



MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2012:11

2012-10-24

Dnr C 3/12

KÄRANDE

Apoteket Aktiebolag, Södermalmsallén 36,
118 28 Stockholm

Ombud: jur.kand. A. G.,
Awapatent AB, Box 45086,
104 30 Stockholm

SVARANDE

A. N. A., med enskild firma
Datoteket Sweden,
c/o A. A., Osbyringen 40, lgh 1001,
163 73 Spånga

SAKEN

Renommésnyltning

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder A. N. A. vid vite av en miljon (1 000 000) kr att i näringsverksamhet använda den logotyp som framgår av domsbilaga 1 eller väsentligen samma logotyp.

2. A. N. A. ska ersätta Apoteket Aktiebolag dess rättegångskostnader med 50 374 kr, varav 49 920 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

YRKANDEN M.M.

- 1 Apoteket Aktiebolag (Apoteket AB) har yrkat att Marknadsdomstolen vid vite om 500 000 kr – eller annat belopp som domstolen finner verkningsfullt – ska förbjuda A. N. A. att i näringsverksamhet använda sig av den logotyp som framgår av domsbilaga 1 eller väsentligen samma logotyp.
- 2 Apoteket AB har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i målet.
- 3 A. N. A. har förelagts att avge svaromål, men har inte avhört.

APOTEKET AB:S GRUNDER M.M.

- 4 A. N. A. har inom ramen för sin enskilda firma Datoteket Sweden (Datoteket) använt sig av en logotyp som, med vissa förvanskande tillägg, liknar Apoteket AB:s logotyp, vilken består av en ormskålsfigur och ordet ”apoteket”.
- 5 Apoteket AB:s logotyp är väl känd hos svenska konsumenter och är bärare av ett renommé.
- 6 Användandet av logotypen innebär att A. N. A. utnyttjar det positiva uppmärksamhetsvärde som tillkommer Apoteket AB. Datotekets logotyp får kunder att associera till Apoteket AB. A. N. A. får därigenom en ekonomisk fördel. De förvanskande tillägg som han gjort på ormskålsfiguren ökar kundernas uppmärksamhet, samtidigt som ändringarna riskerar att försämra värdet av Apoteket AB:s logotyp. Under alla förhållanden skadas Apoteket AB genom att varumärket urvattnas.
- 7 Marknadsföringen är otillbörlig eftersom konsumenter kan överföra de positiva associationer de förknippar med Apoteket AB:s logotyp på Datoteket och Datotekets produkter samt därigenom påverkas i sina affärsbeslut.
- 8 Den påtalade marknadsföringen utgör renomménlytning som strider mot god marknadsföringssed enligt 5 § marknadsföringslagen (2008:486), MFL, och är otillbörlig i enlighet med 6 § MFL p.g.a. att den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

APOTEKET AB:S UTVECKLING AV TALAN

- 9 Apoteket AB har bedrivit detaljhandel med läkemedel i Sverige sedan 1970. Fram till avregleringen av den svenska apoteksmarknaden 2009 innehade Apoteket AB samtliga apotek i Sverige. Under åren 2002–2008 rörde det sig om 900 butiker. Apoteket AB har för närvarande ca 350 butiker i Sverige, vilket motsvarar ca 30 procent av de 1 200 apoteksbutiker som finns totalt i landet.
- 10 Apoteket AB tog fram sin logotyp i form av en ormskålsfigur följt av ordet ”apoteket” i grön färg 1972. Logotypen moderniserades 2004 och 2008, men kombinationen av ormskålsfiguren och ordet ”apoteket” består. Logotypen är registrerad som varumärke i tre varianter, se domsbilaga 2–4.
- 11 Apoteket AB har använt och använder sin logotyp vid affisivering i butikerna, för märkning av informations- och reklammaterial i butikerna, för märkning av delar av produkt-sortimentet samt vid reklam i externa media såsom tidningsannonser och i tv-annonser.
- 12 Logotypen är viktig för Apoteket AB och företaget har detaljerade riktlinjer för hur denna ska användas.
- 13 A. N. A. har inom ramen för sin enskilda firma Datoteket, som bl.a. säljer hemelektronik, använt sig av en logotyp som har stora likheter med Apoteket AB:s logotyp. Logotypen har använts dels utanför Datotekets butikslokaler, dels på företagets webbplats.

BEVISNING

- 14 Apoteket AB har åberopat viss skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

- 15 Apoteket AB har gjort gällande att A. N. A. har använt en logotyp som uppvisar stora likheter med Apoteket AB:s logotyp som är välkänd samt att detta innebär renommésnyltning.
- 16 Enligt 5 §, marknadsföringslagen (2008:486), MFL, ska marknadsföring stämma överens med god marknadsföringssed. Enligt 6 § samma lag är marknadsföring som strider mot

nyssnämnda bestämmelse att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

- 17 Renommésnyltning strider mot bestämmelsen om god marknadsföringssed och innebär att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter eller kännetecknen m.m. Med renommé menas den goodwill eller det anseende som t.ex. en produkt av visst kommersiellt ursprung har. Den som snyltar på någon annans renommé utnyttjar alltså en redan existerande positiv föreställning hos konsumenterna om t.ex. en annan produkt eller annat kännetecken. För att ett renommé ska kunna föreligga förutsätts att det som utnyttjas är känt på marknaden.
- 18 I målet är utrett att A. N. A. har använt sig av den påtalade logotypen i sin näringsverksamhet på det sätt som Apoteket AB påstått. Det är också utrett att Apoteket AB använder en logotyp bestående av ordet Apoteket i visst utförande jämte ett figurativt element bestående av en ormskålsfigur och att bolaget är innehavare av varumärkesregistreringar av den logotyp som bolaget gjort gällande. De frågor som Marknadsdomstolen då har att ta ställning till i det följande är dels om Apotekets logotyp är känd och är bärare av renommé, dels om utnyttjandet är obehörigt på så sätt att det i sig strider mot god marknadsföringssed, dels om en eventuell renommésnyltning i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarnas förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Frågan om Apoteket AB:s kännetecken är känt

- 19 Av Marknadsdomstolens praxis (se t.ex. MD 2011:1) framgår att exempelvis ett känneteckens eller en produkts kändhet kan bedömas utifrån vad som framkommit genom marknadsundersökningar, omfattningen av och kostnaderna för marknadsföring, försäljningens storlek, övrig exponering av produkten/kännetecknet, marknadsandelar för bolaget/produkten, tid som produkten/kännetecknet funnits på marknaden och eventuella vittnesuppgifter.
- 20 I detta mål har Apoteket AB åberopat skriftlig bevisning som syftar till att bevisa att dess logotyp är känd. Denna bevisning består inledningsvis av redogörelser för marknadsundersökningar från företaget Nordic Brands avseende bl.a. Apoteket AB:s anseende (den s.k. Anseendebarmetern) respektive från Synnovate avseende kännedomen om och attityden till vissa företag inklusive Apoteket AB (den s.k. Corporate Image mätningen).

I övrigt består bevisningen huvudsakligen av årsredovisningar med uppgifter om antalet butiker och marknadsandelar som Apoteket AB har, reklamfilmer för bolaget med tillhörande fakturor avseende produktion och sändning av dessa på tv samt utdrag ur Apoteket AB:s ”Manual” för bolagets ”visuella identitet”.

- 21 Såvitt avser den nu aktuella bevisningen kan Marknadsdomstolen konstatera att inget enskilt bevis i sig med tillräcklig säkerhet utvisar att Apoteket AB:s logotyp är känd. När det gäller marknadsundersökningarna kan konstateras att dessa i sig inte har getts in i målet, utan att bevisningen här består dels av ett slags övergripande sammanfattning av företaget som har gjort den ena undersökningen (Anseendebaremtern), dels en indirekt redogörelse av Apoteket AB på dess webbplats för den andra undersökningen (Corporate Image). I sammanfattningen av respektive redogörelse för marknadsundersökningarna påstås det bl.a. att kännedomen om Apoteket AB är mycket hög bland allmänheten och att tre av fyra är positiva till företaget respektive att Apoteket AB har ett mycket gott anseende. Att marknadsundersökningarna som sådana inte har getts in i målet medför att vissa metodologiska aspekter framstår som oklara avseende t.ex. ursprungligt antal respondenter, svarsbortfall och frågornas utformning. Den nu aktuella bevisningen har enligt Marknadsdomstolens bedömning därför ett relativt begränsat bevisvärde såvitt avser frågan om Apoteket AB:s logotyp är känd.
- 22 Av större betydelse för bedömningen av det aktuella kännetecknets kändhet är enligt Marknadsdomstolen det notoriska faktum att Apoteket AB under nästan 40 år som monopolist använt sig av detta, i en eller annan utformning, och alltså – i egenskap av en stor aktör på den numera avreglerade apoteksmarknaden – gör så. Detta förhållande sammantaget med den utredning som presenterats angående omfattningen av Apoteket AB:s marknadsföringsåtgärder under senare år, där kännetecknet har använts, och redogörelsen för marknadsundersökningarna – vilka inte helt kan fränkännas bevisvärde – gör att Marknadsdomstolen finner att Apoteket AB får anses ha visat att bolagets logotyp är känd och bärare av renommé.

Frågan om obehörigt utnyttjande av Apoteket AB:s kännetecken i strid mot 5 § MFL

- 23 Såsom tidigare har konstaterats har A. N. A. i sin enskilda firma använt sig av den av Apoteket AB påtalade logotypen. Den av A. N. A. använda logotypen påminner i stor utsträckning om Apoteket AB:s logotyp, särskilt genom det

figurativa elementet som uppenbarligen tillkommit med Apoteket AB:s ormskålsfigur som förebild. Enligt Marknadsdomstolen har A. N. A. logotyp utformats på ett sätt som starkt anknyter och skapar associationer till Apoteket AB:s logotyp, vilken – som konstaterats ovan – är känd. Genom denna användning har A. N. A. obehörigen utnyttjat det renommé som Apoteket AB:s logotyp har, vilket strider mot god marknadsföringssed.

Transaktionstestet

- 24 Genom införandet av den nya MFL år 2008 införlivades direktiv 2005/29/EG, om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter, i svensk rätt. Därigenom infördes också i MFL det s.k. transaktionstestet såvitt avser bestämmelserna om god marknadsföringssed, aggressiv marknadsföring och vilseledande marknadsföring. Innebörden av detta test är att det krävs en viss – faktisk eller sannolik – påverkan på mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, för att den aktuella marknadsföringsåtgärden ska kunna bedömas som otillbörlig och förbjudas. Lagstiftningen utgår alltså från att en viss marknadsföringsåtgärd i sig kan vara t.ex. vilseledande eller stridande mot god marknadsföringssed utan att därför nödvändigtvis vara otillbörlig.
- 25 Nyssnämnda direktiv rör i och för sig endast relationen näringsidkare–konsument. 2008 års MFL omfattar, som tidigare marknadsföringslagar, därutöver också förhållanden mellan näringsidkare. Direktivets transaktionstest infördes emellertid i det närmaste generellt i MFL och gäller således bl.a. när generalklausulen om god marknadsföringssed tillämpas på sådana fall (se 5 och 6 §§ MFL). Det innebär att testet kan komma att utföras även då det främst är fråga om näringsidkares skydd mot s.k. illojal konkurrens, såsom misskreditering och renommésnyltning.
- 26 I litteraturen har det diskuterats vad transaktionstestets krav på påverkan innebär vid just renommésnyltning (se t.ex. Steen, ERT 2009 s. 635 ff., Nordell, NIR 2010 s. 560 ff., Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, 8:e uppl., s. 435 ff. och Bernitz m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 12:e uppl., s. 351 f.). I motiven till den nya MFL påpekas emellertid i detta avseende att ingen förändring är avsedd i relation till Marknadsdomstolens tidigare praxis, där renommésnyltning förbjöds med hänvisning bl.a. till att sådan typiskt sett leder till sämre marknadsöverblick för konsumenterna (se prop. 2007/08:115 s. 111 ff.).

- 27 Enligt Marknadsdomstolens mening torde det i de allra flesta fall ligga i sakens natur att det finns en beaktansvärd risk för en märkbar kommersiell påverkan hos mottagarna av marknadsföring som innebär renommésnyltning (jfr Bernitz m.fl. a.a. s. 351 f.). Denna påverkan kan exempelvis, som framgår av tidigare praxis och förarbetsuttalanden, bestå av en försämrad marknadsöverblick för konsumenterna. I det aktuella fallet måste denna påverkan dock snarast anses bestå av risken för att de konsumenter som ser Datotekets logotyp påtagligt uppvärderar detta företags verksamhet och produkter p.g.a. den association som då görs till Apoteket AB:s kända logotyp (se Svensson m.fl. a.a. s. 437 f.). Därigenom är det i vart fall sannolikt att konsumenter i märkbar mån påverkas i sina affärsbeslut, genom att exempelvis lockas till besök i företagets butiker eller på dess webbplats (angående den vida definitionen av begreppet ”affärsbeslut”, se t.ex. MD 2010:8).
- 28 Med hänvisning till det som ovan anförts finner Marknadsdomstolen sålunda att den påtalade marknadsföringen är otillbörlig och ska förbjudas.

Vite

- 29 Enligt 26 § MFL ska ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Sådana särskilda skäl föreligger inte i målet. Det finns inte heller skäl att frångå rådande praxis beträffande vitesbeloppets storlek.

Rättegångskostnader

- 30 Vid en aktuella utgången i målet har Apoteket AB rätt till ersättning för rättegångskostnader av A. N. A. . Det av Apoteket AB yrkade beloppet får anses skäligt.

På Marknadsdomstolens vägnar


Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande (skiljaktig), Karin Lindell, Lars Borg,
Lennart Göranson, Astri Muren och Anders Stenlund.

Sekreterare: Mikael Pauli

PROTOKOLL

Ordföranden är skiljaktig i frågan om Apoteket AB:s logotyp är känd samt anför följande.

Väl måste det anses vara allmänt känt att försäljningen av läkemedel i Sverige under lång tid skedde inom ramen för ett monopol, en ordning som upphörde den 1 juli 2009 genom omregleringen av apoteksmarknaden. Detta förhållande innebär emellertid inte att firma- och varumärkesordet Apoteket kan anses vara känt som kännetecken för vare sig Apoteket AB:s verksamhet eller dess produkter, särskilt med hänsyn till att ordet är artangivande för en verksamhet som består i beredning och försäljning av läkemedel. Än mindre innebär det att Apoteket AB:s figurativa märkeselement i form av en s.k. ormskålsfigur är känt som kännetecken för bolagets verksamhet eller produkter, eftersom det beror på bl.a. hur märkeselementet använts och i vilken omfattning det använts.

I enlighet med den grundläggande principen om fri bevisprövning är en utgångspunkt vid bedömning av kännedom om t.ex. ett kännetecken, att alla relevanta omständigheter skall beaktas. Till omständigheter av detta slag hör givetvis faktisk kännedom om ett känneteckens koppling till ett visst kommersiellt ursprung. Till sådana omständigheter hör också bl.a. en verksamhets eller produkts marknadsandel, i hur stor omfattning, i vilket geografiskt område och hur länge kännetecknet har använts samt hur stora investeringar företaget har gjort för att marknadsföra verksamheten eller produkten. Angående kännedom, jfr EU-domstolens dom i mål C-108/97 och C-109/97 (Windsurfing Chiemsee) punkterna 49–52 samt i mål C-375/97 (General Motors) punkt 27.

Till stöd för att bolagets firma- och märkeselement är kända har Apoteket AB åberopat resultaten av två marknadsundersökningar: dels en undersökning av ”Corporate image”, dels en undersökning av anseende. Ingen av dessa undersökningar har dock lagts fram på ett sätt som gör att den i praktiken har något bevisvärde med avseende på kännedomen om bolagets kännetecken. När det gäller den förstnämnda undersökningen har någon rapport över huvud taget inte åberopats i målet, utan endast ett referat av undersökningen publicerat på Apoteket AB:s egen

webbplats. Och vad gäller den sistnämnda undersökningen har endast en obestyrt kopia av en ej underskriven rapport med en ofullständig redovisning av undersökningens syfte, frågeställningar, genomförande m.m. återopats.

Apoteket AB har vidare återopat bevisning i form av bl.a. två reklamfilmer samt kopior av fakturor avseende produktion av filmerna och visning av dem i olika TV-kanaler. Enligt vad som framgår av utredningen i denna del har den ena filmen visats som reklaminslag i sju olika TV-kanaler under veckorna 43–50 år 2011 och den andra i fem kanaler under veckorna 10–13 år 2012. Det framgår dock inte vid hur många tillfällen var och en av filmerna visats eller när på dygnet respektive film visats. Inte heller finns i övrigt något underlag för att bedöma vilket genomslag denna reklam kan ha haft i målgruppen.

Fastän utredningen avseende användningen av kännetecknen också i övrigt är knapphändig får det anses framgå, att Apoteket AB under åren närmast före omregleringen av apoteksmarknaden 2009 hade totalt ca 900 butiker i Sverige och att bolaget numera har ca 350 butiker här i landet. Vidare kan hållas för visst att bolaget under lång tid använt ordet Apoteket som beteckning på sina butiker, särskilt i ljuset av den sedvana som finns att på detta sätt använda företagsnamn som består av ett ord. Det kan dock inte anses visat vare sig i vilket grafiskt utförande som Apoteket använts – något som synes ha varierat över tid – eller i vilken omfattning ormskålsfiguren använts som kännetecken för butikerna. Inte heller kan anses visat i vilken omfattning Apoteket AB använt vare sig firma- och märkesordet Apoteket eller ormskålsfiguren som kännetecken för de varor och tjänster som bolaget tillhandahåller.

Även om det är utrett att Apoteket AB under lång tid använt firma- och märkesordet Apoteket som beteckning på sina butiker kan denna omständighet inte utan vidare läggas till grund för slutsatsen att ordet uppfattas som kännetecken för Apoteket AB. Visserligen framstår det som naturligt att använda ett ord som Apoteket i bestämd form för att efterfråga t.ex. en viss butik eller produkter från denna. Men det kan inte uteslutas att ett ord som apoteket också används i en artangivande eller beskrivande betydelse, i synnerhet inte efter omregleringen av apoteksmarknaden. I avsaknad av utredning om hur märkes- och firmaordet Apoteket uppfattas är det därför inte heller visat att detta ord är känt som kännetecken för Apoteket AB.