

AVSKRIFT

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2001:20

2001-07-10

Dnr C 30/00

KÄRANDE

Medeca Pharma AB, 556418-1211, Box 240005,
750 24 UPPSALA

SVARANDE

Ellos AB, 556044-0264, 501 86 BORÅS
Ombud: advokaten J.M., J.M. Advokatbyrå,
Box 2190, 403 13 GÖTEBORG

SAKEN

marknadsföring av kvalsterskydd

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder Ellos AB vid vite av tvåhundra tusen (200 000) kr att vid marknadsföring av sängkläder på sätt som skett enligt domsbilaga använda följande formuleringar:
 - a) ”kvalstren går mot ovansidan madrassen eftersom det är där kroppsvärme/fukt finns”,
 - b) ”dessa ’Anti-allergi’-produkter hjälper dig att minska mängden skadliga allergener”,
 - c) ”Specialbehandlat yttertyg av ren bomull som stänger ute kvalster.”,
 - d) ”inom en vecka garanteras att förekomsten av alla kvalster är borta”,
 - e) ”alla kvalster ovanpå och i madrassen försvinner vid kontakten med Flanacaryl”,
 - f) ”Flanacarils effektivitet är 100 % garanterad för 20 tvättar i 60 grader under 5 år” och
 - g) ”det aktiva medlet i Flanacaryl framkallar inte irritation och utgör inte heller någon skada för hälsan”eller formuleringar av väsentligen samma innebörd.

2. Marknadsdomstolen lämnar Medeca AB:s talan i övrigt utan bifall.
3. Ellos AB förpliktas att ersätta Medeca AB för dess rättegångskostnader i målet med sextontusenfemhundrafemtio (16 550) kr. På beloppet skall utgå ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

INLEDNING

Medeca Pharma AB (Medeca) har påtalat Ellos AB:s (Ellos) marknadsföring av sängkläder i en katalog för hösten/vintern 2000. Utdrag ur katalogen samt informationsmaterial från Ellos återges i kopia som domsbilaga.

I det följande kallas kvalsterskydden, dvs. ”dra-på-lakanet” och toppklädseln, för Flanacaril-produkterna och ”anti-allergi” täcket och kudden för Acaristop-produkterna.

YRKANDEN

Medeca har yrkat att Marknadsdomstolen vid vite förbjuder Ellos att i marknadsföringen ange att

- a) kvalstren går mot ovansidan madrassen eftersom det är där kroppsvärme/fukt finns,
- b) dessa ”Anti-allergi”-produkter hjälper dig att minska mängden skadliga allergener,
- c) Specialbehandlat yttertyg av ren bomull som stänger ute kvalster,
- d) inom en vecka garanteras att förekomsten av alla kvalster är borta,
- e) alla kvalster ovanpå och i madrassen försvinner vid kontakten med Flanacaril,
- f) Flanacarils effektivitet är 100 % garanterad för 20 tvättar i 60 grader under 5 år och
- g) det aktiva medlet, Flanacaril, framkallar inte irritation och utgör inte någon skada för hälsan

eller formuleringar av väsentligen samma innebörd.

Medeca har vidare yrkat att Ellos åläggs att i marknadsföringen ange verksam substans/insekticid/acaracid samt därvid också informera om farlighet och handhavande i likhet med vad som gäller för liknande produkter avsedda för insektsbekämpning.

Ellos har bestritt Medecas talan.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

PARTERNAS TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

Medeca

Huskvalster producerar stora mängder allergiframkallande partiklar, som är 1-40 tusendels millimeter stora och mycket potenta. I en begagnad madrass kan det finnas hundratusentals till miljoner kvalster. Det är inte de levande kvalstren som ger besvär utan de allergener som dessa har producerat. Allergenerna försvinner inte om kvalstren dör. En rad publicerade studier visar att kvalstren har de bästa livsbetingelserna längst ner i madrassen samt att insekticider och acaricider som varit verksamma mot kvalster i laboratorium inte fungerar i bl.a. madrasser. Det krävs i så fall insekticider som kan penetrera ner i stoppningen. Insekticider kan också medföra toxiska effekter särskilt på barn.

Mot bakgrund av vad som är känt om kvalster genom medicinska studier är de uppgifter som Ellos lämnar i sin marknadsföring inte bara överdrivna utan även mycket vilseledande. Utlovade effekter har såvitt känt inte visats i vetenskapliga studier i verklig miljö utan endast i enkla laboratorieförsök. Marknadsföringen är särskilt allvarlig eftersom den vänder sig till sjuka människor. Allergen från kvalster är en viktig orsak till astma. Astmatiker och allergiker kommer – om produkterna inte har den utlovade effekten – att utsättas för risk för astmaanfall, onödiga besvär och onödig medicinering. Astmatiska barn utgör den största gruppen kvalsterallergiker.

Ellos marknadsföring av de aktuella produkterna är mot denna bakgrund otillbörlig och strider mot marknadsföringslagen (MFL). Uppgifterna i den påtalade marknadsföringen är felaktiga enligt följande.

Punkt a): Det är inte riktigt att kvalster söker sig till ytan på madrassen utan de strävar tvärtom inåt där livsbetingelserna är optimala. Produktkonceptet kan därmed inte fungera som avsett.

Punkt b) och c): Det är inte kvalstren i sig som bör undvikas, utan den mycket stora mängd partiklar som kvalstren producerar. Partiklarna finns kvar även om kvalstren skulle försvinna. Produkterna skyddar dock inte mot partikelspridning eftersom de inte är täta. Vid en av IFP Research AB genomförd provtagning jämfördes Ellos produkter med vanlig lakansväv med avseende på partikelpenetrationen. Partikelpenetrationen var därvid densamma för Acaristop-produkterna och lakanet och väsentligt sämre för Flanacril-produkterna.

Punkt d) och e): Ellos påståenden och garantier kan inte baseras på enbart kortvariga laboratorieförsök utan skall också visas i kliniska studier. Påståendena motsägs också av vad som är känt om hur kvalster utvecklas. Påståendet att ”alla kvalster ovanpå och i madrassen försvinner” är vilseledande eftersom det inte upplyses att de kvalsterallergipartiklar som redan har producerats finns kvar och lätt tränger igenom produkterna.

Punkt f): Det saknas dokumentation som visar att kvalsterskydd som använts och tvättats på angivet sätt skulle vara 100-procentigt effektiva.

Punkt g): Om det påstådda innehållet Flanacril har de egenskaper som anges, dvs. att det dödar kvalstren inom en vecka, måste det antas att ämnet är mycket potent och ofarligheten för människor måste ifrågasättas.

I marknadsföringen av produkterna saknas uppgift om verksam substans/insekticid/acaracid. Information om detta är av särskild betydelse eftersom marknadsföringen riktar sig till känsliga personer med nedsatt immunförsvar. Ellos bör därför åläggas att lämna sådan information.

Ellos

Ellos har upphört med försäljningen och marknadsföringen av de aktuella produkterna och behov av förbudstalan föreligger därför inte. Ellos har vidare, i samråd med KO och senare Kemikalieinspektionen, tillställt kunderna ytterligare information. Efter som marknadsföringen har upphört föreligger inte något särskilt informationsbehov.

Ellos har marknadsfört de aktuella produkterna baserat på tester m.m. som tillhandahölls av leverantören samt anpassat informationen till svenska förhållanden. Marknadsföringen av Acaristop-produkterna togs upp under år 1999. Flanacaril-produkterna marknadsfördes i Ellos katalog för våren/sommaren 2000 och beskrevs därvid som ”kvalsterdödaren”. Ellos kände till att produkterna såldes inom EU i betydande kvantiteter och att leverantörerna var välrenommerade. Av de intyg m.m. som föredes framkom att produkterna var testade och godkända. Enligt Ellos köpvillkor gäller att leverantören bl.a. garanterar att levererade varor ej innehåller farliga eller förbjudna ämnen.

När katalogen distribuerades kontaktades Ellos av Medeca och senare, i februari 2000, av KO, som hade synpunkter på marknadsföringen. Ellos beaktade de synpunkter som framfördes från KO och stoppade försäljningen. Synpunkterna från KO avsåg informationen till kunderna och de bipackade produktbladen. Sedan åtgärder vidtagits upphävdes försäljningsstoppet i mars 2000 och kunderna tillställdes bl.a. skriftlig information, vilken också bipackades produkterna. Även Ellos kundtjänst fick del av informationen. Ellos uppfattade därmed att man hade tillgodosett de synpunkter som framfördes från KO:s sida. Ellos vitsordar att marknadsföringen av produkterna med de texter som var intagna i katalogen för våren/sommaren 2000 inte var i överensstämmelse med god marknadsföringssed. Efter påpekande från KO har emellertid produktinformationen ändrats. När Medeca väckte talan hade texten den lydelse som framgår av bilaga till denna dom. Ellos anser inte att denna text är otillbörlig även om uttrycket att kvalstren ”försvunnit” är mindre lämpligt och borde ha angivits som att de oskadliggjorts eller liknande uttryck.

Ellos stoppade leveransen av Flanacaryl-produkterna i september 2000 och Acaristop-produkterna i oktober 2000. Ellos beslutade också att framöver inte marknadsföra produkterna. Anledningen till detta var att Kemikalieinspektionen i april/maj 2000 hade kontaktat Ellos och önskat erhålla information om den aktiva substansen i kvalsterskydden. Enligt Kemikalieinspektionen skulle förordningen om bekämpningsmedel vinna tillämpning. I september 2000 begärde Kemikalieinspektionen uppgifter om vilka åtgärder Ellos ämnade vidta med hänsyn till miljö- och hälsoinformation enligt miljöbalkens bestämmelser. Efter kontakter med leverantörerna och ytterligare kontakter med Kemikalieinspektionen beslutade Ellos att inte längre försälja produkterna. Någon försäljning och marknadsföring har därefter inte ägt rum.

De av Medeca åberopade testrapporterna avser partikeltätheten. När det gäller Flanacaryl-produkterna har dessa behandlats med en substans som skall ta död på kvalster och det är denna egenskap som är utmärkande för produkterna. Det är således tyget som har behandlats med en substans som dödar kvalster och därför utgör ett kvalsterskydd. Det test som utförts har varken varit motiverat eller adekvat och kostnaden bör i vart fall inte belasta Ellos. Medecas påståenden avseende Ellos marknadsföring är inte underbyggda och korrekta. Testrapporten synes också ha åberopats till stöd för informationsyrkandet eller att de aktuella produkterna skulle vara otjänliga. Denna fråga har emellertid varit föremål för förhandlingar mellan Ellos och Kemikalieinspektionen och bör inte tas upp till prövning av Marknadsdomstolen.

Medeca

Det bestrids inte att Ellos ändrat marknadsföringen efter kontakter med KO eller att försäljningen av de aktuella produkterna upphört. Detta saknar emellertid betydelse. Medeca har varit i kontakt med Ellos kundtjänst innan ansökan om stämning gavs in. Den 25 september 2000 översändes produktinformation från Ellos och den 23 november 2000 uppgavs att produkterna hade tagit slut och skulle komma nästa säsong.

Ellos har uppenbarligen, efter kontakter med Kemikalieinspektionen, insett att produkterna är otjänliga med tanke på giftinnehållet. Medeca känner inte till vilken substans det är fråga om. Om Kemikalieinspektionen anser att substansen omfattas av

bekämpningsmedelförordningen bör detta rimligen meddelas de som har köpt produkterna.

ÅBEROPAD BEVISNING

Parterna har åberopat viss skriftlig bevisning, bl.a. en rapport från IFP Research AB avseende ett test som på Medecas uppdrag utförts på de aktuella produkterna.

DOMSKÄL

Som framgår av motiven till MFL och Marknadsdomstolens praxis kan ett förbud meddelas i fråga om ett påtalat förfarande även om förfarandet har upphört. Vad Ellos har anfört om att de i målet aktuella produkterna inte längre marknadsförs utgör således inte något hinder mot att marknadsföringen prövas enligt MFL.

Den som vid marknadsföring använder ett påstående skall kunna visa att påståendet är riktigt. Kan denne inte det är påståendet att anse som ovederhäftigt och därmed otillbörligt enligt MFL. Som Marknadsdomstolen tidigare har uttalat ställs det speciellt höga krav på vederhäftighet när det, såsom i förevarande mål, gäller marknadsföring som innehåller medicinsk argumentering.

Beskrivningen av de aktuella produkterna ger otvetydigt det intrycket att de utgör ett skydd mot allergier. De av Medeca påtalade formuleringarna hänför sig till beskrivningen av Flanacaryl-produkterna, dock med undantag av påståendet enligt punkten c). När det gäller Flanacaryl-produkterna innefattar de påtalade formuleringarna, som Medeca har anfört, långtgående påståenden och garantier med avseende på produkternas funktion och effektivitet. I anslutning härtill hänvisas också till att produkterna har genomgått olika former av tester. När det gäller Acaristop-produkterna anges att dessa har ett specialbehandlat ytteryg som stänger ute kvalster.

Som nyss anförts ankommer det på Ellos att visa att de påtalade påståendena är riktiga. Ellos har emellertid inte lagt fram någon utredning som visar att så är fallet. Påståendena skall därför anses ovederhäftiga och därmed otillbörliga enligt MFL. Mot

bakgrund av det anförda skall Medecas yrkande om förbud, med viss justering, bifallas.

Medeca har även yrkat att Marknadsdomstolen skall meddela ett informationsåläggande mot Ellos beträffande innehållet i Flanacaril-produkterna. Av 15 § marknadsföringslagen framgår att en näringsidkare som vid sin marknadsföring låter bli att lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentens synpunkt får åläggas att lämna sådan information. Det ankommer på den som begär åläggandet att visa att informationen är av särskild betydelse från konsumentens synpunkt. Marknadsdomstolen anser inte att Medeca har visat detta. Medecas talan i denna del skall därför lämnas utan bifall.

Vite

Av 19 § marknadsföringslagen följer att ett förbud skall förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Det förhållandet att det påtalade förfarandet har upphört utgör inte något särskilt skäl mot att förena förbudet med vite. Inte heller i övrigt har det framkommit några särskilda skäl som gör det obehövligt att förena förbudet med vite.

Rättegångskostnader

Medeca har vunnit bifall till yrkandet om förbud men inte till yrkandet om informationsåläggande. Vad Medeca har tappat får anses vara av endast ringa betydelse och Medeca är därmed berättigad till ersättning för sina rättegångskostnader. Det yrkade beloppet för nedlagt eget arbete får anses skäligt. Ersättning skall också utgå för avgiften till Patent- och registreringsverket. Medeca har härutöver yrkat ersättning för kostnaden för det test som bolaget låtit utföra på de aktuella produkterna. Ellos har invänt att testet har varit obefogat och att Medeca bör stå för kostnaden. Enligt Marknadsdomstolens mening har Medeca emellertid inte saknat fog för att föranstalta om det aktuella testet. De kostnader som uppstått till följd därav får sålunda anses ha varit skäligt påkallade för tillvaratagande av Medecas rätt. Ersättningsyrkandet skall därför bifallas även i denna del. När det gäller Medecas yrkande om ersättning för mervärdesskatt på nämnda kostnad har Medeca rätt att göra avdrag för ingående

mervärdesskatt i den mån bolaget har erlagt sådan skatt. Eftersom Medeca sålunda inte har haft någon ersättningsgill kostnad för mervärdesskatt, kan yrkandet om ersättning för sådan skatt inte bifallas.

På Marknadsdomstolens vägnar

Brita Swan

Ledamöter: Brita Swan, Per Eklund, Lars-Gunnar Mattsson, Marianne Reuterskiöld och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Göran Söderström

Rätt avskrivet intygar

Monica Stenderup