



MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2009:12

2009-06-01

Dnr C 7/08

KÄRANDE

The Xanté Company AB,
Box 3097, 400 10 Göteborg
Ombud: advokaten S. W. och
jur. kand. C. A., M. S. Advokatbyrå, Box 1711,
111 87 Stockholm

SVARANDE

H Mounier SA,
Rue, Lhomeyer 161 00 Cognac, Frankrike
Ombud: advokaten H. S.,
Advokatfirman G. AB, Box 2259,
403 14 Göteborg och jur. kand. A-M. L.,
Valea AB, Lindholmspiren 5, 417 56 Göteborg

SAKEN

Marknadsföring av päronlikör

DOMSLUT

1. The Xanté Company AB:s talan lämnas utan bifall.
2. The Xanté Company AB ska ersätta H Mounier SA:s rättegångskostnader med femhundra-trettiofemtusen sexhundra-nittiosju (535 697) kr, varav 494 400 kr avser arvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

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

BAKGRUND

The Xanté Company AB (Xanté) tillverkar och säljer produkten XANTÉ, en frukt- och bärlikör med konjaksbas som utöver konjaken får sin smak av päron. XANTÉ introducerades på den svenska marknaden 1994.

H Mounier S.A. (Mounier) är ett franskt kooperativt ägt företag som säljer produkter i stora delar av världen. Produktionen sker i princip i Frankrike. Företagets produkter säljs i Sverige men inte på Systembolaget.

Under 2006 lanserade Mounier produkten KISMI, som ingår bl.a. i Viking Lines sortiment. KISMI är liksom XANTÉ en frukt- och bärlikör med konjaksbas och smak av päron.

YRKANDEN

Xanté har yrkat att Marknadsdomstolen ska förbjuda Mounier vid vite av en miljon kr, eller annat kraftigt verkande vite som Marknadsdomstolen bedömer lämpligt, att vid marknadsföring av likör använda i domsbilaga 1 avbildad förpackning eller annan liknande förpackning som är förväxlingsbar med Xantés förpackning för produkten XANTÉ, domsbilaga 2.

Mounier har bestritt yrkandet.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

Xanté

XANTÉ-förpackningen (varmed även avses dryckens färg) är känd på den svenska likörmarknaden, som är den relevanta marknaden vid prövningen av målet, och har särprägel på den marknaden. Följande komponenter, som inte valts av funktionella skäl utan i särskiljande syfte ger förpackningen dess särprägel: Flaskans höga och smala form med klassiskt rundade s.k. skuldror och en tjock botten, en liten rektangulär frontetikett med

avskalad dekor placerad högt upp på flaskan, ett varumärke bestående av fem guldversaler, en öppen cirkel innehållande en guldfärgad symbol vilken bryter av mot frontetikettens långsida, guldbrun färg på drycken som lyfts fram av den genomskinliga flaskan, en rektangulär baksidetikett placerad högt upp på flaskan, en naturkork som försluter flaskan och som omges av en svart s.k. shrink cap som sträcker sig långt ned på flaskhalsen. XANTÉ-förpackningens särskiljande drag är inte var för sig särpräglade men tillsammans bildar de en helhet som ger förpackningen särprägel.

KISMI-förpackningen har sådana likheter med XANTÉ-förpackningen att det finns risk för förväxling mellan dessa båda produkter. De viktigaste likheterna är att båda förpackningarna har i princip samma form, även om KISMI-förpackningen är enklare i utformningen; samma storlek, klassiskt rundade skuldror i övergång mellan flaskkroppen och flaskhalsen, tjock botten, liten rektangulär etikett högt uppe på flaskan med framhävd guldfärg och en guldfärgad cirkel som bryter av mot etikettens långsida, en svart s.k. shrink cap som täcker korken och går ned långt på flaskhalsen. Dryckerna har vidare i princip samma färg.

Likheterna beror inte på funktionella egenskaper hos någon av förpackningarna. KISMI-förpackningen är därför en otillåten efterbildning av XANTÉ-förpackningen enligt 14 § marknadsföringslagen (2008:486), MFL.

Marknadsföringen är enligt 8 § MFL att anse som otillbörlig då den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

XANTÉ-förpackningen har vidare ett gott renommé och förknippas med Xantés verksamhet. Detta renommé utnyttjas otillbörligt genom att KISMI-förpackningen till sin utformning anknyter och associerar till XANTÉ-flaskan. Marknadsföringen strider på denna grund mot god marknadsföringssed enligt 5 § MFL. Då marknadsföringen i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut är den otillbörlig enligt 6 § MFL.

XANTÉ fick efter lanseringen 1994 snabbt en mycket stark ställning på den svenska marknaden och har sedan introduktionen konstant varit en av de bäst säljande likörerna. Den är för närvarande den tredje bäst säljande likören och den mest sålda frukt- och bärlikören på Systembolaget.

Produkten betecknades vid lanseringen som poire au cognac. Efter en kort tid på den svenska marknaden lanserade Xanté beteckningen päronkonjak som ett svenskt varumärke för produkten, vilket var en svensk motsvarighet till beteckningen poire au cognac. Päronkonjak, som inte är någon korrekt generisk benämning eftersom drycken inte är en konjak utan en likör, har sedan dess varit ett kännetecken för produkten och fungerar som ett varumärke som används i vardagligt tal. Att så är fallet framgår av den marknadsundersökning som Xanté låtit göra. Sammanlagt 52 procent av de tillfrågade svarade att de tänkte på XANTÉ eller päronkonjak när de såg KISMI-förpackningen med varumärket övertäckt. Det ska ses mot bakgrund av att XANTÉ vid undersökningstillfället var den enda produkten i sitt slag på Systembolaget och i princip den enda päronkonjakslikören i Sverige. Det övervägande antalet respondenter identifierade därför XANTÉ när de svarade päronkonjak. Vid den undersökning som gjorts bland anställda vid Systembolaget svarade 50 procent att XANTÉ päronkonjak är en beteckning för XANTÉ och 26 procent svarade att päronkonjak och XANTÉ är samma sak.

Päronkonjak har alltså sedan länge fungerat som ett vardagligt använt varumärke på produkten XANTÉ. Xanté har också registrerat beteckningen päronkonjak genom att ge sitt dotterbolag firman Päronkonjak i Sverige AB. Sedan år 1998 säljs produkten emellertid under varumärket XANTÉ då den i målet aktuella förpackningen också introducerades.

Xanté lade ned mycket arbete på framtagandet av förpackningen. Syftet med arbetet var att få fram en förpackning som skulle tilltala målgruppen och särskilja förpackningen på marknaden. I arbetet med förpackningen ingick också dryckens färg, vilket är naturligt eftersom flaskan är genomskinlig. Dryckens guldbruna färg beror inte på konjaksbasen utan är ett medvetet val och åstadkoms genom att drycken tillsätts en speciell sockerblandning. Förpackningen som kom att användas till XANTÉ saknar i princip motsvarighet på den svenska likörmarknaden. De flesta flaskor på den svenska likörmarknaden har inte svart shrink cap, är inte höga och smala och har inte små etiketter. Inga andra flaskor på likörmarknaden har en cirkel som på samma sätt bryter av mot den rektangulära etiketten. Ett flertal andra likörflaskor är färgade eller innehåller en dryck som har färgats på ett karakteristiskt sätt. Även andra likörer med konjaksbas, t.ex. Grand Marnier och Mandarine, skiljer sig från XANTÉ-förpackningen.

Xanté har under de tre senaste åren lagt ned ca tio miljoner kr per år på marknadsföring av XANTÉ. Av summan avser ca två miljoner kr den svenska marknaden. Det rör sig bl.a. om events och marknadsföring i Viking Lines kataloger.

Under 2005 strandade prisförhandlingarna mellan Viking Line och Maxxium, som skötte förhandlingarna för XANTÉ och många andra produkter i Viking Lines sortiment. Viking Line meddelade i mars 2006 att alla Maxxioms produkter, däribland XANTÉ, skulle tas ur sortimentet, vilket också skedde från och med den 1 maj samma år. Viking Line tog istället in ett antal alternativa produkter. En sådan ersättningsprodukt var KISMI som då introducerades på den svenska likörmarknaden i en förpackning snarlik XANTÉ-förpackningen.

Varje särskiljande drag hos XANTÉ-förpackningen representerar en valmöjlighet där Mounier hade kunnat välja en annan utformning av sin förpackning men istället valde att anknyta till XANTÉ-förpackningen och dess positiva uppmärksamhetsvärde.

Av den marknadsundersökning som Xanté har låtit göra framgår att det finns en risk för förväxling mellan förpackningarna. En stor andel av de tillfrågade uppgav att de tänkte på päronkonjak när de såg KISMI-förpackningen. Som anförts ovan är päronkonjak en alternativ beteckning på XANTÉ.

Mounier

XANTÉ-förpackningen saknar särprägel och är inte heller känd i omsättningskretsen. Det finns i vart fall ingen risk för att KISMI-förpackningen ska förväxlas med XANTÉ-förpackningen. Mouniers försäljning och marknadsföring av KISMI-förpackningen utgör därför inte någon otillåten efterbildning enligt 14 § MFL. Mounier har inte heller genom att marknadsföra KISMI-förpackningen utnyttjat XANTÉ-förpackningens renommé. Åtgärden strider därför inte mot god marknadsföringssed enligt 5 § MFL. Marknadsföringen har inte i något avseende påverkat konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Päronkonjak är en generisk beteckning och inte någon alternativ beteckning eller varumärke för XANTÉ. Det finns flera päronkonjaker i Europa, t.ex. Pear, som ingår i Systembolagets beställningssortiment, Paradise, Pierre Begaud, Poire William au Cognac och Cognac F. Gacon, Sensation Poire William. En guldbrun färgnyans är vanlig för dessa drycker, liksom alkoholhalten om 38 procent. XANTÉ är ursprungligen en fransk produkt och det är därför

naturligt att den har samma karakteristika som motsvarande drycker på kontinenten. Färgnyansen är vanlig också för konjak och whiskey och även punsch, brännvin och calvados finns i samma nyans.

Likörmarknaden utgör ingen egen marknad utan är i princip en del av den övriga alkoholmarknaden. Alkoholmarknaden är vidare internationell i det att många märken säljs i ett stort antal länder och konsumenter inhandlar även alkohol i olika länder. För att bedöma om XANTÉ-förpackningen är särpräglad och känd måste man därför i princip beakta hela alkoholmarknaden. Att likörmarknaden inte är en avgränsad marknad framgår bl.a. av de undersökningar som Xanté gjort om sina kunders dryckesvanor. Kunderna uppgav i undersökningarna bl.a. att konjak för dem är det vanligaste substitutet till XANTÉ och att whisky är det näst vanligaste. Först som tredje vanligaste alternativ till XANTÉ återfinns andra likörer. Även andra drycker, t.ex. calvados, är enligt Xantés undersökningar vanliga alternativ till XANTÉ. Xanté marknadsför också XANTÉ som ett alternativ till bl.a. konjak och whiskey.

XANTÉ-förpackningen består huvudsakligen av formelement som förekommit i flaskor sedan 100 år tillbaka. Det gäller t.ex. den cylinderformade kroppen, skuldrorna och den konformade flaskhalsen och den tjocka botten. XANTÉ-förpackningen har ett synligt x-urtag på botten av flaskan, vilket såvitt känt inte någon annan flaska haft tidigare. Det är dock inte tillräckligt för att ge förpackningen som helhet särprägel.

KISMI-förpackningen är en standardflaska ur glastillverkarens Saver Glass sortiment. Samma flaska används bl.a. till Blossa Glögg, Mouniers konjak Polignac V.S.O.P., konjakerna FCXO och Le Reviseur. Många andra är snarlika och utformningen med en cylinderformad kropp, skuldror och en flaskhals är vanligt förekommande inom produktsegmentet.

KISMI-förpackningen skiljer sig från XANTÉ-förpackningen genom att den har lodrät kropp och hals och saknar x-urtag i botten. Varumärkena påminner inte om varandra och XANTÉ är skrivet mot en guldfärgad etikett som är integrerad med färgen på drycken medan KISMI står skrivet på en svart etikett. Det finns inga likheter vad gäller varumärkets typsnitt och KISMI är inte skrivet i relief på det sätt som XANTÉ är. Baksidetiketterna har olika färger och text. Det finns visserligen ett urtag på båda förpackningarnas etiketter men dessa har ingen figurativ likhet. Dryckerna har vidare inte samma färgnyans. En annan

skillnad är att XANTÉ-förpackningen är fylld med dryck så att ingen luftspalt syns i flaskan till skillnad från KISMI-förpackningen som har en tydlig luftspalt.

Alkoholkonsumenter är märkesmedvetna och väljer dryck med omsorg. De är vana vid att alkoholhaltiga drycker förekommer i förpackningar som liknar varandra och har därför hög uppmärksamhetsnivå. Det gör att risken för förväxling minskar även om två produkter i något avseende liknar varandra.

BEVISNING

På Xantés begäran har hållits vittnesförhör med A. B., före detta verkställande direktören för Xanté, och sakkunnigförhör med professor U. B. På Mouniers begäran har vittnesförhör hållits med C. F., marknadsdirektör på Mounier.

Båda parter har åberopat skriftlig bevisning. Det har bl.a. åberopats marknadsundersökningar som gjorts bland konsumenter och bland anställda vid Systembolaget, av Xanté beställda undersökningar om kundernas attityder och visst marknadsföringsmaterial. Vidare har ett stort antal fotografier på bl.a. alkoholdrycker förevisats.

Det har hållits syn på samliga likörflaskor i Systembolagets ordinarie sortiment liksom på ett större antal andra flaskor utöver de två flaskor som är aktuella i målet.

DOMSKÄL

Målet rör marknadsföring av en päronlikör. Xanté har gjort gällande att KISMI-förpackningen, som marknadsförs av Mounier, utgör en vilseledande efterbildning av XANTÉ-förpackningen. Xanté har också gjort gällande att Mounier genom att marknadsföra KISMI-förpackningen gjort sig skyldigt till renommésnyltning.

Mounier har bestritt Xantés talan och hävdade att XANTÉ-förpackningen saknar särprägel, att den inte är känd på marknaden och att det inte finns någon risk för förväxling mellan de omstridda produkterna.

Sedan den 1 juli 2008 gäller en ny marknadsföringslag (2008:486), MFL. Av övergångsbestämmelserna framgår bl.a. att bestämmelserna i 4-22 och 29-36 §§ ska tillämpas också på

marknadsföring som har vidtagits före ikraftträdandet, om inte åtgärden var tillåten enligt äldre föreskrifter.

Den i målet aktuella marknadsföringen har pågått i oförändrad form både före och efter den 1 juli 2008.

Vilseledande efterbildning

Enligt 14 § 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.

Enligt 8 § MFL är marknadsföring som är vilseledande enligt bl.a. 14 § MFL otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut (det s.k. transaktionstestet).

För att en produkt ska anses särpräglad krävs att produktens utformning har en huvudsakligen särskiljande funktion, dvs. har till ändamål att ge produkten ett utseende som i estetiskt hänseende skiljer den från andra produkter. En utformning som huvudsakligen tjänar till att göra produkten ändamålsenlig och således är tekniskt eller funktionellt betingad kan inte betraktas som särpräglad. En sådan utformning måste få vara tillgänglig för envar, om inte annat följer av särskild lagstiftning. Detta gäller även om alternativa tekniska lösningar står till buds (se bl.a. prop. 1994/95:123 s. 58).

Marknadsdomstolen har i flera fall prövat frågan om en produkts särprägel (se t.ex. MD 1983:3, 1985:5, 1988:6, 2002:27 och 2005:12). Av dessa avgöranden framgår bl.a. att ett föremål som har en grundform som bestäms av funktionella hänsyn kan ha särprägel om det har försetts med sådana särskiljande drag att helheten får anses ha särprägel. Det kan också vara så att ett föremål består av komponenter som var för sig inte är tillräckliga för att ge en förpackning särprägel men som tillsammans ger den en egen karaktär och därmed särskiljningsförmåga.

XANTÉ-förpackningen har en grundform med flaskkropp och flaskhals som använts under mycket lång tid och får anses vara betingad av funktionella hänsyn. Förpackningen har emellertid i flera avseenden en utformning som är resultatet av estetiska överväganden. Det

gäller t.ex. formen på skuldrorna, de inåtlutande sidorna på flaskans kropp, den svarta shrink cap som går ned så långt på flaskhalsen att ingen luftspalt syns. Flaskan har vidare försetts med en tjock botten i vilken ett "x" är infällt. Detta är i viss mån synligt även från sidan. Förpackningen har en guldfärgad etikett på vilken varumärket är skrivet i relief med versaler i guldfärg med svarta kanter. På etiketten finns en öppen cirkel, som bryter av mot den rektangulära formen och innehåller ett "x". Dessa komponenter bildar enligt Marknadsdomstolens mening en helhet som ger XANTÉ-förpackningen en egen karaktär och därmed särprägel.

Marknadsdomstolen övergår till att pröva frågan om XANTÉ-förpackningens utstyrsel är känd inom omsättningskretsen i så hög grad att den förknippas med en viss näringsidkare, dvs. ett visst kommersiellt ursprung.

Marknadsdomstolen har i flera tidigare avgöranden prövat produkters kändhet (jfr bl.a. MD 2004:23, 2005:3, 2005:13 och 2007:27) och därvid bedömt frågan utifrån vad som framkommit genom marknadsundersökningar, i de fall sådana gjorts, och annars genom marknadsföringens omfattning och kostnader, försäljning, övrig produktexponering och genom bolagets eller produktens marknadsandel och vittnesuppgifter.

Xanté har åberopat bl.a. en marknadsundersökning där konsumenter fått se en KISMI-förpackning som har maskerats på så sätt att en tejpbit har satts för varumärket KISMI. Urtaget med ett päron i etikettens övre kant har dock varit synligt liksom texten pear & cognac. Av undersökningen framgår att mycket få identifierat flaskan som XANTÉ. En större andel, 48 procent, svarade att de tänkte på päronkonjak när de såg flaskan. Av undersökningen framgår dock inte vad som fått de tillfrågade att uppge päronkonjak. Det går inte av undersökningen, och inte heller av vad som i övrigt förekommit i målet, att med någon högre grad av säkerhet slå fast att respondenterna uppgett päronkonjak för att de känt igen XANTÉ-förpackningens utstyrsel och därför inte heller att de avsett XANTÉ när de svarat päronkonjak.

Med hänsyn till det anförda ger marknadsundersökningen enligt Marknadsdomstolens mening inget starkt stöd för påståendet att XANTÉ-förpackningen, som inte visats upp och inte heller är identisk med KISMI-flaskan, är känd bland konsumenter av alkohol. Frågan är då om den övriga utredningen ger tillräckligt stöd för att så är fallet.

Xanté har argumenterat för att den svenska likörmarknaden är relevant vid bedömningen av bl.a. kändhet. Det har gjorts gällande att XANTÉ har en stark ställning på marknaden och att produkten är den tredje mest sålda likören på Systembolaget. Dessa uppgifter har emellertid inte på något sätt konkretiserats med t.ex. försäljningssiffror eller annan statistik om omsättning för XANTÉ i förhållande till konkurrerande alkoholdrycker. Xanté har uppgett att man spenderar ca två miljoner kr per år på marknadsföring på den svenska marknaden men har inte i någon högre grad preciserat vad denna summa läggs på. De uppgifter som förekommit i dessa delar är så allmänt hållna att bevisvärdet av dem enligt Marknadsdomstolens mening är relativt lågt. Det framgår vidare av utredningen att konsumenterna inte anser XANTÉ vara utbyttbar enbart mot andra likörer, utan betraktar i vart fall även andra spritdrycker som alternativ. Xantés andel av likörförsäljningen tagen för sig kan därför inte tillmätas avgörande betydelse.

A. B. har uppgett bl.a. att päronkonjak blev en alternativ beteckning för produkten, som kort tid efter lanseringen blev standardprodukt på barer och restauranger. Hon har också uppgett att kunderna var lojala och berättade för andra om XANTÉ, varför ryktet om produkten spreds. Hennes uppgifter talar för att XANTÉ har fått en viss spridning på marknaden men de är inte tillräckliga för att visa att XANTÉ-förpackningens utstyrsel är känd.

Den övriga bevisning som Xanté har åberopat, bl.a. två rapporter om kännedom och attityder till XANTÉ, är inte utformad på ett sådant sätt att den ger ett tillförlitligt underlag för att bedöma hur känd XANTÉ-förpackningens utstyrsel är.

Marknadsdomstolen finner med hänsyn till det anförda att Xanté inte har förmått styrka att XANTÉ-förpackningens utstyrsel är känd på marknaden.

Vid denna bedömning saknar Marknadsdomstolen skäl att pröva om KISMI-förpackningen som sådan kan förväxlas med XANTÉ-förpackningen, eftersom det inte är styrkt att XANTÉ-förpackningen är känd på det sätt som krävs för att KISMI-förpackningen ska kunna utgöra en otillåten efterbildning enligt 14 § MFL.

Renommésnyltning

Om en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares produkter, kännetecken eller liknande har det i hittillsvarande praxis i många fall ansetts

vara i strid med god marknadsföringssed enligt nuvarande 5 § MFL. En första förutsättning för att renommésnyltning ska anses föreligga är att det som utnyttjas är känt på marknaden så att det förknippas med en annan näringsidkares verksamhet. Det som utnyttjas måste ha ett positivt uppmärksamhetsvärde i betydelsen kommersiellt renommé.

Vid den bedömning som Marknadsdomstolen gjort ovan kan inte XANTÉ-förpackningen anses vara känd på sådant sätt att den är bärare av ett renommé. Xantés talan ska därför även i denna del lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång är Xanté enligt 18 kap. 1 § rättegångsbalken skyldigt att ersätta Mouniers rättegångskostnader. Mounier har begärt 535 697 kr, varav 494 400 kr avser arbete, vilket har vitsordats som skäligt i och för sig av Xanté. Mounier ska därför tillerkännas ersättning för sina rättegångskostnader i enlighet med yrkandet.

På Marknadsdomstolens vägnar



C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Ingrid Larén Marklund, Maria Jakobsson och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Thomas Edling