

MD 2015:11

Marknadsföring av snacks

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2015-07-07

2015:11

Mål nr C 13/14

KÄRANDE

Orcla Confectionery & Snacks

Sverige AB, 556516-5254

Box 1196, 171 23 Solna

Ombud: Advokaterna P. N. och

L. Z.

N. & Z. Advokatbyrå AB

Box 7701, 103 95 Stockholm

SVARANDE

Fredagsmys AB, 556934-0713

Tjärhovsgatan 21 A, 116 28 Stockholm

Ombud: Jur. kand. A-C. J. och

jur. kand. B. D.

AWAPATENT

Box 45086, 104 30 Stockholm

SAKEN

Marknadsföring av snacks

Domslut

1. Marknadsdomstolen lämnar Orcla Confectionery & Snacks Sverige AB:s talan utan bifall.
2. Orcla Confectionery & Snacks Sverige AB ska ersätta Fredagsmys AB dess rättegångskostnader med 350 000 kr avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

YRKANDEN M.M.

1 Orcla Confectionery & Snacks Sverige AB (OLW) har yrkat att Marknadsdomstolen vid vite av en miljon kr, eller annat verkningsfullt vitesbelopp, ska förbjuda Fredagsmys AB att i marknadsföring av snacks använda kännetecknet ”fredagsmys” eller att eljest i sådan marknadsföring använda uttrycket ”fredagsmys” eller motsvarande på sätt som anknyter till OLW:s renommé.

2 Fredagsmys AB har bestritt OLW:s yrkande om förbud.

3 För det fall att Marknadsdomstolen skulle bifalla OLW:s yrkande om förbud har Fredagsmys AB för egen del yrkat att Marknadsdomstolen beviljar bolaget tre månaders omställningstid för att avveckla sin användning av kännetecknet ”fredagsmys”.

4 OLW har bestritt yrkandet om omställningstid.

5 Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER

OLW

6 OLW har genom omfattande kampanjer byggt upp ett sådant kommersiellt renommé kring begreppet ”fredagsmys” i samband med sina snacksprodukter som avses i ICC:s Regler om Reklam och Marknads-kommunikation Artikel 15 sista meningen. Begreppet ”fredagsmys” är väl känt och särpräglad, tillika starkt förknippat med OLW:s produkter. Fredagsmys AB har i sin reklam använt begreppet ”fredagsmys” som kännetecken för snacksprodukter och drar därigenom otillbörlig fördel av det renommé som är förknippat med OLW i strid mot bestämmelserna om god marknadsföringssed i 5 § marknadsföringslagen (2008:486), MFL. Fredagsmys AB:s marknadsföring är otillbörlig enligt 6 § MFL eftersom den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Fredagsmys AB

7 Fredagsmys AB har vitsordat att bolaget har genomfört den marknadsföring som framgår av OLW:s skriftliga bevisning. Fredagsmys AB har vidare vitsordat vad OLW har anfört om antal medlemmar på Facebook, antal visningar av OLW:s reklamfilmer på Youtube respektive hur många gånger ”fredagsmyslåten” avlyssnats på Spotify samt vad OLW anfört om förekomsten av OLW i kombination med ”fredagsmys” i fackpress.

8 Fredagsmys AB har bestritt att användningen av begreppet ”fredagsmys” i OLW:s marknadsföring är känd, särpräglad eller bärare av ett renommé i den mening som avses i marknadsföringslagen.

9 För det fall Marknadsdomstolen skulle finna att renommé föreligger för OLW, har Fredagsmys AB bestritt att dess utnyttjande av sitt varumärke ”fredagsmys” drar otillbörlig fördel av OLW:s renommé, att det är obehörigt i sig eller strider mot god marknadsföringssed. Marknadsföringen har vare sig påverkat i märkbar mån eller sannolikt påverkat mottagarnas förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

UTVECKLING AV TALAN

OLW

10 OLW inledde i början av 2009 en omfattande marknadsföringskampanj med användning av begreppet ”fredagsmys”. Begreppet har, genom OLW:s omfattande investering i marknadsföring av detsamma, kommit att bli mycket välkänt och förknippat med OLW. En av OLW:s målsättningar för kampanjen var att ändra det rådande styrkeförhållandet mellan Estrella och OLW avseende chips och göra OLW till ”top of mind”-varumärke för chips och bli marknadsledare inom området för snacksprodukter.

Marknadsföringen av ”fredagsmys”

11 OLW lanserade den första ”fredagsmys-kampanjen” i maj 2009. Sedan dess har OLW använt uttrycket ”fredagsmys” kontinuerligt och konsekvent i kampanjer som pågått i olika media varje vecka fram till dags dato. OLW:s marknadsföring riktar sig framförallt till män och kvinnor mellan 15 och 50 år i Sverige. Vägledande värden för hela kommunikationsstrategin kring begreppet ”fredagsmys” har varit att

kombinationen OLW och ”fredagsmys” står för något positivt, socialt inkluderande och förknippas med en varm, humoristisk stämning. ”Fredagsmys” är en stund av glädje, gemenskap och bekymmersfrihet. OLW:s reklam ska få konsumenten att tänka på en stund av ”fredagsmys” med familj och vänner och att känna sig glad, upprymd och inkluderad.

12 Central i marknadsföringen är den s.k. ”fredagsmys-låten”. Framförandet varierar beroende på sammanhanget, men melodin känns lätt igen och påminner konsumenten om de positiva förväntningarna på en stunds samvaro och avkoppling inför den stundande helgen.

13 Ordet ”fredagsmys” har i kombination av anspelning på social samvaro och avnjutandet av OLW:s snacksprodukter som förekommer i OLW:s kampanjer, särprägel i marknadsrättslig mening. Särprägel är ursprunglig genom att anknytningen mellan ordet ”fredagsmys” och OLW:s snacksprodukter var nyskapande vid lanseringen 2009. Det fanns vid den tidpunkten inte någon annan som använde begreppet ”fredagsmys” i samband med marknadsföring av snacksprodukter. I vart fall har beteckningen ”fredagsmys” förvärvat särprägel genom OLW:s omfattande marknadsföringskampanjer, som pågått från och med maj 2009 till och med dagen för stämmningsansökan.

14 Under perioden maj 2009 t.o.m. mars 2014 har OLW investerat sammanlagt ca 350 miljoner kronor i marknadsföring i syfte att bygga upp ett kommersiellt renommé kring kombinationen OLW-snacks och ”fredagsmys”. OLW har arbetat kontinuerligt, varje vecka under hela perioden, med att i sin marknadsföring i butiker och media påminna konsumenten om att koppla ihop ”fredagsmys” med OLW och dess produkter.

15 Bärande principer i OLW:s mediestrategi har varit bl.a. att synas varje vecka året runt, styra medieinsatserna till onsdag-lördag, att ”fredagsmys-låten”/musiken ska vara central i reklamen och att TV är huvudsakligt medieval, kompletterat av radio, webb och print. Oavsett om OLW:s reklam avsett någon viss snacksprodukt eller OLW i sin helhet så har alltid begreppet ”fredagsmys” funnits med i reklamen.

16 Av störst betydelse, och centralt i OLW:s marknadsföring, har varit en serie reklamfilmer, vilka har visats i TV och på webben. Filmerna finns i ett tiotal varianter, men gemensamt för dem är det bärande temat i handlingen; nu är det slut på arbetsveckan och dags för ”fredagsmys” samt ”fredagsmys-låten”.

17 OLW har även gjort radioreklam. I radio har reklamen anknutit till filmerna genom såväl tema som musik och således förstärkt och förstärkts av TV-reklamen. ”Fredagsmys-låten”/musiken finns med i samtliga radioreklaminslag.

18 Samtidigt som OLW gjort TV- och radioreklam har bolaget fullföljt kampanjen med diverse reklammaterial för butikerna. Det som konsumenten ser i olika mediekanaler ska denne även mötas av i butiken. Konsumenten ska vid köptillfället alltid påminnas om kopplingen mellan ”fredagsmys” och OLW. ”Fredagsmys” har därför även integrerats starkt i alla butikskampanjer som OLW genomfört under perioden. Dessa kampanjer beskrivs närmare i dokumentet ”OLW i butik - 2009 - 2014” från OLW:s marknadsavdelning.

19 Som stöd för marknadsföringen i butikerna har OLW stöttat butikerna med reklammaterial som pallsvep, bärkassar och broschyrer. I samband med olika butikskampanjer har även en stor mängd promotionsmaterial gått ut till konsumenter i form av tröjor, tofflor, shorts, solglasögon, klockor etc. profilerade med OLW och ”fredagsmys”.

20 OLW annonserar även kontinuerligt i fackpress som riktar sig till distributionsledet. Avsikten är att påminna handeln om konceptet ”fredagsmys” och att motivera butikerna att ta in produkterna och göra plats för butiksreklam i samband med kampanjer, särskilda helger osv.

21 På OLW:s webbplats www.olw.se är ”fredagsmys” det som möter besökaren först och något som utgör en väsentlig del av vad som kommuniceras genom webbplatsen.

22 OLW:s fanpage på Facebook, [facebook.se/fredagsmys](https://www.facebook.com/fredagsmys), startades i februari 2010 och har över 76 000 medlemmar. Dessa medlemmar är mycket aktiva.

Resultat av marknadsföringen

23 OLW:s ”fredagsmys-kampanjer” har varit mycket framgångsrika. De har rönt stor uppmärksamhet och uppskattning både bland konsumenter och i handeln. De har även vunnit priser som kreativ, nyskapande och effektiv reklam.

24 OLW har genom Youtube haft följande antal visningar av sina (samtliga) reklamfilmer: 2011: 88 000 visningar, 2012: 955 000 visningar, 2013: 43 000 visningar, 2014 (t.o.m. mars): 320 000 visningar. Sammanlagt har antalet visningar genom Youtube-kanalen alltså hittills uppgått till ca 1 406 000 visningar.

25 ”Fredagsmys-låten” finns tillgänglig på Spotify. Där har den avlyssnats totalt ca 2 100 000 gånger under perioden 2009 t.o.m. mars 2014.

26 OLW har med hjälp av sin mediebyrå OMD mätt att av hela Sveriges befolkning (över 3 års ålder) har 99,6 procent sett någon av reklamfilmerna minst en gång, 94,5 procent har sett någon av filmerna minst tio gånger och 88,6 procent har sett filmerna mer än 20 gånger.

27 Under ordet ”fredagsmys” på Wikipedia finns en förklaring av begreppet, där även OLW omnämns.

28 OLW har sedan lanseringen av sin kampanj omtalats i redaktionell text i press i stor omfattning. Retriever Sverige AB är en av Nordens ledande leverantörer av mediebevakning, verktyg för redaktionell research, medianalys och företagsinformation. Retrievers rapport ”OLW och Fredagsmys”, producerad den 20 mars 2014 innehåller inte mindre än 346 artiklar där kombinationen OLW och ”fredagsmys” förekommer.

29 Att OLW och dess reklam kopplas ihop med begreppet ”fredagsmys” är även omvittnat i public service media. I programmet Vetenskapsradion Forum sändes den 7 november 2011 ett program som delvis tog upp fenomenet ”fredagsmys” som en modern rit. Bl.a. behandlades vilken plats OLW och dess kampanj tagit i målgruppens medvetande.

30 OLW:s marknadsföring har haft avsedd verkan. OLW har gått om Estrella som marknadsledare på snacks, även på chips. OLW har även mätt i vilken grad målgruppen kommit att associera begreppet ”fredagsmys” med OLW. Av undersökningsrapporten ”OLW – Fredagsmys OMD November 2013” av mediebyrån OMD framgår att när respondenterna fått frågan: ”Vilket varumärke/företag kommer den produkt ifrån, som du sammankopplade med ”Fredagsmys”? så anger hela 66 procent OLW. Nästan hälften av målgruppen kan minnas att de har sett fredagsmys-reklamen i samband med att de har tittat på film och 76 procent av dem som sett reklamen anger spontant att den kommer från OLW.

31 OLW har genom sina kampanjer för snacks med anknytning till begreppet ”fredagsmys” skapat ett betydande kommersiellt renommé i den mening som avses i ICC:s Regler om Reklam och Marknads-kommunikation Artikel 15 sista meningen och 5-6 §§ MFL. Renomméet omfattar således annat än varu- och näringskännetecken och det saknas betydelse för om det som utnyttjas också är eller kan vara föremål för andra immateriella rättigheter. Begreppet ”Fredagsmys” har en så stark anknytning till OLW att det i marknadsrättslig mening bär upp ett renommé i den vidare mening som Marknadsdomstolen ansåg förelåg i avgörandet MD 1999:21 (Robinson).

32 A. B. på Fredagsmys AB har under 2011 framfört att varken han eller hans bolag hade gjort verkligt bruk av varumärket ”fredagsmys” eller för avsikt att göra det varför OLW haft skäl att utgå från att den äldre varumärkesregistreringen var en s.k. ”förrädsregistrering” utan egentlig innebörd. De nyare varumärkesregistreringar som Fredagsmys AB idag innehar avser grafiska märken där ordet ”fredagsmys” bara är en underordnad del.

Renommésnyltning

33 Fredagsmys AB har bl.a. genom sin webbplats www.fredagsmys.se.com, genom Facebook-sidan ”Fredagsmysare”, och kampanjutskick ”Fredagsmys på Södra Teatern!”, respektive påminnelseutskicket ”Nu är det nära?”, inlett marknadsföringsåtgärder som innebär renommésnyltning. Bolaget har i sin inledande marknadsföring angett att en större lansering skulle äga rum den 26 mars 2014 och att produkterna ska finnas i handeln från början av april 2014. Bolaget har även lämnat in nya varumärkesansökningar för ”Fredagsmys” i figurutformning i februari 2014.

34 Den 23 april 2014 gjordes inköp i butiken Hemköp i varuhuset Åhléns i Stockholm av en chipspåse från Fredagsmys AB. I Hemköpbutiken fanns Fredagsmys AB:s produkter uppställda på chipshyllan bredvid OLW:s. OLW:s produkter säljs som vanligt med butiksreklamen "Leve fredagsmyset!".

35 På Fredagsmys AB:s produkter finns en baksidestext som tydligt anknyter till OLW:s kampanjer. Där står bl.a. "Konsten att Fredagsmysa!", "Det ska vara lätt att hitta fredagsfeeling när som helst i veckan" och "Låt oss ägna varenda minut åt att ge dig bra anledningar att längta efter helgen - när den än inträffar?". Fredagsmys AB anspelar, genom sin förpackningsutformning uppenbart på OLW:s kampanjer.

36 OLW har aldrig lämnat något medgivande till Fredagsmys AB att använda uttrycket "fredagsmys" för marknadsföring av snacks eller eljest att anknyta till OLW i sin marknadsföring.

37 Fredagsmys AB:s marknadsföring av snacks under kännetecknet "Fredagsmys" och med anknytning till begreppet "fredagsmys" drar därmed otillbörlig fördel av det renommé som OLW byggt upp kring kombinationen "fredagsmys" och snacks. Fredagsmys AB utnyttjar till sin ekonomiska fördel det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenterna om OLW och "fredagsmys", som OLW har skapat genom sina marknadsföringsinsatser under perioden maj 2009 t.o.m. mars 2014. Fredagsmys AB har varit väl medvetna om OLW:s kampanj och starka renommé och har planerat sin lansering noga. Det framstår som uppenbart att Fredagsmys AB:s syfte med sin användning av "fredagsmys" för chips är att åka snålskjuts på OLW:s renommé. Oavsett syftet får deras marknadsföring den effekten.

38 Fredagsmys AB:s utnyttjande av OLW:s upparbetade renommé skadar OLW genom att det tunnar ut renomméet och försvårar för konsumenter att känna igen OLW som avsändare.

39 Fredagsmys AB:s renomménsnyltande marknadsföring försvårar marknadsöverblicken för konsumenterna och minskar deras möjlighet att fatta välgrundade affärsbeslut. Konsumenterna bibringas även felaktigt den föreställningen att det finns ett kommersiellt samband mellan Fredagsmys AB och OLW. OLW har erfarit att konsumenter felaktigt tror att det är det är OLW som står bakom Fredagsmys AB:s lansering.

Fredagsmys AB

Fredagsmys AB och dess relation till OLW

40 Idén bakom produktkoncept och sedermera bolaget Fredagsmys AB skapades redan år 2008 av H. Å. och A. B. som båda ansåg att det saknades ett alternativ till de sedan länge etablerade produkterna inom segmentet för tilltugg, dryck och annat som man unnar sig enbart för att det är gott t.ex. snacks, delikatesser, saft, läsk och vin på den svenska matmarknaden. De beslöt sig för att utveckla ett nytt koncept för detta produktsegment, med avvikande förpackningar och marknadsföringsmaterial i förhållande till etablerade varor. Produkterna skulle tillverkas av högklassiga råvaror och vara fria från tillsatser i så hög utsträckning som möjligt.

41 H. Å. och A. B. kallade sitt koncept för "fredagsmys". Den 12 november 2008 lämnade de in ansökan om registrering av ordet "FREDAGSMYS" som varumärke i klass 29 och 30. Varumärkesansökan angav klassrubrikerna som varuförteckning och omfattade därmed samtliga produkter i klass 29 och 30, dvs. hela det aktuella produktsegmentet, inklusive snacks. Patent- och Registreringsverket godkände ansökan utan förelägganden beträffande bristande särskiljningsförmåga. OLW invände inte mot varumärkesansökan. Varumärket "FREDAGSMYS" registrerades den 13 mars 2009 i klass 29 och 30, dvs. för bland annat snacks.

42 Eftersom H. Å. vid tiden för varumärkesansökan fortfarande var anställd och saknade eget företag, lämnades ansökan in av A. B. företag MyPicNic AB.

43 Från år 2009 förde H. Å. och A. B. diskussion med vännerna L. S. och M. L. hur det nya produktkonceptet "fredagsmys" kunde utvecklas vidare. Man valde att börja med snacks eftersom snackssortimentet (t.ex. chips) har en stor exponeringsyta i butikerna och syns tydligt. Chipspåsar m.m. är stora och placeras ofta på en central plats i butikerna och drar till sig mångas uppmärksamhet. Planen är att

inkludera även andra produkter inom segmentet, när snacksen väl har etablerat det nya konceptet på marknaden.

44 I maj 2009 inledde OLW sin marknadsföring med användning av ordet "fredagsmys". A. B. företag Mypicknic AB varnade då OLW för varumärkesintrång, eftersom OLW använde kännetecknet "FREDAGSMYS" för identiska varor. Eftersom "fredagsmys"-projektet vid den här tidpunkten ännu inte var starkt finansierat, kände man stor tveksamhet inför att ta strid med OLW om kännetecknet. Man erbjöd därför också OLW en förhandlingslösning. OLW svarade att man inte ansåg sin användning av ordet "fredagsmys" som användning av kännetecknet. OLW angav att bolaget "använder ordet i sin normala betydelse i svenska språket och använder sina egna varumärken som kännetecken för de produkter som marknadsförs" samt att "OLW har inte för avsikt att använda ordet fredagsmys på något annat sätt än som det generiska ordet i marknadsföringen". Ingenting i OLW:s svarsbrev antydde att OLW avsåg att försöka skapa sig ensamrätt till ordet "fredagsmys" för snacks.

45 A. B. valde så småningom att lämna fredagsmys-projektet. H. Å. hade vid det laget avslutat sin anställning och bildat företaget Bra Dag Enterprise AB. Den 1 oktober 2011 förvärvade Bra Dag Enterprise AB varumärkesregistreringen för "FREDAGSMYS" från MyPickNick AB.

46 Den 21 december 2011 gjorde H. Å. genom Bra Dag Enterprise AB ett nytt försök att förmå OLW att upphöra med sin användning av varumärket "FREDAGSMYS" i sin marknadsföring. Även denna gång invände OLW att man inte använde ordet som ett kännetecken för sina produkter. OLW angav att "ordet används av OLW uteslutande i sin normala, språkliga betydelse i den marknadskommunikation som OLW har. Att ordet är väl införlivat i svenska språket framgår t.ex. av Wikipedia och SAOL". Fortfarande fanns inga indikationer från OLW om att de avsåg att hindra H. Å. m.fl. från att använda ordet "fredagsmys" för snacks.

47 På grund av parternas ojämlika ekonomiska förhållanden beslöt H. Å. och övriga att inte inleda någon rättsprocess mot OLW vid den här tidpunkten.

48 "Fredagsmys"-projektet drevs till en början parallellt med andra projekt inom ramen för H. Å. företag Bra Dag Enterprise AB men flyttades med tiden till ett nybildat bolag som uteslutande skulle ägna sig åt detta.

49 Det nya bolaget, Fredagsmys AB, som är svarande i målet, registrerades den 11 juni 2013. Varumärkesregistreringen för "FREDAGSMYS" överfördes samma dag. OLW har inte begärt hävning av firma-registreringen.

50 H. Å. är VD i Fredagsmys AB, M. L. är styrelseordförande och L. S. styrelseledamot. Dessa personer har arbetat med att etablera verksamheten sedan 2008/2009. I mån av tid och ekonomi har de arbetat fram material och tagit kontakter med återförsäljare och med tiden utvecklat ett allt större intresse för sin idé. Allteftersom projektet har tagit tydligare form vad gäller koncept, produktsortiment, produktutstyrlar osv., har finansieringsmöjligheterna förbättrats. För 1,5-2 år sedan tog projektet fart på allvar och det blev tydligt att en lansering av produktkonceptet skulle vara möjlig.

51 Som exempel på etableringsinsatser framhåller Fredagsmys AB kontakter med Svenska Lantchips. Man hade även kontakter med det holländska företaget Intersnack Nederland B.V. för produktion och underleveranser. Vidare har grundarna deltagit i mässor, haft möten med potentiella kunder som Axfood, ICA och COOP samt finansiärer som Vostok Nafta Investment Ltd. Stora resurser lades ner på nyskapande förpackningsutstyrlar i syfte att skilja Fredagsmys AB från den övriga branschen, med hjälp av reklambyrån Onemotion Integrated Market Communication AB.

52 I de produktutstyrlar som de etablerade leverantörerna använder sig av förekommer signalfärgerna rött och gult, samt färgerna blått och grönt, i stor omfattning. Förpackningarna är övervägande färgglada och "plottriga". Som en kontrast till dessa skapades förpackningarna för Fredagsmys AB med en renodlad svartvit design samt sparsmakad svartvit text.

53 Som exempel på att Fredagsmys AB:s produktkonceptet är planerat att avse ett bredare sortiment än snacks och även inkludera konfektyr, saft & stilldrinks, glass samt delikatesser, hänvisar Fredagsmys AB

till utdrag ur presentationer som hölls den 15 april respektive den 17 juli 2013 för Almi beträffande det nya konceptet.

54 Den 22 augusti 2013 ansökte Fredagsmys AB om registrering av domänen www.fredagsmys.se i L. S. namn.

55 Verksamheten runt varumärket "FREDAGSMYS" är med andra ord resultatet av ett omfattande och långvarigt seriöst arbete, som påbörjades före OLW:s kampanjer och som därtill avser något annat och mera än de produktslag OLW saluför.

56 1 februari och mars 2014 ansökte Fredagsmys AB om registrering av "FREDAGSMYS" som figurvarumärke i olika varianter.

57 Efter ett fortsatt omfattande och kostnadskrävande externt och internt arbete kunde man så den 26 mars 2014 anordna en releasefest för snacksen under figurvarumärket "FREDAGSMYS". Fredagsmys AB:s produkter finns idag i samtliga Willys och Hemköps (ca 500 butiker över hela landet) butiker samt på NK. Ordervärdet för den första månadens försäljning motsvarar en omsättning på ca 1,6 miljoner kr.

58 Två veckor före lanseringen, den 11 mars 2014, tog Fredagsmys AB emot ett skarpt formulerat varningsbrev från OLW där OLW motsatte sig Fredagsmys AB:s rätt att använda "FREDAGSMYS" avseende snacks, samt begärde att Fredagsmys AB snarast skulle låta återkalla registreringen av sitt varumärke och ansökan om "FREDAGSMYS" i figur. OLW hade nu uppfattningen att de hade ensamrätt till ordet "fredagsmys" för marknadsföring av snacks. Den typ av marknadsföring som OLW i tidigare korrespondens mellan parterna själva definierat som användning av ordet "sin normala, språkliga betydelse" hävdade OLW nu medförde ensamrätt för OLW till uttrycket "fredagsmys" för marknadsföring av snacks.

59 Fredagsmys AB ställer sig frågande till denna plötsliga förändring, samt till den omständigheten att varningsbrevet skickades endast två veckor före Fredagsmys releasefest. OLW har sedan länge känt till men ignorerat Fredagsmys AB och deras varumärkesrättighet. OLW valde likväl att inte informera Fredagsmys AB om sin ändrade inställning till rättigheterna kring "FREDAGSMYS" förrän i mars 2014 då grundarna till Fredagsmys AB redan hade gjort omfattande investeringar i belopp, tid och kontakter för att lansera sitt koncept.

Särskilt om de omständigheter OLW har åberopat i stämningsansökan

60 OLW påstår att begreppet "fredagsmys" har kommit att bli känt och förknippat med OLW genom marknadsföring och att ordet "fredagsmys" har särprägel i marknadsrättslig mening, "i den kombination av anspelning på social samvaro och avnjutandet av OLW:s snacksprodukter som förekommer i OLW:s kampanjer". Vidare att särprägel är ursprunglig, eftersom anknytningen mellan ordet "fredagsmys" och OLW:s produkter var "nyskapande" vid lanseringen 2009.

61 Fredagsmys AB bestrider att "fredagsmys" har blivit förknippat med OLW i sådan utsträckning, att detta generella begrepp fristående skulle kunna vara bärare av ett renommé för OLW eller deras produkter. Det är inte korrekt att kombinationen mellan "fredagsmys" och OLW:s produkter var nyskapande då OLW startade sin kampanj år 2009. Tvärtom hade Fredagsmys AB redan år 2008 ansökt om registrering av varumärke för "FREDAGSMYS" för ett produktsegment som omfattar OLW:s produkter. Det är vidare uppenbart att OLW själva var av uppfattningen år 2009 (och även 2011) att de i sin kampanj använde ordet "fredagsmys" i sin "normala betydelse", dvs. inte på något nyskapande sätt.

62 Enligt OLW:s egen sökning på www.google.se år 2009 fick ordet "fredagsmys" då ca 98 200 träffar, varav OLW framhåller sådana som rör begreppet "fredagsmys" generellt, dvs. inte OLW:s då nystartade kampanj.

63 Enligt det utdrag ur Wikipedia som OLW själva hänvisar till togs ordet "fredagsmys" in i Svenska Akademiens Ordlista redan år 2006, dvs. flera år innan OLW inledde sin kampanj.

64 En sökning på "fredagsmys" på www.google.se den 20 maj 2014 gav 332 000 träffar. De översta träffarna med näringsidkare som avsändare presenterar recept för ett varierat utbud av mat som kan

ätas som fredagsmys (Arla, Tasteline respektive Allt om Mat). En sökning på www.google.se på "fredagsmys och snacks" ger 354 000 träffar. De tre översta träffarna med näringsidkare som avsändare är ICA Kuriren, Familjeliv, OLW och Recept.nu. Av dessa hänvisar ICA Kuriren, Familjeliv och Recept.nu till annat än OLW:s snacks. Vidare finns högt upp på träffsidan bilder på olika slags plockmat med rubriken "Bilder på fredagsmys och snacks" utan hänvisning till OLW.

65 Enligt Svenska Akademiens Ordlista (2013) är ordet "fredagsmys" vardagligt. Vid sökning på "fredagsmys" i Nationalencyklopedin återfinns en artikel med rubriken "Förpackat" där nyhetsredaktören A. J. bl.a. skriver; "Är det chips eller "fredagsmys" som inhandlas?".

66 Den förklaring till begreppet "fredagsmys" i Wikipedia, som OLW hänvisar till är synnerligen vid: "[A]ktiviteter där familj eller vänner samlas på fredagskvällen för att markera arbetsveckans slut och ladda upp tillsammans inför helgen". Vad gäller mat vid fredagsmys hänvisar Wikipedia endast till att den är "förhållandevis lättlagad". Samtliga dessa faktorer visar på att fredagsmys är ett generellt och ofta använt begrepp som primärt förknippas med annat än OLW eller deras produkter, t.ex. mat, upplevelser och familjeliv.

67 Vid registrering av varumärke krävs det särskiljningsförmåga för registrering, skydd ges inte för funktionellt betingad formgivning vid mönsteransökan. Samma princip gör sig gällande här. Det nu aktuella begreppet gäller en levande, flitigt använd generell benämning som kan jämföras med begreppet "lördagsgodis". "Fredagsmys" saknar särprägel i marknadsföringslagens mening och kan inte vara bärare av ett renommé.

68 OLW har använt ordet "fredagsmys" med varierande typsnitt, färgsättning och meningsbyggnader samt i såväl bestämd som obestämd form och som verb. OLW:s anspråk på ensamrätt till detta begrepp i alla dess tänkbara utformningar och användningsområden för marknadsföring av snacks, tillbakavisas av Fredagsmys AB. Ett eventuellt upparbetat renommé för OLW är knutet till OLW:s egna varumärken och inte till begreppet "fredagsmys".

69 Av Wikipedias förklaring till begreppet "fredagsmys" framgår att "Begreppet fredagsmys är viktigt i marknadsföring av mat och godis. Det används bland annat i en reklamkampanj för OLW" vilket stöder att det är ett generellt begrepp som även andra använder sig av i sin marknadsföring och att det inte enbart eller ens i första hand är förknippat med OLW.

70 OLW har åberopat en mängd bevisning till styrkande av omfattningen, utformningen och kostnaderna avseende OLW:s marknadsföring där ordet "fredagsmys" har använts. Att en marknadsföring är omfattande eller kostsam innebär dock inte med nödvändighet att den är framgångsrik i nu aktuellt avseende. Den marknadsundersökning som OLW har åberopat till stöd för att bolagets insatser har resulterat i ett upparbetat kommersiellt renommé för OLW:s produkter knutet till "fredagsmys" har omfattande brister, underlaget för undersökningen är knapphändigt, målgruppen är inte relevant, det saknas information om hur urvalet gjorts och om könsfördelning och det procentuella antalet som sammankopplat "fredagsmys" med OLW-chips är alltför låga (20 procent år 2013 och 43 procent 2011) för att säga att OLW har upparbetat renommé för det allmänt beskrivande begreppet "fredagsmys". Vidare var syftet med undersökningen inte att mäta kännedom om konceptet "fredagsmys" utan utvärdering av sponsorskap.

Varumärkesregistrering

71 OLW har påstått att Fredagsmys AB:s varumärkesregistrering är en s.k. förrådsregistrering. Det finns inte några krav att börja använda ett varumärke direkt vid registreringen. Det finns möjlighet att påbörja användningen senare så länge den 5-åriga användningsfristen enligt varumärkeslagen inte har löpt ut.

72 De varumärkesregistreringar som har lämnats in för "fredagsmys" med inslag har haft som syfte att spegla den faktiska användningen av "fredagsmys" på produkter. Det är vanligt förekommande att registrera s.k. figurativa märken för att utöver skyddet för ordmärket också få ett varumärkesskydd för den figurativa utformningen av ett varumärke.

Övrigt

73 OLW hänvisar till att den s.k. fredagsmys-låten är populär. Man bortser från att detta huvudsakligen kan bero på att melodin i sig är populär.

74 Det framgår av OLW:s mediestrategi att avsikten med kampanjerna är att OLW ska bli mer känt på chipsmarknaden i förhållande till Estrella. Mediestrategin fokuserar på varumärket OLW snarare än på att skapa ett eget renommé kring begreppet ”fredagsmys”. Strategin nämner dock att man önskar ”ta ett starkare ägarskap kring Fredagsmys”. Det tyder snarare på att OLW var fullt medveten om att man inte var ensam ägare till begreppet.

75 Ordet ”fredagsmys” används som en generisk term, t.ex. i meningen ”OLW gör Fredagsmyset bättre” och på ett helt beskrivande sätt t.ex. i meningarna ”Imorgon är det Fredagsmys” och ”Ikväll är det Fredagsmys”. Mediestrategin är heller inte klart daterad vilket gör det svårt att värdera informationen.

76 OLW påstår att Fredagsmys AB tydligt anknyter till OLW:s kampanjer genom att på baksidan av sina produkter skriva t.ex. ”Konsten att Fredagsmysal”, ”Det ska vara lätt att hitta fredagsfeeling när som helst i veckan.” och ”Låt oss ägna varenda minut åt att ge dig bra anledningar att längta efter helgen - när den än inträffar.” Dessa formuleringar är emellertid inte anspelningar på OLW:s kampanjer utan allmänna formuleringar som OLW inte rimligen kan ha anspråk på ensamrätt till.

77 OLW påstår avslutningsvis att oavsett Fredagsmys AB:s syfte, så har Fredagsmys AB:s användning av sitt registrerade varumärke haft till effekt att Fredagsmys AB har dragit nytta av OLW:s renommé. OLW menar också att Fredagsmys AB:s marknadsföring försvårar marknadsöverblicken för konsumenterna samt felaktigt bibringar föreställningen att det finns ett kommersiellt samband mellan Fredagsmys AB och OLW. Fredagsmys AB delar inte denna uppfattning. Grundarna bakom Fredagsmys AB har sedan starten 2008/2009 avsett att skapa något nytt och fräscht som skiljer sig kraftigt från etablerade produkter på marknaden. Därför har man vinnlagt sig om att skilja utformningen av sin marknadsföring från konkurrenternas. Detta har fått till följd att Fredagsmys AB:s produkter avviker så starkt från OLW:s att de objektivt sett inte snyltar på OLW:s eventuella renommé (jfr MD 2008:15). I vart fall sker enligt Fredagsmys AB:s uppfattning inte påverkan i märkbar mån. OLW har inte styrkt att någon faktisk förväxling har skett.

BEVISNING

78 OLW har som bevisning åberopat inspelningar av dels TV- och radioreklam dels ett radioprogram. Även Fredagsmys har åberopat en inspelning av en TV-reklam. Parterna har därutöver åberopat omfattande skriftlig bevisning.

79 På begäran av OLW har vittnesförhör hållits med M. T., marknadsdirektör hos OLW, och K. M., kundansvarig projektledare hos marknadsföringsbyrån Åkestam.holst m fl KB som stått bakom ”fredagsmys”-kampanjerna.

80 På begäran av Fredagsmys AB har förhör under sanningsförsäkran hållits med M. L., VD och styrelseordförande i Fredagsmys AB.

Domskäl

81 Den påtalade marknadsföringen avser Fredagsmys AB:s användning av begreppet ”fredagsmys” i bolagets marknadsföring av snacksprodukter. Marknadsföringen har pågått sedan mars 2014.

82 OLW har gjort gällande att bolaget, sedan en första kampanj i maj 2009, har byggt upp ett kommersiellt renommé kring begreppet ”fredagsmys” i samband sina snacksprodukter, att begreppet är särpräglat och väl känt för OLW:s snacksprodukter samt att Fredagsmys AB genom användning av ”fredagsmys” som kännetecken för snacksprodukter drar otillbörlig fördel av det renommé som är förknippat med OLW i strid mot bestämmelserna om god marknadsföringssed i 5 § marknadsföringslagen (2008:486), MFL. Vidare har bolaget gjort gällande att marknadsföringen är otillbörlig enligt 6 § MFL eftersom den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

83 Fredagsmys AB har bestritt att begreppet ”fredagsmys” som används i OLW:s marknadsföring är särpräglat och känt för snacksprodukter samt att bolagets användning av sitt varumärke innehållande ordet ”fredagsmys” skulle dra otillbörlig fördel av OLW:s renommé. Fredagsmys AB har också bestritt

att användningen av varumärket i märkbar mån skulle påverka eller sannolikt påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Aktuella bestämmelser m.m.

84 Enligt 5 § MFL ska marknadsföring stämma överens med god marknadsföringssed. Av 6 § MFL följer att marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed enligt 5 § MFL är att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

85 Om en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares kända produkter, kännetecken eller liknande, s.k. renommésnyltning, anses det enligt fast praxis strida mot god marknadsföringssed enligt 5 § MFL. 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 således en redan existerande positiv föreställning hos konsumenterna om en annan produkt eller annat kännetecken (jfr t.ex. MD 2012:11).

86 En förutsättning för att produkter, kännetecken eller liknande ska åtnjuta ett skydd mot renommésnyltning är att de inom den relevanta omsättningskretsen förknippas med ett visst kommersiellt ursprung (se MD 1993:9 och 1999:21). För detta har den bevisbördan som påstår att ett skydd mot renommésnyltning föreligger.

87 Av 23 § MFL framgår att en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig får förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan likande åtgärd.

88 En utgångspunkt enligt EU-direktivet om otillbörliga affärsmetoder (2005/29/EG), som de i målet aktuella bestämmelserna i MFL bygger på, är att marknadsföringen ska bedömas med hänsyn till hur den uppfattas av en genomsnittskonsument som är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst, med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer (se skäl 18 i direktivet samt EU-domstolens dom i mål C-428/11, Purely Creative m.fl., punkt 53).

89 Om marknadsföringen är särskilt riktad till en viss konsumentgrupp följer av direktivet (se skäl 18 och artikel 5.2 b i direktivet) att marknadsföringen ska bedömas ur ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga medlemmen i denna grupp. Avgörande för hur en marknadsföringsåtgärd ska bedömas är också enligt fast praxis hur framställningen uppfattas av en genomsnittlig mottagare i den målgrupp som marknadsföringen riktar sig till (se bl.a. MD 2008:15 och MD 2014:17).

Marknadsföringen m.m.

90 Det är ostridigt mellan parterna att Fredagsmys AB sedan mars 2014 har använt begreppet ”fredagsmys” i marknadsföring av snacksprodukter i form av potatiships på det sätt som OLW gjort gällande.

91 Enligt Marknadsdomstolens mening har marknadsföringen i första hand riktat sig till en målgrupp bestående av konsumenter i allmänhet där genomsnittskonsumenten är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst.

92 Det är ostridigt mellan parterna att begreppet ”fredagsmys” var ett etablerat begrepp redan innan OLW började använda det i sin marknadsföring samt att begreppet är beskrivande för en företeelse där familj eller vänner samlas efter arbetsveckans slut för lugn och trevlig samvaro, ofta i förening med någon form av enklare förtäring. Marknadsdomstolen konstaterar att begreppet ”fredagsmys” därmed saknar ursprunglig kommersiell särprägel för snacksprodukter.

93 Frågan är då om begreppet genom OLW:s marknadsföring förvärvat ett renommé för snacksprodukter, dvs. om begreppet fått ett nytt innehåll så att det kopplas samman med de snacksprodukter som OLW tillhandahåller eller i vart fall med snacksprodukter av ett visst kommersiellt ursprung eller med OLW och dess verksamhet.

94 En förutsättning för att ett begrepp ska vara bärare av renommé är att det i viss kvantitativ omfattning är känt (jfr EU-domstolens dom i mål C-375/97, General Motors). Bedömningen av om ett begrepp är känt bör inom marknadsföringsrätten göras på ungefär samma sätt som inom känneteckensrätten (se

här till Ulf Bernitz m.fl., Immaterialrätt och otillebörig konkurrens, 12 uppl., s. 351 och Carl Anders Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, 8 uppl. s. 345 f.).

95 EU-domstolen har i sin praxis slagit fast att ett varumärke ska anses vara tillräckligt känt för att vara bärare av renommé när det är känt inom en betydande del av den omsättningskrets som berörs av de varor eller tjänster som märket avser (se EU-domstolens dom i det ovan nämnda målet C-375/97, General Motors). Vid bedömningen av kravet på kännedom ska enligt EU-domstolen samtliga relevanta omständigheter beaktas, särskilt varumärkets marknadsandel, i hur stor omfattning, i vilket geografiskt område och hur länge varumärket har använts samt hur stora investeringar företaget har gjort för att marknadsföra varumärket.

96 Av utredningen framgår att OLW har använt begreppet ”fredagsmys” kontinuerligt och i tämligen stor omfattning i sin marknadsföring av snacks sedan maj 2009 (se punkt 104 nedan). Marknadsföringen har bestått av främst TV- och radioreklam samt marknadsföring i butiker.

97 Det framgår därvid att OLW använt begreppet ”fredagsmys” för att utmärka kommersiellt ursprung, men också att bolaget i viss omfattning använt begreppet i dess beskrivande betydelse. Det framgår vidare att även andra näringsidkare i sin marknadsföring av livsmedel har använt begreppet ”fredagsmys” i dess beskrivande betydelse, såväl före som under den tid som OLW har använt begreppet.

98 Det ligger i sakens natur att det förhållandet att begreppet ”fredagsmys” använts i sin beskrivande betydelse vid marknadsföring av livsmedel varit ägnat att motverka OLW:s arbete med att i omsättningskretsen göra det känt för bolagets snacksprodukter - i synnerhet måste bolagets egen användning av begreppet på detta sätt anses ha varit ägnad att motverka detta arbete.

99 Att begreppet ”fredagsmys” på marknaden använts i sin beskrivande betydelse medför att det måste ställas stora krav på bevisningen i fråga om hur begreppet uppfattas. Det är således inte tillräckligt att begreppet är känt som en allmän beteckning på ett sammanhang där snacksprodukter förekommer. Det fordras i stället att det visas att begreppet inom en betydande del av omsättningskretsen kopplas till snacksprodukter från OLW eller i vart fall till snacksprodukter av ett visst kommersiellt ursprung.

100 OLW har med avseende på omsättningskretsens kännedom om begreppet ”fredagsmys” i förening med bolagets snacksprodukter åberopat bl.a. en rapport över ”Utvärdering av sponsorskap”, utförd av OMD (Omnicom Media Group AB). Undersökningen har enligt vad som framgår av rapporten inte tagits fram för att mäta huruvida konsumenterna kopplar samman begreppet ”fredagsmys” med OLW och dess snacksprodukter eller med ett visst kommersiellt ursprung.

101 Marknadsdomstolen konstaterar att det i rapporten över utvärderingen helt saknas information om bl.a. hur undersökningen har gått till samt att det inte heller finns en fullständig redovisning av de frågor som förekommit eller i vilken ordning de ställts. Oavsett till vilka respondenter en undersökning riktar sig, är det av största vikt att det framgår hur frågorna utformats och ordnats, eftersom en redovisning av detta slag normalt är av betydelse för att kunna bedöma tillförlitligheten hos avgivna svar (se här till Monica Viken, Markedsundersøkelser som bevis i varemerke og markedsføringsrett, s. 275 f.).

102 Dessa brister medför enligt Marknadsdomstolens mening att den åberopade rapporten inte uppfyller de krav som måste ställas på en korrekt genomförd och tillförlitlig marknadsundersökning. Redan på grund av dessa förhållanden kan det åberopade resultatet av undersökningen inte visa att begreppet ”fredagsmys” är känt för OLW eller dess produkter på marknaden.

103 Den övriga bevisning som OLW har åberopat till stöd för att begreppet ”fredagsmys” är känt för OLW och dess produkter har karaktär av s.k. indirekt bevisning.

104 Fredagsmys AB har vitsordat riktigheten av den utredning OLW lagt fram om att OLW:s reklamfilmer visats ca 1,4 miljoner gånger på webbplatsen Youtube.com, att ”fredagsmyslåten” avlyssnats ca 2,1 miljoner gånger på musiktjänsten Spotify och att webbplatsen facebook.se/fredagsmys har över 76 000 medlemmar. Vidare framgår av utredningen att ”fredagsmys” omtalats i redaktionell text i samband med OLW och snacksprodukter samt i ett stort antal artiklar. Mot Fredagsmys AB:s bestridande är emellertid inte visat att OLW, som bolaget påstått, har investerat ca 400 miljoner kr i marknadsföringsåtgärder sedan 2009.

105 Marknadsdomstolen konstaterar att det förhållandet, att konsumenter under 6 års tid kontinuerligt exponerats för OLW:s användning av begreppet ”fredagsmys” i bolagets marknadsföring av snacksprodukter i tv, radio och butiker, medfört att marknadsföringen har fått genomslag hos konsumenter men att inte heller utredningen i denna del visar att begreppet ”fredagsmys” inom omsättningskretsen är känt för OLW:s snacksprodukter eller snacksprodukter av ett visst kommersiellt ursprung.

106 Genom förhöret med M. T. har framkommit bl.a. att OLW löpande gör undersökningar avseende hur konsumenter uppfattar avsändaridentitet, varumärken etc. i förhållande till bolagets kampanjer. M. T. har uppgett att dessa mätningar återkommande bekräftat resultaten i den återopade rapporten utförd av OMD. Han har emellertid inte närmare redogjort för vilka mätmetoder som använts eller vilka värden som mätningarna resulterat i. Och av förhöret med K. M. har i huvudsak framkommit att kampanjerna kring begreppet ”fredagsmys” varit mycket uppskattade och framgångsrika bland såväl näringsidkare som konsumenter.

107 Mot Fredagsmys AB:s bestridande kan dock utsagorna i dessa förhör - vilka inte bygger på något i målet återopat underlag - inte läggas till grund för slutsatsen att begreppet ”fredagsmys” sätts i samband med OLW:s snacksprodukter eller snacksprodukter av ett visst kommersiellt ursprung, vare sig ensamma eller i förening med vad som i övrigt förekommit.

108 Av det anförda följer att OLW, även om bolaget har en mycket stark närvaro på marknaden för snacksprodukter, inte förmått visa att ”fredagsmys” inom en betydande del av den relevanta omsättningskretsen är känt för OLW:s snacksprodukter eller för snacksprodukter av ett visst kommersiellt ursprung. Vid denna bedömning kan Fredagsmys AB:s användning av ”fredagsmys” inte konstituera renommésnyltning. Det saknas därmed förutsättningar för bifall till OLW:s talan.

Rättegångskostnader

109 Vid denna utgång har Fredagsmys AB rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Fredagsmys AB:s yrkande i denna del, 520 000 kr avseende ombudsarvode, framstår dock som högt med hänsyn till målets art och omfattning. Marknadsdomstolen finner vid en samlad bedömning att ett belopp om 350 000 kr får anses vara skälig ersättning för tillvaratagande av bolagets rätt. På Marknadsdomstolens vägnar

Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande, Johan Rosén, Jonas Häckner och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Malin Malmström