



MARKNADSDOMSTOLENS DOM

2008:7

2008-04-22

Dnr B 1/07

KÄRANDE

Konsumentombudsmannen (KO),
Box 48, 651 02 KARLSTAD

SVARANDE

Brandwork Scandinavia AB,
Brahegatan 4, 114 37 STOCKHOLM
Ombud: advokaten H. W. och jur. kand. E. H.,
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB,
Box 1711, 111 87 STOCKHOLM, samt advokaten
J. B., Arsenalsgatan 4, 111 47 STOCKHOLM

SAKEN

Marknadsföring i periodisk skrift av konfektionsvaror
under varukännetecken som helt eller delvis används
och är registrerat för en tobaksvara

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen lämnar KO:s talan utan bifall.
2. KO ska ersätta Brandwork Scandinavia AB dess rättegångskostnader med tvåhundra-femtiotusen (250 000) kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker. Hela beloppet avser ombudsarvode.

Postadress
Box 2217
103 15 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 9

Telefon
08-412 10 30
E-post
mail@marknadsdomstolen.se
<http://www.marknadsdomstolen.se>

Telefax
08-21 23 35

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00 – 15:00

YRKANDEN M.M.

KO har yrkat att Marknadsdomstolen vid vite förbjuder Brandwork Scandinavia AB att, på sätt som skett i de åberopade tidningsannonserna eller på väsentligen likartat sätt, använda varukännetecken för tobaksvaran Marlboro vid marknadsföring av konfektionsvaror till konsumenter.

Brandwork Scandinavia AB (Brandwork) har bestritt KO:s talan. För det fall Marknadsdomstolen överväger att i målet tillämpa 14 a § tobakslagen (1993:581) har Brandwork yrkat att domstolen ska hämta in förhandsavgörande enligt artikel 234 i EG-fördraget.

KO har bestritt Brandworks yrkande om förhandsavgörande.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

DEN PÅTALADE MARKNADSFÖRINGEN

Den i målet påtalade marknadsföringen består av annonser som dels var införda i tidningen Dagens Nyheter vid fem tillfällen under hösten 2005, dels i tidskriften Svensk Golf nr 11 2006 (se domsbilaga där den sist nämnda annonsen återges).

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Bakgrund

Brandwork är svensk generalagent åt Valentino Fashion Group Spa (Valentino) för försäljning av kläder, skor och accessoarer under varumärket Marlboro Classics. Brandwork tar emot beställningar av svenska återförsäljare och förmedlar dessa vidare till Valentino. För detta arbete ersätts Brandwork av Valentino med en provision som är baserad på nettofaktureringen till de svenska återförsäljarna.

Valentino tillverkar och säljer produkter under varumärket Marlboro Classics enligt ett licensavtal med International Trademarks Incorporated (International Trademarks), som är ett helägt dotterbolag till Philip Morris International. Det är Valentino som i samarbete med International Trademarks tar fram tidningsannonser och bestämmer när och var dessa ska

publiceras. Annonskampanjer i enskilda länder genomförs sedan med hjälp av lokala reklambyråer.

Bolag i Philip Morris-koncernen registrerade ordmärket Marlboro för cigaretter i det svenska varumärkesregistret 1929, figurmärket för cigaretter 1956 och ordet Marlboro för kläder 1963.

Därutöver har parterna anfört i huvudsak följande.

KO

Marlboro är världens mest sålda cigarett. I Sverige är Marlboro den cigarett som flest ungdomar röker. En viktig orsak till cigarettmärket Marlboros popularitet är den framgångsrika reklamkampanjen med ”Marlboro Man” som bedrevs från och med 1960-talet och fram till 1990-talet. Karakteristiskt för den kampanjen var rökande cowboys som befann sig i öppna och karga miljöer.

Den dominerande delen av varukännetecknet Marlboro är namnet i sig. Marlboro är ett egennamn och det begränsar automatiskt antalet möjliga associationer. Med hänsyn till den långa tid som varunamnet Marlboro varit i bruk som varukännetecken för tobaksvaran, den massiva marknadsföringen av tobaksvaran som har föregått reklamförbudet samt cigarettmärkets dominerande ställning på marknaden, torde namnet Marlboro vara det mest välkända varukännetecknet för en tobaksvara i Sverige.

Att Philip Morris strategi är att kringgå förbudet mot tobaksreklam genom indirekt tobaksreklam framgår av de av bolagets interna dokument som har getts in i målet.

I den påtalade marknadsföringen syns namnet Marlboro tydligt på två ställen i de båda annonserna. Namnet syns dels i logotypen, dels i webbadressen. Marknadsföringen strider därför mot huvudregeln i 14 a § tobakslagen om förbud mot indirekt tobaksreklam i periodiska skrifter.

Att på sätt som skett i den påtalade marknadsföringen använda ordet Marlboro ger starka associationer till tobaksvaran. Marlboro är, som redan nämnts, världens mest sålda cigarett och har ett synnerligen starkt inarbetat varunamn. Det är över huvud taget inte möjligt att

använda ordet Marlboro för andra produkter utan att det ger starka associationer till tobaksvaran. Denna association är så stark att den kvarstår oförändrad trots att beteckningen ”Classics” lagts till i de påtalade annonserna och oberoende av de utseendemässiga förändringar som gjorts av själva varukännetecknet.

Associationen till tobaksvaran Marlboro förstärks dessutom av hur annonserna i övrigt har utformats. De båda männen i annonserna är avbildade på ett sätt som torde ge en viss anknytning till den image som förmedlades genom reklamkampanjen ”Marlboro Man”. Det gäller särskilt då namnet Marlboro framträder tydligt i annonserna. I annonsen som publicerades i Dagens Nyheter finns dessutom tydliga likheter i typsnittet med det som används i varukännetecknet för tobaksvaran. I det övre högre hörnet finns också ett rött figurmärke som föreställer en cowboy i långrock, vilket måste anses syfta på reklamkampanjen ”Marlboro Man”.

I annonsen som publicerades i Svensk Golf har visserligen logotypen för Marlboro Classics ändrats. Förändringen är emellertid inte så stor att varukännetecknet kan anses framträda i en form som tillräckligt tydligt skiljer sig från utseendet på tobaksvarans kännetecken för att undantagsregeln i 14 a § tredje stycket 2 tobakslagen ska vara tillämplig. Därtill kommer att ordet Marlboro i webbadressen har ett typsnitt som inte i nämnvärd utsträckning skiljer sig från det som används för tobaksvaran. Omständigheterna är inte heller sådana att det kan anses oskäligt att tillämpa det förbud som följer av huvudregeln om förbud mot indirekt tobaksreklam.

Brandwork

Marlboro Classics är ett varukännetecken som introducerades för herrkonfektion under mitten av 1980-talet. Varukännetecknet har allt sedan dess bara använts för kläder och accessoarer. Det har aldrig använts för cigaretter eller andra tobaksvaror.

Befogenheten att besluta om marknadsföringsåtgärder regleras i avtal mellan Valentino och International Trademarks. Enligt licensavtalet med Valentino ska Brandwork fullgöra säljfrämjande åtgärder på uppdrag av Valentino. Av licensavtalet följer varken någon rättighet eller någon skyldighet att medverka i den marknadsföring som sker genom annonser i den svenska pressen. Brandwork har inte heller på något sätt bidragit eller medverkat till att de påtalade annonserna togs fram och publicerades. Den enda uppgift som Brandwork har i

marknadsföringssammanhang är att distribuera det reklammaterial som Valentino har färdigställt till detaljhandeln. Vid nu angivna förhållanden kan Brandwork inte anses ansvarig för den i målet påtalade marknadsföringen.

I de påtalade annonserna skiljer sig utformningen av varukännetecknet för Marlboro Classics på ett tydligt sätt från det som används för tobaksprodukterna. Dessutom används varukännetecknet bara för kläder och har aldrig använts i marknadsföringen för tobaksvaror eller andra tobaksrelaterade produkter som t.ex. tändare eller askkoppar. Det finns inte någon ägar- eller avtalsrelation mellan Brandwork och tillverkarna av Marlboros tobaksvaror. Brandworks enda uppgift är att sälja de kläder och accessoarer som marknadsförs under varumärket Marlboro Classics. Vid sådana förhållanden är det dels uppenbart att varukännetecknet för Marlboro Classics i de påtalade annonserna tydligt skiljer sig från det som används för tobaksvarorna, dels omständigheterna sådana att ett förbud är oskäligt. Den påtalade marknadsföringen strider således inte mot tobakslagens förbud mot indirekt tobaksreklam.

Det svenska förbudet mot indirekt tobaksreklam är dessutom inte förenligt med EG-rätten. Förbudet är diskriminerande och går allt för långt för att kunna anses proportionerligt i förhållande till EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster. Vid sådana förhållanden kan inte tobakslagens bestämmelse om förbud mot indirekt tobaksreklam tillämpas i målet enligt sin nuvarande lydelse.

KO har genmält

Den enda direkta kontaktuppgiften som finns i de påtalade annonserna är telefonnumret till Brandwork. Därmed framstår Brandwork utåt sett som den egentlige annonsören. Brandwork är dessutom den aktör på den svenska marknaden som har det största kommersiella intresset av att Marlboro Classics konfektionsvaror marknadsförs till svenska konsumenter. Den omständigheten att det genom avtal bestämts att Valentino ska utforma och genomföra vissa marknadsföringsåtgärder i Sverige kan inte anses innebära att Brandworks ansvar för marknadsföringen upphör. Vid nu angivna förhållanden måste det anses åligga Brandwork att tillskapa rutiner som säkerställer att bolagets kontaktuppgifter inte förekommer i annonser som är otillbörliga enligt marknadsföringslagen (1995:450), MFL.

Det svenska förbudet mot indirekt tobaksreklam är varken diskriminerande eller så långtgående att det kan anses oproportionerligt i förhållande till EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster.

BEVISNING

Parterna har åberopat viss skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

Inledning

Målet rör frågan om den påtalade marknadsföringen strider mot tobakslagens (1993:581) förbud mot indirekt tobaksreklam. Enligt 14 a § i den lagen gäller som huvudregel ett förbud för näringsidkare att i marknadsföringen av en annan vara än en tobaksvara använda ett varukännetecken som helt eller delvis används för en tobaksvara eller som är registrerat eller inarbetat för en sådan vara, om marknadsföringen sker i kommersiella annonser i periodisk skrift. Av tredje stycket i samma paragraf framgår att förbudet inte gäller vid vissa särskilt angivna förhållanden.

Brandwork har bestritt KO:s talan på tre grunder, nämligen att bolaget inte kan hållas ansvarigt för den påtalade marknadsföringen, att den påtalade marknadsföringen inte strider mot förbudet mot indirekt tobaksreklam samt att det svenska förbudet mot indirekt tobaksreklam inte är förenligt med EG-rätten och därför inte kan tillämpas i målet enligt sin nuvarande lydelse. För det fall Marknadsdomstolen överväger att tillämpa nämnda förbudsbestämmelse, har bolaget yrkat att domstolen ska hämta in ett förhandsavgörande från EG-domstolen enligt artikel 234 i EG-fördraget.

KO har bestritt Brandworks yrkande om förhandsavgörande.

Kan Brandwork hållas ansvarigt för den påtalade marknadsföringen?

Enligt 15 § i tobakslagen ska en marknadsföringsåtgärd som strider mot förbudet mot indirekt tobaksreklam vid tillämpningen av 4, 14 och 19 §§ i marknadsföringslagen (1995:450), MFL, anses vara otillbörlig mot konsumenter.

Enligt 14 § första stycket i MFL får en näringsidkare vars marknadsföring strider mot god marknadsföringssed eller på något annat sätt är otillbörlig mot konsumenter förbjudas att fortsätta med marknadsföringen eller att vidta någon annan liknande åtgärd. Enligt andra stycket i samma paragraf får ett förbud enligt första stycket meddelas också en anställd hos näringsidkaren, någon annan som har handlat på näringsidkarens vägnar eller var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen. Bestämmelsen i andra stycket om medverkansansvar har tillkommit främst i syfte att rikta sanktioner mot reklambyråer och andra som utformar reklammaterial eller lägger upp en marknadsföringskampanj på uppdrag av en näringsidkare (prop. 1994/95:123 s. 92). Även tidningsföretag som har publicerat annonser med otillbörlig marknadsföring har ansetts kunna ådra sig ett medverkansansvar (se t.ex. MD 2006:21).

I målet är ostridigt att Brandwork inte har vidtagit några som helst aktiva åtgärder avseende den påtalade marknadsföringen. Marknadsdomstolen noterar också att den enda uppgift i de påtalade annonserna som – såvitt visats i målet – synes kunna hänföras till Brandwork är bolagets telefonnummer. I den ena annonsen finns också en uppmaning om att den som vill ha information ska ringa det telefonnummer som anges.

KO gör emellertid gällande att Brandwork har ett sådant utvecklat samarbete med Valentino kring gemensamma marknadsföringsåtgärder att det måste anses åligga Brandwork att se till att det inom ramen för det samarbetet finns rutiner som säkerställer att bolagets kontaktuppgifter, dvs. i förevarande fall telefonnummer, inte förekommer i otillbörlig marknadsföring (se MD 2004:9 och jfr även domstolens uttalande om medverkansansvar i koncernförhållanden i MD 2005:11).

Brandwork har bestritt att bolaget har samarbetat med Valentino kring gemensamma marknadsföringsåtgärder på annat sätt än att bolaget distribuerar reklammaterial till svenska detaljister. Av ett i målet åberopat agentavtal framgår också att Brandwork, enligt avtalet, har en allmän skyldighet att verka för att Valentinos produkter marknadsförs till detaljistledet. I målet är dessutom ostridigt att det inte finns något ägarsamband mellan Brandwork och Valentino eller International Trademarks. Det har inte heller framkommit att det finns några sådana samband eller avtalsrelationer mellan Brandwork och bolag som ingår i Philip Morris-koncernen.

Mot bakgrund av det anförda har KO, enligt Marknadsdomstolens mening, inte visat att omständigheterna i målet är sådana att det kan hållas för visst att Brandwork måste ha godtagit eller ställt sig bakom den påtalade marknadsföringen (jfr MD 1988:26). Detsamma gäller KO:s påstående om att det skulle föreligga ett väl utvecklat samarbete mellan Brandwork och Valentino beträffande marknadsföringsåtgärder riktade mot konsumenter.

Marknadsdomstolen kan därutöver bara konstatera att KO inte närmare har preciserat vad samarbetet om gemensamma marknadsföringsåtgärder egentligen består av. KO har inte heller presenterat någon utredning som kan klarlägga denna fråga. Vid dessa förhållanden föreligger inte i förevarande mål de förutsättningar som krävs för att sträcka ut ansvaret för marknadsföringen på sätt som domstolen gjorde i avgörandet MD 2004:9. KO:s talan ska således redan på grund härav lämnas utan bifall. Vid denna bedömning saknas anledning att ta ställning till de övriga frågor som är aktuella i målet.

Rättegångskostnader

Med denna utgång i sak ska KO ersätta Brandwork för dess rättegångskostnader.

Brandwork har yrkat ersättning för rättegångskostnader med sammanlagt 537 000 kr. Hela det yrkade beloppet avser ombudsarvode. KO har vitsordat ett belopp om 250 000 kr som skäligt i och för sig.

Enligt Marknadsdomstolens mening motiverar varken målets omfattning eller beskaffenhet en högre ersättning än det belopp som KO har vitsordat.

På Marknadsdomstolens vägnar



C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Jörgen Holgersson, Per Eklund, Lars Hallén och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Johan Rosén