



PARTER

Sökande

Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

Genom processrådet Pär Magnusson

Motparter

1. Clean Eating AB, 556753-5819
Karlavägen 36
114 49 Stockholm

2. Katrin Zytomierska, 19770917-0380
Samma adress

Ombud för 1 och 2: Advokaten Mark Safaryan
Juristhuset-Lawhouse Advokatfirman Sjöström AB
Box 2106
103 13 Stockholm

DOMSLUT

1. Clean Eating AB ska till staten betala 1 000 000 kr.

2. Katrin Zytomierska ska till staten betala 250 000 kr.

BAKGRUND

Den 10 december 2020 meddelade Patent- och marknadsdomstolen en dom i mål PMT 5929-20. Genom domen förbjuds Clean Eating AB och Katrin Zytomierska att utforma marknadsföring på ett visst närmare angivet sätt. Enligt vad som framgår av domen gäller förbudet vid marknadsföring av livsmedel på Instagram eller på annat socialt medium som fungerar på väsentligen samma sätt som Instagram. Det som närmare bestämt förbjuds är att utforma marknadsföringen på sätt som framgår av fyra bilagor till domen eller att utforma marknadsföringen på väsentligen samma sätt så att det inte tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Det förbud som riktas mot Clean Eating AB gäller vid vite om 1 000 000 kr (punkten 1 i domen) och det förbud som riktas mot Katrin Zytomierska gäller vid vite om 250 000 kr (punkten 2 i domen).

Konsumentombudsmannen har nu gjort gällande att Clean Eating AB och Katrin Zytomierska har överträtt de nämnda förbuden. Konsumentombudsmannen har därför begärt att Patent- och marknadsdomstolen ska döma ut de förelagda vitesbeloppen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Konsumentombudsmannen har yrkat att Patent- och marknadsdomstolen förpliktar Clean Eating AB att till staten utge 1 000 000 kr i vite. Konsumentombudsmannen har vidare yrkat att Patent- och marknadsdomstolen förpliktar Katrin Zytomierska att till staten utge 250 000 kr i vite.

Clean Eating AB och Katrin Zytomierska har motsatt sig Konsumentombudsmannens yrkanden.

GRUNDER

Konsumentombudsmannen

Konsumentombudsmannen har åberopat följande omständigheter till grund för sin talan.

Clean Eating AB och Katrin Zytomierska har den 14 september 2022 och den 16 oktober 2022 överträtt Patent- och marknadsdomstolens vitesförbud under punkterna 1 och 2 i domen den 10 december 2020 i mål PMT 5929-20 genom att de vid marknadsföring av livsmedel på Instagram utformat marknadsföringen på väsentligen samma sätt som i domsbilagorna 1–4 så att det inte tydligt framgick att det var fråga om marknadsföring. Clean Eating AB och Katrin Zytomierska ska därför förpliktas att betala 1 000 000 kr respektive 250 000 kr i vite.

Närmare om marknadsföringen den 14 september 2022

Den 30 augusti 2022 publicerade Katrin Zytomierska ett inlägg på sitt Instagramkonto i form av en video som varade i cirka 30 sekunder. Videon bevissäkrades den 14 september 2022.

Enligt rösten till videon ville hon tipsa ”er om en underbar lunch jag åt i dag – en så kallad knäckepizza. En skiva ekologiskt knäckebröd från Clean Eating. Såklart med tomat, ost, allkrydda. Testa det här, ni kommer inte att ångra er!”. I texten som fanns under videon angavs först med fetmarkerade bokstäver ”katrinzytomierska” följt av texten ”Förmodligen den godaste lunchen. Men akta gomen. Brände min på tomaten precis. @cleaneating.se”.

Videon inleddes med att ett paket ekologiskt knäckebröd från Clean Eating förevisades under cirka en sekund. I videon visades därefter när Katrin Zytomierska lade en tomatkiva på knäckebrödet och tog fram en förpackning allkrydda, som hon vände mot kameran så att det var möjligt att se att kryddan var från Clean Eating. Knäcke pizzan placerades sedermera på ett bord tillsammans med ett paket müsli med kokos och dadel från Clean Eating.

Videoinlägget syftade till och var ägnat att främja avsättningen av de livsmedel från Clean Eating AB som förevisades i videon. Inlägget utgjorde således marknadsföring för Clean Eating AB:s och Katrin Zytomierskas näringsverksamhet.

Inlägget hade en tydlig personlig prägel och det framgick inte vare sig av videon, rösten, texten eller utformningen i övrigt att det var frågan om reklam.

Närmare om marknadsföringen den 16 oktober 2022

Den 15 oktober 2022 publicerade Katrin Zytomierska på Instagram story en bild, som Konsumentverket bevissäkrade den 16 oktober 2022. Bilden är från en padelhall och visar ett padelracket fastsatt i ett nät. Till vänster om racketen syns en öppnad burk energidryck från Clean Eating med smaken ”Blood Pleasure”. Längst ned på bilden stod ”Nytt rack @vidarofbastad Bästa racket” samt länken ”@barre85”.

Inlägget syftade till och var ägnat att främja Clean Eating AB:s avsättning av energidrycker, dvs. livsmedel. Inlägget utgjorde således marknadsföring för Clean Eating AB:s och Katrin Zytomierskas näringsverksamhet. Av bilden framgick inte någonstans att det var frågan om reklam. I stället framstod inlägget som ett personligt tips från Katrin Zytomierska om att det fanns ett nytt bra padelrack från ”vidarofbastad” och ”barre85”.

Clean Eating AB och Katrin Zytomierska

Clean Eating AB och Katrin Zytomierska har åberopat följande omständigheter till grund för bestridandet.

Varken Clean Eating AB eller Katrin Zytomierska har överträtt Patent- och marknadsdomstolens förbud. Det har tydligt framgått att inläggen utgjorde marknadsföring.

Katrin Zytomierskas konto är oftast privat men emellanåt är det offentligt. I samband med att de aktuella inläggen publicerades var kontot privat, låt vara att kontot var offentligt när Konsumentverket säkrade bevisning. I samband med publiceringarna var inläggen alltså tillgängliga endast för den som aktivt hade valt att följa Katrin Zytomierskas konto. Målgruppen är därför en person som har valt att följa hennes

konto. För dessa personer är det tydligt vilken roll Katrin Zytomierskas har i bolaget. Det är vanligt att hon delar information om sitt arbete i bolaget. På kontots framsida anges också att hon äger Clean Eating AB.

Katrin Zytomierska har vidtagit långtgående åtgärder för att säkerställa att några överträdelser inte ska äga rum. Det finns utarbetade rutiner för reklamidentifiering.

Närmare om inlägget den 14 september 2022

I detta inlägg hade kontot @cleaneating.se taggats tydligt med blå och utmärkande text, som syntes direkt för användaren.

Det ska vidare noteras att Instagrams etikett för betalda samarbeten är bristfällig och att den ibland stundtals faller bort, särskilt när man tar del av inlägg från en stationär dator.

Närmare om inlägget den 16 oktober 2022

När detta inlägg publicerades hade det försetts med Instagrams etikett för betalda samarbeten. Det framgick att det var fråga om ett betalt samarbete med cleaneating.se.

DOMSKÄL

Utgångspunkter för prövningen

En domstol som ska pröva ett yrkande om utdömande av vite har först att kontrollera om det finns lagliga förutsättningar att lägga vitesförbudet till grund för en dom (se t.ex. ”Stilo-fätöljen” NJA 2015 s. 512 och ”Gödselplattan” NJA 2022 s. 459). I det sammanhanget måste den närmare innebörden av förbudet fastställas.

Därefter har domstolen att pröva om vitesadressaten i objektiv mening har brutit mot förbudet, varvid utgångspunkten för prövningen är förbudets formulering och närmare innebörd. Om en överträdelse har ägt rum, ska ställning tas även till om denna kan

anses ha varit ursäktlig. Ett vite får jämkas om det finns särskilda skäl (se 9 § första stycket lagen, 1985:206, om viten).

I princip är det sökanden som ska visa de omständigheter som ska läggas till grund för bedömningen. Det åligger emellertid adressaten att visa att överträdelsen har varit ursäktlig.

De aktuella förbuden

Av rättssäkerhetsskäl måste ett förbud enligt marknadsföringslagen utformas så, att det för adressaten tydligt och konkretiserat framgår dels vilka slags handlingar förbudet avser, dels vilken eller vilka produktkategorier som det omfattar (se t.ex. ”Marknadsföringsvitet” NJA 2018 s. 883 punkterna 8, 10 och 12).

De aktuella förbuden har författningsstöd. Förbuden har därtill utformats så att det tydligt framgår att de omfattar marknadsföring av livsmedel. Vidare har förbuden begränsats till marknadsföring av sådana produkter som sker på Instagram eller andra sociala medier som fungerar på väsentligen samma sätt som Instagram. Ytterligare en begränsning ligger i att förbuden tar sikte på marknadsföring som utformas ”på sätt som skett enligt domsbilaga 1–4, eller på väsentligen samma sätt så att det inte tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring”.

Den närmare innebörden av den sistnämnda begränsningen framgår på ett tillräckligt tydligt sätt när innehållet i domsbilagorna och de konkreta handlingar som enligt domskälen ligger till grund för förbuden beaktas. Vid en restriktiv tolkning att förbudet framgår att det omfattar inlägg där marknadsföringen sker med hjälp av inlägg som har en personlig prägel eller en vardaglig karaktär. Vidare framgår att det inte är tillräckligt som reklammarkering att i inlägget inkludera en hänvisning till @cleaneating.se eller andra liknande uppgifter som i och för sig antyder att det kan finnas en koppling mellan Katrin Zytomierska och Clean Eating AB så länge som det inte därtill tydligt framgår att det rör sig om ett kommersiellt samarbete.

Enligt Patent- och marknadsdomstolens bedömning uppfyller förbuden därmed kraven på tydlighet och konkretisering. Förbuden kan därmed läggas till grund för utdömande av vite.

De aktuella inläggen

Allmänt

Enligt domstolens bedömning har inläggen varit ägnade att främja omsättningen av Clean Eating AB:s produkter, närmare bestämt av ett knäckebröd, en allkrydda och en energidryck. Inläggen har alltså utgjort marknadsföring. Det kan därtill konstateras att de marknadsförda produkterna hör till kategorin livsmedel.

I fråga om det müslipaket som framgår av inlägget den 14 september 2022 noterar domstolen att det inte på något tydligt sätt framgår att det rör sig om en produkt som Clean Eating AB säljer. Domstolen bedömer därför att inlägget inte kan anses vara ägnat att främja avsättningen av denna produkt.

Av utredningen i målet framgår att Katrin Zytomierska är den som har publicerat de aktuella inläggen och att publiceringen har ägt rum på hennes personliga Instagram-konto. Det framgår vidare att Katrin Zytomierska äger och företräder Clean Eating AB. Slutsatsen blir därför att marknadsföringen gjordes för såväl bolagets räkning som för Katrin Zytomierskas egen näringsverksamhet. Både bolaget och Katrin Zytomierska ansvarar således för inläggen.

Av utredningen framgår därtill att inläggen var tillgängliga för allmänheten när Konsumentverket tog del av dem den 14 september 2022 respektive den 16 oktober 2022.

Frågan är här efter om marknadsföringen kan anses ha varit utformad på väsentligen samma sätt som i bilagorna till förbudsdomen, så att det inte tydligt framgick att det var fråga om marknadsföring. Som redovisas ovan innebär förbudet att det inte är

tillräckligt att en genomsnittskonsument förstår att det finns ett samband mellan Katrin Zytomierska och Clean Eating AB eller ens att ett samarbete föreligger.

Närmare om marknadsföringen

Katrin Zytomierska publicerade som sagt inläggen på sitt personliga Instagramkonto. Det framgår av utredningen att många av inläggen där är av rent personlig karaktär och att de aktuella inläggen alltså har varvats med sådana inlägg. Domstolen beaktar även att de aktuella inläggen har en personlig prägel och att de därmed inte på något tydligt sätt har skiljt sig från övriga inlägg.

Domstolen konstaterar att inlägget den 16 oktober 2022 inte innehåller någon uppgift som antyder att det rör sig om ett kommersiellt samarbete.

I fråga om inlägget den 14 september 2022 har Clean Eating AB och Katrin Zytomierska framhållit att textavsnittet innehåller en hänvisning till @cleaneating.se. Enligt domstolens bedömning är detta inte tillräckligt för att det tydligt ska anses framgå att det är fråga om marknadsföring. Inte heller i övrigt innehåller inlägget någon uppgift som gör tydligt att det är fråga om marknadsföring.

Med utgångspunkt från dessa omständigheter får Clean Eating AB och Katrin Zytomierska anses ha utformat marknadsföringen på väsentligen samma sätt som i bilagorna till förbudsdomen så att det inte tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring och därmed överträtt förbuden.

Clean Eating AB och Katrin Zytomierska har invänt att Instagrams etikett för betalda samarbeten är bristfällig och att den tillfälligt faller bort ibland.

Enligt vad som har kommit fram i målet har inläggen numera en etikett som anger att det rör sig om ett betalt samarbete med Clean Eating AB. Det framgår emellertid av utredningen att inläggen saknade en sådan markering i samband med att Konsumentverket tog del av dem den 14 september 2022 respektive den 16 oktober

2022. Det får därmed anses visat att inläggen mer än bara tillfälligt saknade sådan markering. Slutsatsen blir därför att Clean Eating AB och Katrin Zytomierska – i objektiv mening och således oaktat om Katrin Zytomierska försedde inläggen med en markering när hon publicerade dessa – har brutit mot förbuden.

Huruvida Katrin Zytomierska hade försett inläggen med en sådan etikett i samband med att de publicerades saknar alltså betydelse för bedömningen av om inläggen i objektiv mening stred mot förbuden eftersom de bevisligen saknade en tydlig reklammarkering under i vart fall någon tid.

Överträdelserna har inte varit ursäktliga och det finns inte skäl för jämkning

Som framgår ska prövningen innefatta en bedömning av om överträdelserna kan anses ha varit ursäktliga. Så kan fallet vara om den som förbudet riktas mot har drabbats av något tillfälligt och oförutsett hinder som gör att han eller hon inte kan lastats för överträdelserna (jfr 32 kap. 8 rättegångsbalken om laga förfall). Det kan till exempel röra sig om sjukdom som gör att adressaten saknar fysiska möjligheter att fullgöra det som ankommer på honom eller henne. Som ytterligare exempel kan nämnas naturhändelser eller ekonomiska förhållanden som hindrar ett fullgörande. Som redovisats är det adressaten, i detta fall Clean Eating AB och Katrin Zytomierska, som ska visa att det föreligger omständigheter som gör överträdelserna ursäktliga.

Det som främst får betydelse i detta sammanhang är Clean Eating AB:s och Katrin Zytomierska påstående att Instagrams etikett för betalda samarbeten ibland faller bort. Clean Eating AB och Katrin Zytomierska har även fört fram att man har vidtagit långtgående åtgärder efter förbudsdomen och av förhöret med Katrin Zytomierska framgår att en av bolagets anställda har till uppgift att kontrollera att hennes inlägg i förekommande fall reklammarkeras.

Det har framkommit vissa omständigheter som talar för att Katrin Zytomierska reklammarkerade de aktuella inläggen med hjälp av Instagrams etikett för betalda samarbeten. Det framgår i det sammanhanget att båda inläggen numera har en sådan

markering, även om inlägget den 16 oktober 2022 inte längre finns tillgängligt för allmänheten utan endast finns i Katrin Zytomierskas arkivfunktion på Instagram. Till detta kommer att Katrin Zytomierska har berättat att Instagrams plattform är svajig, att saker förvinns och ändras och att detta är allmänt känt. Hon har vidare berättat att hon sedan förbudsdomen alltid har reklammarkerat med Instagrams funktion för detta.

Mot detta ska ställas att inläggen som sagt inte hade någon reklammarkering den 14 september 2022 respektive den 16 oktober 2022. Av Katrin Zytomierskas egna uppgifter framgår dessutom att hon ibland har slarvat, låt vara att hon uppgett att hon i sådana fall alltid har blivit uppmärksammas på det och då lagt till en reklammarkering. Det ska även beaktas att Katrin Zytomierska inte har lämnat någon närmare förklaring till hur hon gick till väga för att reklammarkera de aktuella inläggen.

Vid en sammantagen värdering av det som har kommit fram gör domstolen bedömningen att det inte kan anses vara visat att Katrin Zytomierska försåg inläggen med Instagrams etikett för betalda samarbeten.

Till detta ska läggas att de aktuella förbuden inte är utformade på ett sätt som förutsätter att Clean Eating AB och Katrin Zytomierska använder just Instagrams etikettering. Marknadsföring kan även på andra sätt och med andra medel utformas så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring.

Hänsyn ska även tas till att det ställs höga krav på aktivitet för den som har att efterkomma ett vitesförbud, innefattande såväl undersökningar om i vad mån överträdelse förekommer som, om överträdelse sker, långtgående försök att stoppa dessa (se Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 9 december 2016 i mål B 5578-16).

Mot bakgrund av dessa förhållanden kommer domstolen till slutsatsen att Clean Eating AB och Katrin Zytomierska inte har haft någon giltig ursäkt för att inte efterkomma de aktuella förbuden.

Mot bakgrund av samma förhållanden gör domstolen bedömningen att det inte finns några särskilda skäl för jämkning.

De förelagda vitena ska dömas ut

Domstolen har alltså kommit fram till att Clean Eating AB och Katrin Zytomierska har brutit mot de förbud som framgår av punkten 1 respektive 2 i Patent- och marknadsdomstolen dom den 10 december 2020 i mål PMT 5929-20. Domstolen har vidare gjort bedömningen att det inte har funnits någon giltig ursäkt för detta och att det inte heller finns särskilda skäl att jämka vitena. De förelagda vitena ska därför dömas ut.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (PMD-01)

Ett eventuellt överklagande ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen senast den 14 november 2023. Överklagandet ska ställas till Patent- och marknadsöverdomstolen. Det krävs prövningstillstånd.

Ricardo Valenzuela



Hur man överklagar

Dom i brottmål, Patent- och marknadsdomstolen

PMD-01

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

Överklaga efter att motparten överklagat

Om ena parten har överklagat i rätt tid, har den andra parten också rätt att överklaga även om tiden har gått ut. Det kallas att anslutningsöverklaga.

En part kan anslutningsöverklaga inom en extra vecka från det att överklagandetiden har gått ut. Ett anslutningsöverklagande måste alltså komma in inom 4 veckor från domens datum.

Ett anslutningsöverklagande upphör att gälla om det första överklagandet dras tillbaka eller av något annat skäl inte går vidare.

Så här gör du

1. Skriv Patent- och marknadsdomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövnings-tillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis.

Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.

Vill du ha nya förhör med någon som redan förhörts eller en ny syn (till exempel besök på en plats), ska du berätta det och förklara varför.

Tala också om ifall du vill att målsäganden ska komma personligen vid en huvudförhandling.

4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till Patent- och marknadsdomstolen. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

Patent- och marknadsdomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar domstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Patent- och marknadsöverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även Patent- och marknadsöverdomstolen skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i Patent- och marknadsöverdomstolen

När överklagandet kommer in till Patent- och marknadsöverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

När krävs det prövningstillstånd?

Brottmålsdelen

I brottmålsdelen behövs prövningstillstånd i två olika fall:

- Den åtalade har dömts enbart till böter.
- Den åtalade har frikänts från ett brott som inte har mer än 6 månaders fängelse i straffskalan.

Skadeståndsdelen

Det krävs prövningstillstånd för att Patent- och marknadsöverdomstolen ska pröva en begäran om skadestånd. Undantag kan gälla när en dom överklagas i brottmålsdelen, och det är kopplat en begäran om skadestånd till brottet. Då krävs inte prövningstillstånd för skadeståndsdelen om

- det inte krävs prövningstillstånd i brottmålsdelen eller om
- domstolen meddelar prövningstillstånd i brottmålsdelen.

Beslut i övriga frågor

I de mål där det krävs prövningstillstånd i brottmålsdelen (se ovan), krävs det också prövningstillstånd för sådana beslut som bara får överklagas i samband med att domen överklagas. Beslut som kan överklagas särskilt kräver inte prövningstillstånd.

När får man prövningstillstånd?

Patent- och marknadsöverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att Patent- och marknadsdomstolen dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om Patent- och marknadsdomstolen har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med Patent- och marknadsdomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på www.domstol.se.