

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2006:27

2006-10-19

Dnr C 14/05

Dnr C 15/05

Dnr C 26/05

KÄRANDE

Antula Healthcare Aktiebolag,
Odengatan 106, 113 22 STOCKHOLM
Ombud: advokaterna Magnus Jonson (C 14/05 och
C 15/05) och Karin Cederlund (C 26/05), Sandart &
Partners Advokatbyrå KB, Engelbrektsgratan 7,
114 32 STOCKHOLM

SVARANDE

1. Meda Aktiebolag (C 14/05), Box 906,
170 09 SOLNA
2. Ipex Medical Aktiebolag (C 15/05 och C 26/05),
Box 906, 170 09 SOLNA
Ombud för 1 och 2: advokaterna Johan Palmgren och
Henrik Hybbinette, Ramberg Advokater KB, Box 7531,
103 93 STOCKHOLM

SAKEN

marknadsföring av smärtstillande läkemedel

DOMSLUT

Mål nr C 14/05

1. Marknadsdomstolen förbjuder Meda Aktiebolag vid vite av femhundra tusen (500 000) kr att
vid marknadsföring av läkemedlet Flector

- a) använda uttrycket ”Om du vet var du har ont” eller andra väsentligen samma uttryck som på ett otillbörligt sätt utnyttjar uppmärksamhetsvärdet i Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”,
- b) använda uttrycken ”för behandling av lokal smärta” och ”Som en värktablett i plåsterform” eller andra väsentligen samma uttryck som ger intryck av att Flector kan användas för behandling av andra indikationer än de som Flector är godkänt för,
- c) jämföra Flector med geler för lokal behandling av smärta utan att tydligt ange de skillnader som föreligger mellan Flectors och gelernas respektive behandlingsområden samt
- d) påstå på det sätt som skett eller annat väsentligen samma sätt att Flector till skillnad från geler för lokal behandling av smärta inte luktar.

2. Marknadsdomstolen lämnar Antula Healthcare Aktiebolags talan i övrigt utan bifall.

3. Meda Aktiebolag skall ersätta Antula Healthcare Aktiebolag dess rättegångskostnader med tvåhundrafemtiofyra tusentvåhundraåtta (254 228) kr, varav 239 860 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

Mål nr C 15/05

1. Marknadsdomstolen förbjuder Ipex Medical Aktiebolag vid vite av femhundra tusen (500 000) kr att vid marknadsföring av läkemedlet Siduro dels använda uttrycket ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?” eller andra väsentligen samma uttryck som på ett otillbörligt sätt utnyttjar uppmärksamhetsvärdet i Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”, dels påstå att Zon kostar jättemycket mer, om så inte är fallet.

2. Marknadsdomstolen lämnar Antula Healthcare Aktiebolags talan i övrigt utan bifall.

3. Vardera parten skall stå sin rättegångskostnad.

Mål nr C 26/05

1. Marknadsdomstolen lämnar Antula Healthcare Aktiebolags talan utan bifall.
2. Antula Healthcare Aktiebolag skall ersätta Ipex Medical Aktiebolag dess rättegångskostnader med tvåhundraåttiofemtusen (285 000) kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

BAKGRUND

Antula Healthcare Aktiebolag (Antula) är ett svenskt läkemedelsföretag som inriktar sig på marknadsföring av receptfria läkemedel. Antula marknadsför bl.a. Zon som är en smärtstillande- och inflammationshämmande gel avsedd att användas vid mild till måttlig smärta i samband med muskel- och ledsador. Zon godkändes för försäljning på den receptfria marknaden den 19 oktober 2001. Antula har marknadsfört produkten bl.a. genom ett flertal reklamfilmer (Zon I-VIII). I samtliga dessa filmer har Antula exponerat varumärket Zon, förpackningen för Zon och sloganen ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”.

Meda Aktiebolag (Meda) är ett svenskt börsnoterat företag som i huvudsak marknadsför etablerade läkemedel. Meda marknadsför bl.a. Flector som är ett medicinskt plåster avsett för lokal symtomatisk behandling av smärta vid epikondylit (tennisarmbåge) och ankelstukning. Flector är, liksom Zon, ett smärtstillande och inflammationshämmande läkemedel. Flector har marknadsförts i Sverige sedan april 2005 och Meda har vid marknadsföringen av produkten använt sig av reklamfilmerna Flector I-IV. Bild- och textutdrag från filmerna återfinns i domsbilagorna 1-4.

Ipex Medical Aktiebolag (Ipex) är ett helägt dotterbolag till Meda. Ipex marknadsför den smärtstillande gelen Siduro som innehåller samma aktiva substans som Zon och har samma användningsområde. Siduro godkändes för försäljning på den receptfria marknaden den 16 november 2001, dvs. kort tid efter det att Zon hade godkänts. Ipex har vid marknadsföringen av Siduro använt sig av reklamfilmerna Siduro I och II. Bild- och textutdrag från dessa filmer återfinns i domsbilagorna 5 och 6.

Med anledning av Medas och Ipex marknadsföring i ovan angivna reklamfilmer har Antula väckt talan mot respektive bolag enligt vad som framgår nedan. Marknadsdomstolen har hållit gemensam huvudförhandling i målen.

YRKANDEN M.M.

Mål nr C 14/05

Antula har yrkat att Marknadsdomstolen skall förbjuda Meda vid vite av 1 000 000 kr att vid marknadsföring av läkemedlet Flector

- a) använda uttrycket ”Om du vet var du har ont” eller andra väsentligen samma uttryck som på ett otillbörligt sätt utnyttjar uppmärksamhetsvärdet i Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”,
- b) använda uttrycken ”för behandling av lokal smärta” och ”Som en värktablett i plåsterform” eller andra liknande uttryck som ger intryck av att Flector kan användas för behandling av andra indikationer än de som Flector är godkänt för,
- c) jämföra Flector med geler för lokal behandling av smärta utan att tydligt ange de skillnader som föreligger mellan Flectors respektive gelernas respektive behandlingsområden,
- d) påstå på det sätt som skett eller annat liknande sätt att geler för lokal behandling av smärta är kladdiga och luktar samt
- e) påstå på det sätt som skett eller annat liknande sätt att Flector till skillnad från geler för lokal behandling av smärta inte luktar.

Meda har bestritt yrkandena. För det fall Marknadsdomstolen skulle bifalla Antulas yrkanden under punkterna b), d) eller e) har Meda gjort gällande att ordet ”liknande” skall ersättas med orden ”väsentligen samma”.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Marknadsdomstolen har i interimistiskt beslut den 18 maj 2005 meddelat förbud i enlighet med Antulas yrkanden under punkterna a) och b), dock att vitesbeloppet har bestämts till 400 000 kr.

Mål nr C 15/05

Antula har yrkat att Marknadsdomstolen skall förbjuda Ipex vid vite av 1 000 000 kr att vid marknadsföring av läkemedlet Siduro

- a) använda uttrycket ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?”, eller andra väsentligen samma uttryck som på ett otillbörligt sätt utnyttjar uppmärksamhetsvärdet i Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”,
- b) använda uttrycken ”det är märkligt att den ledande smärtstillande gelen kostar jättemycket mer, trots att Siduro innehåller samma substans i samma mängd” samt ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?” eller andra väsentligen samma uttryck som misskrediterar Antula och dess varumärke Zon,
- c) ge intryck av att Zon är dyrare om så inte är fallet,
- d) påstå att Zon kostar jättemycket mer om så inte är fallet,
- e) påstå att Zon innehåller samma substans i samma mängd och
- f) påstå att Siduro ger samma smärtlindring som Zon.

För det fall Marknadsdomstolen skulle finna att reklamen inte utgör en jämförelse med Zon utan med andra liknande läkemedel i allmänhet eller att den påtalade marknadsföringen skall förbjudas enligt 6 § marknadsföringslagen (1995:450) skall orden ”Antula och dess varumärke Zon” i punkten b) och ordet ”Zon” i punkterna c) - f) ersättas med orden ”andra liknande läkemedel”.

Ipex har bestritt yrkandena.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Marknadsdomstolen har i interimistiskt beslut den 18 maj 2005 meddelat förbud i enlighet med Antulas yrkanden under punkterna a) - d), dock att vitesbeloppet har bestämts till 400 000 kr.

Mål nr C 26/05

Antula har yrkat att Marknadsdomstolen skall förbjuda Ipex vid vite av 1 000 000 kr att vid marknadsföring av läkemedlet Siduro

- a) använda viss angiven reklamfilm eller liknande framställning,

- b) använda varumärket Zon och förpackningen för Zon på sätt som skett i den påtalade reklamfilmen eller liknande sätt som innebär att Ipex eller Siduro drar otillbörlig fördel av det renommé som är förknippat med varumärket Zon och förpackningen för Zon eller skadar varumärket Zons eller förpackningens för Zon särskiljningsförmåga,
- c) framställa Siduro som en produkt som är identisk eller likvärdig med Zon eller som en produkt som har identiska eller likvärdiga egenskaper som Zon,
- d) framställa Siduro som generellt billigare än Zon,
- e) använda varumärket Zon och förpackningen för Zon på sätt som skett i den påtalade reklamfilmen eller liknande sätt som innebär förväxling eller risk för förväxling mellan Zon och Siduro eller mellan Zon och Ipex samt
- f) använda varumärket Zon eller förpackningen för Zon på sätt som skett i den påtalade reklamfilmen eller liknande sätt som misskrediterar Antula eller Zon.

Ipex har bestritt yrkandena. För det fall Marknadsdomstolen skulle bifalla Antulas yrkanden under punkterna a), b), e) eller f) har Ipex gjort gällande att ordet ”liknande” skall ersättas med orden ”väsentligen samma”.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Antula

Marknadsföringen av Zon

Zon är den marknadsledande smärtstillande gelen på såväl den receptbelagda som den receptfria marknaden. Zons marknadsandel på den receptfria marknaden uppgick under första kvartalet 2005 till 63,2 procent och under andra kvartalet samma år till närmare 60 procent. Den näst största produkten på marknaden hade under motsvarande perioder en marknadsandel om 12,7 respektive 14,8 procent medan Siduro hade en marknadsandel om 7,4 respektive 8,7 procent. Antula har gjort mycket omfattande marknadsinvesteringar avseende Zon. Dessa investeringar motsvarade 65 procent av samtliga reklaminvesteringar för smärtstillande geler under perioden 2002-2004. Första kvartalet 2005 hade denna andel ökat till 67 procent. Under perioden februari 2003 t.o.m. mars 2005 marknadsfördes Zon i princip varje månad i TV4 som är den TV-kanal som når störst andel konsumenter. Omfattningen motsvarade enligt uppgift 214,6 miljo-

ner tittarkontakter. De flesta konsumenter har således flera gånger per månad under flera års tid sett reklamfilmer för Zon. Genom sin höga marknadsandel och sin omfattande marknadsföring har varumärket Zon, förpackningen för Zon och sloganen ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?” kommit att bli mycket kända inom omsättningskretsen, åtnjuta ett gott renommé och erhålla ett högt uppmärksamhetsvärde.

Marknadsföringen av Flector

Meda har i Flector I och II använt uttrycket ”Om du vet var du har ont” och därigenom anknyt till Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”. Antulas slogan har använts i samtliga reklamfilmer som visats på TV4 och är mycket väl känd och inarbetad. Av detta följer också att sloganen har ett mycket stort uppmärksamhetsvärde på marknaden. Genom att anknyta till Antulas slogan på det sätt som skett utnyttjar Meda på ett otillåtet sätt det renommé som är förknippat med nämnda slogan. Marknadsföringen är därför otillbörlig enligt 4 § marknadsföringslagen (1995:450), MFL.

I nämnda reklamfilmer anges vidare att Flector är det nya sättet ”för behandling av lokal smärta”. Genom användningen av detta uttryck förmedlas intrycket att all lokal smärta kan behandlas med Flector. Det intrycket förstärks av att formuleringarna ”Om du vet var du har ont” och ”Som en värktablett i plåsterform” används samt av att jämförelse sker med geler som är godkända för behandling av lokal smärta oavsett var den är lokaliserad. Flector har emellertid endast godkänts för behandling av två specifika smärttillstånd, nämligen tennisarmbåge och ankelstukning. Meda har således marknadsfört Flector på indikationer som produkten inte är godkänd för. Detta utgör en allvarlig överträdelse av bestämmelserna i läkemedelslagen. Marknadsföringen är därför, i enlighet med lagstridighetsprincipen, otillbörlig enligt 4 § MFL. Marknadsföringen är också vilseledande om Flectors egenskaper och användning och strider därmed även mot 6 § MFL.

Marknadsföringen i Flector I-IV innefattar en jämförelse mellan Flector och geler som är godkända för behandling av lokal smärta. Samtliga filmer ger intryck av att de jämförda produkterna har identiska användningsområden. Så är dock inte fallet eftersom Flector, som tidigare angivits, endast har godkänts för behandling av två specifika smärttillstånd. Som jämförelsen är utformad avser den därför produkter som endast delvis svarar mot samma behov. Genom att utelämna information om att Flector har ett betydligt mer begränsat användningsområde än

smärtstillande geler blir jämförelsen vilseledande. Marknadsföringen strider därför mot 8 a § MFL.

Samtliga reklamfilmer ger också intryck av att Zon och andra receptfria geler, till skillnad från Flector, är kladdiga och luktar. Zon är dock kladd- och klibbfri. Zon luktar dessutom inte efter appliceringen. Flector däremot är kladdig och har en karakteristisk lukt som kvarstår under hela den tid behandlingen pågår. Zon skall inte blandas ihop med salvor eller krämer som innehåller fett och därför är kladdiga. En patient som kommer i kontakt med Zon kan möjligen uppfatta produkten som kladdig under appliceringen. Det är dock inte relevant hur Zon uppfattas under applicering utan det är tiden därefter som har betydelse. Zon har under minst fem års tid marknadsförts mot sjukvårds- och apotekspersonal med det genomgående temat att Zon inte kladdar efter applicering. Påståendet har under denna tid aldrig ifrågasatts. Det har varit viktigt för Antula att framhålla att Zon är klibb- och kladdfri eftersom det lever kvar fördomar om att allt som finns i en tub är kladdigt. Att Antula har lyckats med sin marknadsföring visas av att ett flertal läkare har uppfattningen att klibbfrihet är en viktig egenskap hos Zon. Med hänsyn till att Zon har lyckats så bra med att övervinna fördomarna mot geler är det mycket viktigt att påståenden om att geler kladdar och klibbar inte tillåts. Marknadsföringen är med hänsyn till det anförda vilseledande beträffande såväl Zons som Flectors egenskaper och strider därmed mot 6 och 8 a §§ MFL.

Siduro I

Ipex använder i Siduro I uttrycket ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?” och anknyter därmed till Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”. Ipex använde tidigare sloganen ”Behandla smärtan direkt på plats” men efter Antulas framgångar vid marknadsföringen av Zon ändrade man sin slogan till den i reklamfilmen använda. Genom att anknyta till Antulas kända slogan på det sätt som skett utnyttjar Ipex på ett otillåtet sätt det uppmärksamhetsvärde som ligger i Antulas slogan. Anknytningen blir särskilt allvarlig eftersom den kombineras med ett antal nedsättande påståenden om Zon. Ipex använder bl.a. formuleringen ”varför göra plånboken illa” och anger att det är ”märkligt” att Zon skulle vara dyrare än Siduro. Marknadsföringen utgör renommésnyltning och är därför otillbörlig enligt 4 § MFL.

I filmen använder Ipex vidare formuleringen ”det är märkligt att den ledande smärtstillande gelen kostar jättemycket mer, trots att Siduro innehåller samma substans i samma mängd”.

Denna formulering och den ovan angivna formuleringen ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?” ger intryck av att Antulas prissättning skulle vara klandervärd. Det är dock inte konstigt om Antulas produkt skulle vara något dyrare eftersom det är Antula som har byggt upp marknaden för produkterna genom sin omfattande marknadsföring. Zon är också en populärare produkt än Siduro och förknippas i mycket högre grad med egenskaper som konsumenter anser positiva. Påståendena i marknadsföringen blir mot denna bakgrund misskrediterande. Marknadsföringen är därför otillbörlig enligt 4 och 8 a §§ MFL.

Ipex påstår vidare i filmen att Zon är dyrare än Siduro och att Zon kostar ”jättemycket mer”. Vid tidpunkten för den aktuella marknadsföringen förekom Siduro i förpackningar om 30 gram à 1 500 kr/kg och 60 gram à 900 kr/kg. Zon förekom i förpackningar om 60 gram à 1 291 kr/kg och 100 gram à 1 090 kr/kg. Det kan således konstateras att frågan om vilken produkt som är dyrast beror på vilka förpackningar som jämförs. Zons 100-gramsförpackning har t.ex. ett lägre kilopris än Siduros 30-gramsförpackning. Den aktuella marknadsföringen ger dock intryck av att Zon generellt sett alltid är dyrare än Siduro vilket är felaktigt. Användningen av uttrycket ”jättemycket mer” innefattar därtill en kraftig överdrift av den prisskillnad som föreligger mellan Siduros 60-gramsförpackning och Zons förpackningar. Marknadsföringen strider därför mot 6 och 8 a § MFL.

I filmen använder Ipex också påståendet att Zon och Siduro innehåller ”samma substans i samma mängd”. Detta påstående ger intryck av att produkterna är identiska vilket är felaktigt. Produkterna innehåller visserligen samma aktiva substans men de skiljer sig åt beträffande de hjälpämnen som ingår. Dessa hjälpämnen har bl.a. stor betydelse för hur snabbt den aktiva substansen kan komma i kontakt med det område som smärtar. Detta medför att produkterna har olika egenskaper. Det är viktigt att konsumenterna inte får uppfattningen att produkterna är identiska. Detta bl.a. med hänsyn till att det finns konsumenter som rent medicinskt är beroende av att de verkligen får en identisk produkt. Marknadsföring av läkemedel får således inte felaktigt förmedla innehållet att två produkter är identiska om de inte verkligen är det. Det korrekta i detta hänseende hade varit att ange att Zon och Siduro innehåller samma aktiva substans. Marknadsföringen är vilseledande enligt 6 och 8 a §§ MFL.

Reklamfilmen innehåller även påståendet att Siduro ger samma smärtlindring som Zon. Det ankommer på Ipex att styrka att detta påstående är korrekt. Zon är en märkesvara som förknippas med de egenskaper som konsumenter anser är viktiga hos en smärtstillande gel. Siduro däremot är en lågprisprodukt som inte förknippas med sådana egenskaper. Läkemedelsverket har

visserligen gjort bedömningen att produkterna är utbytbara. Detta beslut är dock inte baserat på någon vetenskaplig undersökning. Det rör sig i stället om en gissning från Läkemedelsverkets sida om att produkternas egenskaper och verkan är så lika att de kan anses utbytbara inom ramen för läkemedelsförmånen. Ipex har sammantaget inte styrkt sitt påstående om att Siduro ger samma smärtlindring som Zon. Marknadsföringen är därför vilseledande och strider mot 6 och 8 a §§ MFL.

Siduro II

I Siduro II exponeras Zon och Siduro vid sidan av varandra. Siduro är den produkt som filmen är avsedd att marknadsföra men det är det väl kända varumärket Zon som storleksmässigt får störst utrymme i filmen och fångar tittarnas uppmärksamhet. Ipex har inte försökt att hänvisa till Zon på ett neutralt sätt. Tvärtom har exponeringen av Zon och dess förpackning gjorts så framträdande som det överhuvudtaget är möjligt. Härigenom sker en tydlig och avsedd överföring av Zons goodwill till Siduro. Siduro kommer således att förknippas med de positiva egenskaper som Zon har. På det sättet drar Ipex och Siduro otilbörlig fördel av Zons uppmärksamhetsvärde. Marknadsföringen utgör renommésnyltning och strider mot 4 och 8 a §§ MFL.

I filmen framställs också Zon och Siduro som identiska eller likvärdiga. Produkterna skiljer sig dock åt på sätt som tidigare anförts. Även om Zon och Siduro är utbytbara upplever inte patienterna att så är fallet eftersom utbyte i praktiken endast sker i ett fåtal fall. Genom att filmen framställer produkterna som helt likvärdiga trots att väsentliga skillnader föreligger är marknadsföringen vilseledande om Siduros egenskaper. Marknadsföringen strider därför mot 6 och 8 a §§ MFL.

Filmen ger även intrycket att Zon är en dyr produkt och att Siduro generellt sett är billigare än Zon. Detta är dock inte korrekt eftersom kilopriset för Siduro ibland är högre än kilopriset för Zon på sätt som närmare angivits ovan. Marknadsföringen är därför vilseledande. Jämförelsen är också misskrediterande för Zon eftersom Zon likställs med den billigare och sämre lågprisprodukten Siduro. Marknadsföringen strider i enlighet med det anförda mot 4, 6 och 8 a §§ MFL.

Filmen avslutas med att Ipex logotyp visas i det högra hörnet. Antulas namn nämns inte alls. Det är därför oklart vilken produkt filmen avser att marknadsföra. Det enda budskapet i filmen är att Siduro är billigare än Zon. När Ipex logotyp dyker upp kan den lika gärna hänföra sig till

Zon som till Siduro. På så vis får konsumenterna uppfattningen att även Zon härrör från Ipex eller att det finns något annat ekonomiskt samband mellan Ipex och Antula. Ipex vinner fördelar genom att bolaget kopplas samman med Zon. Marknadsföringen är vilseledande om produktens kommersiella ursprung och strider mot 6 och 8 a §§ MFL.

Meda och Ipex

Marknadsföringen av Flector

Meda har inte genom innehållet i Flector I och II obehörigen utnyttjat Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”. Medas uppfattning är att det föreligger betydande skillnader mellan det i marknadsföringen använda uttrycket ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?” och Antulas slogan. Den av Antula använda sloganen är därtill så allmängiltig för geler att det krävs en väldigt omfattande utredning för att komma fram till att den har ett sådant uppmärksamhetsvärde som Antula gör gällande. Någon sådan utredning föreligger inte i målet.

Flector I visar en man som efter att ha spelat tennis får ont i armbågen. Flector II visar en kvinna som efter löpning får ont i ankeln. Marknadsföringen tar således sikte på de indikationer för vilka Flector är godkänd. Det kan inte råda någon tvekan om att det endast är de två aktuella indikationerna som avses. Någon reglering som medför att marknadsföringen måste innehålla uppgift om vilka indikationer som läkemedlet inte avser finns inte. Uttrycken ”för behandling av lokal smärta” och ”Som en värktablett i plåsterform” används endast för att på ett enkelt sätt förklara för konsumenterna hur Flector fungerar. Marknadsföringen har i dessa delar sin utgångspunkt i produktresumén. Flector har godkänts enligt proceduren för ömsesidigt godkännande inom EU. Detta innebär att Flector har godkänts för samma indikationer i samtliga länder vid ett och samma tillfälle. Det kan konstateras att Läkemedelsverket föreslog att Flector skulle godkännas för i stort sett samma indikationer som Zon och Siduro. Detta pekar på att Flector kan användas för behandling av andra indikationer än de som produkten är godkänd för.

Meda har aldrig påstått att Zon skulle vara klibbig lång tid efter applicering. Meda har endast påstått att geler är kladdiga vilket är deras naturliga egenskap. Att en gel är kladdig i samband med applicering är självklart. Meda delar inte uppfattningen att det endast är tiden efter applicering som är den relevanta. Självklart är det viktigt att t.ex. slippa tvätta händerna efter applicering. Användare uppfattar Zon som kladdig till skillnad från Flector. Vad gäller lukt framgår

av FASS att Zon har en lukt av alkohol. Flector däremot har endast en svag doft av parfym. Användare av produkterna upplever att Zon har en kraftig lukt men att Flector i princip är luktfri. Utredningen ger sammantaget stöd för att konsumenter som använder Flector slipper gellers kladdiga egenskaper och lukt. Meda bestrider därför att påståendet att geler är kladdiga och luktar är vilseledande på det sätt Antula har påstått.

Marknadsföringen av Siduro

Siduro har funnits tillgänglig för försäljning vid samtliga apotek i Sverige sedan 2002. Förpackningen för Siduro har ett utseende som klart skiljer den från förpackningen för Zon. Det har alltid varit Ipex avsikt att marknadsföra Siduro med nämnda förpackning och de specifika kännetecknen den har. Ipex har sedan produkten lanserades konsekvent marknadsfört densamma i huvudsak mot bl.a. läkarkår och lageransvariga på apotek. Detta har bl.a. skett genom direktmarknadsföring. Siduro har kommit att bli den bäst säljande ketoprofenbaserade gelen inom segmentet förskrivning från öppenvården såvitt avser förpackningen om 60 gram. Zons 60-gramsförpackning omfattas visserligen inte av läkemedelsförmånen men detta påverkar inte förskrivningen av Siduro. Läkare förskriver det preparat som är lämpligt och reflekterar normalt inte över om det berörda läkemedlet omfattas av läkemedelsförmånen. Det är uppenbart att Siduro inte är lika känd som Zon. Att Siduro skulle vara okänd är dock inte korrekt. Siduro har en total marknadsandel inom den receptbelagda och den receptfria marknaden om ca 13 procent. En sådan produkt kan inte vara okänd. Det är inte heller korrekt att benämna Siduro som en lågprisvara. Det finns inte någonting i målet som visar att så skulle vara fallet. Det är således inte visat att Siduro har sämre kvalitet eller sämre egenskaper än Zon. Enbart den omständigheten att Siduro har ett lägre pris innebär inte att Siduro skall klassas som en lågprisprodukt. När det gäller Antulas påstående om att en jämförelse mellan produkterna är missvisande skall anmärkas att Läkemedelsverket har funnit att produkterna är utbytbara. För att så skall kunna ske krävs bl.a. att produkterna innehåller samma aktiva substans i samma mängd och att de hjälpämnen som ingår inte skiljer sig åt på ett sådant sätt att olägenheter kan uppstå för patienten. Dessa faktorer är uppfyllda beträffande Zon och Siduro. Läkemedelsverkets prövning är mycket noggrann. Produkterna skulle således inte ha godkänts för utbyte om det inte hade kunnat ske utan några som helst olägenheter för patienterna. Att produkterna i viss mån innehåller olika hjälpämnen saknar således betydelse.

Siduro I

Ipex bestrider att bolaget obehörigen utnyttjat Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”. Ipex uppfattning är att det föreligger betydande skillnader mellan uttrycket ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?” och Antulas slogan. Enligt Ipex är den av Antula använda sloganen så allmängiltig för geler att det krävs en väldigt omfattande utredning för att komma fram till att den har ett sådant uppmärksamhetsvärde som Antula gör gällande. Antula har inte visat att så är fallet.

Ipex användning av uttrycken ”det är märkligt att den ledande smärtstillande gelen kostar jättemycket mer, trots att Siduro innehåller samma substans i samma mängd” och ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?” misskrediterar inte Antula eller dess varumärke Zon. Formuleringen ”det är märkligt” används endast för att höja uppmärksamheten hos konsumenterna och påvisa den stora prisskillnaden. Det finns ingenting i formuleringen som indikerar att Antulas prissättning är klandervärd. Prisskillnaden är dock sådan att det finns anledning att uppmärksamma konsumenterna på densamma. Formuleringen ”göra plånboken illa” används bara som ett led i en prisjämförelse mellan två likvärdiga produkter. Uttrycket kan inte uppfattas som nedvärderande eller misskrediterande på det sätt Antula gör gällande.

Den förpackningsstorlek som visas i filmen är Siduro 60-gram. Ingen annan förpackningsstorlek visas i reklamen. Siduros 60-gramsförpackning kostar 54 kr. Zons 60-gramsförpackning kostar 77 kr 50 öre. Prisskillnaden uppgår således till 44 procent. Denna prisskillnad innebär att det finns fog för påståendet att Zons 60-gramsförpackning kostar jättemycket mer och det är därför inte fråga om någon kraftig överdrift på det sätt Antula gjort gällande. Det är korrekt att Siduro även finns i 30-gramsförpackning. Denna förpackning säljs dock bara hos ett fåtal apotek och står endast för 1-3 procent av Ipex totala försäljning av smärtstillande geler. Den har beteckningen provförpackning i så motto att den inte har marknadsförts och inte heller sålts i någon större utsträckning. Siduros 30-gramsförpackning utgör en annan produkt än Siduros 60-gramsförpackning och det kan därför inte vara fråga om någon felaktig jämförelse mellan produkter. Försäljningen av 30-gramsförpackningen är därtill vikande vilket indikerar att reklamen inte har fått någon negativ effekt för konsumenterna. Någon faktisk förväxling har således inte skett.

Ipex bestrider att den aktuella filmen ger intryck av att Zon och Siduro skulle vara identiska. Den påtalade filmen ger rimligen intrycket att Siduro är en produkt som har likvärdiga egenskaper som Zon. Uttrycket ”samma substans i samma mängd” avser i detta sammanhang ingenting annat än att produkterna innehåller samma aktiva substans i samma mängd. Det finns inte någonting i reklamen som kan vilseleda konsumenterna att tro att det är fråga om identiska produkter. Det torde visserligen inte vara möjligt för genomsnittskonsumenten att endast genom att läsa innehållsförteckningen förstå de skillnader som föreligger. Ipex bestrider dock att marknadsföringen skulle lura konsumenterna att inte närmare undersöka det närmare innehållet i produkterna. Läkemedelsverket har efter en noggrann undersökning funnit att produkterna är likvärdiga. Det finns alltså inte någon patientrisk i något avseende vid ett byte mellan produkterna.

Vad gäller påståendet i filmen att Siduro ger samma smärtlindring som Zon har Ipex uppfyllt sin bevisbörda redan genom Läkemedelsverkets beslut om utbytbarhet. De undersökningar Antula har låtit utföra förändrar inte den omständigheten att produkterna är utbytbara.

Siduro II

I reklamfilmen presenteras Zon och Siduro bredvid varandra under en tidsrymd om ca 13 sekunder. Båda produkterna presenteras i naturlig storlek med de färger respektive produkt har. Det har således inte skett någon förvanskning i något avseende. I filmen anges ostridiga fakta beträffande produkternas innehåll och pris. Produkterna framställs inte som identiska. Det framgår klart att jämförelsen avser 60-gramsförpackningar och det finns inte någonting i filmen som indikerar ett kommersiellt samband mellan Zon och Siduro. Det är i stället uppenbart att det är fråga om en jämförelse mellan konkurrerande produkter av olika kommersiellt ursprung. Filmen visar på enklast möjliga sätt den relevanta skillnad som föreligger mellan produkterna, dvs. priset. Det finns inte någonting i filmens innehåll som innebär att Zon misskrediteras. Filmen avslutas med att Siduro zoomas in samtidigt som Ipex logotyp framträder klart och tydligt. Det är fråga om en helt neutral framställning som inte innehåller något tal och som är mycket saklig. Marknadsföringen är inte otillbörlig i något avseende.

BEVISNING

Antula har åberopat omfattande skriftlig bevisning, däribland ett flertal marknadsundersökningar.

Meda och Ipex har åberopat viss skriftlig bevisning.

Syn har hållits på i målet aktuella reklamfilmer och produkter.

DOMSKÄL

Målen rör Medas marknadsföring av det medicinska plåstret Flector och Ipex marknadsföring av den smärtstillande gelen Siduro. Antula har gjort gällande att marknadsföringen utgör renommésnyltning och att den i flera avseenden är vilseledande. Antula har även gjort gällande att marknadsföringen av Siduro är misskrediterande för bolaget.

Enligt 4 § marknadsföringslagen (1995:450), MFL, skall marknadsföringen stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Enligt 6 § samma lag får en näringsidkare vid marknadsföringen inte använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares näringsverksamhet. Detta gäller särskilt framställningar som avser bl.a. produktens egenskaper, användning och pris. I 8 a § samma lag anges vidare vilka särskilda krav som ställs på jämförande reklam. Marknadsdomstolen har i tidigare praxis framhållit att jämförelser i reklam kan innebära värdefull information och utgöra ett led i en värdefull konkurrens. En förutsättning är dock att jämförelsen uppfyller lagens krav på vederhäftighet. Detta innebär bl.a. att de lämnade uppgifterna i sig skall vara korrekta och att jämförelsen skall ge en rättvisande totalbild av de produkter som jämförs.

Marknadsföring av läkemedel regleras särskilt i läkemedelslagen (1992:859). Av 21 § nämnda lag – i dess lydelse vid tiden för den aktuella marknadsföringen – framgår att information som utgör ett led i marknadsföringen av ett läkemedel skall vara aktuell, saklig och balanserad samt att den inte får vara vilseledande. För att närmare precisera vad bestämmelsen innebär har Läkemedelsindustriföreningen utarbetat Regler för Läkemedelsinformation. Dessa regler avser information riktad såväl till läkare och annan hälso- och sjukvårdspersonal som till allmänheten. Reglerna tillämpas av egenåtgärdsorganet Nämnden för Bedömning av Läkemedelsinformation (NBL) och marknadsföring som strider mot reglerna anses av NBL vara i strid mot god sed på läkemedelsinformationens område.

I motiven till MFL har vidare framhållits att det finns anledning att ställa speciellt höga krav på vederhäftighet vid marknadsföring som riktar sig till sjuka personer, eftersom de kan antas vara

mindre kritiska än konsumenter i allmänhet. Dessutom har framhållits att mycket stora krav bör ställas på medicinsk argumentation, eftersom sådan argumentation har en övertygande kraft. Det ställs således mycket höga krav på marknadsföring av läkemedel, vilket också tydligt framgår av Marknadsdomstolens praxis.

Med ovan angivna utgångspunkter gör Marknadsdomstolen följande bedömning av innehållet i de påtalade reklamfilmerna.

Flector I-IV

Antula har bl.a. gjort gällande att Medas användning av uttrycket "Om du vet var du har ont" i Flector I och II utgör renommésnyltning enligt 4 § MFL. För att så skall vara fallet krävs att den av Antula använda sloganen "Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?" är känd på marknaden så att den förknippas med en viss näringsidkares verksamhet.

Av utredningen i målen framgår att marknadsföringen av Zon med användningen av sloganen "Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?" har varit mycket omfattande och nått ut till ett stort antal konsumenter. Vidare framgår att Zon vid tiden för den aktuella marknadsföringen har haft en marknadsandel som uppgått till mer än 60 procent. De marknadsundersökningar som åberopats i målet visar därtill att konsumenternas kännedom om såväl Zon som den angivna sloganen är hög. Med hänsyn till dessa omständigheter är det styrkt att angiven slogan är känd på marknaden på det sätt som krävs enligt MFL. Nämnda slogan får också anses vara så väl känd i positiv bemärkelse att den medför ett renommé för Antula.

I ovan nämnda reklamfilmer anknyter Meda mycket nära till Antulas slogan. Härigenom utnyttjar Meda det uppmärksamhetsvärde som Antulas slogan har erhållit hos konsumenterna. Medas marknadsföring i denna del utgör därför renommésnyltning och är därmed otillbörlig enligt 4 § MFL. Antulas yrkande under punkten a) skall därför bifallas.

När det gäller Medas påståenden om att Flector kan användas "för behandling av lokal smärta" och är "Som en värktablett i plåsterform" samt skillnaderna mellan de aktuella produkternas användningsområden skall, som tidigare angivits, information som utgör ett led i marknadsföringen av ett läkemedel vara saklig och balanserad. Av artiklarna 2 och 102 i ovan nämnda Regler för Läkemedelsinformation framgår därvid att den produktresumé som fastställts av Läkemedelsverket utgör den sakliga utgångspunkten för informationen samt att informationen

inte får innehålla andra indikationer än de som godkänts för läkemedlet. Gör den det, är marknadsföringen enligt avgöranden av NBL i strid mot god sed på läkemedelsinformationens område.

Det anförda leder således till bedömningen att marknadsföringen av Flector endast får avse de indikationer för vilka produkten är godkänd, dvs. tennisarmbåge och ankelstukning. Påståendet ”för behandling av lokal smärta” ger intrycket att Flector kan användas för behandling av all lokal smärta. Därtill ger påståendet ”Som en värktablett i plåsterform” intrycket att Flector generellt kan ersätta smärtstillande tabletter, vilket är uppenbart felaktigt. Marknadsföringen innehåller således påståenden om att Flector kan användas för andra indikationer än de för vilka produkten är godkänd. Att reklamen endast visar personer som använder Flector i överensstämmelse med de godkända användningsområdena föranleder ingen annan bedömning. Marknadsföringen strider i dessa delar mot läkemedelslagens bestämmelser och näringslivets egna regler på området. Den är därför otillbörlig enligt MFL. Med hänsyn härtill skall yrkandena under punkterna b) med viss justering och c) bifallas.

Såvitt gäller påståendet i marknadsföringen att geler är kladdiga och luktar så är det ostridigt i målet att så är fallet vid applicering. Antula har emellertid gjort gällande att Medas påstående även tar sikte på förhållandena efter appliceringen, dvs. att geler konstant skulle vara kladdiga och lukta. Enligt Marknadsdomstolens mening får dock en genomsnittskonsument antas känna till att geler, till skillnad från t.ex. salvor, tas upp av huden och därför normalt inte är kladdiga eller luktar efter applicering. En genomsnittskonsument torde således få uppfattningen att Medas reklam avser förhållandena under och kort tid efter applicering. Det får anses utrett att merparten av de geler som förekommer på marknaden såväl kladdar som luktar under denna begränsade period. Yrkandet under punkten d) skall därför lämnas utan bifall.

Medas marknadsföring får även anses innefatta ett påstående om att Flector inte luktar. Detta påstående måste uppfattas som att Flector inte luktar överhuvudtaget, vare sig vid applicering eller därefter. Redan av innehållet i produktresumén och bipacksedeln för Flector framgår att detta är felaktigt, eftersom produkten skall avge och också avger en svag parfymdoft. Påståendet är således vilseledande om Flectors egenskaper och strider därmed mot 6 § MFL. Yrkandet under punkten e) skall därför med viss justering bifallas.

Siduro I

Ipex har i filmen använt sig av formuleringen ”Om du vet var du har ont, varför göra plånboken illa?”. Denna formulering anknyter på samma sätt som den av Meda använda formuleringen ”Om du vet var du har ont” på ett otillåtet sätt till Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?”. Även Ipex utnyttjar således Antulas slogan för att skapa uppmärksamhet kring sin egen produkt. Det är även här fråga om renommésnyltning. Antulas yrkande under punkten a) skall därför bifallas.

När det gäller Antulas påstående om misskreditering vill Marknadsdomstolen betona att negativa uppgifter om en konkurrents produkter normalt är tillåtna så länge som de är korrekta. Det är således inte otillbörligt att ange att en konkurrents produkter är dyrare, om så verkligen är fallet. Att felaktigt ange en konkurrents produkter som dyrare är däremot otillbörligt enligt MFL. Ett sådant felaktigt påstående behöver dock inte innebära en misskreditering av konkurrenten. För att misskreditering skall anses föreligga krävs att det felaktiga påståendet även innehåller ett moment som medför att det är nedvärderande för konkurrenten. I förevarande fall har Ipex angett att det är ”märkligt” att Zon är dyrare och i samband därmed använt formuleringen ”göra plånboken illa”. Dessa uttryck är av sådan karaktär att konsumenter får uppfattningen att Zon är väsentligt dyrare än Siduro. Uttrycken kan emellertid inte sägas ha en nedsättande innebörd, eftersom de inte ger intrycket att Zon är oskäligt dyr (jfr MD 2000:31). Marknadsföringen kan därmed inte anses misskrediterande på det sätt Antula har gjort gällande. Yrkandet under punkten b) skall därför lämnas utan bifall.

Vad i övrigt gäller den prisjämförelse Ipex har vidtagit så framgår av utredningen att såväl Zon som Siduro förekom i två förpackningsstorlekar på den receptfria marknaden vid tiden för marknadsföringen. Det var emellertid endast förpackningen om 60 gram som var gemensam för produkterna. Marknadsföringen avser endast denna förpackning. Att konsumenter som sett reklamen skulle förledas att köpa en annan förpackningsstorlek än den som förekommit i reklamen framstår därför som osannolikt. Siduros 60-gramsförpackning är ostridigt billigare än Zons 60-gramsförpackning. Marknadsföringen kan inte anses förmedla något annat budskap. Däremot måste påståendet ”jättemycket mer” anses vilseledande, eftersom påståendet är oprecist och kan ge intryck av att den prisskillnad som föreligger mellan nämnda förpackningar är större än vad som verkligen är fallet. Således skall yrkandet under punkten c) lämnas utan bifall men yrkandet under punkten d) bifallas.

Beträffande Ipex påstående om att Siduro innehåller samma substans i samma mängd som Zon så torde genomsnittskonsumenten få uppfattningen att ordet ”substans” i formuleringen ”samma substans i samma mängd” endast avser den verksamma substansen i produkten. Någon risk för att konsumenter uppfattar produkterna som helt identiska kan därför inte anses föreligga. Av åberopade produktresuméer framgår att Siduro innehåller samma verksamma substans i samma mängd som Zon. Påståendet kan mot denna bakgrund inte anses strida mot MFL. Yrkandet under punkten e) skall därför lämnas utan bifall.

När det slutligen gäller påståendet om att Siduro ger samma smärtlindring som Zon medför den omständigheten att produkterna är utbytbara enligt domstolens mening en presumtion för att påståendet är korrekt. Vid sådant förhållande har Ipex uppfyllt sin bevisbörda och det ankommer på Antula att motbevisa presumtionen. Någon utredning som visar att Zon ger större smärtlindring än Siduro har inte förebringats. Yrkandet under punkten f) skall därför lämnas utan bifall.

Siduro II

Som Marknadsdomstolen tidigare har konstaterat ställer jämförande reklam stora krav på vederhäftighet. Detta gäller särskilt när det som i förevarande fall är fråga om ett direkt utpekande av en konkurrents produkt där jämförelsen begränsas till en viss aspekt, t.ex. priset. Det måste därvid klart framgå att jämförelsen är begränsad och att det inte är fråga om en totaljämförelse. Jämförelsen skall med andra ord vara fullständig med avseende på de aspekter som jämförs och det är av särskild vikt att den inte är vilseledande.

Marknadsdomstolen har ovan konstaterat att Antulas slogan ”Om du vet var du har ont, varför behandla hela kroppen?” är väl känd på marknaden och medför ett visst renommé för Antula. Detsamma måste naturligtvis anses gälla för varumärket Zon och Zons förpackning.

I förevarande fall har Antula gjort gällande att Ipex reklamfilm utgör renommésnyltning, eftersom filmens utformning innebär att Ipex drar otillbörlig fördel av Zons renommé. Det otillbörliga ligger enligt Antulas mening särskilt i att Ipex utnyttjar det faktum att Zon är en märkesprodukt för att framhäva en lågprisprodukt som är av sämre kvalitet. När det gäller detta påstående konstaterar domstolen dock att produkterna, som tidigare anförts, är utbytbara och därmed att anse som likvärdiga samt att det saknas utredning som visar att Zon ger större smärtlindring än Siduro. Enbart den omständigheten att Zon är känd på marknaden och åtnjuter ett gott

renommé hindrar därför inte att en direkt jämförelse görs mellan Zon och Siduro förutsatt att jämförelsen framhåller skillnaderna mellan produkterna på ett objektivt sätt. För konsumenterna kan tvärtom en sådan jämförelse vara av särskild vikt för att underlätta valet av produkt. Mot denna bakgrund och med särskilt beaktande av vad som närmare anförs nedan kan Ipex inte anses dra otillbörlig fördel av Zons renommé genom innehållet i reklamfilmen. Yrkandet under punkten b) skall därför lämnas utan bifall.

I filmen presenteras förpackningarna för Zon och Siduro bredvid varandra åtföljda av viss text med ostridiga uppgifter om produkterna, däribland förpackningsstorlek och pris. Siduro framställs inte som identisk med Zon. Däremot ger framställningen intrycket att Zon och Siduro är likvärdiga och har identiska egenskaper. Med hänsyn till vad som tidigare anförts om produkternas utbytbarhet är detta intryck emellertid inte vilseledande på det sätt Antula har påstått. Eftersom det tydligt anges att jämförelsen avser förpackningar om 60 gram ger reklamen inte heller intryck av att Siduro är generellt billigare än Zon. Det är även uppenbart att det rör sig om två olika produkter av olika kommersiellt ursprung. Någon risk för förväxling mellan produkterna kan därför inte anses föreligga. Yrkandena under punkterna c) – e) skall lämnas utan bifall.

Antula har slutligen anført att framställningen av Zon i reklamfilmen är misskrediterande för bolaget. Som tidigare anförts krävs det för att misskreditering skall anses föreligga att framställningen innehåller moment som är nedvärderande för konkurrenten. I förevarande fall rör det sig om en neutral jämförelse mellan två likvärdiga produkter som inte kan anses misskrediterande för Antula. Yrkandet under punkten f) skall därför också lämnas utan bifall.

Med hänsyn till att Antulas yrkanden under punkterna b) – f) lämnas utan bifall skall något förbud för Ipex att använda den aktuella reklamfilmen eller annan liknande framställning inte meddelas. Yrkandet under punkten a) skall därmed också lämnas utan bifall.

Vite

Enligt 19 § MFL skall ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Sådana särskilda skäl föreligger inte i detta fall. Förbuden i mål nr C 14/05 och C 15/05 skall därför förenas med vite.

Rättegångskostnader

Vad Antula har tappat i mål nr C 14/05 är endast av ringa betydelse. Meda skall därför ersätta Antula dess rättegångskostnader i nämnda mål. Om det yrkade beloppet råder inte tvist.

Antulas yrkanden i mål nr C 15/05 har bifallits endast till viss del. Kostnaderna för de olika delarna av målet kan inte särskiljas. Med hänsyn härtill skall vardera parten stå sin rättegångskostnad i nämnda mål.

Vid angiven utgång i mål nr C 26/05 skall Antula ersätta Ipex dess rättegångskostnader. Det yrkade beloppet är skäligt.

På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Jörgen Holgersson, Per Eklund, Jonas Häckner och Sten Nyberg. Enhälligt

Sekreterare: Mathias Wastesson