

KÄRANDE

Contura A/S,
Sydmarken 23, 2860 SØBORG, Danmark
Ombud: jur. kand. Erik Sjöman, Advokatfirman
Vinge KB, Box 4255, 203 13 MALMÖ

SVARANDE

PlastikKirurgiCentrum i Malmö Aktiebolag,
Regementsgatan 25, 217 53 MALMÖ
Ombud: advokaten Bo Thorvinger, Hamilton & Co
Advokatbyrå Malmö KB, Box 226, 201 22 MALMÖ

SAKEN

marknadsföring av plastikkirurgiska tjänster

MARKNADSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

1. Marknadsdomstolen avvisar käromålet.
2. Contura A/S skall ersätta PlastikKirurgiCentrum i Malmö Aktiebolag dess rättegångskostnader med nittiotretusensjuhundrafemtio (93 750) kr, allt avseende ombudsarvode och varav 18 750 kr avser mervärdesskatt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens beslut till dess betalning sker.

YRKANDEN M.M.

Contura A/S (Contura) har yrkat att Marknadsdomstolen skall förbjuda PlastikKirurgiCentrum i Malmö Aktiebolag (PKC) vid vite av 400 000 kr att vid marknadsföring av plastikkirurgiska eller liknande tjänster eller därtill hörande produkter använda

1. den text som framgår av beslutsbilaga 1 eller annan liknande framställning med väsentligen samma innebörd, och

2. följande individuella påståenden och uttalanden eller andra liknande formuleringar med väsentligen samma innebörd:

- a) ”Varning för Aquamid!”,
- b) ”Vi varnar för [Aquamid], då vi anser att man inte har dokumenterat säkerheten tillräckligt!”,
- c) ”[Aquamid] är i princip pulvriserad plast.”,
- d) ”[Behandling med Aquamid] kan medföra att många patienter som fått detta insprutat, tvingas till mycket besvärliga och smärtsamma operationer för att AVLÄGSNA DET INSPRUTADE MATERIALET.”,
- e) ”[Aquamid] sprutas in som en gel, för att senare omges med en inflammatorisk ärrvävad. Här finns stora möjligheter till att det kan gå fel, som att det blir en inflammation, knöligt m.m. Alltihop får då opereras bort med stora förluster av kringliggande vävnad som följd. Förutom nya kostnader så kommer det också att innebära nya och synliga ärr, och kanske även kosmetiska defekter som kan vara svåra eller omöjliga att dölja.”,
- f) ”Då tänker kanske läsaren, att en så dålig produkt [dvs Aquamid] kan ju inte bli godkänd av Socialstyrelsen?”,
- g) ”Varför är jag då så negativ till den här produkten [dvs Aquamid]? Det ligger till så att jag är negativ till alla produkter och metoder som ska användas på patienter tills säkerheten är bevisad.”,
- h) ”När det gäller Aquamid så finns det inga publicerade, kontrollerade studier på människor vare sig på kort eller lång sikt.”,
- i) ”Det får betecknas så enastående hänsynslöst att använda fullt betalande (detta är dyrt) patienter som försöksdjur, i stället för att låta en vetenskaplig granskning ske genom kontrollerade studier för att därigenom visa att preparatet [dvs Aquamid] är förutsägbart i sitt resultat, effektivt samt OFARLIGT OCH UTAN BIVERKNINGAR. Innan dess har det inte på marknaden att göra.” och
- j) ”Mitt råd är att undvika Aquamid och alla dom som förespråkar detta, tills de studier som nu görs är avslutade OCH visar att preparatet är säkert.”

PKC har bestritt käromålet.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

Contura

Grunder

PKC:s marknadsföring innehåller vilseledande, misskrediterande och nedsättande uttalanden och är därför otillbörlig.

Utveckling av talan

Contura säljer produkten Aquamid®, som tillverkas av Conturas systerbolag Ferrosan A/S. Produkten är en injicerbar gel som huvudsakligen är avsedd för utfyllnad och utjämning av rynkor och ojämnheter i huden. Aquamid är en medicinskteknisk produkt, klass II B, och godkänd för CE-märkning. Ett antal studier av Aquamid har publicerats eller är under publicering.

PKC driver en plastikkirurgisk klinik i Malmö. Kliniken tillhandahåller plastikkirurgiska och liknande tjänster och därtill hörande produkter. PKC tillhandahåller bl.a. behandling med produkten Restylane®, som tillverkas av Q-Med AB. PKC är en av Q-Med AB:s s.k. certifierade kliniker för bl.a. Restylane-behandling. Restylane och Aquamid är konkurrerande produkter. PKC tillhandahåller inte Aquamid-behandling.

PKC marknadsför sig bl.a. via sin hemsida www.pkc.se. På hemsidan marknadsförs Restylane och görs en rad kritiska omdömen om Aquamid. Texten på hemsidan om Aquamid är i sin helhet ägnad att misskreditera Contura och dess produkt Aquamid till förmån för alternativa behandlingar med produkter som PKC tillhandahåller, t.ex. Restylane. Texten innehåller helt onyanserade, illa underbyggda, kategoriska och sakligt omotiverade påståenden, vars syfte uppenbart är att ge intryck av att behandling med Aquamid skulle vara särskilt farlig, att produkten är opålitlig, att den inte är tillfredsställande testad och att den mer eller mindre frekvent förorsakar allvarliga biverkningar. Så är inte fallet. Uttalandena om Aqua-

mids kvalitet, egenskaper, hälsoeffekter m.m. är således oriktiga, vilseledande och ned-sättande.

Vid bedömningen skall beaktas att särskild stränghet torde böra tillämpas vid marknadsföring av det slags produkter och tjänster varom nu är fråga. Att PKC:s företrädare, i egenskap av läkare och specialist, under sådana omständigheter söker skapa ett sken av objektivitet såvitt avser de aktuella påståendena innebär enligt Contura att marknadsföringen är särskilt otillbörlig.

Contura har uppmanat PKC att avlägsna påståendena, men så har inte skett.

PKC

Grunder

PKC:s marknadsföring är inte otillbörlig.

Utveckling av talan

Det är riktigt att PKC genom dr C. T. på sin hemsida lämnat den information Contura påstått. Dr T. är specialist inom plastikkirurgi med lång erfarenhet.

PKC driver plastikkirurgisk klinik i Malmö och tillhandahåller plastikkirurgiska tjänster. PKC tillhandahåller Restylane endast i samband med vissa behandlingar. Restylane säljs inte av PKC. PKC har inget ekonomiskt intresse i Restylane eller hos dess tillverkare Q-Med AB. Medlet köps endast in som allt annat sjukvårdsmaterial för att man skall kunna utföra plastikkirurgiska tjänster.

Informationen på hemsidan under rubriken ”Varning för Aquamid!” infördes hösten 2001 efter en artikel i Aftonbladet. Det dr T. framhåller i texten är att Aquamid inte är kliniskt testat enligt beprövade metoder. Eftersom Aquamid inte är ett läkemedel i läkemedelslagens mening behöver det inte bli godkänt av Läkemedelsverket eller motsvarande organ inom EU. Dr T. uppfattning är att ett ämne som Aquamid måste bevisas vara ofarligt och utan oförsvarbara biverkningar innan det kommer ut på marknaden.

Marknadsföringslagen är inte tillämplig på de aktuella uttalandena. PKC marknadsför inte Restylane. Den enda information PKC lämnar om detta medel är att det används vid en viss behandlingsmetod. Informationen om Aquamid har lämnats som en del av dr C. T. rätt, men också skyldighet som läkare, att underrätta läsaren. Det torde åligga envar inom hälso- och sjukvården att om möjligt rapportera om befarade risker med olika behandlingar. Meddelandet är inte till sitt innehåll, sin form, sitt redaktionella innehåll eller sin placering på hemsidan ett kommersiellt meddelande utan en varning betingad av medicinska skäl. Grundlagskyddad yttrandefrihet av detta slag går före marknadsföringslagens bestämmelser, varför de angripna påståendena inte kan prövas enligt marknadsföringslagen.

Efter att dr T. framfört sin uppfattning om Aquamid på hemsidan blev han kontaktad av Contura, som ville få bort hans artikel. Dr T. lovade detta om Contura genom någon vedertagen klinisk undersökning kunde visa att han hade fel i sin uppfattning. Ingen sådan utredning har veterligen skett, varför varningen på hemsidan har fått stå kvar som relevant.

Informationen under rubriken "Varning för Aquamid!" gör ingen jämförelse med eller hänvisning till Restylane eller någon annan produkt. Varningen har inget som helst samband med detta medel. På PKC:s hemsida kan man hitta informationen om Restylane genom att klicka på "Läs mer om: Ansikte" och därefter skrolla ner till "Restylaneinjektion". För att hitta artikeln med rubriken "Varning för Aquamid!" måste man däremot klicka vidare från huvudmeny "Nyheter" och därefter skrolla ner till artikeln. Texterna saknar samband med varandra och hänvisar inte till varandra. PKC misskrediterar inte Contura eller dess produkt till förmån för Restylane. Det som angrips är att Aquamid inte genomgått vetenskapligt godtagna tester innan det används på människor. Någon koppling till Restylanebehandling görs varken direkt eller indirekt.

Varningar mot Aquamid har nu kommit fram i vetenskaplig litteratur, såsom i artikeln "Analysis of the complications induced by polyacrylamide hydrogel injection" publicerad i tidskriften *Plastic and Reconstructive Surgery*, July 2004. Enligt denna oberoende vetenskapliga rapport har 42 patienter behandlats vid ett sjukhus för svåra komplikationer efter injektioner med polyacrylamid (Aquamid). Av patienterna hade tjugofem kroniska smärtor, sex infektion, tio inflammationer, en nekros (vävnadsdöd) på huden på näsan och tjugofyra hade knölar och svullnader.

I en artikel i Aftonbladet den 2 september 2004 framkommer nya larm beträffande Aquamid. I artikeln vidgår Conturas VD, M. P., att Aquamid inte är färdigtestat.

Contura

Contura har genmält följande.

Artikeln i tidskriften *Plastic and Reconstructive Surgery* bygger på uppgifter från kinesiska kirurger om biverkningar vid behandling med s.k. hydrogels innehållande polyakrylamid. I artikel anges att de huvudsakliga orsakerna till komplikationer vid hydrogel-injektioner är bl.a. själva produktens och behandlingens kvalitet. Vilken renhetsgrad eller struktur de hydrogels som omtalas i artikeln har framgår inte. Inte heller framgår hur behandlingarna utförts eller övriga relevanta omständigheter. Sakuppgifterna i artikeln gäller inte Aquamid. Contura säljer inte Aquamid på den kinesiska marknaden. De fall som artikeln behandlar gäller huvudsakligen hydrogel-injektioner för bröstförstoring, varvid större volym injiceras än vid t.ex. ansiktsbehandling. Aquamid är över huvud taget inte avsett att användas för injektioner i bröstvävnad. Artikeln ger således inte stöd för de aktuella kommentarerna om Aquamid.

PKC:s uttalanden på hemsidan saknar grundlagsskydd. PKC:s invändning att uttalandena saknar kommersiellt syfte och innehåll saknar således relevans. Den del av PKC:s hemsida där uttalandena om Aquamid görs innehöll den 15 augusti 2004 tjugotvå notiser förutom texten om Aquamid. I tjugo av dessa görs direkt reklam för PKC. Även den återstående notisen innehåller information om PKC:s behandlingar. Informationen på hemsidan utgör i sin helhet marknadsföring av PKC:s produkter och tjänster, även de s.k. nyhetsnotiserna. Marknadsföringslagen är således tillämplig.

I anslutning till uttalandena om Aquamid på hemsidan förekommer s.k. nyhetsnotiser som informerar om vilka behandlingar PKC tillhandahåller, bl.a. med Restylane. Det är därmed uppenbart att uttalandena om Aquamid syftar till att främja avsättningen av PKC:s behandlingar med Restylane eller andra produkter.

BEVISNING

Parterna har åberopat skriftlig bevisning, bl.a. utdrag från PKC:s hemsida och ett antal artiklar.

MARKNADSDOMSTOLENS SKÄL

Yttrandefrihet i massmedier regleras i första hand i tryckfrihetsförordningen (TF) beträffande tryckta skrifter och i yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) beträffande andra medier, såsom film, ljudinspelningar och etermedia. Internet omfattas emellertid i huvudsak inte av grundlagsskyddet för yttrandefrihet. Som domstolen tidigare konstaterat, se MD 2005:11, bör gränsen för MFL:s räckvidd när det gäller uttalanden på icke grundlagsskyddad plats på Internet likväl bestämmas efter samma kriterier som i förhållande till medier som skyddas av TF eller YGL. I enlighet med domstolens praxis, se t.ex. MD 2002:34, kan åtgärder enligt MFL vidtas endast beträffande framställningar av rent kommersiell natur, vilket betyder att framställningen skall ha ett kommersiellt syfte och rent kommersiella förhållanden till föremål. Till detta område räknas framställningar om näringsidkarens affärsverksamhet eller däri tillhandahållna produkter, som har ett rent kommersiellt, vanligtvis avsättningsfrämjande, syfte. Vidare gäller att ingripanden med stöd av lagen inte kan ske mot framställningar som är inriktade på att bibringa allmänheten vissa värderingar eller påverka dess allmänna beteende i viss riktning. I tveksamma fall skall tryckfriheten ges företräde.

I den nu aktuella framställningen varnar en läkare och företrädare för PKC allmänheten för en produkt som han anser är otillräckligt testad för att användas på människor och vars användande enligt honom kan vara förenat med medicinska risker. Uttalanden görs på PKC:s hemsida, som till stor del innehåller information om och marknadsföring av PKC:s egna produkter. De aktuella uttalandena görs dock i en separat notis utan direkt samband med något annat meddelande på hemsidan. Uttalandena innehåller inte något direkt säljbudskap och heller ingen jämförelse med eller information om det motsvarande preparat som används vid vissa av de behandlingar PKC erbjuder. Mot denna bakgrund framstår syftet med uttalandena som i första hand opinionsbildande. Framställningen kan därför inte anses ha ett kommersiellt syfte och är sålunda inte av rent kommersiell natur. Därav följer att ingripande enligt MFL inte kan göras mot den påtalade framställningen och att Marknadsdomstolen inte är behörig att pröva målet i sak. Conturas talan skall därför avvisas.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång är Contura skyldigt att ersätta PKC dess rättegångskostnader. PKC har yrkat ersättning med 93 750 kr, allt avseende ombudsarvode, och anför att beloppet inkluderar mervärdesskatt då denna inte är en avdragsgill kostnad i PKC:s verksamhet. Contura har förklarat sig inte ha någon erinran mot yrkat belopp.

På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Ingegerd Westlander, Per Eklund, Lars-Gunnar Mattsson, Anders Stenlund och Barbro Wickman-Parak. Enhälligt

Sekreterare: Kajsa Nordström