finns hyllkantsetiketter. I de fall där det finns flera tillverkares produkter i samma kyl placeras de åtskilda. Swedish Match tillåter och verkar även för att andra producenters snusprodukter skall finnas i deras kylar.

Snusköparna är ytterst märkesmedvetna och lojala, vilket bland annat framgår av en av Temo i december 2003 genomförd marknadsundersökning. Det finns prisskillnader mellan Gustavus och Swedish Matches produkter på omkring 20-25 procent.

Renommésnyltning

Gustavus har för Gallaherkoncernen en egen produktprofilering och egen varumärkesstrategi i syfte att ”sticka ut” och utmana på egna meriter. Det föreligger inga ”look-alikes”. Det föreligger heller ingen skada och vinning. Gustavus har fortsatt att investera omkring 20 miljoner kronor per år för sin profilering och har inte försökt eller eftersträvat att slippa en marknadsföringskostnad eller skördat någon vinning genom att göra förändring av färgerna för att lägga sig närmare Swedish Match. Man har inte fått det försäljningsresultat som man har önskat.

BEVISNING

På Swedish Matches begäran har vittnesförhör hållits med marknadschefen A. N., Swedish Match, kulturchefen tillika museichefen och intendenten I. J., Swedish Match och Tobaks & Tändsticksmuseet, produktionschefen T. Å. Swedish Match, M. B. och A. W., BA Statistik AB.

Swedish Match har vidare åberopat omfattande skriftlig bevisning bl.a. marknadsundersökningar jämte utlåtanden av B. och A. W. samt professorerna Jan Rosén och Marianne Levin.

Swedish Match har slutligen även åberopat syn på dels Swedish Matches förpackningar för General, Ettan, Grovsnus och Probe Whisky, dels Gustavus och Gallahers förpackningar Original, 1:a Kvalité, Grovt och Whiskey, dels övriga på marknaden existerande förpackningar, samt bilder, dosor och lådor som förevisats respondenterna i inarbets-, förväxlings- och renomméundersökningarna.

På Gustavus och Gallahers begäran har förhör under sanningsförsäkran hållits med verkställande direktören T. K., Gallaher Snus Aktiebolag samt vittnesförhör hållits med L. B., grundare av Gustavus AB, marknadschefen J. B., Gallaher Snus Aktiebolag och adjungerade professorn Johan Bring, Statisticon AB.

Gustavus och Gallaher har vidare åberopat omfattande skriftlig bevisning bl.a. marknadsundersökningar jämte utlåtanden av professorn Lars Pehrson och adjungerade professorn Johan Bring.

Gustavus och Gallaher har även åberopat syn av Gustavus nya förpackningsversioner av Gustavus Original och Gustavus 1:a Kvalité.

DOMSKÄL

Swedish Match har gjort gällande att Gustavus och Gallaher gjort sig skyldiga till vilseledande marknadsföring i strid mot 8 § MFL och renommésnyltning i strid mot 4 § MFL genom att utforma sina förpackningar för fyra snussorter, Gustavus Original, Gustavus 1:a Kvalité, Gustavus Grovt och Gustavus Whiskey, på sätt som framgår av domsbilaga 1.

Swedish Match har också hävdatt att Gustavus och Gallahers användning av kännetecknen ”1:a Kvalité” och ”original” är vilseledande och i strid mot 6 § MFL.

Gustavus och Gallaher har bestritt samtliga Swedish Matches påståenden.

Parterna har till stöd för sina respektive uppfattningar åberopat omfattande bevisning, såväl muntlig som skriftlig, däribland ett flertal undersökningar och expertutlåtanden.

De av Swedish Match åberopade undersökningarna har kritiserats av Johan Bring och Lars Pehrson. Å andra sidan har de av Gustavus och Gallaher åberopade undersökningarna kritiserats av A. W. Enligt Marknadsdomstolens mening har den anförda kritiken inte till fullo bemötts från någondera sidan. Vad som förekommit leder till att undersökningarnas bevisvärde kan ifrågasättas och de får därför bedömas med viss försiktighet.

Vilseledande efterbildning (8 § MFL)

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

Av domstolens praxis och förarbetena till 8 § MFL framgår att avgörande för bedömningen av om en viss utformning av en förpackning skall anses vara särpräglad är att dess utformning huvudsakligen har en särskiljande funktion, dvs. har till ändamål främst att ge förpackningen ett utseende som i estetiskt hänseende skiljer den från andra förpackningar. En utformning som huvudsakligen tjänar till att göra förpackningen ändamålsenlig och således är tekniskt och funktionellt betingad har inte ansetts som särpräglad i detta sammanhang. En sådan utformning skall enligt domstolens mening, med hänsyn till det allmänna intresset av effektiv konkurrens, vara tillgänglig för envar, om inte annat följer av särskild lagstiftning (prop. 1994/95:123 s. 58 samt MD 1981:2 och 1988:6).

Swedish Match har gjort gällande att såväl bakgrundsfärg som den runda formen på de i målet aktuella snusdosorna, General, Ettan, Grovsnus och Probe Whiskey, var för sig ger snusdosorna särprägel.

Gustavus och Gallahers har bestritt att Swedish Matchs snusdosor har särprägel och hävdar dels att den runda förpackningen är funktionell, dels att det beträffande marknadsföringen av snus finns vissa signalfärger.

Marknadsdomstolen gör i denna del följande bedömning.

I målet har framkommit att en rund dosa ger olika praktiska fördelar från både tillverknings- och distributionssynpunkt. Den runda formen får därför anses vara huvudsakligen funktionellt betingad. Den association till Swedish Match som ändå kan finnas, kan antas ha sin främsta grund i bolagets långvariga ensamställning på marknaden (jfr MD 1993:26).

Marknadsdomstolen har i flera tidigare avgöranden (se MD 1993:26 med där gjorda hänvisningar) funnit att användandet av en viss färg inte i och för sig kan ge särprägel. Skäl att göra annan bedömning i detta fall föreligger inte.

Swedish Matchs nu aktuella förpackningars runda form och skilda bakgrundsfärger ger således inte i sig förpackningarna särprägel. Inte heller övriga komponenter, såsom text och symboler kan - sedda var för sig - ge förpackningarna särprägel. Sammantaget ger emellertid komponenterna i fråga förpackningarna en egen karaktär och därmed särskiljningsförmåga. Förpackningarna som helhet måste därför anses särpräglade.

Utredningen i målet får anses utvisa att Swedish Matchs snusförpackningar har funnits på marknaden i väsentligen samma utförande under många år samt att snusdosorna varit föremål för marknadsbearbetning och butiksexponering. Det har i målet framkommit att Swedish Match varit och alltjämt är dominerande på marknaden när det gäller försäljning av snus. Enligt Marknadsdomstolens mening har Swedish Matchs snusdosor General, Ettan, Grovsnus och Probe Whiskey bland omsättningskretsen – snusare - kommit att bli mycket väl kända på så sätt att de nu aktuella snusdosorna förknippas med ett kommersiellt ursprung.

Med förväxling avses i första hand förväxling beträffande det kommersiella ursprunget, dvs. att konsumenten uppfattar en viss produkt som en annan än den han eller hon avsett att köpa på grund av dess kända ursprung.

Marknadsdomstolen har i fråga om varor som ofta säljs i självbetjäningsbutiker där konsumenterna snabbt och rutinmässigt tar varor från hyllorna i butiken, uttalat att det blir det helhetsintryck som förpackningens form och 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. Bedömningen av risken för att de i målet aktuella förpackningarna förväxlas måste utgå från en jämförelse av det helhetsintryck som förpackningarna ger och om produkterna skapar i allt väsentligt samma minnesbild hos konsumenten. Risken för förväxling skall bedömas vid en normal inköpssituation.

Vid en jämförelse mellan de aktuella produkterna från Swedish Match respektive Gustavus och Gallaher anser Marknadsdomstolen att förpackningarna ger väsentligen samma helhetsintryck. Förpackningarna har sålunda avsevärda likheter i fråga om storlek, färg och utformning. Visserligen finns skillnader mellan förpackningarna men dessa skillnader kan inte anses särskilt framträdande. Om förpackningarna vid närmare studium kan skiljas åt är av mindre betydelse vid en sådan bedömning som nu är i fråga. Marknadsdomstolen finner att förpackningarna kan antas skapa väsentligen samma minnesbild hos konsumenterna.

Vad gäller inköpssituationen är i målet upplyst att Swedish Matchs snusförpackningar säljs huvudsakligen i bolagets egna snuskylar som finns utplacerade i butiker och att dess snusdosa i de flesta fall återfinns i den mellersta delen av kylen medan konkurrenters snusdosor huvudsakligen finns i den undre delen av kylen. Även Gustavus och Gallaher har kylar ut-

ställda i butik om än inte i samma omfattning som Swedish Match har. På de försäljningsställen där Gustavus inte har egna kylar finns bolagets produkter i Swedish Matchs kylar. På ungefär hälften av försäljningsställena säljs snuset över disk och i övrigt sker försäljningen genom självbetjäning.

Utredningen i målet får anses utvisa att det finns en märkestrohet hos omsättningskretsen liksom att – som nyss nämnts – en del av försäljningen sker över disk. Dessa förhållanden är typiskt sett ägnade att minska risken för förväxling. På grund av den betydande andel av försäljningen som tillhandahålls genom självbetjäning finner Marknadsdomstolen likväl att bedömningen av förväxlingsrisken bör ske med tillämpning av det synsätt som Marknadsdomstolen normalt använder sig av i fråga om varor som ofta säljs i självbetjäningsbutiker där konsumenter snabbt och rutinmässigt tar varor från hyllorna i butiken.

Vid en sammantagen bedömning av den aktuella marknadsföringen finner Marknadsdomstolen att det måste anses föreligga risk att Gustavus och Gallahers snusförpackningar förväxlas med Swedish Matchs snusförpackningar och således vilseleder en konsument i fråga om Gustavus och Gallahers snusförpackningars kommersiella ursprung eller om att det annars skulle föreligga någon kommersiell samhörighet mellan Gustavus och Gallahers snus och Swedish Matchs snus. Risken för förväxling förstärks av att det är fråga om flera produkter som knyter an till det av Swedish Match använda marknadsföringskonceptet avseende i målet aktuella produkter. Gustavus och Gallahers snusförpackningar utgör således efterbildningar av Swedish Matchs snusförpackningar som står i strid med 8 § MFL. Swedish Matchs talan skall därför vinna bifall i denna del.

Vid denna bedömning finner Marknadsdomstolen inte skäl att också ta ställning till frågan om renommésnyltning.

Vilseledande användning av kännetecknen ”1:a Kvalité” och ”original” (6 § MFL)

Enligt 4 § första stycket MFL skall marknadsföring stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Av 6 § MFL framgår att en näringsidkare vid sin marknadsföring inte får använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares näringsverksamhet eller produktens pris.

För att kunna pröva om en framställning är oriktig eller vilseledande måste dess innebörd fastställas. När det gäller reklam riktad till allmänheten, måste hänsyn tas till att reklam ofta läses mycket flyktigt. Utgångspunkten vid vederhäftighetsbedömningen skall därför vara det intryck som framställningen förmedlar vid en sådan flyktig kontakt.

Marknadsdomstolen gör följande bedömning

Den av Swedish Match påtalade beteckningen ”1:a Kvalité” framstår som ett allmänt lovprisande av den egna produkten, med en i viss mån vag innebörd. I första hand torde dock uttrycket vara ägnat att uppfattas som en kvalitetsbestämning med betydelsen ”prima vara”, ”klass 1” eller motsvarande. Det torde även kunna uppfattas på det sätt som Gustavus och Gallaher gjort gällande, nämligen att det har att göra med produktens rena tobakssmak och att snuset är av hög eller högsta kvalitet. I sitt sammanhang kan uttrycket däremot inte, som Swedish Match hävdar, sägas innebära ett reservationslöst påstående om att Gustavus snus är överlägset andra snussorter. Risken för att ett sådant intryck skulle uppkomma minskas också av att, som Gustavus och Gallaher betonat, ”1:a Kvalité” inte används fristående utan skall läsas tillsammans med ordet Gustavus. Mot bakgrund av det anförda kan uttrycket inte anses vilseledande på det sätt som Swedish Match gjort gällande.

Vid angivet förhållande finner Marknadsdomstolen att det inte heller kan antas att uttrycket ”1:a Kvalité” förknippas med Swedish Matchs ordvarumärke Ettan.

Swedish Match har vidare gjort gällande att ordet ”original” tolkas av omsättningskretsen som ett påstående om att produkten jämfört med övriga produkter på marknaden är ursprunglig, dvs. det första av sitt slag och att det saknas stöd för att Gustavus och Gallahers snus skulle vara det ursprungliga snuset på marknaden eller att Gustavus Original skulle vara ursprunglig i förhållande till Gustavus övriga produkter.

Beteckningen ”original” för en produkt får anses innebära ett påstående om produktens egenskaper. Ordet som placerats direkt nedanför produktnamnet Gustavus ger således intryck av att produkten i något avseende är ursprunglig. Gustavus och Gallaher har hävdar att Gustavus Original var den första snusprodukt som Gustavus lanserade och att den därför är deras originalprodukt.

Enligt Marknadsdomstolens mening står det klart att beteckningen ”original” på Gustavus-förpackningen inte av snusare i gemen kan uppfattas som ett påstående om att detta skulle vara den första snusprodukten i Sverige. Inte heller ger uttrycket i sitt sammanhang intryck av att snuset skulle vara framställt enligt ett i den meningen ursprungligt recept. Istället är det ägnat att uppfattas som att denna produktvariant är Gustavus första och sålunda basprodukten i sortimentet. Det har framkommit att Gustavus Original var den av Gustavus olika snussorter som först fanns för försäljning och att de övriga produkterna, enligt vad B. uppgett, började att säljas två-tre månader därefter. Gustavus Original bör således anses som Gustavus och Gallahers originalprodukt, särskilt som även denna beteckning, vilket Gustavus och Gallaher betonat, alltid skall läsas tillsammans med ordet Gustavus. Det förhållandet att produkten innan försäljningen i butik fanns till påseende tillsammans med andra produkter ändrar inte denna bedömning. Mot bakgrund av det anförda finner Marknadsdomstolen att uttrycket ”original” måste uppfattas på sätt Gustavus och Gallaher hävdar och att de visat att det finns stöd för påståendet. Uttrycket får därför anses vederhäftigt och strider därmed inte mot 6 § andra stycket 1 MFL.

Avvisning och artikel 82 i EU-fördraget

Enligt Marknadsdomstolens mening har Gustavus och Gallaher inte visat fog för sitt avvisningsyrkande och sin invändning om att en tillämpning av MFL i enlighet med Swedish Matches talan skulle strida mot artikel 82 i EU-fördraget.

Övergångsperiod

Gustavus och Gallaher bör medges viss tid för omställning innan förbudet träder i kraft. Tiden bör bestämmas till sex månader från dagen för Marknadsdomstolens dom.

Vite

Enligt 19 § MFL skall ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövt. Marknadsdomstolen finner att sådana skäl inte föreligger. Förbudet för Gustavus och Gallaher skall därför förenas med vite. Vitet bör bestämmas till 400 000 kr.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång får Swedish Match bedömas ha vunnit merparten av käromålet. Marknadsdomstolen finner att Swedish Match får anses berättigat att erhålla ersättning för sina rättegångskostnader med ett till två tredjedelar jämkat belopp.

Swedish Match har yrkat ersättning för rättegångskostnader med 4 742 571 kr, varav ombudsarvode 2 259 925 kr, utlägg 855 473 kr, ersättning för Swedish Matches eget arbete 750 150 kr och utlägg 872 717 kr samt ersättning för vittne 4 306 kr.

Gustavus och Gallaher har yrkat att Marknadsdomstolen, om Swedish Matches talan inte vinner fullt bifall, fördelar rättegångskostnaderna efter vad som kan anses skäligt. Gustavus och Gallaher har vitsordat sammanlagt 350 000 kr för Brand Eyes arbete, 75 000 kr för Levins utlåtande, 250 000 kr för Swedish Matches eget arbete, 50 000 kr för Heliums arbete avseende fotografering och 1 000 kr för kopiering. För BA Statistiksystem har Gustavus och Gallaher inte vitsordat något belopp i belysning av att BA Statistiksystem deltagit i arbetet med framtagande av marknadsundersökningarna. För det fall Marknadsdomstolen finner att den omständigheten inte är av beskaffenhet att frånta deras yttrande och A. W:s vittnesmål bevisvärde har Gustavus och Gallaher vitsordat 100 000 kr. Gustavus och Gallaher har vitsordat yrkat ombudsarvode, yrkat arvode för Roséns utlåtande samt övriga kostnader.

Enligt Marknadsdomstolens mening får – i fråga om kostnaderna för Brand Eyes arbete och Swedish Matches eget arbete – Swedish Match anses vara skäligen tillgodosett med tillhopa 750 000 kr. När det gäller kostnaderna för Levins utlåtande, Heliums arbete avseende fotografering, kostnader för kopiering samt BA Statistiksystems arbete får Swedish Match anses skäligen tillgodosett med 75 000 kr för utlåtandet, 50 000 kr för Heliums fotografering, 1 000 kr för kopiering samt 100 000 kr för BA Statistiksystems arbete. Övriga belopp är vitsordade som skäliga i och för sig.

Marknadsdomstolen finner således att Gustavus och Gallaher skall ersätta Swedish Match dess rättegångskostnader med ett jämkat belopp om 2 201 441 kr varav 1 506 617 kr utgör ombudsarvode.

På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Ingegerd Westlander, Lars-Gunnar Mattsson (skiljaktig), Anders Stenlund och Barbro Wickman-Parak (skiljaktig).

Sekreterare: Elisabeth Sundlöf

PROTOKOLL

Lars-Gunnar Mattsson och Barbro Wickman-Parak är skiljaktiga och anför:

Vi ansluter oss till majoriteten när det gäller bedömningen av vilseledande användning av kännetecken enligt 6 § MFL. Däremot delar vi inte majoritetens slutsats avseende vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL. Vi måste därför också ta ställning till om renommésnyltning med tillämpning av 4 § MFL föreligger.

Vilseledande efterbildning (8 § MFL)

Vi anser i likhet med majoriteten att Swedish Matches i målet aktuella förpackningar som helhet har särprägel och att de bland konsumenterna på grund av Swedish Matches sedan länge helt dominerande ställning på marknaden är väl kända. Vid en jämförelse mellan Swedish Matches produkter och Gustavus och Gallahers produkter finner vi att de ger ett likartat helhetsintryck men att det finns skillnader i bl.a. symboler, varumärke, lockens färg och design samt förpackningsmaterial. Enligt vår mening är den normala inköpssituationen sådan att förväxlingsrisken måste bedömas som mycket liten. Produkterna förvaras i kylar, antingen i olika kylar eller på klart åtskilda platser i samma kyl. Snus säljs också i stor omfattning ”över disk” varvid den butiksanställda plockar fram efterfrågad produkt. Inköpssituationen präglas också av att konsumenten i allmänhet har stor märkesmedvetenhet och att vanesnusarens inköp, på grund av varans färskvarukaraktär, görs förhållandevis ofta. Mot bakgrund av dessa förhållanden, och bevisningen i målet, torde den faktiska förväxlingsrisken vara obetydlig. Swedish Matches talan skall därför i denna del inte bifallas.

Renommésnyltning (4 § MFL)

För att renommésnyltning skall anses föreligga förutsätts att en näringsidkare i sin verksamhet obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter, kännetecken eller liknande. Ytterligare ett villkor för att ett förfarande skall kunna innebära renommésnyltning är att det som utnyttjas är så väl känt på marknaden att det förknippas med den andre näringsidkaren. Förfaranden av detta slag kan strida mot generalklausulen i 4 § MFL och det

otillbörliga i detta fall består i att ”den snyltande” till sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenten vilken skapats genom insatser av den andre näringsidkaren. Ett sådant utnyttjande är typiskt sett också ägnat att i en eller annan form skada den utsatte näringsidkaren och försämra konsumenternas marknadsöverblick.

Det är i målet visat att Swedish Matches produkter är välkända på marknaden och de är bärare av renommé. Därtill är det visat att Gustavus och Gallahers i målet påtalade förpackningar i färg och form vid flyktigt påseende företer betydande likheter med Swedish Matches förpackningsutstyrlar.

Frågan om renommésnyltning kan dock, enligt vår mening, i förevarande fall inte inskränka sig till en bedömning av huruvida förpackningarna vid flyktigt påseende kan ge ett likartat intryck. Bedömningen måste vidgas till att omfatta de särskilda förhållanden som råder på den svenska marknaden för snusprodukter. Marknadsdomstolen har vidare i praxis slagit fast att prövningar av ärenden enligt MFL kan innefatta avvägning av olika för- och nackdelar från konsumentsynpunkt, med beaktande av de effekter ett visst förbud eller åläggande skulle få på det ekonomiska systemets funktion. (t.ex. MD 1981:4, 1984:22).

När det gäller tobaksprodukter, kan Swedish Matches ursprung, föras tillbaka på det Svenska Tobaksmonopolet. Monopolet upphävdes år 1967 och Swedish Match har under perioden därefter verkat på en avreglerad marknad som dock präglats av de på tobaksmarknaden långtgående restriktionerna avseende marknadskommunikation. Man har ännu, snart 40 år efter att marknaden avreglerades, en helt dominerande ställning med en marknadsandel överstigande 95 procent.

Under en mycket lång period har, enligt vår mening, för vissa försäljningsmässigt viktiga typer av snus en ”branschkod” utvecklats. Som ensam aktör har Swedish Match kunnat vara den helt tongivande i denna process vars konsekvens blivit att konsumenter associerar vissa färger på förpackningarna till vissa snussorter. De undersökningar som refererats till i utredningen, inklusive de s.k. fokusgruppundersökningar med konsumenter, som Gustavus och Gallaher uppger sig ha genomfört som underlag för de förpackningsändringar som genomfördes 2003, visar den associationskraft dessa färger har. Att dessa knyts till just Swedish Match är en naturlig följd av företagets under många decennier helt dominerande ställning. Att bryta en sådan association, för ett på marknaden nyetablerat företag är särskilt svårt på

tobaksmarknaden på grund av de långtgående restriktionerna avseende marknadskommunikation. Enligt vår mening skall det vid sådana marknadsförhållanden vara möjligt för nytilkommande företag att anknyta till på marknaden dominerande färgkoder för olika snussorter utan att detta a priori skall bedömas som otillåten renommésnyltning.

Den på marknaden försäljningsmässigt helt dominerande runda formen på snusdosan är, enligt vår mening, väsentligen funktionellt betingad och kan därför inte anses innefatta otillåten renommésnyltning enligt MFL.

Ett utnyttjande av andra näringsidkares renommé är typiskt sett ägnat att försämra konsumenternas marknadsöverblick. Med den inköpssituation som gäller för snus och med den medvetenhet som finns hos konsumenterna torde den risken vara i det närmaste obefintlig. Ett renommésnyltande kan också i en eller annan form skada den utsatte näringsidkaren. I utredningen finns ingenting som visar på faktisk skada som Swedish Match åsamkats.

Baserat på ovanstående måste, enligt vår uppfattning, den snyltningseffekt som eventuellt kan uppstå betraktas som marginell. Med hänsyn till detta och de marknadsförhållanden som råder avseende snusprodukter menar vi att kärandens yrkande avseende renommésnyltning inte skall vinna bifall.

Övergångsperiod, Vite och Rättegångskostnader

Överröstade av majoriteten saknar vi anledning att gå in på frågorna rörande övergångsperiod, vite och rättegångskostnader.