

KÄRANDE

Novartis Sverige Aktiebolag, Box 1150,
183 11 TÄBY
Ombud: advokaten G. E., Advokatfirman Lexum HB,
Box 5054, 187 05 TÄBY

SVARANDE

Antula Healthcare Aktiebolag
Östermalmsgatan 19, 114 26 STOCKHOLM
Ombud: advokaten K. C., S. & Partners Advokatbyrå
KB, Engelbrektsgatan 7,
114 32 STOCKHOLM

SAKEN

marknadsföring av smärtstillande läkemedel

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder Antula Healthcare Aktiebolag vid vite av femhundra tusen (500 000) kr att vid marknadsföring av läkemedlet Zon gel använda påståendena ”Zon är den överlägset mest populära värkgelen, ja faktiskt större än alla andra geler tillsammans” och ”Zon är en av landets snabbast växande receptfria läkemedel, vilket är ett bevis för att kunderna uppskattar behandling med Zon – i stället för värktablett. Zon har successivt blivit den helt dominerande NSAID-gelen på landets apotek”, om så inte är fallet.
2. Marknadsdomstolen lämnar Novartis Sverige Aktiebolags talan i övrigt utan bifall.
3. Antula Healthcare Aktiebolag skall ersätta Novartis Sverige Aktiebolag dess rättegångskostnader med tvåhundra tjugofemtusen (225 000) kr avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

YRKANDEN M.M.

Novartis Sverige Aktiebolag (Novartis) har yrkat att Marknadsdomstolen vid vite av 500 000 kr skall förbjuda Antula Healthcare Aktiebolag (Antula) att i sin marknadsföring av läkemedlet Zon gel använda något av påståendena

- a) ”Zon är den överlägset mest populära värkgelen, ja faktiskt större än alla andra geler tillsammans. Kanske beror det på att Zon är speciellt utvecklad för att ge bästa effekt”,
- b) ”Zon är den överlägset mest populära värkgelen, ja faktiskt större än alla andra geler tillsammans”,
- c) ”Zon är den populäraste värkgelen” och
- d) ”Zon är en av landets snabbast växande receptfria läkemedel, vilket är ett bevis för att kunderna uppskattar behandling med Zon – i stället för värktablett. Zon har successivt blivit den helt dominerande NSAID-gelen på landets apotek”, om så inte är fallet.

Antula har medgett att förbud skall meddelas såvitt avser påståendet att ”Zon är en av landets snabbast växande receptfria läkemedel”, om så inte är fallet, men bestritt att förbudet skall förenas med vite. Antula har bestritt Novartis yrkanden i övrigt.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

Marknadsdomstolen har i interimistiskt beslut den 21 februari 2006 meddelat förbud i enlighet med Novartis yrkanden under punkterna a), första meningen, b) och d).

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Novartis

Novartis är ett världsledande läkemedelsföretag som bildades 1996 i samband med att företagen Ciba Geigy och Sandoz slogs ihop. Novartis finns i ca 90 länder och hade för något år sedan 81 000 anställda. Bolagets totala omsättning uppgår till ca 35 miljarder US-dollar per år. Novartis svenska huvudkontor ligger i Täby och har ca 200 anställda. Omsättningen i Sverige uppgår till ca 1,2 miljarder kr per år.

Novartis marknadsför ett stort antal läkemedel, bl.a. receptfria läkemedel för egenvård såsom Voltaren gel (i det följande Voltaren). Voltaren är ett s.k. NSAID-läkemedel, dvs. ett läkemedel med smärtstillande och antiinflammatoriska egenskaper, som används vid mild till måttlig smärta i samband med muskel- och ledsador. Den aktiva substansen i Voltaren är diklofenak. Voltaren godkändes av Läkemedelsverket den 1 juli 2005 och den första leveransen till landets apotek skedde den 18 augusti 2005.

Antula marknadsför läkemedlet Zon gel (i det följande Zon). Zon har, liksom Voltaren, smärtstillande och antiinflammatoriska egenskaper. Zon och Voltaren har också samma användningsområde. Den aktiva substansen i Zon är ketoprofen. Zon var fram till augusti 2005 den gel som sålde bäst i Sverige. Novartis noterade i samband med att Voltaren introducerades en ökad frekvens av Antulas marknadsföringsåtgärder för Zon. Under hösten 2005 och januari 2006 marknadsfördes Zon framförallt genom TV-reklam. Antula använde i huvudsak fem reklamfilmer. I reklamfilm 1, som visades fram t.o.m. januari 2006 påstods bl.a. att ”Zon är den överlägset mest populära värkgelen. Jaha, faktiskt större än alla andra geler tillsammans. Kanske beror det på att Zon är speciellt utvecklad för att ge bästa effekt och samtidigt vara skonsam mot huden.”. I reklamfilmerna 2 och 3, som visades fram t.o.m. november 2005, påstods bl.a. ”Och Zon det är den mest populära värkgelen, faktiskt större än alla de andra gelerna tillsammans.”. I reklamfilmerna 4 och 5, som också visades fram t.o.m. november 2005, påstods bl.a. att ”Zon är den mest populära värkgelen”. Reklamfilmerna, som visades i TV4, hade en mycket stor genomslagskraft. Enligt tillgänglig statistik uppgick antalet ”tittarkontakter” för reklamfilmerna 1, 2, 4 och 5 under veckorna 45-48 år 2005 till 17 miljoner samt antalet ”tittarkontakter” för reklamfilm 1 under veckorna 1 och 2 år 2006 till ca 2,5 miljoner. Samtidigt som TV-reklamen pågick använde Antula på sin webbplats påståendena ”Zon är landets snabbast växande läkemedel” och ”Zon är en av landets snabbast växande receptfria läkemedel vilket är ett bevis för att kunderna uppskattar behandling med Zon – i stället för värktabletter. Zon har successivt blivit den helt dominerande NSAID-gelen på landets apotek”.

Enligt Novartis uppfattning är samtliga påståenden Antula har gjort i den ovan angivna marknadsföringen felaktiga och strider mot marknadsföringslagens (1995:450), MFL, bestämmelser om god marknadsföringssed.

När det gäller Antulas påståenden om Zons popularitet framgår av tillgänglig läkemedelsstatistik från IMS Health att påståendena är felaktiga. I nämnda statistik återges bl.a. månads-

försäljningen (Month, M), försäljningen hittills under ett år (Year To Date, YTD) och försäljningen under de senaste 12 månaderna, rullande 12 månader, (Moving Annual Total, MAT). Samtliga dessa värden är vedertagna inom läkemedelsbranschen och används för att räkna ut respektive bolags marknadsandel. Nedanstående tabeller visar försäljningen av Voltaren och Zon under perioden augusti 2005 – januari 2006 vid en jämförelse med andra receptfria smärtstillande produkter för utvärtes behandling. Siffrorna inom parentes avser den månatliga försäljningen av Zon när jämförelsen inskränks till att endast avse värggeler.

	Augusti 2005			September 2005			Oktober 2005		
	<i>M</i>	<i>YTD</i>	<i>MAT</i>	<i>M</i>	<i>YTD</i>	<i>MAT</i>	<i>M</i>	<i>YTD</i>	<i>MAT</i>
Voltaren	6 %	1 %	1 %	41 %	7 %	5 %	28 %	9 %	8 %
Zon	45 % (52 %)	53 %	54 %	28 % (30 %)	50 %	51 %	40 % (43 %)	48 %	49 %

	November 2005			December 2005			Januari 2006		
	<i>M</i>	<i>YTD</i>	<i>MAT</i>	<i>M</i>	<i>YTD</i>	<i>MAT</i>	<i>M</i>	<i>YTD</i>	<i>MAT</i>
Voltaren	40 %	13 %	12 %	44 %	15 %	15 %	45 %	45 %	19 %
Zon	35 % (37 %)	47 %	47 %	32 % (34 %)	46 %	46 %	33 % (35 %)	33 %	43 %

Som angivits ovan introducerades Voltaren på den svenska marknaden i mitten av augusti 2005. Voltarens försäljning nämnda månad uppgick till 6 procent. Redan i september 2005 uppgick dock den månatliga försäljningen av Voltaren till 41 procent jämfört med Zons 28 procent. Denna tendens har därefter hållit i sig. I oktober 2005 minskade visserligen försäljningen av Voltaren till 28 procent. Orsaken var leveransproblem. Novartis kunde inte förutse att försäljningen av Voltaren skulle bli en sådan enorm succé som den faktiskt blev och produkten tog helt enkelt slut. Redan i november 2005 hade dock försäljningen av Voltaren återhämtat sig. I takt med den ökade försäljningen ökade också värdena för försäljningen under de senaste 12 månaderna (MAT) och försäljningen hittills under året (YTD). Hela tiden har tendensen varit densamma. Inte vid något tillfälle sedan oktober 2005 har Zon varit i närheten av Voltarens försäljningssiffror. Antula har gjort gällande att statistiken är missvisande eftersom den även omfattar plåster och salvor. Som framgår av tabellerna blir dock

resultatet i princip detsamma om jämförelsen inskränks till att enbart avse värkgeler. Antula har även gjort gällande att aktuella påståenden skall bedömas mot bakgrund av försäljningen de senaste 12 månaderna (MAT). Det finns visserligen ett avgörande från Läkemedelsindustrins Informationsgranskningsman (IGM) av vilket framgår att påståenden av den karaktär som Antula har gjort i den påtalade marknadsföringen skall vara förankrade i statistik över en längre tidsperiod än en enstaka månad. Beslutet säger dock ingenting om hur lång tidsperiod som krävs. Med stöd av ovan redovisade statistik anser Novartis således att samtliga påståenden om Zons popularitet som har gjorts i den påtalade marknadsföringen är vilseledande enligt MFL.

Vad gäller påståendet "Kanske beror det på att Zon är speciellt utvecklad för att ge bästa effekt" utgör det ett påstående om att Zon har den bästa effekten av alla geler på marknaden. Antula har inte visat att så är fallet. Antula har visserligen åberopat en metaanalys för att styrka påståendets riktighet. Denna analys omfattar dock inte diklofenak som är den aktiva substansen i Voltaren. Analysen utgör därför inte något stöd för att Zon är effektivare än Voltaren. Antulas påstående är därför även i denna del att anse som vilseledande enligt MFL.

Sammantaget anser Novartis att Antula inte har styrkt de påståenden som har gjorts i den påtalade marknadsföringen. Antulas marknadsföring är därför ovederhäftig och vilseledande i strid mot 4 och 8 a §§ MFL.

Antula

När det gäller Antulas påståenden om Zons popularitet bör bedömningen ske med utgångspunkt från statistik som endast avser försäljningen av värkgeler. Att det endast är marknaden för värkgeler som är aktuell framgår redan av ordalydelsen och kontexten i reklamfilmerna. Antula anser vidare att bedömningen skall ske med utgångspunkt från försäljningen under de senaste 12 månaderna (MAT) alternativt försäljningen hittills under året (YTD). Försäljningen hittills under året kan dock inte väljas om den endast omfattar någon enstaka månad vilket är fallet i början av ett kalenderår. IMS redovisar, som framgått ovan, tre skilda mått, M, MAT och YTD. Samtliga dessa är i och för sig vedertagna för att redovisa ett företags marknadsposition. Om man utgår från IGM:s beslut i det ärende som åberopats av Novartis måste man dock rimligen bortse från statistik som baseras på den månatliga försäljningen (M). Den statistik som endast avser viss månad kan således lämnas utan avseende. Mark-

nadspositionen skall därför, som tidigare angivits, bedömas med utgångspunkt från försäljningen under de senaste 12 månaderna (MAT) eller försäljningen hittills under året (YTD). Andra försäljningsperioder publiceras inte i statistiken och kan därför inte komma i fråga. Därvid skall särskilt beaktas att marknadsandelar kan variera mycket över tiden. Att endast utgå från statistik som avser några enstaka månader ger därför inte något tillförlitligt resultat. Det gäller i synnerhet när det är fråga om försäljning av ett nytt läkemedel. När ett nytt läkemedel introduceras sker en lageruppbyggnad hos apoteken. Det är denna uppbyggnad som framgår av statistiken. Först efter en längre period går det att bedöma hur populär en produkt är hos konsumenterna.

Zon var vid tiden för den aktuella marknadsföringen marknadsledande sedan flera år. Zons marknadsandel uppgick således till ca 63 procent 2003, ca 59 procent 2004 och ca 50 procent 2005. Voltarens marknadsandel 2005 uppgick till ca 16 procent. Av de påtalade reklamfilmerna sändes fyra fram t.o.m. november 2005. När dessa filmer sändes för sista gången fanns bara statistik fram t.o.m. oktober 2005 tillgänglig. Zons marknadsandel i oktober 2005 uppgick till 54,7 procent baserat på försäljningen under de senaste 12 månaderna (MAT) och 54 procent baserat på försäljningen hittills under året (YTD). Voltarens marknadsandel beräknad på motsvarande sätt uppgick nämnda månader till 8,9 procent respektive 10,4 procent. Eftersom Zons marknadsandel översteg 50 procent står det klart att Antula hade fog för sina påståenden om Zons popularitet i nämnda reklamfilmer. Beträffande påståendena i den film som sändes i januari 2006 och påståendena på webbplatsen bör bedömningen ske med utgångspunkt från den statistik som fanns tillgänglig fram t.o.m. december 2005. Zons marknadsandel uppgick denna månad till 50,4 procent baserat på såväl försäljningen under de senaste 12 månaderna (MAT) som försäljningen hittills under året (YTD). Motsvarande siffra för Voltaren var 16,9 procent. Antula hade således även i dessa delar fog för sina påståenden.

Såvitt gäller påståendet ”Kanske beror det på att Zon är speciellt utvecklad för att ge bästa effekt” bestrider Antula att detta utgör en jämförelse med innebörd att Zon är effektivare än alla andra värgeler på marknaden. Att det inte är fråga om en jämförelse framgår redan av påståendets ordalydelse. Påståendet ”bästa effekt” förekommer således inte separat. Det framgår också av innehållet i reklamfilmen att det inte är fråga om någon jämförelse. Inga andra geler nämns. Någon jämförelse med andra geler beträffande effekt görs inte. I texten används uttrycket ”effektiv” men inte uttrycket ”effektivare”. I marknadsföringen anges att Zon är utvecklad för att ge bästa effekt, dvs. med målsättningen att ge bästa effekt och inte

att Zon faktiskt ger bästa effekt i förhållande till andra geler. Att Zon är effektiv stöds av den metaanalys som Antula har åberopat.

Sammantaget har Antula, i bestridda delar, styrkt de påståenden som har gjorts i marknadsföringen. Antulas marknadsföring är således inte otillbörlig på det sätt som Novartis har påstått.

BEVISNING

På Novartis begäran har förhör hållits med sakkunniga M. E.

På Antulas begäran har förhör hållits med sakkunniga H. B.

Parterna har åberopat viss skriftlig bevisning.

Syn har hållits på i målet aktuella reklamfilmer.

DOMSKÄL

Novartis har gjort gällande att de påståenden om Zons popularitet och effekt som Antula har gjort i den påtalade marknadsföringen är ovederhäftiga och vilseledande i strid mot 4 och 8 a §§ marknadsföringslagen (1995:450), MFL.

Enligt 4 § MFL skall marknadsföringen stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Av stadgandet följer att all marknadsföring skall vara vederhäftig. Den som i marknadsföring använder sig av ett påstående skall kunna styrka påståendets riktighet. Kan vederbörande inte detta skall påståendet anses ovederhäftigt och därmed otillbörligt. 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. näringsidkarens ställning på marknaden. I 8 a § samma lag anges vidare att en näringsidkare i sin reklam direkt eller indirekt får peka ut en annan näringsidkare eller dennes produkter endast under vissa förutsättningar. Bl.a. får jämförelsen inte vara vilseledande. Vid marknadsföring av läkemedel ställs särskilt höga krav på vederhäftighet (jfr bl.a. MD 2006:27).

När det gäller Antulas påståenden om Zons popularitet måste bedömningen av påståendenas vederhäftighet ske med utgångspunkt från hur stor försäljningen av Zon har varit i förhållande till andra likvärdiga produkter. Eftersom samtliga påståenden hänvisar till värkgeler bör försäljningen av Zon jämföras med försäljningen av andra värkgeler på marknaden.

Såvitt avser påståendet ”Zon är en av landets snabbast växande receptfria läkemedel, vilket är ett bevis för att kunderna uppskattar behandling med Zon – i stället för värktablett” har Antula till viss del medgett Novartis yrkande. Med hänsyn till målets indispositiva karaktär är Marknadsdomstolen emellertid inte bunden av Antulas medgivande i denna del utan har att göra en självständig prövning av marknadsföringens tillbörlighet. Redan av den statistik Antula har åberopat framgår dock att Zon inte var ett av landets snabbast växande receptfria läkemedel vid tiden för den påtalade marknadsföringen. Marknadsföringen i denna del är därmed att betrakta som ovederhäftig och vilseledande i strid mot MFL. Novartis yrkande under punkten d) första meningen skall därför bifallas.

Vad därefter gäller påståendet att ”Zon är den populäraste värkgelen” så har detta påstående endast använts i de reklamfilmer som sändes fram t.o.m. november 2005. Vid denna tidpunkt fanns enbart statistik fram t.o.m. oktober 2005 tillgänglig för Antula. Av denna statistik framgår, oavsett beräkningsgrund, att Zon alltså var den populäraste värkgelen på marknaden. Antula har således i denna del haft fog för sitt påstående. Novartis yrkande under punkten c) skall därför lämnas utan bifall.

Påståendet ”Zon är den överlägset mest populära värkgelen, ja faktiskt större än alla andra geler tillsammans” förekom i den reklamfilm som visades i januari 2006. Vid den tidpunkten fanns statistik fram t.o.m. december 2005 tillgänglig för Antula. Av denna statistik kan utläsas att det från september 2005 hade funnits en klar och tydlig tendens som pekat på att Voltaren tagit över positionen som den populäraste värkgelen på marknaden. Enligt Marknadsdomstolens mening har nämnda statistik, som omfattat fyra månaders försäljning, varit tillräcklig för att kunna konstatera att Antulas påstående om Zons popularitet såvitt nu är i fråga inte längre har varit korrekt. I konsekvens härmed har Antulas påstående på bolagets webbplats om att Zon successivt blivit den helt dominerande NSAID-gelen på landets apotek också varit felaktigt. Marknadsföringen är därmed även i dessa delar att betrakta som ovederhäftig och vilseledande i strid mot MFL. Novartis yrkanden under punkterna a) första meningen, b) och d) andra meningen skall därför bifallas.

När det slutligen gäller formuleringen ”Kanske beror det på att Zon är speciellt utvecklad för att ge bästa effekt” torde den för en genomsnittskonsumert, i aktuellt sammanhang, uppfattas som ett påstående om att Zon är en effektiv värgel i förhållande till andra värgeler. Formuleringen kan dock inte, som Novartis har påstått, anses ge intryck av att Zon är effektivare än samtliga på marknaden förekommande värgeler. Att Zon är en effektiv värgel i förhållande till flera andra värgeler får anses styrkt genom den metaanalys som Antula har åberopat. Med hänsyn härtill har Antula haft fog för sitt påstående i denna del. Novartis yrkande under punkten a) andra meningen skall därför lämnas utan bifall.

Vite

Enligt 19 § MFL skall ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövt. Sådana särskilda skäl föreligger inte i målet.

Rättegångskostnader

Vad Novartis har tappat i målet är endast av ringa betydelse. Novartis skall därför erhålla full ersättning för sina rättegångskostnader. Det yrkade beloppet är skäligt.

På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Per Eklund, Ingrid Larén Marklund, Jonas Häckner och Sten Nyberg. Enhälligt

Sekreterare: Mathias Wastesson