



MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2016:5

2016-03-24

Mål nr B 3/13

KÄRANDE

Konsumentombudsmannen (KO),
Box 48, 651 02 Karlstad

SVARANDE

Vitaelab AB, 556750-1928, Box 526,
451 21 Uddevalla
Ombud: advokaten K. L. och
jur. kand. E. R.,
Advokatfirman MarLaw AB, Sveavägen 31,
Box 3079, 103 61, Stockholm

SAKEN

Marknadsföring av kosttillskott

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder Vitaelab AB vid vite om 2 miljoner (2 000 000) kr att vid marknadsföring av kosttillskottet VitaePro, eller annat kosttillskott med väsentligen samma sammansättning,

- 1.1 påstå eller ge intryck av att intag av kosttillskottet ökar energin och orken på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,
- gulmarkerad text 4 i domsbilaga 1:21,
 - gulmarkerad text 7 och 8 i domsbilaga 1:23 lästa tillsammans,
 - gulmarkerad text 9 och 10 i domsbilaga 1:26 lästa tillsammans, och
 - gulmarkerad text 11 och 12 i domsbilaga 1:27 lästa tillsammans,
- 1.2.1 påstå eller ge intryck av att intag av kosttillskottet medför att smidighet, rörlighet, styrka och muskelstyrka kan bevaras eller behållas på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,
- rödmarkerad text i domsbilaga 1:21, och
 - gulmarkerad text 10 i domsbilaga 1:26,

1.2.2 påstå eller ge intryck av att intag av kosttillskottet medför att smidighet och rörlighet kan bevaras eller behållas på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,

- grönmarkerad text i domsbilaga 1:2,
- gulmarkerad text 2 i domsbilaga 1:6, och
- gulmarkerad text 6 i domsbilaga 1:22,

1.2.3 påstå eller ge intryck av att intag av kosttillskottet medför att styrka och muskelstyrka kan bevaras eller behållas på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,

- gulmarkerad text 8 i domsbilaga 1:23,
- gulmarkerad text 12 i domsbilaga 1:27, och
- gulmarkerad text 14 i domsbilaga 1: 28,

1.3.1 påstå eller ge intryck av att intag av kosttillskottet ger smidighet och rörlighet, styrka och muskelstyrka, samt att det motverkar stelhet, orörlighet och slitenhet på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,

- gulmarkerad text 3 och 4 i domsbilaga 1:21 lästa tillsammans, och
- gulmarkerad text 9 och 10 i domsbilaga 1:26 lästa tillsammans

1.3.2 påstå eller ge intryck av att intag av kosttillskottet ger smidighet och rörlighet samt att det motverkar stelhet och orörlighet på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,

- gulmarkerad text 5 och 6 i domsbilaga 1:22 lästa tillsammans,

1.3.3 påstå eller ge intryck av att intag av kosttillskottet ger styrka och muskelstyrka samt att det motverkar slitenhet på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,

- gulmarkerad text 7 och 8 i domsbilaga 1:23 lästa tillsammans,
- gulmarkerad text 11 och 12 i domsbilaga 1:27 lästa tillsammans, och

1.3.4 påstå eller ge intryck av att intag av kosttillskottet motverkar stelhet och orörlighet på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,

- rödmarkerad text i domsbilaga 1:21,

- 1.4 påstå eller ge intryck av att VitaePro kan användas varje dag som en del av en sund kost på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,
- grönmarkerad text i domsbilaga 1:2,
- 1.5 ge intryck av att astaxanthin, lutein och zeaxanthin har antioxidativa funktioner hos människor på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,
- gulmarkerad text i domsbilaga 2 och
- 1.6 påstå att astaxanthin, lutein och zeaxanthin kan kallas växternas immunsystem och därmed ge intryck av att ämnena har positiv inverkan på människans immunsystem på sätt som skett i, eller på väsentligen samma sätt som i,
- gulmarkerad text i domsbilaga 2.
2. KO:s talan i övrigt i själva saken lämnas utan bifall.
3. Vitaelab AB ska ersätta KO för rättegångskostnader med 320 455 kr, varav 316 197 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.
-

BAKGRUND

- 1 Vitaelab AB grundades 2002 i Norge och är verksamt i bl.a. Sverige, Finland och Danmark. Bolaget är en del av Sana Pharma-koncernen som är en koncern inom hälsa och personlig vård och som specialiserar sig på kosttillskott. Vitaelab marknadsför och säljer bl.a. kosttillskottet VitaePro, bl.a. genom olika så kallade kundberättelser i TV-reklam och på Vitaelabs webbplats. I kundberättelserna redogör personer som använder VitaePro för hur deras livssituation ser ut och vilken påverkan de upplever att VitaePro haft på deras fysiologiska tillstånd.
- 2 Under år 2011 inledde Konsumentverket ett tillsynsärende avseende bolagets marknadsföring av kosttillskottet VitaePro. I samband därmed informerades Vitaelab av Konsumentverket att verket bedömde att den aktuella marknadsföringen stred mot förordning (EG) nr 1924/2006 av den 20 december 2006 om näringspåståenden och hälsopåståenden om livsmedel (Förordningen).
- 3 Under tillsynsärendets gång (december 2012) trädde förteckningen över godkända hälsopåståenden enligt artikel 13.1 i Förordningen – som återfinns i bilagan till kommissionens förordning (EU) nr 432/2012 av den 16 maj 2012 om fastställande av en förteckning över andra godkända hälsopåståenden om livsmedel än sådana som avser minskad sjukdomsrisk och barns utveckling och hälsa (Kommissionens godkännandeförordning) – i kraft. Sedan förteckningen trätt i kraft granskade Konsumentverket åter bolagets marknadsföring av VitaePro.
- 4 KO väckte därefter talan i Marknadsdomstolen mot Vitaelab i september 2013, bl.a. med förbud mot användning av ett antal påståenden vid marknadsföringen av VitaePro. KO har därefter justerat sitt yrkande och preciserat grunden för sin talan på det sätt som framgår nedan.
- 5 Marknadsdomstolen har genom beslut den 9 juni 2015 avslagit en begäran från KO om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen angående tolkningen av Förordningen.

YRKANDEN M.M.

- 6 KO har, som talan slutligt bestämts, yrkat att Marknadsdomstolen vid vite förbjuder Vitaelab att, vid marknadsföring av kosttillskottet VitaePro eller liknande produkt, på sätt som skett i markerade avsnitt i domsbilaga 1–2 och motsvarande delar av reklamfilmerna, eller genom att använda påståenden med väsentligen samma innebörd
1. påstå eller ge intryck av att VitaePro ökar energi och orken
(gul markering 1 i domsbilaga 1:5 *läst för sig*, gul markering 4 i domsbilaga 1:21 *läst för sig*, gula markeringar 7 och 8 i domsbilaga 1:23 *lästa tillsammans*, gula markeringar 9 och 10 i domsbilaga 1:26 *lästa tillsammans* samt gula markeringar 11 och 12 i domsbilaga 1:27 *lästa tillsammans*);
 2. påstå eller ge intryck av att VitaePro medför att smidighet, rörlighet, styrka och muskelstyrka kan bevaras eller behållas
(grön markering i domsbilaga 1:2, röd markering i domsbilaga 1:21, gul markering 2 i domsbilaga 1:6, gul markering 6 i domsbilaga 1:22, gul markering 8 i domsbilaga 1:23, gul markering 10 i domsbilaga 1:26, gul markering 12 i domsbilaga 1:27 samt gul markering 14 i domsbilaga 1:28; samtliga angivna påståenden *lästa var för sig*);
 3. påstå eller ge intryck av att VitaePro ger smidighet, rörlighet, styrka och muskelstyrka samt motverkar stelhet, orörlighet, kraftlöshet, ömma muskler och slitenhet
(gula markeringar 3 och 4 i domsbilaga 1:21 *lästa tillsammans*, gula markeringar 5 och 6 i domsbilaga 1:22 *lästa tillsammans*, gula markeringar 7 och 8 i domsbilaga 1:23 *lästa tillsammans*, gula markeringar 9 och 10 i domsbilaga 1:26 *lästa tillsammans*, gula markeringar 11 och 12 i domsbilaga 1:27 *lästa tillsammans*, gula markeringar 13 och 14 i domsbilaga 1:28 *lästa tillsammans* samt röd markering i domsbilaga 1:21 *läst för sig*);
 4. påstå eller ge intryck av att VitaePro kan användas varje dag som en del av en sund kost (grön markering i domsbilaga 1:2);

5. ge intryck av att Astaxanthin, Lutein och Zeaxanthin har antioxidativa funktioner i människor (angiven markering i domsbilaga 2) och
 6. påstå att Astaxanthin, Lutein och Zeaxanthin kan kallas växternas immunsystem, och därmed ge intryck av att ämnena har en motsvarande effekt i människor (angiven markering i domsbilaga 2).
 7. KO har vidare yrkat att Marknadsdomstolen vid vite ålägger Vitaelab att, vid marknadsföring av kosttillskottet VitaePro eller liknande produkt, utforma marknadsföringen så att det tydligt framgår vilket eller vilka bestämda godkända hälsopåståenden som är relevanta för respektive påstående om en allmän, icke specificerad gynnsam effekt av ämnet eller för livsmedlet för allmän hälsa eller hälsorelaterat välbefinnande.
- 7 Vitaelab har bestritt KO:s yrkanden.
- 8 KO och Vitaelab har var för sig framställt yrkanden om ersättning för rättegångskostnader.
- 9 Vitaelab har för egen del, oavsett målets utgång i övrigt, yrkat att KO ska ersätta Vitaelab med 350 000 kr till följd av Marknadsdomstolens beslut att inte inhämta förhandsavgörande i målet i enlighet med KO:s begäran.
- 10 Part har bestritt motparts yrkande avseende rättegångskostnader.

GRUNDER

- 11 Parterna har till grund för talan åberopat följande.

KO

Förbudsyrkande 1–3

- 12 I *första hand* görs gällande att det handlar om otillåtna specifika hälsopåståenden. I *första rummet* gör KO gällande att det saknas godkända hälsopåståenden avseende

produkten VitaePro, varför hälsopåståenden om VitaePro är otillåtna. I *andra rummet* gör KO gällande att påståendena ifråga är mer långtgående än de godkända hälsopåståendena som används i VitaePros marknadsföring och alltså inte har samma innebörd som de godkända hälsopåståendena. Påståendena strider mot artiklarna 10.1, 13.1 och 13.3 i Förordningen och är därför otillåtna i enlighet med lagstridighetsprincipen vid tillämpningen av 5 och 6 §§ marknadsföringslagen (2008:486), MFL.

- 13 I *andra hand*, för det fall domstolen bedömer att marknadsföringen innehåller påståenden om en allmän, icke specificerad gynnsam effekt av ämnet eller livsmedlet för allmän hälsa, görs gällande att påståendena är otillåtna eftersom de är mer långtgående än de godkända hälsopåståendena som används i VitaePros marknadsföring och alltså inte har samma innebörd som de godkända hälsopåståendena. Även med beaktande av visst utrymme för s.k. ”flexibel ordalydelse”, se beaktandesats 9 i Kommissionens godkännandeförordning, är Vitaelabs påståenden alltför långtgående till sin innebörd och därmed utformade i strid mot artikel 10.1 och 10.3 i Förordningen samt otillåtna enligt lagstridighetsprincipen, 5 och 6 §§ MFL.
- 14 *Under alla förhållanden*, dvs. oavsett om hälsopåståendena anses vara specifika eller inte, görs gällande att de aktuella hälsopåståendena är otillåtna av följande två skäl.
- 15 Dels eftersom de direkt eller indirekt ger intryck av att en person som har ett eller flera av de i marknadsföringen nämnda fysiska problemen kan få en förbättrad hälsa genom att äta VitaePro eller att produkten i vart fall har en allmänt hälsofrämjande effekt, vilket det inte finns övertygande vetenskaplig dokumentation till stöd för. Påståendena är därmed felaktiga eller vilseledande enligt artikel 3 a i Förordningen och därmed även otillåtna enligt lagstridighetsprincipen, 5 och 6 §§ MFL, samt vilseledande och otillbörliga enligt 8 och 10 §§ MFL.
- 16 Dels eftersom påståendena, i sitt sammanhang, även ger intryck av att hälsan skulle kunna påverkas negativt om man inte konsumerar VitaePro. Intrycket ges genom att personerna i kundberättelserna först berättar om vilka problem som de har haft och sedan förklarar de hur starka/pigga etc. de blivit och förblir genom att äta VitaePro. Alternativt berättar personerna om att de inte vill få vissa problem, utan att de nödvändigtvis har haft dem än, och att de därför äter VitaePro, dvs. för att slippa få

fysiska problem. Intrycket blir således att personerna i fråga riskerar att få/åter få de fysiska problemen som de har haft om eller när de slutar äta VitaePro. Detta strider mot artikel 12 a i Förordningen och påståendena är således otillåtna enligt lagstridighetsprincipen, 5 och 6 §§ MFL.

- 17 Eftersom det inte är visat att det generellt finns en brist på de vitaminer som ingår i VitaePro hos konsumenterna i målgruppen är det inte heller visat att VitaePro behövs för att individerna i målgruppen ska tillgodose sitt vitaminbehov. Därmed har Vitaelab inte visat att vitaminerna som ingår i VitaePro har den effekten på konsumenterna i målgruppen som hälsopåståendena redogör för. Detta är relevant i bedömningen oavsett om påståendena är vilseledande genom att de ger intryck av att VitaePro förbättrar hälsan eller om de ger intryck av att VitaePro medför att negativa hälsoeffekter kan undvikas.

Förbudsyrkande 4

- 18 Påståendena ger intryck av att en balanserad och varierad kost inte ger tillräckliga och lämpliga mängder av näringsämnen i allmänhet utan att VitaePro behövs för att undvika näringsbrist, vilket strider mot artikel 3 d i Förordningen och därmed är otillåtet enligt lagstridighetsprincipen, 5 och 6 §§ MFL.

Förbudsyrkande 5 och 6

- 19 De aktuella påståendena om astaxanthin, lutein och zeaxanthin hänför sig enligt sin ordalydelse till ämnenas positiva funktioner i plantor och inte i människor. I sammanhanget ger dock påståendena intryck av att ämnena har samma positiva verkan för människor. Det rör sig alltså om hälsopåståenden enligt artikel 2 p. 5 i Förordningen. Det saknas dock godkända hälsopåståenden som är kopplade till de aktuella ämnena. Påståenden som är mycket lika de som använts av Vitaelab har till och med prövats och underkänts. Dessa ingår i EU:s förteckning enligt artikel 20 i Förordningen.
- 20 I *första hand* görs gällande att påståendena är otillåtna enligt artikel 10.1, 13.1 och 13.3 i Förordningen samt otillåtna enligt lagstridighetsprincipen, 5 och 6 §§ MFL. För det fall påståendena inte är att anse som hälsopåståenden enligt Förordningen

görs det i *andra hand* gällande att påståendena är ovederhäftiga, vilseledande och otillbörliga enligt 8 och 10 §§ MFL. Detta då påståendena ger intryck av att ämnena har positiva hälsoeffekter även för människor. Vitaelab har inte lagt fram övertygande vetenskaplig bevisning för att ämnena ger de positiva hälsoeffekter för människor som påståendena ger intryck av. Den europeiska myndigheten för livsmedelssäkerhet (Efsa) har däremot inte godkänt liknande påståenden om ämnens funktion och effekt på människor efter en vetenskaplig granskning.

Yrkande 7 (om åläggande)

- 21 För det fall domstolen bedömer att den påtalade marknadsföringen innehåller påståenden om en allmän, icke specificerad gynnsam effekt av ämnet eller livsmedlet för allmän hälsa, görs gällande att det saknas en sådan tillräcklig tydlig koppling till ett bestämt hälsopåstående som förutsätts i artikel 10.3 i Förordningen genom ordet ”åtföljs”. Påståendena strider därmed mot artikel 10.3 i Förordningen och är otillåtna enligt lagstridighetsprincipen, 5 och 6 §§ MFL.

Angående omfattningen av KO:s yrkanden

- 22 Förbudet bör formuleras i enlighet med KO:s yrkande för att förhindra ett kringgående av ett eventuellt förbud. Med formuleringen ”liknande produkt” kommer även andra kosttillskott som Vitaelab marknadsför eller kan komma att marknadsföra i framtiden att omfattas av förbudet, under förutsättning att kosttillskottet innehåller i huvudsak samma ämnen som VitaePro, framförallt C- och D-vitamin, som är centrala ämnen i detta mål.

Angående vite

- 23 Eftersom det inte föreligger några särskilda skäl som medför att ett vite kan anses obehövligt ska förbudet förenas med vite.

Vitaelab

- 24 De aktuella påståendena är förenliga med Förordningen, Kommissionens godkännandeförordning, kommissionens genomförandebeslut av den 24 januari 2013

om antagande av riktlinjer för genomförandet av de särskilda villkor för hälso-
påståenden som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG)
nr 1924/2006 (Genomförandebeslut 2013/63/EU) samt Europaparlamentets och
rådets direktiv 2002/46/EG av den 10 juni 2002 om tillnärmning av medlemsstaternas
lagstiftning om kosttillskott (Kosttillskottdirektivet). Vidare är påståendena förenliga
med MFL. Marknadsföringen är således utformad i enlighet med de krav som upp-
ställs på marknadsföring av kosttillskott.

Förbudsyrkandena 1–3

- 25 De påståenden som omfattas av KO:s yrkanden 1–3 utgör inte specifika hälso-
påståenden. Även för det fall påståendena i och för sig skulle anses vara specifika
hälsopåståenden i Förordningens mening följer det av systematiken i Förordningen att
det inte är möjligt att anse att ett visst påstående är i strid med Förordningen enbart på
de av KO anförda grunderna. Detta eftersom de aktuella påståendena kan vara tillåtna
genom att de utgör icke-specifika påståenden, varför även denna prövning måste
göras inom ramen för samma yrkande.
- 26 Beträffande yrkande 1 görs i första hand gällande att de för yrkandet relevanta
påståendena avseende ork och energi inte språkligt sett kan anses ha den innebörd
som yrkandet avser, dvs. att ”öka[r] energi och orken”. Oavsett vilken innebörd
påståendena under yrkande 1 får anses ha, är de aktuella påståendena avseende ork
och energi (så som att påverka energin och att känna att orken finns på plats i
vardagen på det sätt som påståendena sker i reklamen) i andra hand att anse som för
allmänt hållna för att omfattas av definitionen av icke-specifika (ospecifika) hälso-
påståenden i Förordningens mening. Påståendena utgör endast beskrivningar av en
subjektiv känsla som verkliga personer upplevt till följd av intaget av VitaePro och i
produkten förekommande ämnen.
- 27 På motsvarande sätt är även fallet beträffande yrkande 3, då de påståenden som om-
fattas av yrkandena rent språkligt inte kan anses ha den innebörd som omfattas av
KO:s yrkande. Det vill säga de för yrkandet aktuella påståendena har inte innebörden
att VitaePro ger smidighet, rörlighet, styrka och muskelstyrka eller motverkar stelhet,

orörlighet, kraftlöshet, ömma muskler eller slitenhet. Påståendena avser snarare bevarande/behållande av muskelstyrka, rörlighet, smidighet m.m.

- 28 Övriga påståenden i marknadsföringen under yrkande 2 (påståenden om smidighet, styrka/muskelstyrka, rörlighet m.m.) – och även såvitt avser yrkandena 1 och 3 för det fall Marknadsdomstolen anser att de påståenden som omfattas av yrkandena språkligt sett ger de intryck/har den innebörd KO påstår (se punkt 25–27 ovan) – utgörs av s.k. icke-specifika hälsopåståenden enligt artikel 10.3 i Förordningen. Det finns inget hinder enligt Förordningen mot att koppla ihop denna typ av påstående med livsmedlet/kosttillskottet VitaePro förutsatt att det sker i anslutning till ett eller flera specifika godkända hälsopåståenden som det icke-specifika hälsopåståndet grundar sig på. Med stöd av beaktandesats 16 samt artiklarna 5.2 och 10.3 i Förordningen finns det utrymme för Vitaelab att, på ett sätt som är begripligt för konsumenten, förklara att Vitaelab bidrar till bibehållen normal muskelfunktion och rörlighet vilket i sin tur bidrar till minskad trötthet och ökad energi och ork. Av sammanhanget i den aktuella marknadsföringen framgår vilken effekt som avses samt hur personerna i marknadsföringen upplever detta i sina dagliga liv. Det är även på detta sätt som marknadsföringen uppfattas av en genomsnittskonsument i den aktuella målgruppen. De godkända hälsopåståendena som anges i VitaePros marknadsföring är vederhäftiga och i enlighet med de krav som uppställs i artikel 3 a i Förordningen och 10 § MFL.
- 29 De aktuella påståendena ger inte heller intryck av att hälsan kan påverkas negativt om man inte konsumerar VitaePro. Det framgår tydligt i marknadsföringen att VitaePro är ett kosttillskott, dvs. ett komplement till en normal kost som kan användas vid en tillfällig fysiologisk obalans när man exempelvis inte anser sig ha tid att äta en balanserad eller varierad kost.

Förbudsyrkande 4

- 30 Beträffande yrkande 4 framgår det tydligt av marknadsföringen att det är fråga om ett kosttillskott som därmed är ett komplement till kosten. Enligt artikel 10.2 a i Förordningen ska hälsopåståenden, i märkningen eller presentationen och reklamen, innehålla ett uttalande om vikten av en mångsidig och balanserad kost och en hälsosam

livsstil. I enlighet med de krav som uppställs i Förordningen framgår det av marknadsföringen att det är viktigt med en sund kost och en aktiv livsstil för att få de hälsoeffekter som avses.

Förbudsyrkandena 5 och 6

- 31 Påståendena om ämnena astraxanthin, lutein och zeaxanthin anses inte utgöra hälso-påståenden enligt Förordningen. Ett påstående om ett ämnes funktion i en planta kan inte anses ens utgöra en antydning om ett samband mellan näringsämnenastraxanthin, lutein och zeaxanthin och hälsa enligt artikel 2.2.5 i Förordningen. Under alla omständigheter kan de aktuella påståendena styrkas. Påståendena under yrkandena 5 och 6 är därmed vederhäftiga enligt 10 § MFL varför marknadsföringen inte heller är i strid mot 8 § MFL.

Yrkande 7 (om åläggande)

- 32 Kopplingen mellan icke-specifika hälsopåståenden i den aktuella marknadsföringen och de bestämda godkända påståenden som de åsyftar uppfyller Förordningens krav på tydlighet. Påståendena återfinns separat, väl synligt och i direkt anslutning till den löpande texten som innehåller de icke-specifika påståendena som bygger på de godkända påståendena. Detta så att konsumenten klart ska kunna se vilka vetenskapligt styrkta specifika effekter som avses. I den löpande texten förklaras detta tydligt och på ett sätt som är lättbegripligt för konsumenter. Då det föreligger en tillräckligt tydlig koppling mellan de icke-specifika hälsopåståendena och de specifika godkända hälsopåståendena i den aktuella marknadsföringen så är den aktuella marknadsföringen förenlig med kraven som uppställs i Förordningen och med god marknadsföringssed enligt 5 § MFL, varför marknadsföringen inte heller är i strid mot 6 § MFL.

Angående omfattningen av KO:s yrkanden

- 33 Ett eventuellt förbud vad gäller yrkandena 1–6 kan inte omfatta ”liknande produkt” så som yrkandena framställts, utan ett eventuellt förbud måste begränsas till att avse endast produkten VitaePro. Den påtalade marknadsföringen har avsett en viss produkt och har utformats med beaktande av produktens specifika sammansättning av olika

ämnen som ger olika effekter. Ett yrkande – och i förlängningen ett förbud – som avser även liknande produkter är alltför långtgående.

UTVECKLING AV TALAN

- 34 Till utveckling av sin talan har parterna anfört i huvudsak följande.

KO

Vitaelabs marknadsföring

- 35 Vitaelab har under de senaste åren bedrivit en omfattande marknadsföring av kosttillskottet VitaePro genom TV-sändningar, i tidningsannonser och på bolagets webbplats www.vitaelab.se, bl.a. innefattande s.k. kundberättelser. På webbplatsen och i TV-reklamen finns även kundberättelser från kända framgångsrika idrottspersoner. Konsumentverket har fått in ett antal anmälningar från konsumenter som har ifrågasatt om det finns vetenskapligt belägg för påståendena i Vitaelabs marknadsföring.
- 36 Vitaelabs marknadsföring har under åren kritiserats såväl i tidningar som i sociala medier, senast exempelvis i Expressens artikel och filmreportage från december 2015, i vilka både konsumenter och forskare uttalade sig kritiskt om VitaePro. VitaePro är en stor aktör inom branschen. Bolaget redovisade en omsättning på 136 miljoner kr för år 2014 och koncernen Sana Pharma, i vilken Vitaelab ingår, redovisade samma år en omsättning på drygt 441 miljoner kr.
- 37 I kundberättelser, vilka härrör från Vitaelabs webbplats, finns flera påståenden om Vitaelabs goda effekter för hälsan. Innehållet i kundberättelserna skiljer sig åt, men de flesta utsagorna ger intryck av att personerna har haft diverse fysiska problem, t.ex. en stel och orörlig kropp, ömma muskler samt en låg energinivå, som har avhjälpats genom intag av VitaePro.
- 38 På webbplatsen görs även påståenden som antyder eller ger intryck av att konsumenten behöver tillskott i form av VitaePro för att undvika att få brist av näringsämnen. Andra påståenden i marknadsföringen på webbplatsen antyder och ger intryck

av att hälsan skulle kunna påverkas negativt om man inte konsumerar VitaePro.

I TV-reklamen förekommer liknande berättelser från kunder som på webbplatsen.

- 39 KO:s inställning är att marknadsföring ska bedömas på samma sätt, enligt befintliga regler i aktuella förordningar samt i MFL, oavsett om påståendena i den är fiktiva eller om de härrör från verkliga personer och deras egna subjektiva upplevelser.
- 40 Utifrån uppgifter som har framkommit i media och som KO har tagit del av där ett par av Vitaelabs talespersoner själva har uttalat sig, ifrågasätter KO emellertid att Vitaelabs kundberättelser till största delen bygger på verkliga erfarenheter samt att merparten av personerna som förekommer i marknadsföringen själva ska ha vänt sig till Vitaelab för att få vara talespersoner för produkten utifrån sina positiva erfarenheter. Ett par av Vitaelabs talespersoner har istället lämnat uppgift om att Vitaelab har kontaktat dem och frågat om de mot ersättning vill bli talespersoner för VitaePro.
- 41 På webbplatsen finns det information om att VitaePro består av råvaror som innehåller C-, D- och E-vitamin, omega 3-fettsyrorna EPA och DHA samt Astaxanthin, Lutein och Zeaxanthin. På webbplatsen finns det också, bredvid påståendena i kundberättelserna, godkända hälsopåståenden avseende C-, D-, och E-vitamin samt omega 3-fettsyrorna DHA och EPA. Dessa påståenden finns i en särskild ruta bredvid kundberättelserna. De godkända hälsopåståendena för C-, D- och E-vitamin och EPA och DHA som bolaget använder i sin marknadsföring är följande:
- ”Vitamin D bidrar till att bibehålla normal muskelfunktion.”
 - ”Vitamin C bidrar till normal kollagenbildning som har betydelse för broskets normala funktion.”
 - ”Vitamin C bidrar till att minska trötthet och utmattning.”
 - ”Vitamin C bidrar till en normal energiomsättning.”
 - ”Vitamin C bidrar till att skydda cellerna mot oxidativ stress.”
 - ”Vitamin E bidrar till att skydda cellerna mot oxidativ stress.”
 - ”DHA bidrar till att bibehålla normal hjärnfunktion.”
 - ”EPA och DHA bidrar till hjärtats normala funktion.”
- 42 Det godkända hälsopåståendet ”C-vitamin bidrar till att minska trötthet och utmattning” (tredje strecksatsen) förekommer endast i TV-reklamen för VitaePro.

- 43 Även i TV-reklaminslagen finns det godkända hälsopåståenden. Här kan de godkända hälsopåståendena avseende C-, D- och E-vitamin läsas under mycket kort tid samtidigt som en speakerröst talar om något annat.

Målgrupp

- 44 Målgruppen synes utgöras av män och kvinnor i åldern 45–50 år och uppåt, varav många upplever ett eller flera av de fysiska besvär som framställs i marknadsföringen. Målgruppen för Vitaelabs marknadsföring av VitaePro kan inte endast anses utgöras av personer som upplever övergående fysiska besvär. Marknadsföringen ger inte endast intryck av att ”upprätthålla normal funktion” utan att den som äter VitaePro blir av med mer stadigvarande, ofta åldersrelaterade problem som en stel och orörlig kropp, ömma muskler och en låg energinivå, dvs. problem av mer långvarig natur. Det är sannolikt att personer i målgruppen och personer med liknande besvär uppfattar att de skulle kunna få en förbättrad hälsa, även i förhållande till vad som är en normal nivå när man är medelålders eller äldre, genom att konsumera VitaePro.
- 45 Marknadsföringen är alltså i praktiken riktad till människor som lider av olika kroppsliga besvär och åkommor, t.ex. stelhet, ömma muskler och trötthet och som måste antas vara särskilt påverkbara eftersom de söker hjälp för besvären genom kosttillskott. Marknadsföringen riktar sig till personer som vill bli av med eller undvika fysiska besvär. Marknadsföringen ger inte intrycket att dessa besvär endast har varit tillfälliga eller kortvariga. Denna konsumentgrupp är i likhet med sjuka personer särskilt skyddsvärd. Vitelabs påståenden kan jämföras med påståenden av medicinsk karaktär.
- 46 Genomsnittskonsumenten kan inte förutsättas ha en högre grad av kunskap om kosttillskott än konsumentkollektivet i övrigt. Att konsumenterna kan finna information om VitaePro på Internet betyder inte nödvändigtvis att dessa genomsnittligt har högre kunskaper än konsumenter i allmänhet.

Särskilt angående hälsopåståenden om kosttillskott i marknadsföring

- 47 KO menar att det inte alltid krävs att en faktisk brist på näringsämnet i målgruppen ska påvisas för att användning av godkända hälsopåståenden ska kunna användas, men det torde i vart fall krävas att det typiskt sett finns en överhängande risk för att målgruppen inte får i sig de specifika ämnena. Alternativt kan tänkas att marknadsföringen utformas på ett sätt att det tydliggörs att målgruppen generellt sett inte har någon brist av ämnet ifråga och att ett ökat intag av näringsämnet inte heller medför någon hälsoeffekt om det inte förekommer någon brist av ämnet i fråga. Det centrala är att konsumenten inte vilseleds av påståendena i marknadsföringen.
- 48 I det aktuella fallet ger marknadsföringen intryck av att besvären hos personer i målgruppen avhjälpas genom intag av VitaePro och dess innehåll, trots att det inte är den troligaste orsaken att besvären beror på en brist av förekommande näringsämnen.

*Närmare om yrkandena 1–3**Otillåtna specifika hälsopåståenden i kundberättelserna*

- 49 De godkända hälsopåståendena som Vitaelab har använt i sin marknadsföring avseende yrkande 1–3 beskriver vilken betydelse respektive ämne i VitaePro har för kroppens funktioner och ger mottagaren en konkret bild av den effekt som ämnet påstås medföra. De godkända hälsopåståenden om D-vitamin, som KO har uppfattat som centrala i målet, är formulerade på ett sätt som kan förstås av genomsnittskonsumenten. De är således inte särskilt komplicerade.
- 50 Hälsopåståendena i kundberättelserna handlar om VitaePros betydelse för kroppens funktioner och är därför i första hand att betrakta som specifika hälsopåståenden, vilka inte är godkända. I kundberättelserna talas det om VitaePro och dess goda effekter, inte om de ämnen som VitaePro innehåller. Det finns inget godkänt hälsopåstående knutet till produkten VitaePro. Det är förbjudet att vid marknadsföring använda sig av specifika hälsopåståenden, såsom skett i påståendena i kundberättelserna, hänförliga endast till produkten VitaePro.

- 51 Även för det fall domstolen bedömer att hälsopåståendena i kundberättelserna i tillräcklig grad kan sägas handla om ämnena i VitaePro, C-, D- och E-vitamin, DHA och EPA, anser KO att Vitaelabs påståenden i marknadsföringen är mer långtgående än de godkända hälsopåståendena för dessa ämnen. Användandet av dessa långtgående påståenden i kundberättelserna legitimeras inte av att godkända hälsopåståenden anges vid sidan av kundberättelserna i reklamfilmer respektive på Vitaelabs webbplats.
- 52 Enligt beaktandesats 9 i Kommissionens godkännandeförordning är en viss flexibilitet vid användning av ett godkänt hälsopåstående tillåten. Det påstående som används i marknadsföringen måste dock ha samma innebörd för konsumenten som det godkända hälsopåståndet.
- 53 KO anser att påståendena i kundberättelserna varken har samma språkliga eller samma medicinska innebörd som de godkända hälsopåståendena som används i marknadsföringen. Exempelvis beror smidighet, rörlighet och styrka även på andra faktorer än muskel- och broskfunktion, såsom senor, ligament och ledkapslar. Påståendena är således mer långtgående än de godkända hälsopåståendena.
- 54 Det är vidare inte samma sak, språkligt sett, att ”behålla rörlighet” (jfr påståenden hänförliga till yrkande 2) som det godkända hälsopåståndet att ”skydda celler mot oxidativ stress”. Inte heller kan ”behålla styrka/en stark kropp” (jfr påståenden hänförliga till yrkande 2) sägas ha samma innebörd som de godkända hälsopåståendena att ”bidra till en normal muskelfunktion” och att ”bidra till normal kollagenbildning som har betydelse för broskets normala funktion”. Påståendena i marknadsföringen har således inte samma innebörd som de godkända hälsopåståendena har.

Otillåtna icke-specifika hälsopåståenden i kundberättelserna

- 55 I det fall domstolen anser att påståendena som omfattas av yrkande 1–3 är ospecifika hälsopåståenden anser KO att de är otillåtna eftersom de såväl språkligt som medicinskt har en mer långtgående innebörd än de godkända hälsopåståendena som används i marknadsföringen av VitaePro och alltså inte har samma innebörd som de godkända hälsopåståendena. De är därmed utformade i strid mot artikel 10.1 och 10.3 i Förordningen och otillåtna enligt lagstridighetsprincipen, 5 och 6 §§ MFL.

- 56 KO gör gällande att beaktandesats 9 i Kommissionens godkännandeförordning åtminstone bör tillämpas analogt, om domstolen anser att den inte är direkt tillämplig för ospecifika hälsopåståenden, vid bedömningen av om hälsopåståendena är tillåtna enligt förordningen.
- 57 KO vitsordar att det av naturliga skäl finns ett större utrymme för flexibel ordalydelse när det gäller ospecifika hälsopåståenden än för specifika hälsopåståenden. Detta betyder emellertid inte att det finns ett större utrymme att använda sig av påståenden som är mer långtgående vad gäller VitaePros positiva hälsoeffekter än den faktiska innebörden av de godkända hälsopåståendena. Gränsen för vad som är tillåtet måste sålunda dras vid att de ospecifika hälsopåståendena måste ha samma innebörd som de godkända hälsopåståendena, för att konsumenterna inte ska riskera att vilseledas. För det fall det vore tillåtet att exempelvis använda sig av påståenden som grundar sig i personers subjektiva känsla av produkten, eller att hänvisa till spekulativa följd-effekter av de godkända hälsopåståendena, skulle marknadsföring av kosttillskott kunna innehålla vilka ospecifika hälsopåståenden som helst, under förutsättning att det samtidigt presenteras ett godkänt hälsopåstående därintill. En sådan tolkning av Förordningen skulle alltför lätt möjliggöra ett kringgående av det konsumentskydd som Förordningen avser att ge.
- 58 Ospecifika hälsopåståenden som ger intryck av att VitaePro respektive det aktuella ämnet ger mer långtgående positiva effekter på hälsan än vad de godkända hälsopåståendena ger uttryck för är således även felaktiga och vilseledande enligt artikel 3 a i Förordningen.

Påståenden om brist av de vitaminer som ingår i VitaePro hos konsumenterna i målgruppen

- 59 I avsnitt 7 i medlemsstaternas tolkningsdokument framgår att hälsopåståenden inte bör innehålla referenser till bristsymptom då det kan göra påståendet vilseledande. Vitaelab har bevisbördan för att visa att de hälsopåståenden som görs är relevanta och meningsfulla för genomsnittskonsumenten i målgruppen och att hälsopåståendena därmed inte är vilseledande. Det åligger därför Vitaelab att styrka att det i målgruppen generellt föreligger en sådan vitaminbrist som dels kan medföra de fysiska

besvär marknadsföringen ger uttryck för, dels som kan medföra att VitaPro och dess innehåll ger de hälsoeffekter som påstås.

- 60 Beträffande D-vitamin hänvisar Vitaelab bland annat till Livsmedelsverkets webbplats och undersökning utförd av Livsmedelsverket och norska Mattilsynet. Livsmedelsverket och Mattilsynet påstår dock inte att den aktuella målgruppen har D-vitaminbrist. Det framgår inte av dessa undersökningar att det är konstaterat att det föreligger någon generell brist på D-vitamin. Att intaget av D-vitamin kan vara lägre än rekommenderat är inte detsamma som att det finns en brist. Vitaelab har inte genom övertygande utredningsmaterial styrkt att genomsnittskonsumenten i målgruppen för marknadsföringen av VitaPro har någon brist på de vitaminer som VitaPro innehåller. Beträffande D-vitamin är forskarna oeniga om vilka nivåer som är optimala. Svenska Osteoporosförbundet, Danska Sundhedsstyrelsen och amerikanska Institute of Medicine är eniga om att bristnivåer föreligger vid 25–30 nmol/liter. Befolkningen har således generellt goda nivåer av D-vitamin.

Påståenden om att hälsan kan påverkas negativt

- 61 Kundberättelserna ger intryck av att hälsan kan påverkas negativt om man inte konsumerar VitaPro. I flera av berättelserna beskrivs vilka besvär som personen ifråga haft tidigare, men som försvunnit och som dessutom tack vare VitaPro inte har återkommit. Underförstått riskerar besvärerna att återkomma om man inte äter VitaPro. I andra kundberättelser ges intrycket att man, när man blir äldre, riskerar att bli stel och orörlig och förhindras att leva ett aktivt liv om man inte äter VitaPro.
- 62 I en av bolagets reklamfilmer säger exempelvis S.O. Stolp: ”Som pensionär är det viktigt att hålla sig i form, annars är det lätt att bli stel. Genom att ta VitaPro behåller jag en smidig och stark kropp oavsett årstid och jag har ork att göra det jag har lust med.” Underförstått ger påståendet intrycket att han utan VitaPro riskerar att bli stel och svag och inte orkar göra det han har lust med.
- 63 Det är rimligt att anta att mottagaren av marknadsföringen, som har ett eller flera besvär som beskrivs i marknadsföringen, uppfattar påståendena i kundberättelserna som att han eller hon behöver VitaPro för att undvika fortsatta besvär.

- 64 Vidare ger marknadsföringen intryck av att personer som har blivit bättre efter intag av VitaePro behåller sin goda hälsa genom att fortsätta att äta VitaePro. Den vanligaste berättarformen i marknadsföringen går ut på att personen i fråga hade diverse krämpor men att VitaePro har gett samma person diverse goda hälsoeffekter. Påståendet ”Genom att ta VitaePro” ger sken av att VitaePro ger förutsättningarna för att kunna hålla sig i form och för att behålla formen. Några av påståendena anger uttryckligen att intag av VitaePro leder till en bättre hälsa. Andra påståenden antyder samma sak. Vad de har gemensamt är att påståendena direkt eller indirekt ger intryck av att en person med diverse fysiska problem som äter VitaePro får en förbättrad hälsa. Marknadsföringen ger också intryck av att personer som har blivit bättre efter intag av VitaePro behåller sin goda hälsa genom att fortsätta äta kosttillskottet. Med exempelvis uttrycket ”Med VitaePro behåller jag som tur är min styrka...” ges sken av att VitaePro ger förutsättningar för att kunna hålla sig i form och för att behålla formen.
- 65 Uttalandena ger vidare underförstått intrycket att personerna i reklamen hade haft eller åtminstone riskerat hälsobesvär utan VitaePro. Påståendena ger därmed intryck av att hälsan kan påverkas negativt om man inte konsumerar VitaePro. Påståendena är därmed otillåtna enligt artikel 12 a i Förordningen.

Vederhäftigheten av påståendena i kundberättelserna

- 66 Kundberättelserna i marknadsföringen innehåller påståenden om samt antyder att användning av VitaePro, eller de ämnen som ingår däri, ”ger eller bevarar smidighet/rörlighet, styrka/muskelstyrka, energi/ork, en stark kropp”. Dessa hälsopåståenden har en mer långtgående innebörd än de godkända hälsopåståenden som används i den aktuella marknadsföringen. Inget av de godkända hälsopåståendena tar heller sikte på kroppens smidighet och rörlighet. För att inte anses vilseledande för konsumenten måste sådana påståenden kunna dokumenteras med utredningsmaterial som enligt vetenskapliga bedömningsgrunder är övertygande. Vitaelab har alltså att bevisa att ett tillskott av Vitamin D får den effekt som bolaget påstår även om befolkningen generellt inte har brist på nämnda vitamin. Vitaelab ska alltså bevisa att genomsnittskonsumenten får bättre styrka/muskelstyrka eller att kroppen blir smidig och rörlig genom att äta kosttillskottet. Detsamma gäller beträffande vitamin D och E, dvs. att

ett tillskott av dessa vitaminer ger påstådd hälsoeffekt även om befolkningen generellt är väl tillgodosedd genom sitt intag av dessa vitaminer. Vitaelab har inte visat någon sådan övertygande dokumentation. Inte heller har Vitaelab visat att det föreligger någon generell brist av C-, D- eller E-vitamin i den aktuella målgruppen, vilket bör vara en förutsättning för att VitaePro överhuvudtaget ska kunna ge positiv effekt.

- 67 Påståendena är därmed att anse som vilseledande för konsumenten och det ligger i sakens natur att denna sorts påståenden i marknadsföringen påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Närmare om yrkande 4

- 68 Enligt marknadsföringen är VitaePro ”en del av en sund kost för att bevara smidigheten i kroppen och känna att orken är på plats” (yrkande 4, domsbilaga 1:2, grön markering). Intrycket av Vitaelabs marknadsföring är att en balanserad och varierad kost inte räcker för att få i sig tillräckliga och lämpliga mängder av näringsämnen i allmänhet och att man därför bör komplettera med VitaePro för att få en sund kost samt för att undvika näringsbrist och biverkningar därav. Intrycket är vidare att utan VitaePro får konsumenten inte i sig de näringsämnen som behövs. Den omständigheten att VitaePro är ett kosttillskott, samt att detta framgår av andra delar av Vitaelabs marknadsföring (en annan sida på Vitaelabs webbplats), läker inte det otillåtna påståendet om att VitaePro är en del av en sund kost.

Närmare om yrkandena 5 och 6

- 69 På webbplatsen finns flera påståenden om ämnena astaxanthin, lutein och zeaxanthin. Det för yrkande 5 aktuella påståendet i marknadsföringen är ”Astaxanthin, lutein och zeaxanthin har antioxidativa funktioner i växter”. Påståendena i marknadsföringen om de funktioner som dessa ämnen har hos växter, sett i det sammanhang påståendena förekommer i marknadsföringen på Vitaelabs hemsida (domsbilaga 1:7–17), kan inte vara avsedda att uppfattas på annat sätt än att dessa ämnen även har positiva hälsoeffekter för människor. Påståendena ger genomsnittskonsumenten i målgruppen detta intryck. Härvid ska beaktas att Vitaelab använder påståendena i sin marknadsföring för kosttillskott för människor (domsbilaga 1:1–30). VitaePro är ett kosttill-

skott för människor, inte något näringstillskott för växter. Att redogöra för ämnenas funktion hos växter saknar därför i det aktuella sammanhanget helt relevans. I sin marknadsföring har inte Vitaelab på något annat sätt angivit varför ämnena ingår i VitaePro eller vilken effekt de har direkt på människors hälsa. Det kan svårligen finnas något annat syfte än att ge intrycket att de aktuella ämnena även har positiva hälsoeffekter för människor.

- 70 Vitaelab har tidigare i sin marknadsföring använt hälsopåståenden om Astaxanthin, Lutein och Zeaxanthin. Efter vetenskaplig granskning av EFSA godkändes inte något av de insända hälsopåståendena avseende dessa ämnen – bland annat om ämnenas funktion för immunsystemet, antioxidativa funktioner och skydd mot UV-strålning – för att användas i marknadsföring av livsmedel när det gäller effekten på människor. Vitaelab har därefter justerat sin marknadsföring genom att istället påstå att ämnena har positiva effekter på växter.

Närmare om yrkande 7

- 71 För det fall domstolen anser att det i kundberättelserna handlar om allmänna, icke specificerade hälsopåståenden enligt artikel 10.3 i Förordningen menar KO inte att det är förbjudet i sig att använda sådana påståenden om produkten VitaePro. KO gör dock gällande följande.
- 72 I förteckningen i Kommissionens godkännandeförordning över godkända hälsopåståenden enligt Förordningens artikel 13.3, finns godkända hälsopåståenden avseende några av de ämnen som VitaePro innehåller, såsom C- D- E-vitamin samt DHA och EPA.
- 73 KO anser dock inte att Vitaelab med tillräcklig tydlighet har knutit sina påståenden till respektive ämne som ingår i VitaePro.
- 74 Vitaelab påstår att de uppräknade godkända hälsopåståendena kopplas till de hälsopåståenden som bolaget använder i sin marknadsföring (se punkt 28). För att uppfylla Förordningens krav på att allmänna, icke specificerade hälsopåståenden ska åtföljas av ett godkänt hälsopåstående bör det på ett tydligt sätt framgå för konsumenten vilka av dessa påståenden som knyts till respektive godkänt hälsopåstående.

Att exempelvis påståenden om ökad ork och energi knyts till det godkända hälsopåståendet "Vitamin D bidrar till att bibehålla normal muskelfunktion" kan knappast anses vara tydligt eller särskilt logiskt.

- 75 KO delar inte Vitaelabs uppfattning att det enligt Förordningen inte finns något krav på att godkända hälsopåståenden ska stå i direkt anslutning till allmänna icke specifika hälsopåståenden. I punkten 3 i bilagan till Genomförandebeslut 2013/63/EU anges att det vid användning av allmänna icke specifika hälsopåståenden finns en risk att dessa missförstås av konsumenter och att sådana påståenden därför ska åtföljas av ett godkänt påstående som ska finnas bredvid eller efter det icke specifika påståendet. Detta bör rimligtvis tolkas så att det ska finnas en tydlig koppling mellan allmänna, icke specificerade hälsopåståenden och godkända hälsopåståenden för att konsumenterna inte ska bli vilseledda. Helhetsintrycket bör därför beaktas. Marknadsföringen domineras av kundberättelserna som ger ett annat intryck än de godkända hälsopåståenden som används. Helhetsintrycket blir därför vilseledande.
- 76 På webbplatsen måste konsumenten helt "byta blickfång" från texten för att läsa de godkända påståendena. I reklamfilmerna är sambandet än mer oklart, där de godkända hälsopåståendena anges först i slutet på filmen och under kort tid samtidigt som en speakerröst talar om något helt annat. Enligt KO ger de godkända påståendena som faktiskt visas i TV-reklamen och på bolagets webbplats snarare intrycket av ytterligare effekter av VitaePro än de effekter som redogörs för i kundberättelserna. I vart fall kan rimligtvis inga av de påståenden som görs i reklamfilmerna och på webbplatsen knyts till de godkända hälsopåståendena "Antioxidanterna C- och E-vitamin bidrar till att skydda cellerna mot oxidativ stress" (i reklamfilmerna) och "C-vitamin bidrar till att minska trötthet och utmattning" i anslutning till kundberättelserna (på bolagets webbplats). Detta då dessa två godkända hälsopåståenden överhuvudtaget inte anges i den aktuella marknadsföringen.

Vitaelab*Vitaelabs marknadsföring*

- 77 Vitaelab specialiserar sig på kosttillskott med ingredienser från naturliga källor och efter egna recept baserade på väldokumenterade ingredienser från erkända, internationella leverantörer. Vitaelab lägger stor vikt vid att arbeta inom de ramar som myndigheterna har satt upp och att säkra kvaliteten i samtliga led vad gäller företagets kosttillskott.
- 78 Vitaelab är medlemmar i Svensk Egenvård som är branschföreningen inom egenvårdsbranschen dit kosttillskott hör. Vitaelabs kvalitetschef är väl insatt i regleringen kring kosttillskott. Sedan 2008 har den europeiska myndigheten för livsmedels-säkerhet (Efsa) genomfört en vetenskaplig utvärdering av den dokumentation som skickats in till stöd för ansökta hälsopåståenden, med en utformning enligt Förordningens artikel 13.1. Efsas experter har utvärderat dokumentationen och bedömt huruvida det föreligger ett styrkt vetenskapligt samband mellan intag av ett visst näringsämne och den effekt på hälsan som det ansökta hälsopåståendet avser. Efter det att Efsa gjort sin bedömning har frågan överlämnats till kommissionen för fastställande som därmed successivt fastställt vilka hälsopåståenden som är godkända och vilka som inte är godkända och därmed inte tillåtna att använda. Vitaelabs kvalitetschef har noga följt Efsas arbete som sedermera lett till Kommissionens godkännandeförordning.
- 79 Kosttillskottet VitaePro säljs endast på distans. Det innebär att den som tar del av marknadsföringen har möjlighet att beställa VitaePro genom att gå in på Vitaelabs webbplats, alternativt kontakta Vitaelabs kundservice per telefon. Kunden tecknar då upp sig på ett åttaveckorsabonnemang utan bindningstid. Abonnemanget kan när som helst sägas upp. Kunden söker själv aktivt upp mer information om VitaePro och väljer att gå vidare och beställa produkten.
- 80 Den aktuella marknadsföringen genom s.k. kundberättelser har använts på det sätt som KO har gjort gällande. Marknadsföringen är emellertid utformad i enlighet med de krav som uppställs på marknadsföring av kosttillskott. Det är fråga om verkliga

personer med verkliga erfarenheter. Merparten av personerna som förekommer i marknadsföringen för VitaePro har dessutom själva vänt sig till VitaePro och bett att få vara talespersoner för produkten utifrån deras positiva erfarenheter. Det måste dock finnas ett visst mått av flexibilitet i denna typ av marknadsföring som baseras på verkliga erfarenheter.

- 81 De påståenden som är föremål för prövning i målet beskriver inte sjukdomstillstånd utan tillfällig fysiologisk obalans såsom trötthet och stelhet. Den tolkning KO förordar ska läggas till grund för bedömningen är en allt för strikt tolkning som inte är förenlig med det bakomliggande syftet med Förordningen, dvs. att harmonisera medlemsstaternas bestämmelser kring närings- och hälsopåståenden.

Målgrupp

- 82 Marknadsföringen av VitaePro vänder sig uteslutande till friska kvinnor och män (företrädesvis kvinnor) i åldern 45–50 år och uppåt, som i vuxen ålder upplever övergående besvär som kan hämma aktivitetsnivån och humöret i vardagen, speciellt i relation till muskler och rörlighet. Marknadsföringen av VitaePro vänder sig inte till sjuka personer och innehåller inte medicinsk argumentering. Målgruppen för marknadsföringen utgörs av konsumenter som aktivt söker information om kosttillskott. Därmed har dessa konsumenter en högre grad av kunskap än en genomsnittskonsument i det breda konsumentkollektivet. Det är således utifrån hur denna konsumentgrupp uppfattar marknadsföringen som den ska bedömas.
- 83 De personer som återger sina erfarenheter av VitaePro i marknadsföringen har valt att på detta sätt använda VitaePro för att komplettera en sund kost och ett aktivt liv för att i förlängningen skapa bästa möjliga förutsättningar för en väl fungerande kropp. Det är även på detta sätt som en genomsnittskonsument i målgruppen uppfattar marknadsföringen.

Särskilt angående hälsopåståenden om kosttillskott i marknadsföring

- 84 KO:s tolkning av hur hälsopåståenden får tillämpas enligt Förordningen innebär att kosttillskottföretagen i praktiken blir förhindrade att göra hälsopåståenden. Enligt KO innebär påståenden om godkända hälsoeffekter omvänt att om kosttillskottet inte intas

får konsumenten negativa effekter. KO menar därtill att det ska krävas en generell brist hos befolkningen för att påståendet ska få göras.

- 85 Hälsopåståenden om kosttillskott måste bedömas med beaktande av att själva syftet med ett kosttillskott är att komplettera den vanliga kosten för det fall man anser att man inte får i sig tillräckligt av det aktuella näringsämnet. Om man trots att man uppfyller kraven på tillräcklig mängd av ett näringsämne inte får påtala den effekt som intag av näringsämnet har på hälsa, som fastställts av kommissionen efter noggrann utvärdering av Efsa, utan att dessutom kunna påvisa att det finns en generell brist på näringsämnet i den aktuella målgruppen blir utrymmet att göra hälsopåståenden ytterst begränsat.

Närmare om yrkandena 1–3

KO:s förstahandsgrund (otillåtna specifika hälsopåståenden i anslutning till kundberättelserna)

- 86 Vitaelab har svårt att förstå hur KO kommer till slutsatsen att påståendena som förekommer i kundberättelserna, vilka omfattas av yrkande 1–3, skulle utgöra specifika hälsopåståenden enligt Förordningen och att påståendena därmed är i strid med Förordningen då det inte finns några påståenden knutna till produkten VitaePro som sådan i förteckningen över godkända hälsopåståenden (punkt 13 ovan).
- 87 De aktuella påståendena utgörs huvudsakligen av så kallade icke-specifika hälsopåståenden enligt artikel 10.3 i Förordningen. Det finns således inget hinder enligt Förordningen att koppla ihop denna typ av påstående med livsmedlet/kosttillskottet VitaePro förutsatt att det sker i anslutning till det specifika godkända hälsopåstående som det icke-specifika hälsopåståndet grundar sig på.
- 88 KO har som förstahandsgrund angett att påståendena utgör otillåtna specifika hälsopåståenden i strid med artiklarna 10.1, 13.1 och 13.3 i Förordningen och att de därigenom är otillåtna enligt lagstridighetsprincipen enligt 5–6 §§ MFL (punkt 12 ovan). Oavsett om påståendena i och för sig skulle anses vara specifika hälsopåståenden i Förordningens mening följer det av systematiken i Förordningen att det inte är möjligt att anse att ett visst påstående är i strid med Förordningen enbart på de av KO

anförda grunderna. Detta eftersom de aktuella påståendena kan vara tillåtna genom att utgöra icke-specifika påståenden, varför även denna prövning måste göras inom ramen för samma yrkande. Sammanfattningsvis kan det inte konstateras att det är otillåtet att använda ett visst påstående på den av KO anförda förstahandsgrunden, eftersom det aktuella påståendet ändå kan vara tillåtet enligt Förordningens artikel 10.3.

Påståendena har inte språkligt sett den innebörd som omfattas av KO:s yrkanden (avseende yrkandena 1 och 3)

89 Inget av de påståenden om ork och energi som omfattas av KO:s yrkande 1 ger intryck av att VitaePro ”ökar energi och orken”. Påståendena kan inte uppfattas ge dessa effekter eftersom de, språkligt sett, är uppenbara hänvisningar till bibehållande av normal nivå, dvs. bibehålla andra funktioner, vilket i förlängningen kan bidra till att normala ”vardagsnivåer” av ork och energi bevaras.

90 Påståendena som omfattas av KO:s yrkande 3 ger inte språkligt sett intrycket att VitaePro ”ger smidighet, rörlighet, styrka och muskelstyrka samt motverkar stelhet, orörlighet, kraftlöshet, ömma muskler och slitenhet”. De olika påståendena innebär inte påståenden om att ”ge” eller ”motverka” aktuella effekter utan talar om att bevara smidighet och styrka respektive att behålla rörlighet, behålla muskelstyrka, behålla styrka samt behålla smidighet och styrka.

91 Det är också på detta sätt genomsnittskonsumenten måste anses uppfatta påståendena.

Påståendena är för allmänt hållna för att utgöra ospecifika hälsopåståenden (avseende yrkande 1)

92 Påståenden om ork och energi som omfattas av KO:s yrkande 1 är för allmänt hållna för att utgöra ospecifika hälsopåståenden.

93 Beträffande exempelvis påståendet ”Det påverkar även min energi i vardagen så att jag orkar med jobb, hem och familj. Att ha ork i vardagen till både träning och kvalitetstid med min son är guld värt för mig, berättar Louise” (domsbilaga 1:5, gul markering 1, läst för sig) under yrkande 1 innebär detta inte ett påstående om att ”öka

energin” eller ”öka orken”, utan syftar uppenbarligen till att rörlighet och styrka (förstås) har en ”påverkan” som går ut på ett bevarande av normala nivåer av ork, dvs. sådana nivåer av ork som krävs för vardagen. Varken detta eller övriga påståenden under yrkande 1 (se hänvisningar vid KO:s yrkande 1, punkt 6 ovan) är språkligt sett fråga om något påstående om att VitaePro ökar energi och/eller ork utan kan hjälpa till att bibehålla andra funktioner, vilket i förlängningen kan bidra till att normala ”vardagsnivåer” av ork och energi bevaras.

- 94 Beträffande exempelvis påståendet ”Hon kunde ibland känna att kroppen var sliten och stel och ville då försöka göra något åt det” samt ”Ibland kände jag att jag hade varken ork eller energi kvar på kvällen. Med VitaePro bevarar jag som tur är den smidighet och styrka jag behöver” (domsbilaga 1:21, gula markeringar 3 och 4 lästa tillsammans) under yrkande 3 innebär detta inte ett påstående om att ”ge” eller ”motverka” de aktuella effekterna utan talar om att bevara smidighet och styrka.

Användning av godkända hälsopåståenden i anslutning till kundberättelserna

- 95 Det föreligger en tillräckligt tydlig koppling mellan de icke-specifika hälsopåståendena och de godkända hälsopåståendena i den aktuella marknadsföringen. Detta genom att påståendena inte omfattas av definitionen av (ospecifika) hälsopåståenden i Förordningens artikel 2.2.5 respektive 10.3, se bland annat resonemanget i MD 2013:13 p. 566 där domstolen konstaterar att det aktuella påståendet ”Mer än bara energi” föll utanför Förordningens definition.
- 96 Vitaelab har angivit godkända hälsopåståenden för C-, D- och E-vitamin respektive för EPA och DHA i den aktuella marknadsföringen. Dessa återfinns separat, väl synligt och i direkt anslutning till den löpande texten som innehåller de icke-specifika påståendena som bygger på de godkända påståendena. Konsumenten kan därigenom klart se vilka vetenskapligt styrkta specifika effekter som avses. I den löpande texten förklaras detta dessutom tydligt och på ett sätt som är lättbegripligt för konsumenter.
- 97 De specifika godkända hälsopåståenden som i marknadsföringen kopplas till de icke-specifika hälsopåståendena är;

- Vad gäller muskelfunktion: ”D-vitamin bidrar till att bibehålla normal muskel-funktion.”
- Vad gäller broskfunktion: ”C-vitamin bidrar till normal kollagenbildning som har betydelse för broskets normala funktion.”
- Vad gäller Oxidativ stress: ”Antioxidanterna C- och E-vitamin som bidrar till att skydda cellerna mot oxidativ stress.”
- Vad gäller hjärtat och hjärnans funktion: ”Omega 3-syrorna DHA och EPA bidrar till hjärtats normala funktion. DHA bidrar även till att bibehålla normal hjärn-funktion.”
- Vad gäller ökad ork och energi: ”Vitamin C bidrar till att minska trötthet och utmattning”.

98 Vidare finns ett antal ytterligare specifika godkända hälsopåståenden avseende VitaePros innehåll av C-vitamin, nämligen att C-vitamin:

- ”bidrar till att minska trötthet och utmattning.”
- ”bidrar till en normal energiomsättning.”
- ”bidrar till immunsystemets normala funktion.”
- ”bidrar till normal kollagenbildning som har betydelse för benstommens normala funktion.”

99 Dessa påståenden återfinns i förteckningen över godkända hälsopåståenden samt ämnena som påståendena avser återfinns i VitaePro i tillräcklig mängd enligt förteckningen.

100 Då de godkända hälsopåståendena sammantaget bidrar till de ospecifika hälsofördelar som anges i kundberättelserna och filmerna har Vitaelab valt att ange dessa samlat i en lista. Detta görs på tre olika sätt i den reklam som ingivits i målet. I reklamfilmerna anges de sist i filmen, i direkt anslutning till förpackningen. På webbplatsen anges de i rutor, i direkt anslutning till själva kundberättelsen samt i högerspalten, i direkt anslutning till kundberättelsen. Det finns inget krav enligt Förordningen på att de godkända hälsopåståendena ska stå i direkt anslutning till de ospecifika hälso-påståendena. Branschorganisationen Svensk Egenvård har i sin ”Praktisk Guide för användning av närings- och hälsopåståenden” tolkat det som att det särskilda godkända hälsopåståendet måste anges i samma medium som det ospecifika påståendet.

- 101 De påståenden som används i kundberättelserna och som är föremål för talan under yrkandena 1–3 ger inte intryck av mer långtgående effekter än de godkända specifika påståenden som marknadsföringen av VitaePro grundar sig på. För det fall domstolen kommer till slutsatsen att meddela förbud för Vitaelab att göra påståenden om sambandet mellan intag av VitaePro och energi och ork måste Vitaelab ges utrymme att i vart fall använda de aktuella påståendena, förutsatt att de kopplas till godkända påståenden om C-vitamin.
- 102 Trots att det finns ett flertal godkända påståenden kring C-vitamin har Vitaelab valt att lyfta fram de påståenden som Vitaelab anser är mest representativa för produkten VitaePro i marknadsföringen. För de friska kvinnor och män i åldern från 45–50 år och uppåt, som i vuxen ålder upplever övergående besvär som kan hämma aktivitetsnivån och humöret i vardagen (speciellt i relation till muskler och rörlighet), är det primära syftet med att äta VitaePro att försäkra sig om att få i sig tillräckligt av de näringsämnen som behövs för att bibehålla en normal muskelfunktion och normal rörlighet. Detta gäller även vid tillfällen då kosten är mindre varierad. Bibehållen normal muskelfunktion och rörlighet leder i sin tur till minskad trötthet och ökad energi och ork.
- 103 Det finns utrymme för Vitaelab att, på ett sätt som är begripligt för genomsnittskonsumenten, förklara att VitaePro bidrar till bibehållen normal muskelfunktion och rörlighet vilket i sin tur bidrar till minskad trötthet och ökad energi och ork. Av sammanhanget i den aktuella marknadsföringen framgår vilken effekt som avses samt hur personerna i marknadsföringen upplever detta i sina dagliga liv. Det är även på detta sätt som marknadsföringen uppfattas av en genomsnittskonsument i den aktuella målgruppen.
- 104 De påståenden KO anser är allt för långtgående i förhållande till de godkända specifika hälsopåståendena stöder sig därmed på VitaePros innehåll av en kombination av ämnen som har betydelse för en normalt fungerande muskelfunktion och rörlighet. De specifika godkända hälsopåståenden som återfinns i förteckningen över godkända hälsopåståenden är emellertid ofta mycket teoretiska då det är fråga om vetenskapligt styrkta samband mellan näringsämnet och den gynnsamma effekten på hälsan. Därmed används även vetenskapliga termer. Det får hållas för sannolikt att en genom-

snittskonsument i den aktuella målgruppen, enbart baserat på dessa vetenskapliga termer, inte nödvändigtvis förstår innebörden av marknadsföringen.

- 105 Det Vitaelab avser att förmedla med marknadsföringen är att i övrigt friska personer som med anledning av en stigande ålder upplever tillfälliga fysiologiska besvär som har en negativ effekt på hälsan, genom att bland annat välja att äta VitaePro, kan försäkra sig om att få i sig tillräckligt av de näringsämnen som behövs för att bevara en normal funktion och därmed få en förbättrad hälsa upp till en normal nivå.
- 106 Det är inte sannolikt att mottagare av marknadsföringen i den aktuella målgruppen som inte upplever tillfälliga åldersrelaterade åkommor får intryck av att de trots detta skulle kunna få en förbättrad hälsa i förhållande till en normal nivå genom att inta VitaePro.
- 107 Flertalet av påståendena som är föremål för KO:s yrkanden avser inte de direkta effekter som VitaePro har på hälsan, såsom att bibehålla en normal muskelfunktion, utan de effekter som bibehållen muskelfunktion och därigenom minskad stelhet har på hälsan genom att man känner sig smidigare och att man har mer energi. På motsvarande sätt kan man genom att se till att bibehålla en normal muskelfunktion, och därmed undvika tillfälliga dippar, känna sig stark och smidig och med bibehållen energi. Påståendena ger därmed uttryck för den subjektiva känslan av smidighet, kraft och energi som personerna som använder VitaePro får genom att undvika tillfälliga fysiologiska dippar och därmed behålla en normal muskelfunktion. Det är med denna utgångspunkt som de aktuella påståendena i marknadsföringen ska bedömas.
- 108 Enligt beaktandesats 16 och artikel 5.2 i Förordningen är det förenligt med Förordningen att förklara vad som avses med de godkända specifika påståendena på ett sätt som är begripligt för konsumenten. Av beaktandesats 9 i Kommissionens godkännandeförordning framgår att en viss flexibilitet är tillåten vid användning av ett godkänt hälsopåstående. Så länge innebörden är densamma för konsumenterna är det även tillåtet att ändra ordalydelsen på de specifika godkända hälsopåståendena som finns med i förteckningen för att göra dessa mer lättförståeliga för konsumenten.

- 109 När det gäller icke-specifika hälsopåståenden bör flexibiliteten kring vad som avses med ett visst hälsopåstående utan att hålla sig till den exakta ordalydelsen vara än större. I punkten 3 i bilagan till Genomförandebeslut 2013/63/EU anges vidare att användningen av icke-specificerade hälsopåståenden kan vara till hjälp för konsumenterna eftersom de kan förmedla ett mer konsumentvänligt budskap.

Påståenden om brist av de vitaminer som ingår i VitaePro hos konsumenterna i målgruppen

- 110 Det uppställs inte något krav i Förordningen på att det måste finnas en generell brist på aktuellt näringsämne i den aktuella målgruppen för att kunna använda ett godkänt hälsopåstående. Hälsopåståenden får istället användas förutsatt att näringsämnet finns i livsmedlet i tillräcklig mängd, dvs. den mängd som uppställs i förteckningen över godkända hälsopåståenden. VitaePro uppfyller de uppställda kraven på tillräcklig mängd.
- 111 Oaktat detta har Vitaelab tillgång till omfattande vetenskaplig dokumentation som styrker att det faktiskt föreligger en generell brist på de vitaminer som ingår i VitaePro i den aktuella målgruppen. Av bl.a. Livsmedelsverkets undersökning ”Riksmaten 2010-11” som avser livsmedels- och näringsintag bland vuxna i Sverige framgår att personer över 45 generellt sett har ett lägre intag av D-vitamin samt att kvinnor generellt sett har ett lägre intag av D-vitamin än män. Även i Norge, som har en population som i många avseenden liknar den svenska, visar undersökningar att målgruppen har ett för lågt intag av D-vitamin. Även internationella vetenskapliga studier stödjer detta faktum.
- 112 Vad gäller målgruppens behov av tillskott av C- och E-vitamin så visar ett genomsnittligt värde på att den svenska befolkningen äter tillräckligt med C- och E-vitamin. Trots detta kan givetvis vissa individer få i sig mer såväl som mindre av dessa näringsämnen i den dagliga kosten. Det framgår av den aktuella marknadsföringen att kosttillskott kan användas i de fall då man vet med sig att man inte äter tillräckligt varierat och näringsrikt.

Påståenden om att hälsan kan påverkas negativt

- 113 Vitaelab delar inte heller KO:s uppfattning att de aktuella påståendena under yrkandena 1–3 ger intryck av att hälsan kan påverkas negativt om man inte konsumerar VitaePro. VitaePro är ett kosttillskott, dvs. ett komplement till normal kost som kan användas vid en tillfällig fysiologisk obalans när man exempelvis inte anser sig ha tid att äta en balanserad eller varierad kost.
- 114 Vidare utgörs marknadsföringen av personliga erfarenheter och därmed av kundernas subjektiva upplevelser av att använda VitaePro. Trots att dessa har haft att förhålla sig till vissa riktlinjer i anledning av Förordningens krav så måste det finnas ett utrymme för att i marknadsföring låta kunder berätta om sina upplevelser med egna ord förutsatt att detta sker på ett balanserat sätt och med beaktande av bestämmelserna i Förordningen samt anslutande regelverk och med de förtydliganden som krävs. Det är Vitaelabs inställning att den aktuella marknadsföringen är tydlig i detta avseende och att det är på så sätt som en genomsnittskonsument uppfattar marknadsföringen.

Vederhäftigheten av påståendena i kundberättelserna

- 115 Påståenden om påverkad energi och ork baseras på kundens upplevelser av bibehållen rörlighet och styrka vilket bidrar till känslan av energi och ork. Den primära anledningen till att äta VitaePro är dess innehåll av ämnen som sammantaget har en påverkan på kundens rörlighet och styrka, vilket i sin tur har en påverkan på energin och orken. För det fall Marknadsdomstolen skulle finna att påståenden om påverkad energi och ork inte kan baseras på kundens upplevelser av bibehållen rörlighet och styrka så innehåller dock VitaePro under alla omständigheter en tillräcklig mängd av C-vitamin för att det ska vara tillåtet att använda det konstaterade sambandet att C-vitamin bidrar till att minska trötthet och utmattning som kan användas som stöd för påståenden om kundens upplevelse av energi och ork.
- 116 Vidare är det genom den dokumentation som presenterats av Vitaelab styrkt att de näringsämnen som VitaePro innehåller har den effekt som påstås i marknadsföringen, såsom att D-vitamin bidrar till att bibehålla normal muskelfunktion, att C-vitamin bidrar till normal kollagenbildning som har betydelse för broskets normala funktion, att antioxidanterna C- och E-vitamin bidrar till att skydda cellerna mot oxidativ stress,

att omega 3-syrorna DHA och EPA bidrar till hjärtats normala funktion och att DHA bidrar till normal hjärnfunktion. Detta är också fastställt i förteckningen över godkända hälsopåståenden.

Närmare om yrkande 4

- 117 Påståendet är tillåtet och KO:s tolkning av hur genomsnittskonsumenten uppfattar påståendet är felaktigt. Vitaelab delar inte KO:s uppfattning att påståendet i yrkande 4, att personerna bakom kundberättelsen använder sig av VitaePro som en del av en sund kost, underförstått ger konsumenten intrycket att VitaePro ”behövs för att få en sund kost och att konsumenten utan VitaePro inte får i sig de näringsämnen som behövs”. Det är inte heller på detta sätt en genomsnittskonsument i den aktuella målgruppen rimligen uppfattar marknadsföringen.
- 118 Av marknadsföringen framgår att det är fråga om ett kosttillskott som därmed är ett komplement till kosten. Hälsopåståenden ska enligt artikel 10.2 a i Förordningen innehålla ett uttalande om vikten av mångsidig och balanserad kost och en hälsosam livsstil i märkningen eller presentationen och reklamen. I enlighet med de krav som uppställs i Förordningen, framgår tydligt att det är viktigt med en sund kost och en aktiv livsstil för att få de hälsoeffekter som avses. Vidare framgår genom kundberättelserna att personerna bakom dessa äter VitaePro när de anser att de exempelvis inte haft tid att äta en balanserad och varierad kost.

Närmare om yrkandena 5 och 6

- 119 Av definitionen av hälsopåstående i Förordningens artikel 2.5 följer att som hälsopåstående omfattas ”varje påstående som anger, låter förstå eller antyder att det finns ett samband mellan en kategori av livsmedel, ett livsmedel eller en av dess beståndsdelar och hälsa.” Vitaelab gör inte några hänvisningar till ämnens betydelse för människor utan redogör endast för effekterna i växter. Reklampåståendena utgör således inte hälsopåståenden enligt Förordningens definition. Reglerna i Förordningen är av tvingande karaktär, vilket innebär att det inte är tillåtet för Sverige att tillämpa reglerna strängare än vad Förordningen ger utrymme för. Det finns inget utrymme för att tolka reklamtexten på så sätt som KO gör gällande.

- 120 För det fall domstolen kommer fram till att påståendena om astaxanthin, lutein och zeaxanthin inte är hälsopåståenden enligt Förordningen faller även KO:s andrahandsgrund. Om påståendena inte är att anse som hälsopåståenden enligt Förordningen, kan påståendena inte heller anses vara vilseledande och otillbörliga enligt 8 och 10 §§ MFL. Påståendena måste nämligen bedömas utifrån hur de uppfattas av samma genomsnittskonsument, oavsett om bedömningen sker utifrån MFL eller Förordningen. Det är således inte möjligt att i ett första steg nå slutsatsen att det inte är fråga om ett hälsopåstående men sedan i ett andra steg ändå anse att samma genomsnittskonsument skulle vilseledas av påståendet genom att denna uppfattar påståendet som att avse växternas effekt eller funktion i människor.

BEVISNING

- 121 På KO:s begäran har vittnesförhör hållits med K. M., Uppsala kliniska forskningscentrum och Uppsala universitet och L. D., Lunds universitet. På KO:s begäran har syn hållits på reklamfilmer och TV-reportage avseende kosttillskottet VitaePro. På Vitaelabs begäran har vittnesförhör hållits med J. R., extern rådgivare Sana Pharma AS, H. T., Sana Pharma Medical AS, P. A., Vitaelab AB, T. S., T. S., TNS SIFO och M. N., Svensk Egenvård. Vidare har parterna åberopat viss skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

- 122 Målet rör påståenden i marknadsföring avseende ett kosttillskott som tillhandahålls under varumärket VitaePro. De påtalade framställningarna har utgjorts av s.k. kundberättelser, där personer som uppgett att de använder sig av VitaePro redogjort för sitt intag av kosttillskottet och den påverkan de uppger att VitaePro har haft på deras fysiologiska tillstånd. De påtalade framställningarna har förekommit på Vitaelabs webbplats (www.vitaeopro.se) och i reklamfilmer under år 2013.

Utgångspunkter för prövningen i målet*Utformningen av KO:s talan*

- 123 KO:s talan tar främst sikte på frågan om Vitaelab, vid användning av vissa påståenden om VitaePro, uppfyller de krav som i EU-lagstiftningen uppställs rörande hälso-påståenden om livsmedel.
- 124 KO har begränsat sina yrkanden till att avse förbud vid marknadsföring av kosttillskottet VitaePro eller liknande produkt på sätt som skett i vissa markerade avsnitt i domsbilaga 1 och 2 och motsvarande delar av reklamfilmerna. Marknadsdomstolen är bunden av denna utformning av yrkandena eftersom domstolen annars skulle döma över annat eller mera än vad KO yrkat (se 17 kap. 3 § rättegångsbalken, RB, och jfr MD 2013:13 p. 572). En förutsättning för bifall till yrkandena om förbud för påståenden i domsbilaga 1 och 2 är därför att de markerade påståendena förmedlar det intryck som KO gjort gällande.
- 125 Vidare är en förutsättning för bifall till yrkandena om förbud för påståenden i reklamfilmerna – förutom att påståendena förmedlar det intryck som KO gjort gällande – att dessa motsvarar påståenden som finns i domsbilaga 1 och 2. Påståendena i de åberopade reklamfilmerna saknar emellertid direkt motsvarighet till de markerade avsnitten i domsbilaga 1 och 2, utom såvitt avser andra meningen i påståendet, gulmarkerad text 1 i domsbilaga 1:5 (se punkt 157), vilken dock saknar självständig betydelse. Redan på grund härav kan KO:s talan inte vinna bifall i vad den avser påståendena i reklamfilmerna. Vid denna bedömning bortses i det följande från påståendena i reklamfilmerna.

Rättsliga utgångspunkter

- 126 Med marknadsföring avses enligt 3 § marknadsföringslagen (2008:486), MFL, 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. Med produkter avses

enligt samma lagrum varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter.

- 127 Marknadsföring ska enligt generalklausulen i 5 § MFL stämma överens med god marknadsföringssed. I detta ligger bl.a. att marknadsföringen, i enlighet med den s.k. lagstridighetsprincipen, ska vara laglig, vilket betyder att den inte får strida mot annan lag eller kunna leda till lagbrott. Det innebär bl.a. att marknadsföring som står i strid med EU-rättslig lagstiftning kan vara oförenlig med god marknadsföringssed (jfr MD 2013:13 punkt 554 f.).
- 128 Enligt 6 § MFL är marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed enligt 5 § MFL att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut (angående det s.k. transaktionstestet, jfr MD 2013:13 p. 562). Och enligt 23 § MFL får en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd.
- 129 Tillåtligheten av att i EU använda näringspåståenden och hälsopåståenden i marknadsföring av bl.a. kosttillskott regleras i förordningen (EG) nr 1924/2006 om näringspåståenden och hälsopåståenden om livsmedel (Förordningen).
- 130 Av betydelse för tillämpningen av Förordningen med avseende på kosttillskott är bl.a. förordningen (EG) 178/2002 om allmänna principer och krav för livsmedelslagstiftning (Livsmedelsförordningen), kommissionens förordning (EU) 432/2012 om fastställande av en förteckning över andra godkända hälsopåståenden om livsmedel än sådana som avser minskad sjukdomsrisk och barns utveckling och hälsa (Kommissionens godkännandeförordning) samt Kommissionens genomförandebeslut 2013/63/EU och direktivet 2002/46/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kosttillskott (Kosttillskottsdirektivet).
- 131 Med hälsopåstående avses enligt artikel 2.2.5 i Förordningen varje påstående som anger, låter förstå eller antyder att det finns ett samband mellan en kategori av livsmedel, ett livsmedel eller en av dess beståndsdelar och hälsa. EU-domstolen har uttalat att uttrycket ”hälsopåstående” i Förordningens mening definieras utifrån det

samband som måste föreligga mellan ett livsmedel eller en av dess beståndsdelar å ena sidan och hälsa å den andra samt anfört att rekvisitet samband måste ges extensiv tolkning (se EU-domstolens dom i mål C 544/10, Deutches Weintor, punkt 34).

- 132 Med livsmedel förstås – enligt artikel 2.1 a i Förordningen jämförd med artikel 2 i Livsmedelsförordningen – alla ämnen eller produkter, oberoende av om de är bearbetade, delvis bearbetade eller obearbetade, som är avsedda att eller rimligen kan förväntas att förtäras av människor.
- 133 Med kosttillskott avses – enligt artikel 2 a i Kosttillskottsdirektivet – livsmedel vars syfte är att komplettera en normal kost och vilka utgör koncentrerade källor för näringsämnen eller andra ämnen med näringsmässig eller fysiologisk verkan, enskilt eller i kombination, som säljs i s.k. avdelade doser. Vidare anges i direktivet bl.a. att en tillräcklig och varierad kost i normala fall kan innehålla alla näringsämnen som behövs för att en människa ska utvecklas normalt och bibehålla en god hälsa, men att denna situation inte alltid uppnås för alla näringsämnen och befolkningsgrupper (se beaktandesats 3) samt att konsumenterna därför, på grund av särskilda levnadssätt eller av andra skäl, kan vilja komplettera sina intag av näringsämnen med kosttillskott (se beaktandesats 4).
- 134 Enligt artikel 3 a i Förordningen får användningen av bl.a. hälsopåståenden inte vara felaktig, tvetydig eller vilseledande. Och enligt artikel 3 d får användningen av bl.a. hälsopåståenden inte heller ange, låta förstå eller antyda att en balanserad och varierad kost inte kan ge lämpliga mängder av näringsämnen i allmänhet (jfr härtill artikel 6.3 d och artikel 7 i Kosttillskottsdirektivet samt 8 a § 4 och 9 § i Livsmedelsverkets författningssamling, LIVSFS 2003:9).
- 135 Förordningen innehåller bestämmelser om olika slag av hälsopåståenden, bl.a. hälsopåståenden som avser annat än sådant som avser minskad sjukdomsrisk och barns utveckling och hälsa (artikel 13). Hälsopåståenden av detta slag kan enligt artikel 13.1 a vara sådana som beskriver eller hänvisar till ett näringsämnes eller annat ämnes betydelse för kroppens tillväxt, utveckling och funktioner.

- 136 Kommissionen ska enligt artikel 20 i Förordningen skapa och upprätthålla ett gemenskapsregister över bl.a. hälsopåståenden om livsmedel. Registret ska enligt artikel 20.2 c innehålla uppgifter om bl.a. godkända hälsopåståenden som avses i artikel 13.3 – som inbegriper hälsopåståenden avseende kroppens funktioner – och de villkor som gäller för dem. Enligt artikel 13.3 i Förordningen ska hälsopåståenden av bl.a. detta slag omfattas av en särskild gemenskapsförteckning. Förteckningen fastställs enligt artikel 1 i Kommissionens godkännandeförordning i bilagan till den förordningen.
- 137 Av artikel 13 i Förordningen framgår att det finns olika förfaranden för godkännande av hälsopåståenden avseende kroppens funktioner. Enligt artikel 13.5 jämförd med artikel 18.1 kan en livsmedelsföretagare som avser att använda ett hälsopåstående ansöka om att påståendet ska tas upp i den gemenskapsförteckning som avses i artikel 13.3. Beslut om ett hälsopåstående ska godkännas eller ej meddelas av Kommissionen (artikel 17.3 jämförd med artikel 25 och 18.4) – biträdd av den ständiga kommittén för livsmedelskedjan och djurhälsa (artikel 23.2) – på grundval av ett yttrande av Europeiska myndigheten för livsmedelssäkerhet (artikel 2.2.7 och 18.3).
- 138 Här kan nämnas att vid prövning av godkännande av hälsopåståenden enligt artikel 13.5 i Förordningen, har bl.a. ansökan om godkännande av påstående som avsett en produkt av visst kommersiellt ursprung upptagits till prövning (se kommissionens förordning [EU] 2015/2314 angående påståendet ”Orafti®Inulin förbättrar tarmfunktionen”).
- 139 Enligt artikel 10.1 i Förordningen ska hälsopåståenden förbjudas om de inte uppfyller de allmänna krav som anges i Förordningens kapitel II (artiklarna 3–7) och de särskilda krav som anges i Förordningens kapitel IV (artiklarna 10–19) och är godkända i enlighet med Förordningen och ingår i de gemenskapsförteckningar över godkända påståenden som föreskrivs i artiklarna 13 och 14.
- 140 I beaktandesats 9 i Kommissionens godkännandeförordning – som beslutats med stöd av artikel 20.1 i Förordningen – anges att ett påstående, som har samma innebörd för konsumenterna som ett tillåtet hälsopåstående, som visar på samma samband mellan en livsmedelskategori, ett livsmedel eller en av dess beståndsdelar och hälsa, bör omfattas av samma villkor för användning som de tillåtna hälsopåståendena.

- 141 Hänvisningar till en allmän, icke specificerad gynnsam effekt av ett näringsämne eller ett livsmedel för allmän hälsa eller hälsorelaterat välbefinnande får enligt artikel 10.3 i Förordningen göras endast om de åtföljs av ett bestämt hälsopåstående som ingår i de förteckningar som föreskrivs i artikel 13 eller 14.
- 142 I fall där en hänvisning till ett samband mellan ett livsmedel och hälsa är mer allmänt hållen kan det enligt punkten 3 i bilagan till Kommissionens genomförandebeslut, som beslutats med stöd av artikel 10.4 i Förordningen, finnas flera hälsopåståenden som kan åtfölja hänvisningen. Enligt samma punkt bör sådana särskilda godkända hälsopåståenden stå bredvid eller efter de allmänna, icke specificerade hälsoeffekter de avser.
- 143 Härutöver framgår av artikel 10.2 i Förordningen att hälsopåståenden ska tillåtas endast om märkningen eller, om ingen sådan märkning finns, presentationen eller reklamen för en viss produkt innehåller bl.a. ett uttalande om vikten av en mångsidig och balanserad kost och en hälsosam livsstil (a). Av artikel 12 a följer att påståenden som ger intryck av att hälsan skulle kunna påverkas negativt om man inte konsumerar livsmedlet inte är tillåtna.
- 144 En utgångspunkt enligt såväl EU-direktivet om otillbörliga affärsmetoder (2005/29/EG), som aktuella bestämmelser i MFL vilar på, liksom enligt Förordningen, 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 beaktandesats 18 i direktivet, beaktandesats 16 i Förordningen och beaktandesats 9 i Kommissionens godkännandeförordning samt EU-domstolens domar i mål C-428/11, Purely Creative m.fl., punkt 53, och C-299/12, Green - Swan Pharmaceuticals CR, punkt 24).
- 145 Om marknadsföringen är särskilt riktad till en viss konsumentgrupp följer av direktivet liksom av Förordningen (se beaktandesats 18 och artikel 5.2 b i direktivet samt beaktandesats 16 i Förordningen) att marknadsföringen ska bedömas ur ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga konsumenten i denna grupp. Avgörande för hur en marknadsföringsåtgärd ska bedömas är också enligt fast praxis hur fram-

ställningen uppfattas av en genomsnittlig mottagare i den målgrupp som marknadsföringen riktar sig till (se bl.a. MD 2015:14 punkt 67, MD 2014:17 och MD 2008:15).

- 146 Frågan hur en genomsnittskonsument i den relevanta målgruppen uppfattar viss marknadsföring innefattar en normativ bedömning och utgör därmed en s.k. rättsfråga (se MD 2015:18 punkt 149 och 163). Det finns dock inte något hinder mot att parterna lägger fram bevis för omständigheter av betydelse för bedömning av denna fråga (jfr EU-domstolens dom i mål C-210/96, Gut Springenheide GmbH, punkt 37). (Angående sakfrågor och rättsfrågor se Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 25 och 59, Per Olof Ekelöf m.fl., Rättsmedlen, 12 uppl. s. 150 och Lars Heuman, Sammanblandning av bevisfrågor och rättsfrågor vid underlåtenhetsansvar, SvJT 2014 s. 357 f.).
- 147 Vid bedömning av hur en genomsnittskonsument uppfattar marknadsföring gäller att reklam i allmänhet läses flyktigt och att konsumenten i första hand påverkas av helhetsintrycket (se MD 2004:27).

Målgrupp

- 148 Marknadsdomstolen konstaterar att den i målet aktuella marknadsföringen avseende kosttillskottet VitaePro, som parterna är överens om, måste anses ha varit inriktad mot män och kvinnor i åldern 45 år och uppåt. Vidare finner domstolen att marknadsföringen närmare bestämt får anses ha varit riktad mot dem som köper eller kan tänka sig att köpa produkter de uppfattar kan bidra till en bättre kosthållning eller kan erbjuda fördelar från hälsosynpunkt. Det är med andra ord en bred och sammansatt målgrupp där vissa kan ha insikter i näringslära och liknande, men där flertalet inte har det. Det får därför förutsättas att en genomsnittlig mottagare saknar närmare kunskaper om de hälsoaspekter som behandlas i marknadsföringen (jfr MD 2013:13 punkt 419).

Brist av näringsämne i målgruppen

- 149 Marknadsdomstolen konstaterar att ett kosttillskott enligt dess definierade betydelse är ett livsmedel som syftar till att komplettera en normal kost och att konsumenter, på grund av särskilda levnadssätt eller av andra skäl, kan vilja komplettera sitt intag av

näringsämnen med kosttillskott (se ovan punkt 133). Det krävs därför inte att det typiskt sett finns en överhängande risk för att målgruppen inte får i sig vissa näringsämnen för att godkända hälsopåståenden ska få användas. – En annan sak är att näringsidkare som i marknadsföring ger intryck av att det föreligger brist av visst näringsämne hos konsumenterna i målgruppen har att visa påståendets riktighet för att påståendet inte ska anses vara vilseledande (jfr MD 2013:13 punkt 522 f. och 529 f.).

Den påtalade marknadsföringen m.m.

- 150 Bestämmelsen i artikel 10.2 a i Förordningen innebär enligt sin lydelse att hälsopåståenden endast ska tillåtas om vissa uppgifter anges i presentationen och reklamen för livsmedlet, bl.a. ett uttalande om vikten av en mångsidig och balanserad kost och en hälsosam livsstil (angående tillämpningen av bestämmelsen, se ovan punkt 143). KO har dock inte gjort gällande att den påtalade marknadsföring skulle vara oförenlig med Förordningen på den grunden att uttalanden av denna innebörd inte angivits och denna fråga faller således utanför prövningen i målet.
- 151 Av artikel 10.1 i Förordningen följer att hälsopåståenden ska förbjudas, bl.a. om de inte är godkända i enlighet med förordningen och inte ingår i de förteckningar över godkända påståenden som anges i artikel 13 och 14 (se ovan punkt 139). De förteckningar som avses i artikel 13 innehåller bl.a. hälsopåståenden – som avser annat än sådant som avser minskad sjukdomsrisk och barns utveckling och hälsa – avseende kroppens funktioner (artikel 13.1 a).
- 152 Enligt artikel 10.3 får dock hänvisning till en allmän icke specificerad gynnsam effekt av bl.a. ett livsmedel göras, som ovan anförts, om det åtföljs av ett bestämt hälsopåstående som ingår i de förteckningar som föreskrivs i bl.a. artikel 13 (se punkt 141–142). I denna bestämmelse bekräftas det som är underförstått i artikel 10.1 om att de godkända hälsopåståenden som upptas i dessa förteckningar är bestämda.
- 153 Den systematiska skillnad som i Förordningen görs, mellan påståenden som är bestämda och som kan godkännas å ena sidan och påståenden som är icke specificerade å den andra, innebär enligt Marknadsdomstolens mening att en tillämpning av artikel 10.3 förutsätter att det är fråga om ett icke specificerat påstående. Endast med

en tillämpning av detta slag kan ordningen med godkännande och förteckning av bestämda hälsopåståenden fylla sin funktion.

- 154 Av det anförda följer att bestämda hälsopåståenden i enlighet med artikel 10.1 måste vara godkända för att få användas samt att icke specificerade hälsopåståenden i enlighet med artikel 10.3 får användas om de åtföljs av ett eller flera godkända hälsopåståenden. Ett hälsopåstående som är bestämt men inte godkänt får följaktligen inte användas, även om det åtföljs av ett godkänt hälsopåstående. – Ett hälsopåstående som inte kan godkännas av det skälet att det inte är bestämt, kan däremot få användas som ett icke specificerat påstående, om det åtföljs av ett godkänt hälsopåstående (se punkten 3 i bilagan till Kommissionens genomförandebeslut).
- 155 Den påtalade marknadsföringen under yrkandena 1–3 omfattar sammanlagt 20 påståenden i Vitaelabs marknadsföring. Marknadsdomstolen prövar först om påståendena kan anses förmedla det intryck KO som gjort gällande (se punkt 124 ovan). Om så är fallet tar Marknadsdomstolen därefter ställning till påståendenas förenlighet med tillämplig lagstiftning, i första hand Förordningen.

Intrycket av de påtalade påståendena under yrkande 1

- 156 Yrkandet avser förbud för Vitaelab att, på sätt som skett i markerad text i domsbilaga 1, påstå eller ge intryck av att VitaePro ”ökar energi och orken” (se domsbilaga 1:5, 1:21, 1:23, 1:26 och 1:27). Här bortses från påståendena i reklamfilmerna (se ovan punkt 125).

Gulmarkerad text 1 i domsbilaga 1:5 läst för sig (Louise Karlsson)

”Det påverkar även min energi i vardagen så att jag orkar med jobb, hem och familj. Att ha ork i vardagen till både träning och kvalitetstid med min son är guld värt för mig, berättar Louise” (1)

- 157 Marknadsdomstolen konstaterar att påståendet i och för sig måste anses ge intryck av att VitaePro har en påverkan på energi och ork. Läst för sig – i enlighet med det sätt på vilket KO begränsat sin talan (se punkt 124) – kan det emellertid inte anses förmedla annat intryck än att kosttillskottet bidrar till att bibehålla en normal energi och ork. Påståendet kan således inte anses vara ägnat att uppfattas som att ett intag av VitaePro ”ökar energin och orken”.

Gulmarkerad text 4 i domsbilaga 1:21 läst för sig (Helena Wihlborg)

”Ibland kände jag att jag hade varken ork eller energi kvar på kvällen. Med VitaePro bevarar jag som tur är den smidighet och styrka jag behöver.” (4)

- 158 Den språkliga innebörden av den andra meningen i påståendet (4), som innehåller en utsaga om VitaePro, är att kunden genom intag av kosttillskottet bevarar ”smidighet” och ”styrka”. Det intryck som meningen ger färgas emellertid i hög grad av den första meningen i påståendet – där kunden uttalar att hon hade ”varken ork eller energi kvar på kvällen”. Vid en flyktig betraktelse måste det påtalade påståendet bedömt i dess helhet anses vara ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro bidrar till att återge kunden en styrka som tidigare saknats så att ”ork” och ”energi” finns även på kvällen och att VitaePro därigenom ökar ”energin” och därmed ”orken”.

Gulmarkerad text 7 och 8 i domsbilaga 1:23 lästa tillsammans (Annica Link)

”... efter att hon passerat 40 så upplevde hon att kroppen kändes stel och mindre flexibel ... Det bidrog till att hon ibland kände sig lite orkeslös på kvällen.” (7)

”Med VitaePro behåller jag min muskelstyrka och det påverkar min energi så att jag kan göra det jag har lust med” (8)

- 159 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (8) är att kunden genom intag av VitaePro behåller sin muskelstyrka och att intaget påverkar hennes energi. I förening med det första påståendet (7) – där kunden ger uttryck för att ha känt sig bl.a. ”orkeslös” – måste det andra påståendet anses vara ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro bidrar till att återge kunden en muskelstyrka som tidigare saknats och att VitaePro därigenom ökar ”energin” och därmed ”orken”.

Gulmarkerad text 9 och 10 i domsbilaga 1:26 lästa tillsammans (Ruth Engelstrand)

”[Att Ruth] i slutet av arbetsdagen kände att hon hade stela och ömma muskler medförde ibland att hon kände sig orkeslös på kvällen.” (9)

”Med VitaePro behåller jag min smidighet och styrka.” (10)

- 160 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (10) är att kunden genom intag av VitaePro behåller smidighet och styrka. I förening med det första påståendet (9) – där kunden ger uttryck för att bl.a. ha känt sig ”orkeslös” – måste det andra påståendet anses vara ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro bidrar till att ge en styrka som tidigare saknats och därigenom ”ökar energin och orken”.

Gulmarkerad text 11 och 12 i domsbilaga 1:27 (Torstein Sörensen)

”I perioder kunde arbetet leda till att Torstein kände sig stel och kraftlös i kroppen, vilket bidrog till att han inte orkade med allt han ville på fritiden.” (11)

”Med VitaePro behåller jag som tur är min styrka, vilket har en positiv inverkan på min energi i vardagen.” (12)

- 161 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (12) är att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller sin styrka och att det har en positiv inverkan på dennes energi. Tillsammans med det första påståendet (11) – där kunden ger uttryck för att ha känt sig bl.a. ”kraftlös” – måste det andra påståendet anses vara ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro bidrar till att ge en styrka och därmed muskelstyrka som tidigare saknats och att VitaePro därigenom ökar ”energin” och därmed ”orken”.

Intrycket av de påtalade påståendena under yrkande 2

- 162 Yrkandet avser förbud för Vitaelab att, på sätt som skett i markerad text i domsbilaga 1, påstå eller ge intryck av att VitaePro ”medför att smidighet, rörlighet, styrka och muskelstyrka kan bevaras eller behållas” (se domsbilaga 1:2, 1:21, 1:6, 1:22, 1:23, 1:26, 1:27 och 1:28). Här bortses från påståendena i reklamfilmerna (se ovan punkt 125).

Grönmarkerad text i domsbilaga 1:2 läst för sig (Stig Strand)

”Jag använder VitaePro varje dag som en del av en sund kost, för att bevara smidigheten i kroppen och känna att orken finns på plats i vardagen.”

- 163 Den språkliga innebörden av påståendet är bl.a. att kunden använder VitaePro som en del av en sund kost i syfte att bevara smidighet. Vid en flyktig betraktelse måste påståendet också anses vara ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro medför att ”smidighet” och därmed ”rörlighet” bevaras eller behålls.

- 164 Påståendet kan dock inte anses innehålla något som förmedlar intrycket att styrka eller muskelstyrka bevaras eller behålls.

Rödmarkerad text i domsbilaga 1:21 läst för sig (Helena Wihlborg)

”Med VitaePro bevarar jag som tur är den smidighet och styrka jag behöver.”

- 165 Den språkliga innebörden av påståendet är som ovan anförts (punkt 158) att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller ”smidighet” och ”styrka” – och därmed ”rörlighet” och ”muskelstyrka” – och läst för sig är det också så som påståendet måste vara ägnat att uppfattas.

Gulmarkerad text 2 i domsbilaga 1:6 läst för sig (Stig Strand)

” ... för att bevara smidigheten i kroppen ...” (2)

- 166 Den språkliga innebörden av påståendet (2) använt i förbindelse med VitaePro är att kunden genom intag av kosttillskottet bevarar eller behåller ”smidighet” och därmed ”rörlighet” och det är också på det sättet som påståendet läst för sig är ägnat att uppfattas.

- 167 Påståendet innehåller dock inte något som kan sättas i samband med styrka eller muskelstyrka.

Gulmarkerad text 6 i domsbilaga 1:22 läst för sig (Ulla Wallin)

”Med VitaePro behåller jag rörligheten” (6)

- 168 Den språkliga innebörden av påståendet (6) är att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller ”rörlighet” och därmed ”smidighet” och det är också så som påståendet läst för sig måste anses vara ägnat att uppfattas.

- 169 Påståendet kan dock inte anses innehålla något som förmedlar intrycket att styrka eller muskelstyrka bevaras eller behålls.

Gulmarkerad text 8 i domsbilaga 1:23 läst för sig (Annica Link)

”Med VitaePro behåller jag min muskelstyrka och det påverkar min energi så att jag kan göra det jag har lust med” (8)

170 Den språkliga innebörden av påståendet (8) är, som ovan anförts (se punkt 159) bl.a. att kunden genom intag av VitaePro behåller och därmed bevarar ”muskelstyrka” och således även ”styrka” och det är också på det sättet som påståendet läst för sig måste anses vara ägnat att uppfattas.

171 Påståendet innehåller dock inget som kan sättas i samband med smidighet eller rörlighet.

Gulmarkerad text 10 i domsbilaga 1:26 läst för sig (Ruth Engelstad)

”Med VitaePro behåller jag min smidighet och styrka.” (10)

172 Den språkliga innebörden av påståendet (10) är, som ovan anförts (se punkt 160) att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller dels ”smidighet” och därmed ”rörlighet”, dels ”styrka” och således även ”muskelstyrka”, och det är också så som påståendet läst för sig måste anses vara ägnat att uppfattas.

Gulmarkerad text 12 i domsbilaga 1:27 läst för sig (Torstein Sörensen)

”Med VitaePro behåller jag som tur är min styrka, vilket har en positiv inverkan på min energi i vardagen.” (12)

173 Den språkliga innebörden av påståendet (12) är, som ovan anförts (se punkt 161) att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller ”styrka” och således också ”muskelstyrka” och det är också så som påståendet läst för sig måste anses vara ägnat att uppfattas.

174 Påståendet innehåller dock inget som kan sättas i samband med smidighet eller rörlighet.

Gulmarkerad text 14 i domsbilaga 1:28 läst för sig (Mari Anne Engen)

”Med VitaePro får jag behålla min muskelstyrka, vilket gör att min vardag känns enklare”
(14)

- 175 Den språkliga innebörden av påståendet (14) är att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller ”muskelstyrka” och således ”styrka” och det är också så som påståendet läst för sig måste anses vara ägnat att uppfattas.
- 176 Påståendet innehåller dock inget som kan sättas i samband med smidighet eller rörlighet.

Intrycket av de påtalade påståendena under yrkande 3

- 177 Yrkandet avser förbud för Vitaelab att, på sätt som skett i de markerad text i domsbilaga 1, påstå eller ge intryck av att VitaePro ”ger smidighet, rörlighet, styrka och muskelstyrka samt motverkar stelhet, orörlighet, kraftlöshet, ömma muskler och slitenhet” (se domsbilaga 1:21, 1:22, 1:23, 1:26; 1:27 och 1:28). Här bortses från påståendena i reklamfilmerna (se ovan punkt 125).

Gulmarkerad text 3 och 4 i domsbilaga 1:21 lästa tillsammans (Helena Wihlborg)

”Hon kunde ibland känna att kroppen var sliten och stel och ville då försöka göra något åt det.” (3)

”Ibland kände jag att jag hade varken ork eller energi kvar på kvällen. Med VitaePro bevarar jag som tur är den smidighet och styrka jag behöver. (4)

- 178 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (4) andra meningen är, som ovan anförts, att kunden genom intag av VitaePro bevarar dels ”smidighet” och därmed ”rörlighet”, dels ”styrka” och således även ”muskelstyrka” (jfr ovan punkt 158).
- 179 Det andra påståendet i dess helhet (4) är som ovan anförts (se nyssnämnda punkt) ägnat att förmedla intrycket att VitaePro bidrar till att återge en styrka som tidigare saknats samt därmed också att VitaePro ger ”styrka” och ”muskelstyrka” och att det härigenom motverkar ”slitenhet”.

180 Vidare måste det andra påståendet i förening med det första påståendet (3) – där kunden ger uttryck för att bl.a. ha känt sig bl.a. ”stel” – anses vara ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro ger ”smidighet” och därmed ”rörlighet” samt att det härigenom motverkar ”stelhet” och ”orörlighet”.

181 Påståendet kan dock inte anses förmedla intrycket att användning av VitaePro motverkar ”kraftlöshet”, som närmast är ägnat att uppfattas som ett sjukdomstillstånd, eller ”ömna muskler”, som inte på ett naturligt sätt kan kopplas till något som förekommer i påståendena.

Gulmarkerad text 5 och 6 i domsbilaga 1:22 (Ulla Wallin)

”På grund av långa arbetsdagar hade Ulla under en period besvär med stelhet i kroppen, framförallt på morgnarna.” (5)

”Med VitaePro behåller jag rörligheten” (6)

182 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (6) är att kunden genom intag av VitaePro behåller ”rörlighet” och därmed ”smidighet”. Läst tillsammans med första påståendet (5) – där kunden ger uttryck för att ha känt sig ”stel” – måste påståendet anses vara ägnat att ge intrycket att intag av VitaePro ger ”rörlighet” och därmed ”smidighet” samt härigenom motverkar ”stelhet” och ”orörlighet”.

183 Påståendet kan emellertid inte anses förmedla intrycket att användning av VitaePro vare sig ger ”styrka” eller ”muskelstyrka” eller att det motverkar ”kraftlöshet”, ”ömna muskler” eller ”slitenhet”.

Gulmarkerad text 7 och 8 i domsbilaga 1:23 (Annica Link)

”... efter att hon passerat 40 så upplevde hon att kroppen kändes stel och mindre flexibel ... Det bidrog till att hon ibland kände sig orkeslös på kvällen.” (7)

”Med VitaePro behåller jag min muskelstyrka och det påverkar min energi så att jag kan göra det jag har lust med” (8)

184 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (8) är som ovan anförts (se punkt 170) att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller sin muskelstyrka och därmed sin styrka. Innebörden är vidare att intaget av VitaePro påverkar hennes energi.

- 185 I förening med det första påståendet (7) – där kunden ger uttryck för att ha känt sig bl.a. ”orkeslös” – måste det andra påståendet såvitt nu är i fråga anses vara ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro bidrar till att ge en ”muskelstyrka” och därmed ”styrka” och energi som tidigare saknats samt att det därmed motverkar ”slitenhet”.
- 186 Det nu anförda kan dock inte anses medföra att det andra påståendet förmedlar intrycket att intag av VitaePro motverkar ”kraftlöshet” med den innebörd som detta uttryck får anses ha (se ovan punkt 181). Inte heller kan det andra påståendet i förening med det första sägas förmedla intrycket att användning av VitaePro ger ”smidighet” eller ”rörlighet” eller att det motverkar ”stelhet, orörlighet” eller ”ömma muskler”.
- Gulmarkerad text 9 och 10 i domsbilaga 1:26 lästa tillsammans (Ruth Engelstad)*
- ”[Att Ruth] i slutet av arbetsdagen kände att hon hade stela och ömma muskler medförde ibland att hon kände sig orkeslös på kvällen.” (9)
- ”Med VitaePro behåller jag min smidighet och styrka” (10)
- 187 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (10) är, som ovan anförts (se punkt 160) att kunden genom intag av kosttillskottet behåller smidighet och styrka.
- 188 I förening med det första påståendet (9) – där kunden ger uttryck för att bl.a. ha känt av ”stela och ömma muskler” och känt sig ”orkeslös” – är det andra påståendet som ovan anförts (se nyssnämnda punkt) ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro bidrar till att ge en styrka som tidigare saknats och således ger ”styrka och muskelstyrka” och att det därigenom ökar energin och orken samt att det därmed också motverkar ”slitenhet”. Vidare måste det andra påståendet i förening med det första påståendet anses förmedla intrycket att intag av VitaePro ger ”smidighet” och därmed ”rörlighet” samt att det härigenom motverkar ”stelhet” och ”orörlighet”.
- 189 Påståendet kan dock inte anses förmedla intrycket att det motverkar vare sig ”kraftlöshet” eller ”ömma muskler”.

Gulmarkerad text 11 och 12 i domsbilaga 1:27 lästa tillsammans (Torstein Sörensen)

”I perioder kunde arbetet leda till att Torstein kände sig stel och kraftlös i kroppen, vilket bidrog till att han inte orkade med allt han ville på fritiden.” (11)

”Med VitaePro behåller jag som tur är min styrka, vilket har en positiv inverkan på min energi i vardagen.” (12)

- 190 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (12) är som ovan anförts (se punkt 161) att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller sin styrka och därmed muskelstyrka samt att det har en positiv påverkan på dennes energi.
- 191 Tillsammans med det första påståendet (11) – där kunden ger uttryck för att ha känt sig ”stel och kraftlös” – måste det andra påståendet, förutom att förmedla intrycket att intag av VitaePro påverkar ”energin” som ovan anförts (se punkt 161), anses vara ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro ger ”styrka” och därmed ”muskelstyrka”. Härigenom är påståendet också ägnat att förmedla intrycket att intag av VitaePro motverkar ”slitenhet”.
- 192 Påståendena kan emellertid inte anses innehålla något som medför att de förmedlar intrycket att användning av VitaePro vare sig ger ”smidighet” eller ”rörlighet” eller motverkar ”stelhet”, ”orörlighet”, ”kraftlöshet” eller ”ömma muskler”.

Gulmarkerad text 13 och 14 i domsbilaga 1:28 lästa tillsammans (Mari Anne Engen)

”[Detta gjorde att Mari Anne] i perioder kände sig orörlig och mindre flexibel, ... Ibland kände hon att det var svårt att ta på sig strumporna på morgonen.” (13)

”Med VitaePro får jag behålla min muskelstyrka, vilket gör att min vardag känns enklare” (14)

- 193 Den språkliga innebörden av det andra påståendet (14) är som ovan anförts (se punkt 175) att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller ”muskelstyrka” och således ”styrka”.
- 194 Det första påståendet (13) – där kunden ger uttryck för bl.a. orörlighet – kan dock inte anses innehålla en i sammanhanget relevant koppling till vare sig muskelstyrka eller styrka. Lästa tillsammans kan påståendena därför inte anses förmedla intryck av att intag av VitaePro ger vare sig ”smidighet, rörlighet, styrka” eller ”muskelstyrka” eller att det motverkar ”stelhet, orörlighet, kraftlöshet, ömma muskler” eller ”slitenhet”.

Rödmarkerad text i domsbilaga 1:21 läst för sig (Helena Wihlborg)

”Med VitaePro bevarar jag som tur är den smidighet och styrka jag behöver.”

- 195 Den språkliga innebörden påståendet är som ovan anförts (se punkt 165) att kunden genom intag av VitaePro bevarar eller behåller smidighet och rörlighet liksom styrka och muskelstyrka och läst för sig är det också så som påståendet är ägnat att uppfattas. Häri ligger därmed att intag av VitaePro motverkar ”stelhet” och ”orörlighet”.
- 196 Påståendet kan emellertid läst för sig inte anses förmedla intrycket att användning av VitaePro vare sig ger ”smidighet, rörlighet, styrka” eller ”muskelstyrka” eller att det motverkar ”kraftlöshet, ömma muskler” eller ”slitenhet”.

Påståendenas under yrkande 1–3 förenlighet med Förordningen

- 197 De påståenden under yrkande 1–3, som befunnits förmedla intrycket att intag av VitaePro ”ökar energin och orken” (yrkande 1), ”medför att smidighet, rörlighet styrka” eller ”muskelstyrka” ”kan bevaras eller behållas” (yrkande 2) eller att intag av kosttillskottet ”ger smidighet, rörlighet, styrka” eller ”muskelstyrka” eller ”motverkar stelhet, orörlighet” eller ”slitenhet” (yrkande 3) anger ett samband mellan livsmedlet VitaePro och hälsa på det sätt som anges i definitionen i artikel 2.2.5 i Förordningen. De intryck som påståendena i dessa hänseenden förmedlar innebär att VitaePro har en viss närmare angiven betydelse för kroppens funktion och måste därmed anses vara bestämda till sin innebörd på det sätt som anges i artikel 10.1 i Förordningen.
- 198 Till följd av att det inte gjorts gällande att det finns godkända hälsopåståenden för VitaePro är påståendena såvitt nu är i fråga följaktligen inte förenliga med artikel 10.1 i Förordningen. Med hänsyn till att påståendena, som de är ägnade att uppfattas, är bestämda utgör de således inte hänvisningar till en allmän icke specificerad gynnsam effekt enligt artikel 10.3. Inte heller en användning av påståendena som innebär att de åtföljs av bestämda, godkända hälsopåståenden är därmed förenlig med Förordningen (se ovan punkt 154). Den påtalade marknadsföringen står därmed i dessa delar i strid med god marknadsföringssed enligt 5 § MFL. Angående frågan om marknadsföringens tillbörlighet, se punkt 210 nedan.

- 199 I de delar där de påtalade påståendena inte befunnits förmedla det intryck som KO gjort gällande ska KO:s talan lämnas utan bifall.

Yrkande 4

- 200 Yrkandet avser förbud för Vitaelab att, på sätt som skett i markerat avsnitt i domsbilaga 1:2, påstå eller ge intryck av att VitaePro kan användas varje dag som en del av en sund kost. Här bortses från påståendena i reklamfilmerna (se ovan punkt 125).

Grönmarkerad text i domsbilaga 1:2 läst för sig (Stig Strand)

”Jag använder VitaePro varje dag som en del av en sund kost, för att bevara smidigheten i kroppen och känna att orken finns på plats i vardagen”

- 201 Den språkliga innebörden av försatsen i påståendet är att kunden använder VitaePro varje dag och att kosttillskottet utgör en del av det som är en sund kost.
- 202 Med avseende på frågan om vilket intryck påståendet ger har Vitaelab åberopat en marknadsundersökning utförd av TNS Sifo AB samt förhöret med T. S. Redan på grund av att frågan om hur en genomsnittskonsument uppfattar viss marknadsföring är en rättsfråga (se ovan punkt 146) har den av Vitaelab åberopade marknadsundersökningen begränsad betydelse. I förevarande fall begränsas undersökningens betydelse också av att det inte framgår att hänsyn tagits till det sätt på vilket en genomsnittskonsument tar emot det aktuella reklammeddelandet. Till detta kommer bl.a. att det påstående som respondenterna tagit ställning till i undersökningen inte är identiskt med det som Vitaelab använt i marknadsföringen.
- 203 Vid en flyktig betraktelse måste det anses ligga nära till hands att uppfatta påståendet så att kosten är sund för att den inbegriper VitaePro. Härigenom måste påståendet anses vara ägnat att i vart fall antyda att en balanserad och varierad kost inte kan ge lämpliga mängder av näringsämnen i allmänhet på det sätt som anges i artikel 3 d i Förordningen och är således oförenlig med denna bestämmelse. Det innebär följaktligen att det inte är fråga om ett sådant objektiva uttalande om vikten av bl.a. en mångsidig och balanserad kost som avses i artikel 10.2 a i Förordningen.

Yrkande 5 och 6

- 204 Yrkandet avser förbud för Vitaelab att, på sätt som skett i markerad text i domsbilaga 2, ge intryck av att astaxanthin, lutein och zeaxanthin har antioxidativa funktioner i människor (yrkande 5) respektive påstå att astaxanthin, lutein och zeaxanthin kan kallas växternas immunsystem och därmed ge intryck av att ämnena har en motsvarande effekt i människor (yrkande 6). Här bortses från påståendena i reklamfilmerna (se ovan punkt 125).

Markerade avsnitt i domsbilaga 2

”Astaxanthin, Lutein och Zeaxanthin har antioxidativa funktioner i växter” (Yrkande 5)

”Astaxanthin, Lutein och Zeaxanthin kan kallas växternas immunsystem” (Yrkande 6)

- 205 Den språkliga innebörden i påståendena är att astaxanthin, lutein och zeaxanthin har antioxidativa funktioner i växter (yrkande 5) respektive kan kallas växternas immunsystem (yrkande 6). När de förekommer i marknadsföring av kosttillskott ligger det dock nära till hands att uppfatta respektive påstående så att de aktuella ämnena har betydelse även för människors hälsa. Vid en flyktig betraktelse måste de påtalade påståendena i vart fall anses antyda att ämnena har antioxidativa funktioner även hos människor (yrkande 5) respektive att de har positiv inverkan på människans immunsystem (yrkande 6).
- 206 Vart och ett av påståendena antyder således ett samband mellan ämnena astaxanthin, lutein och zeaxanthin som ingår i VitaePro och en funktion på människors hälsa på det sätt som anges i artikel 2.2.5 i Förordningen. Påståendet under yrkande 5, som förmedlar intrycket att ämnena har antioxidativa funktioner även hos människor, måste anses vara bestämt till sin innebörd på det sätt som anges i artikel 10.1 i Förordningen. Påståendet under yrkande 6, som ger intrycket att ämnena har positiv inverkan på människans immunsystem och därmed är mer allmänt hållet, får däremot anses vara icke specificerat på det sätt som anges i artikel 10.3 i Förordningen (jfr punkt 3, andra stycket i bilagan till Kommissionens genomförandebeslut).
- 207 Med hänsyn till att Vitaelab inte gjort gällande att det finns något godkänt hälsopåstående för något av ämnena astaxanthin, lutein och zeaxanthin är påståendena oförenliga med Förordningens artikel 10.1 respektive artikel 10.3.

Yrkande 7

- 208 Yrkandet avser åläggande för Vitaelab att vid marknadsföring av kosttillskottet VitaePro eller liknande produkt utforma marknadsföringen så att det tydligt framgår vilket eller vilka bestämda godkända hälsopåståenden som är relevanta för respektive påstående om en allmän, icke specificerad gynnsam effekt av ämnet eller för livsmedlet för allmän hälsa eller hälsorelaterat välbefinnande.
- 209 Så som yrkandet är utformat har Marknadsdomstolen att pröva yrkandet med avseende på sådana påståenden som är att anse som icke specificerade hälsopåståenden. Marknadsdomstolen har funnit att endast ett av de påtalade påståendena är att anses som ett icke specificerat hälsopåstående (yrkande 6). Med hänsyn till att det inte gjorts gällande att det finns några godkända hälsopåståenden för något av de i påståendet aktuella ämnena, kan KO:s talan inte vinna bifall i denna del.

Transaktionstestet

- 210 De påståenden som förekommit i Vitaelabs marknadsföring och som ansetts oförenliga med artikel 10.1 respektive 10.3 har stått i strid med lagstridighetsprincipen och därmed varit oförenliga med god marknadsföringssed enligt 5 § MFL. Det är i vart fall sannolikt att den marknadsföring som varit oförenlig med god marknadsföringssed i märkbar mån påverkat konsumenternas förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, varför den varit otillbörlig enligt 6 § MFL.

Förbud vid vite

- 211 På grund av det anförda ska Vitaelab förbjudas att vid marknadsföring av kosttillskottet VitaePro använda sig av de påståenden som stått i strid med god marknadsföringssed och påståenden av väsentligen samma innebörd på det sätt som framgår av domslutet. Förbudet bör också omfatta marknadsföring av annat kosttillskott med väsentligen samma sammansättning som VitaePro på det sätt som framgår av domslutet.
- 212 Enligt 26 § MFL ska ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Vitet ska enligt 3 § lagen (1985:206) om viten fastställas till ett belopp

som med hänsyn till vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna i övrigt kan antas förmå honom att följa det föreläggande som är förenat med vite. Vidare följer av bestämmelsen att ett vite bör bestämmas så högt att det inte blir ekonomiskt fördelaktigt för adressaten att underlåta att iaktta det (se prop. 1984/85:96 s. 27).

- 213 Det saknas skäl att frångå huvudregeln att förbud ska förenas med vite. Av de årsredovisningar för räkenskapsåret 2014 som KO åberopat i målet framgår att Vitaelab AB under 2014 hade en omsättning om drygt 136 miljoner kr och att dess moderbolag SanaPharma AS under samma år hade en omsättning om drygt 441 miljoner norska kr. Med hänsyn till vad som sålunda framkommit om Vitaelabs ekonomiska förhållanden bör vitesbeloppet i förevarande fall bestämmas till 2 miljoner kr.

Rättegångskostnader

- 214 I själva saken har tyngdpunkten i målet legat på vilket intryck de påtalade påståendena varit ägnade att förmedla och om dessa varit förenliga med Förordningen. I detta hänseende har KO i huvudsak vunnit bifall till sin talan, låt vara att samtliga påtalade påståenden inte befunnits förmedla alla de intryck som KO gjort gällande och att KO frånfallit ett markerat påstående under yrkande 2. Att påtalade påståenden, utom ett, saknat direkt motsvarighet i reklamfilmerna föranleder ingen annan bedömning. Med avseende på utgången i själva saken ska Vitaelab därför förpliktas att ersätta KO för rättegångskostnader. Med hänsyn till målets art och omfattning får den av KO fordrade ersättningen om 320 455 kr jämte ränta, varav 316 197 kr avser eget arbete och 4 258 kr avser utlägg, anses vara skälig.
- 215 En särskild fråga under rättegången och som initierades av KO var om Marknadsdomstolen skulle inhämta ett förhandsbesked från EU-domstolen angående tillämpningen av Förordningen (se ovan punkt 5). Vitaelab invände att detta enligt bolagets mening inte var nödvändigt men anförde bl.a. att om ett förhandsbesked skulle inhämtas borde vissa av frågorna formuleras om. Det råder ingen tvekan om att KO:s begäran medförde att Vitaelab lade ned ett tämligen omfattande arbete på denna fråga och att detta medförde kostnader för bolaget. Även om Marknadsdomstolen avlog KO:s begäran – och bl.a. fann att två av frågorna saknade relevans för prövningen av

målet – kan KO genom sin begäran inte anses ha vållat Vitaelab kostnader genom vårdslöshet eller försummelse på det sätt som anges i 18 kap. 6 § RB.

På Marknadsdomstolens vägnar



Per Carlson

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

Sekreterare: David Ramsjö