



MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2012:1

2012-01-17

Dnr C 12/11

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Stockholms tingsrätts dom 2011-03-09 i mål nr T 3930-10, se *bilaga* (ej bilagd här)

KLAGANDE

BrilliantSmile Nordic AB, Styrgården 10,
417 64 Göteborg

Ombud: jur.kand. B-A. P., Nordbro AB,
Anna Lindhs Plats 4,
211 19 Malmö

MOTPART

Fantaby AB,
Södra Agnegatan 20, 112 21 Stockholm

SAKEN

Marknadsföring av tandblekningsmedel

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen undanröjer tingsrättens dom och återförvisar målet till tingsrätten för ny prövning.
2. Tingsrätten ska också pröva BrilliantSmile Nordic AB:s yrkande om ersättning för rättegångskostnader i Marknadsdomstolen.

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
Lunchstängt
12:00 – 13:00

BAKGRUND

- 1 Målet rör marknadsföring av tandblekningsprodukter. Stockholms tingsrätt meddelade den 9 mars 2011 dom i målet, T 3930-10, genom vilken BrilliantSmile Nordic AB:s (BrilliantSmile) talan lämnades utan bifall.

YRKANDEN M.M. I MARKNADSDOMSTOLEN

- 2 BrilliantSmile har yrkat att Marknadsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, vid kännbart vite ska förbjuda Fantaby AB (Fantaby) att i sin marknadsföring av tandblekning på sätt som skett eller på motsvarande sätt
 - i. göra jämförelse avseende hur många nyanser bättre resultat Beyonds och WhiteSpas tandblekningsprodukter ger jämfört med BrilliantSmiles tandblekningsprodukter med hänvisning till Socialstyrelsens studier när BrilliantSmile inte medverkat i dem,
 - ii. använda påståenden som att Beyonds eller WhiteSpas tandblekning är ledande inom Sverige/rankad som den bästa på marknaden/det mest effektiva tandblekningsmedlet på marknaden/ger bästa resultat bland alla professionella tandblekningsssystem inom Sverige enligt studier från Socialstyrelsen, eller andra jämförbara påståenden, när så inte är fallet,
 - iii. använda framställningar där BrilliantSmiles tandblekningsprodukter jämförs med Beyonds eller WhiteSpas tandblekningsprodukter med hänvisning till Socialstyrelsens studier när BrilliantSmile inte medverkat i dem.
- 3 Därtill har BrilliantSmile yrkat, med ändring av tingsrättens dom, att Fantaby ska förpliktigas att utge skadestånd med 904 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 22 juli 2010 till dess att betalning sker.
- 4 Vidare har BrilliantSmile yrkat att Marknadsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, ska förpliktiga Fantaby att utge ersättning för BrilliantSmiles rättegångskostnader i tingsrätten med ett belopp om 35 250 kr.
- 5 Slutligen har BrilliantSmile yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Marknadsdomstolen.

- 6 Fantaby har blivit behörigen delgivet samtliga handlingar i målet, inklusive kallelse till huvudförhandling, men har inte avgett någon inställning till yrkandena eller inställt sig till huvudförhandling.
- 7 Marknadsdomstolen har avgjort målet i Fantabys utemärke.
- 8 BrilliantSmile har i Marknadsdomstolen i allt väsentligt åberopat samma grunder och omständigheter till stöd för sin talan som vid tingsrätten.

BEVISNING

- 9 BrilliantSmile har i stort åberopat samma skriftliga bevisning som vid tingsrätten. Därtill har bolaget bl.a. åberopat utdrag från webbplatser till styrkande av vilket bolag som står bakom ett visst domännamn.
- 10 På BrilliantSmiles begäran har förhör under sanningsförsäkran hållits med S. R., vd för BrilliantSmile, samt vittnesförhör hållits med K. M., tandtekniker på Akademikliniken, A. H., Alexiskliniken, och C. M., tandläkare på Akademikliniken Dental.
- 11 S. R. har uppgett bl.a. följande. BrilliantSmile är marknadsledande på marknaden för tandblekningsmedel. Bolaget har ca 300 kunder, vilka består av tandläkare och skönhets-salonger, och omsätter ca 6 miljoner kr detta redovisningsår. BrilliantSmile marknadsför sig dels via direktutskick till potentiella kunder, dels via tv, dels ock genom telefonmarknads-föring. Bolagets produkter var inte med i Socialstyrelsens rapport men blev ändå av misstag upptagna i den. Socialstyrelsen rättade dock sin rapport när felet påtalades. När han besökte C. M. på hennes arbete fick han det brev som Fantaby skickat till BrilliantSmiles kunder förevisat för sig.
- 12 K. M. har uppgett bl.a. följande. Han har arbetat med tandblekning i 16 år och har varit kund hos BrilliantSmile sedan 2004. Han fick ett utskick från ett bolag som heter Fantaby och eftersom han blev konfunderad av brevet kontaktade han BrilliantSmile. Han hade dock inga tankar på att byta produkt. Han har haft patienter som har frågat efter produkterna från Beyond.

- 13 A. H. har uppgett bl.a. följande. Han har varit kund hos BrilliantSmile sedan 2008–2009. Någon gång under 2009 fick han ett brev från ett bolag som heter Fantaby, i vilket det stod att det bolagets produkter var bättre än BrilliantSmiles produkter. Han kontaktade då S. R. och blev lugnad. Han kände till Beyonds tandblekningsprodukter innan brevet. Han har inte fått några reaktioner från sina kunder.
- 14 C. M. har uppgett bl.a. följande. Hon köper såväl tandblekningsmedel som den tandblekningslampa hon använder från BrilliantSmile. Hon har varit kund hos bolaget sedan 2005. Hon känner inte till bolaget Fantaby men känner däremot igen namnet L. R. och produkterna som kallas Beyond. Hon blev uppringd av någon som ville sälja dessa produkter och hon ville då först prova produkterna, vilket hon också till sist fick. Efter det har hon inte haft någon kontakt med någon som vill sälja Beyonds produkter annat än att hon fick ett brev i vilket det angavs att Beyonds produkter var mycket bättre än BrilliantSmiles produkter.

MARKNADSDOMSTOLENS SKÄL

- 15 Målet rör marknadsföring av tandblekningsmedel och BrilliantSmile har gjort gällande att påtalad marknadsföring strider mot 10 och 18 §§ marknadsföringslagen (2008:486), MFL, varför förbud ska meddelas. Vidare har BrilliantSmile gjort gällande att bolaget lidit skada och därför är berättigat till skadestånd enligt 37 § MFL samt att skadeståndet – med hänsyn till att det är svårt att fastställa och bevisa skadans storlek – ska uppskattas till ett skäligt belopp med stöd av 35 kap. 5 § rättegångsbalken.
- 16 Tingsrätten prövade aldrig huruvida marknadsföringen var att bedöma som vilseledande och därmed inte heller huruvida BrilliantSmile var berättigat till skadestånd eftersom tingsrätten dels fann att det inte var utrett att det påtalade brevet hade skickats, dvs. inte utgjorde marknadsföring i enlighet med definitionen i 3 § MFL, dels fann att det inte var visat att det var Fantaby som var ansvarigt för den marknadsföring som förekom på påtalad webbplats, varför talan lämnades utan bifall.
- 17 Av 3 § MFL framgår att marknadsföring är reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare.

Marknadsdomstolens bedömning

- 18 Marknadsdomstolen prövar inledningsvis huruvida det påtalade brevet utgör marknadsföring i enlighet med definitionen i 3 § MFL. Av brevet framgår att en viss tandblekningsgel av märket Beyond – enligt rapport från Socialstyrelsen – ger i snitt fem nyanser bättre resultat än BrilliantSmile. Vidare framgår bl.a. att erbjudandet gäller alla salonger som använder BrilliantSmiles produkter. Till stöd för att brevet har skickats till BrilliantSmiles kunder har bolaget i Marknadsdomstolen åberopat vittnesförhör med tre av dess kunder. Samtliga vittnen har bekräftat att de har fått det påtalade brevet sänt till sig. De är därigenom utrett att det påtalade brevet i vart fall har sänts till tre av BrilliantSmiles kunder. Det står därtill klart att brevet haft ett avsättningsfrämjande syfte. Det påtalade brevet utgör således marknadsföring som kan prövas enligt MFL.
- 19 Marknadsdomstolen övergår därefter till att pröva huruvida det är visat att det är Fantaby som står bakom den i målet påtalade webbplatsen. Precis som tingsrätten konstaterat så omnämns inte Fantaby någonstans på webbplatsen. BrilliantSmile har dock i Marknadsdomstolen åberopat utdrag från databaser över domännamn och av vilka det framgår att det är Fantaby som står registrerat som ansvarigt för den påtalade webbplatsen. Genom nämnda utredning måste det anses visat att det är Fantaby som ansvarar för den marknadsföring som förekommer på påtalad webbplats.
- 20 Till skillnad från tingsrätten har därmed Marknadsdomstolen, med hänsyn till den först i Marknadsdomstolen åberopade bevisningen, funnit dels att det är utrett att de påtalade breven utgör marknadsföring som kan prövas enligt MFL, dels att det är visat att det är Fantaby som ansvarar för marknadsföringen på den aktuella webbplatsen.
- 21 BrilliantSmile har även med stöd av 37 § MFL yrkat skadestånd varför talan i enlighet med 50 § MFL väcktes vid tingsrätten. Eftersom Marknadsdomstolen nu har gjort en annan bedömning än den som tingsrätten gjorde när det gäller om det påtalade materialet utgör såväl marknadsföring som sådan marknadsföring som Fantaby har att svara för, innebär det att Marknadsdomstolen som enda instans skulle ha att pröva huruvida marknadsföringen strider mot MFL. Mot detta råder i och för sig inget hinder (47 § första stycket MFL). I målet är dock – som ovan nämnts – även frågan om skadestånd aktuell, vilken med hänsyn till utgången i tingsrätten inte prövats där. Att Marknadsdomstolen som enda instans prövar frågan om skadestånd skulle få till följd att instansordningen åsidosätts i strid mot 50 § MFL. Med hänsyn till detta finner Marknadsdomstolen att målet ska återförvisas till tings-

rätten för prövning dels av huruvida påtalad marknadsföring strider mot MFL, dels om det i så fall ska utgå skadestånd.

- 22 Av 18 kap. 15 § tredje stycket rättegångsbalken framgår att om högre rätt återförvisar målet till lägre rätt, frågan om rättegångskostnad i den högre rätten ska prövas i samband med målet efter dess återupptagande. BrilliantSmiles yrkande om ersättning för rättegångskostnad i Marknadsdomstolen ska därför prövas av tingsrätten.

På Marknadsdomstolens vägnar



C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Karin Lindell, Per Eklund, Lennart Göranson och Jonas Häckner. Enhälligt

Sekreterare: Anna Söderberg Ziesnitz