

Patent- och marknadsdomstolen

Kärande

Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

Svarande

Ecoswe AB, 556984-3369
c/o Anders Kjellberg
Åkervägen 13A
191 40 Sollentuna

Saken

Marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare

1 Yrkande

1. Konsumentombudsmannen (KO) yrkar att Patent- och marknadsdomstolen (PMD) vid vite förbjuder Ecoswe AB att vid marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare på webbplats som tillhandahåller elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare
 - a. använda kommersiella annonser i form av banners på sätt som skett enligt bilagor 1–4, eller på väsentligt samma sätt,
 - b. i produktbeskrivningar, på sätt som skett enligt bilagor 5–9, använda följande påståenden eller påståenden med väsentligen samma innebörd;
 - i. *”Amerikanska Mad Hatter är aldrig sen på pucken! I Love Salts är Mad Hatters Nic Salt serie här i en fantastisk smak av solmogna amerikanska söta odlade blåbär och förförisk hallonkonfektyr. Fruktigt och sött precis som vi älskar USA e-juicer!”*

- ii. *"Härligt syrliga granny smith-äpplen med riktigt fräsch smak. Okomplicerat och välsmakande helt enkelt."*
 - iii. *"Love Salts är Mad Hatters Nic Salt serie här i en oemotståndlig fruktgodissmak som får andra Strawberrysmaker att blekna. Lagom söt smak med imponerande djup och intensiv smak av berömd jordgubbsgodis!"*
 - iv. *"Amerikanska tuggummin som du minns dom när dom innehöll riktigt socker... Sweet and Juicy! Smaken av ett färskt nytt tuggummi för tankarna direkt till nostalgiska platser och lämnar ett fånigt leende på dina läppar. Kul, gott och annorlunda [...]"*
 - v. *"[...] inte konstigt att den här lilla e-cigaretten har blivit extremt populär!"*
- c. i bild återge godis, frukt, glass, kanelstång och person som röker en elektronisk cigarett på så sätt som skett enligt bilagor 10–13 eller på väsentligen samma sätt,
- d. använda grafiska märken som innehåller påståendena *"Bra val"*, *"Bästa kvalitet"*, *"Fresh Taste"*, *"Premium e-juicekvalité"*, *"Testad produkt"* och *"Bästa pris"* på sätt som skett enligt bilaga 14 eller på väsentligen samma sätt,
- e. i produktbeskrivningar på sätt som skett enligt bilaga 15 publicera betygsättning i form av stjärnor och recensioner innehållande följande påståenden eller andra påståenden med väsentligen samma innebörd;
- i. *"10/10" [rubrik] "Mycket bra!"*,
 - ii. *"Mycket nöjd !!!" [rubrik] "En fantastisk vape som rekommenderas starkt till alla nya och erfarna användare. Har uppgraderat med större tank och skydd för munstycket bara annars är den perfekt."*
 - iii. *"Längtat" [rubrik] "OJ vad jag längtat efter denna. Beställde nyss!"*
 - iv. *"Jätte snygg" [rubrik] "Riktigt bra vape och ser riktigt snygg ut också, typ som en läppstift."*
 - v. *"Otroligt läcker!" [rubrik] "Gillar lilla Lady Q, ger en bra vape men önskar att tanken va större."*

- f. använda påståendena "REA!", "REA! -30%" eller "PRISSÄNK!" eller andra påståenden med väsentligen samma innebörd samt ange rabatteringen i procent eller i kronor med det gamla priset överstruket på sätt som skett enligt bilaga 16 eller på väsentligen samma sätt,
 - g. använda följande påståenden
 - i. "Dela och få 5 % rabatt. Klicka här för att dela produkten på Facebook. Rabattkoden visas direkt efter din delning" på sätt som skett enligt bilaga 17 eller andra påståenden med väsentligen samma innebörd,
 - ii. "Alltid fri frakt vid köp över 500 kr" eller "Fri frakt Vi bjuder alltid på frakten över 499 kr [...]" på sätt som skett enligt bilaga 17-18 eller andra erbjudanden med väsentligen samma innebörd,
 - iii. "Såg du något du gillade? Handla idag och få 10 % rabatt och fri frakt. Ange din epostadress så skickar vi koden till dig" på sätt som skett enligt bilaga 19 eller påståenden med väsentligen samma innebörd, eller
 - h. tillhandahålla funktion som visar vad andra kunder har köpt på sätt som skett enligt bilaga 20 eller på väsentligen samma sätt.
2. KO yrkar att PMD vid vite förbjuder Ecoswe AB att marknadsföra elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare per e-post och på bolagets Facebook-konto (@ecocig) på sätt som skett enligt bilagor 23 och 25 eller på väsentligen samma sätt.
 3. KO yrkar att PMD vid vite förbjuder Ecoswe AB att använda namnet "ecojuce" i märkning av påfyllningsbehållare på så sätt som skett enligt bilaga 26 eller annat namn med väsentligen samma innebörd.
 4. KO yrkar ersättning för sina rättegångskostnader med belopp som senare kommer att anges.

2 Rättslig grund

Ecoswe AB har marknadsfört elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare inom informationssamhällets tjänster. Marknadsföringen som omfattas av yrkandena 1 a-h och 2 är otillåten eftersom den strider mot 4 kap. 4 § lag (2008:2088) om tobak och liknande produkter (LTLP). Av 4 kap. 4 § LTLP följer att en näringsidkare, inom informationssamhällets tjänster, inte får marknadsföra elektroniska cigaretter eller påfyllningsbehållare till

konsumenter på annat sätt än genom marknadsföring som endast består i att tillhandahålla sådana produkter för försäljning.

Ecoswes marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare på webbplatsen www.ecocig.se består av mer än att tillhandahålla sådana produkter till försäljning, till exempel används kommersiella annonser, säljfrämjande åtgärder, ovidkommande produktinformation inklusive värdeomdömen och bilder på annat än enstaka varor och/eller dess förpackning. Ecoswes marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare på Facebook och per e-post består inte i att enbart tillhandahålla produkterna till försäljning eftersom inga produkter tillhandahålls i dessa kanaler.

Ecoswe AB använder varumärket "ecojuice" i märkning av påfyllningsbehållare. Märkningen, som omfattas av yrkande 3, är otillåten då den strider mot 3 kap. 4 § LTLF. Enligt 3 kap. 4 § p. 1 och 4 LTLF får märkningen på elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare eller på sådana produkters förpackningar inte antyda att en viss elektronisk cigarett eller påfyllningsbehållare är mindre skadlig än andra sådana produkter eller antyda att en viss produkt har miljöfördelar. Användningen av varumärket ecojuice i märkning av påfyllningsbehållare antyder att produkterna har en hälso- och/eller miljöfördel.

Ecoswes intresse av att använda varumärket ecojuice får vägas mot skyddet för folkhälsan som har motiverat bestämmelser om märkning i LTLF. KO är av uppfattningen att konsumentskyddet här väger tyngre än rätten att använda ett varumärke i märkning för ett visst produktslag.

Då marknadsföringen inte är tillåten enligt 3 kap. 4 § och 4 kap. 4 § LTLF ska den, enligt 7 kap. 8 § LTLF, anses otillbörlig vid tillämpningen av 5, 23 och 26 §§ marknadsföringslagen (2008:486)(MFL).

Det föreligger inga särskilda skäl som innebär att det är obehövligt att förena förbud med vite.

3 Utveckling av talan

3.1 Bakgrund

3.1.1 Marknadsföringsåtgärderna

Ecoswe AB (nedan Ecoswe eller bolaget) har, i vart fall sedan mars 2019, marknadsfört elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare på sin webbplats www.ecocig.se. Ecoswe har, i vart fall sedan oktober 2016, marknadsfört elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare i form av kommersiella annonser på Facebook. Ecoswe har den 12 mars 2019 skickat ut ett e-

postmeddelande innehållande marknadsföring för elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare, se bilaga 11. Ecoswe har, i vart fall sedan mars 2019, använt varumärket ecojuice i märkning av påfyllningsbehållare.

3.1.2 Ansvarigt bolag

Ecoswe AB, med säte i Stockholm, registrerades 2014. Bolaget tillverkar och bedriver handel med bland annat elektroniska cigaretter via webbplatsen www.ecocig.se (se allmänna villkor, bilaga 21). Bolaget hade under år 2018 en anställd och en nettoomsättning på strax under 4 miljoner kr (se årsredovisning, bilaga 22).

3.1.3 Konsumentverkets tillsynsärende och bolagets inställning

Konsumentverket påbörjade en granskning av Ecoswes marknadsföring under våren 2019. Under mars 2019 vidarebefordrade Folkhälsomyndigheten ett e-postutskick från Ecoswe innehållande marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare till Konsumentverket samt upplyste Konsumentverket om en kommersiell annons som då förekom på bolagets webbplats. I maj 2019 inledde Konsumentverket ett tillsynsärende mot Ecoswe efter att verket bedömt att bolagets marknadsföring stred mot 3 kap. 3 § och 4 kap. 4 § LTLP.

Konsumentverket har genom skriftväxling med Ecoswe förmedlat sin bedömning av de marknadsföringsåtgärder som bolaget vidtagit. Ecoswe har i sitt svarsyttrande bland annat uttryckt att lagen är otydlig och att det finns oklarheter vad gäller hur vissa produkter ska klassificeras men att bolaget har för avsikt att anpassa sin marknadsföring till rådande lagstiftning. Vad gäller användningen av varumärket "ecojuice" har Ecoswe i stort angett att varumärket i första hand marknadsförts som en ekonomisk fördel. Bolaget kan, enligt KO:s uppfattning, varken anses ha bestridit eller medgett ansvar för de överträdelser som KO gör gällande.

3.2 Tillämpliga regler och förarbetsuttalanden

Lag om tobak och liknande produkter

Tobaksproduktsdirektivets bestämmelser om marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare implementerades genom lag (2017:425) om elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare som trädde i kraft 1 juli 2017. Lagen upphävdes 1 juli 2019 och bestämmelser om marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare överfördes oförändrade till lag (2018:2088) om tobak och liknande produkter.

En elektronisk cigarett definieras enligt 1 kap. 3 § p. 1 lag (2018:2088) om tobak och liknande produkter (LTLP) som en produkt som kan användas för konsumtion av nikotinånga via ett munstycke, eller beståndsdel av den produkten, inbegripet en patron, en tank och anordningen utan patron eller tank (p. 1). En påfyllningsbehållare definieras som en behållare som innehåller

vätska som innehåller nikotin och som kan användas för att fylla på en elektronisk cigarett (p. 2).

Enligt 3 kap. 4 § p. 1 och 4 LTLP får märkningen på elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare eller på sådana produkters förpackningar inte antyda att en viss elektronisk cigarett eller påfyllningsbehållare är mindre skadlig än andra sådana produkter eller antyda att en viss produkt har miljöfördelar.

Enligt 4 kap. 4 § LTLP får en näringsidkare inte marknadsföra elektroniska cigaretter eller påfyllningsbehållare till konsumenter

1. inom informationssamhällets tjänster, eller
2. i ljudradiosändningar, tv-sändningar eller beställ-tv som omfattas av radio- och tv-lagen (2010:696).

Förbudet i första stycket gäller dock inte

1. marknadsföring som endast består i att tillhandahålla elektroniska cigaretter eller påfyllningsbehållare för försäljning, eller
2. marknadsföring i överföringar eller tekniska upptagningar på vilka yttrandefrihetsgrundlagen är tillämplig, med undantag för marknadsföring genom kommersiella annonser.

Enligt 7 kap. 8 § LTLP ska en marknadsföringsåtgärd som strider mot 3 kap. 3 eller 4 § eller 4 kap. 1-8 §§, vid tillämpningen av 5, 23 och 26 §§ marknadsföringslagen (2008:486)(MFL), anses vara otillbörlig mot konsumenter.

Marknadsföringslagen

Enligt 3 § MFL definieras marknadsföring som 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.

Enligt generalklausulen i 5 § MFL ska marknadsföring stämma överens med god marknadsföringssed.

Enligt 23 § MFL får en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig förbjudas att fortsätta med denna eller någon liknande åtgärd. Ett sådant förbud får meddelas också en anställd hos näringsidkaren, någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar samt var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen.

Enligt 26 § MFL ska ett förbud enligt 23 § MFL förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Talan om förbud får väckas av Konsumentombudsmannen vid Patent-och marknadsdomstolen.

Konsumentverkets allmänna råd

Konsumentverket har utfärdat allmänna råd om marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare till konsumenter (KOVFS 2019:2). De allmänna råden trädde i kraft den 1 januari 2020.

Av KOVFS 2019:2 punkt 1.3 framgår att en begreppet beståndsdel bör omfatta delar som är avsedda att användas som beståndsdelar av elektroniska cigaretter eller som rimligen kan förväntas komma att användas som sådana, samt delar som marknadsförs som beståndsdelar av en elektronisk cigarett.

Av punkt 2.1.1 framgår att en näringsidkare i samband med försäljning på internet får lämna information om och visa bilder på elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare på webbplats som saluför produkterna. Vidare anges att tillåten information ("produktinformation") inklusive bilder endast bör lämnas i form av en neutral varu- och prislista. Varu- och prislistan bör inte utformas på sätt som är ägnad att väcka särskild uppmärksamhet. Bilder bör endast återge enstaka produkt och/eller dess förpackning.

Såsom produktinformation bör räknas sakliga och relevanta fakta om varan och dess egenskaper som är nödvändiga för att en konsument ska kunna värdera innehållet i en produkt eller dess egenskaper i övrigt. Det bör primärt handla om uppgift om pris, tillverkare och dylikt eller upplysningar av teknisk karaktär (till exempel information om tankens storlek, batterityp, antal inhalationer på ett fullt uppladdat batteri) eller smak på nikotinvätska.

3.3 Bedömning

3.3.1 Angående marknadsföring inom informationssamhällets tjänster

Begreppet informationssamhällets tjänster ska tolkas på samma sätt som i lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, vilket innebär att det är tjänster som normalt utförs mot ersättning och som tillhandahålls på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare. Som exempel på informationssamhällets tjänster kan särskilt nämnas marknadsföring och försäljning av varor och tjänster, nättidningar och beställ-tv, allt under förutsättning att det sker online (dvs. på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran). Även marknadsföring via e-post hör till informationssamhällets tjänster. E-post eller motsvarande personliga meddelanden mellan fysiska personer som inte agerar inom ramen för sin handels-, närings- eller yrkesverksamhet faller däremot utanför (prop. 2016/17:132 s. 89 och däri gjorda hänvisningar).

Av förarbetena framgår att tobaksproduktdirektivets förbud mot kommersiella meddelanden i informationssamhällets tjänster innebär att reklam för e-

cigaretter och påfyllningsbehållare är förbjuden bland annat på internet och i beställ-tv men att syftet med de marknadsföringsrestriktioner som införs genom direktivet inte är att förbjuda försäljning av produkterna på internet (a. prop. s. 44).

Eftersom begreppet marknadsföring har samma innebörd som i marknadsföringslagen, omfattas även själva saluhållandet av en elektronisk cigarett eller påfyllningsbehållare av begreppet. Ett undantag från marknadsföringsförbudet har därför gjorts för marknadsföring som endast består i att tillhandahålla e-cigaretter eller påfyllningsbehållare för försäljning. Ett sådant undantag har ansetts nödvändigt bland annat för att en näringsidkare ska få visa information och bilder på sina produkter i samband med försäljning på internet. Undantaget omfattar inte kommersiella annonser på internet, utan sådana annonser är förbjudna enligt första stycket 1. (a. prop. s. 89).

3.3.2 Otillåten marknadsföring på webbplats www.ecocig.se

3.3.2.1 Kommersiella annonser (yrkande 1.a)

På webbplatsen www.ecocig.se har förekommit flera kommersiella annonser i form av banners. En banner kan beskrivas som en digital annons, webbannons eller annonsruta. Aktuella annonser har förekommit högst upp på webbplatsens startsida. Följande fyra annonser omfattas av KO:s yrkande 1a.

I annons som framgår av bilaga 1 marknadsförs en s.k. mod (som är en beståndsdel av en elektronisk cigarett) av märket Lost Vape. I annonsen anges bland annat *"Perfekt för både nybörjare som avancerade användare"*. Annonsen innehåller bild på produkten i olika utformningar och en länk till produktsidan (där produkten tillhandahålls/kan läggas i varukorgen).

I annons som framgår av bilaga 2 marknadsförs ett startpaket med elektronisk cigarett och påfyllningsbehållare (e-juicer). I annonsen anges *"Nybörjare? Vi hjälper dig! Komplet startpaket för dig som ska börja med e cigg. Sluta röka redan idag med hjälp av våra startpaket"*. Annonsen innehåller en bild på två elektroniska cigaretter och tre påfyllningsbehållare av märket ecojuice samt en länk till produktsidan.

I annons som framgår av bilaga 3 marknadsförs påfyllningsbehållare. I annonsen anges bland annat *"Nyheter! Nicsalter från Mad Hatter. Nu är Mad Hatter här med nya nicsalter. I Love Salts kommer i flera olika härliga smaker! Vilken blir din favorit?"*. Annonsen visar bild på fyra påfyllningsbehållare av märket I Love Salts och innehåller en länk till produktsidan.

I annons som framgår av bilaga 4 marknadsförs påfyllningsbehållare. I annonsen anges *"Rea på Elda e-juicer. Just nu har vi extra bra pris på Eldas"*

nya e-juicer! Fly den grå vardagen och dröm dig bort till härlig sommarvärme med Eldas fruktiga juicer. Just nu bara 149 kr!” samt ”Passa på!”. I annonsen visas bild på tre påfyllningsbehållare och dess förpackning och innehåller en länk till produktsidan. På produktsidan finns alternativet att handla påfyllningsbehållarna med nikotin i olika halter eller utan nikotin.

Marknadsföring på internet utgör en informationssamhällets tjänst. På internet är det endast marknadsföring av som enbart består i att tillhandahålla elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare till försäljning som är tillåten. Kommersiella annonser för elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare är inte tillåtna. Aktuella annonser som har utformats som banners på sätt som skett eller på väsentligen samma sätt bör därför förbjudas.

3.3.2.2 Produktinformation (yrkande 1.b)

I produktbeskrivningar på webbplatsen www.ecocig.se har följande påståenden använts i marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare, inklusive dess beståndsdelar.

I produktbeskrivningen för påfyllningsbehållaren I love Salts – Blue Raspberry anges *”Amerikanska Mad Hatter är aldrig sen på pucken! I Love Salts är Mad Hatters Nic Salt serie här i en fantastisk smak av solmogna amerikanska söta odlade blåbär och förförisk hallonkonfektyr. Fruktigt och sött precis som vi älskar USA e-juicer!”* (bilaga 5).

I produktbeskrivningen för påfyllningsbehållaren I Love Salts - Juice Apples anges *”Härligt syrliga granny smith-äpplen med riktigt fräsch smak. Okomplicerat och välsmakande helt enkelt.”* (bilaga 6).

I produktbeskrivningen för påfyllningsbehållaren I Love Salts – Strawberry Candy anges *”Love Salts är Mad Hatters Nic Salt serie här i en oemotståndlig fruktgodissmak som får andra Strawberrysmaker att blekna. Lagom söt smak med imponerande djup och intensiv smak av berömd jordgubbsgodis!”* (bilaga 7).

I produktbeskrivningen för den elektroniska cigaretten Joyetech eGO AIO XL anges *”[...] inte konstigt att den här lilla e-cigaretten har blivit extremt populär!”* (bilaga 8).

I produktbeskrivningen för påfyllningsbehållaren 4U – Sweet Bubblegum anges *”Amerikanska tuggummin som du minns dom när dom innehöll riktigt socker... Sweet and Juicy! Smaken av ett färskt nytt tuggummi för tankarna direkt till nostalgiska platser och lämnar ett fänigt leende på dina läppar. Kul, gott och annorlunda [...]”* (bilaga 9).

Det framgår inte av lagen eller dess förarbeten vilken specifik information som får lämnas eller vilka bilder på produkter som får visas i samband med försäljning av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare på internet.

Följaktligen ankommer detta på rättstillämpningen att avgöra. Sett till syftet med undantaget från marknadsföringsförbudet samt sett till dess ordalydelse måste sådan information enligt KO:s uppfattning anses begränsad till sakliga och relevanta fakta om varan och dess egenskaper. Med detta bör förstås information som är nödvändig för att en konsument, inför ett potentiellt köp, ska kunna värdera innehållet i en produkt eller dess egenskaper i övrigt. Det bör således handla om uppgifter om pris, tillverkare och dylikt eller upplysningar av teknisk karaktär, som till exempel information om tankens storlek, batterityp, antal inhalationer på ett fullt uppladdat batteri eller smaken på en nikotinvätska. Motsatsvis bör saklig och ovidkommande information falla utanför undantagets räckvidd (jmf. KOVFS 2019:2 p. 2.1.1).

Enligt KO:s uppfattning används i ovan angivna produktbeskrivningar påståenden som inte utgör sakliga och relevanta fakta om varan och dess egenskaper. Påståendena innehåller ovidkommande information inklusive värdeomdömen och uppmuntrar därutöver till köp och konsumtion. Ovan angivna påståenden och andra påståenden med väsentligen samma innebörd bör därför förbjudas.

3.3.2.3 *Bilder (yrkande 1.c)*

I produktbeskrivningar på webbplatsen har Ecoswe använt ett stort antal bilder som återger annat än saluförda produkter eller dess förpackning. I bilder som omfattas av denna stämningsansökan återges frukter, godis av olika slag, glass, en kanelstång samt en person som röker en elektronisk cigarett (bilagor 10–13).

Det framgår inte heller av lagen eller dess förarbeten specifikt vilka bilder på produkter som får visas i samband med försäljning av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare på internet. Att ange annat än en återgivning av enstaka saluförd produkt och/eller dess förpackning måste enligt KO:s uppfattning emellertid falla utanför undantagets räckvidd och är mer långtgående marknadsföring än ett passivt tillhandahållande (jmf. KOVFS 2019:2 p. 2.1.1). KO bedömer inte heller att det här finns några andra berättigade skäl till att återge bilder på frukt, godis m.m. Bilderna och andra bilder som återgivits på väsentligen samma sätt bör därför förbjudas.

3.3.2.4 *Grafiska märken (yrkande 1.d)*

I produktbeskrivningar på webbplatsen www.ecocig.se förekommer grafiska märken i varierande färger och former, vissa med illustrationer (s.k. "badges") (bilaga 14). Märken som omfattas av denna stämningsansökan innehåller påståendena "Bra val", "Bästa kvalitet", "Fresh Taste", "Premium e-juicekvalité", "Testad produkt" och "Bästa pris". Ett av märkena har en illustration i form av en citrusfrukt och ett av märkena har en illustration i form av en hand som gör tumme upp. KO är av uppfattningen att märkena är Ecoswes egna.

Märkena innehåller påståenden som inte utgör sakliga och relevanta fakta om varorna och dess egenskaper. Informationen som lämnas i märkena är inte heller presenterad på ett neutralt sätt. Tvärtom är märkena intresseväckande och riskerar att uppmuntra till köp och konsumtion. Marknadsföring i form av märkena går utöver ett passivt saluhållande av varor till försäljning och PMD bör därför förbjuda användningen av dem på sätt som skett och på väsentligen samma sätt.

3.3.2.5 Recensioner m.m. (yrkande 1.e)

I marknadsföring av elektroniska cigaretter på webbplatsen www.ecocig.se, under produktbeskrivningar, har recensioner publicerats. Recensionerna och betygsättningen avser enskilda produkter saluförda på webbplatsen. Produkterna betygsätts genom att en till fem stjärnor anges. Recensioner som omfattas av denna stämmningsansökan innehåller följande påståenden (se bilaga 15).

I produktbeskrivningen för den elektroniska cigaretten SMOK X-Priv 225W & TFV12 Prince TC Kit har tre recensioner publicerats. Recensionerna anger ”10/10 [rubrik] Mycket bra!”, ”Mycket nöjd !!! [rubrik] En fantastisk vape som rekommenderas starkt till alla nya och erfarna användare. Har uppgraderat med större tank och skydd för munstycket bara annars är den perfekt.” och ”Längtat [rubrik] OJ vad jag längtat efter denna. Beställde nyss!”.

I produktbeskrivningen för den elektroniska cigaretten Lady Q har två recensioner publicerats. Recensionerna anger ”Jätte snygg [rubrik] Riktigt bra vape och ser riktigt snygg ut också, typ som en läppstift.” och ”Otroligt läcker! [rubrik] Gillar lilla Lady Q, ger en bra vape men önskar att tanken va större.”.

Recensionerna får förutsättas återspegla en konsuments subjektiva upplevelse av produkten. Recensionerna innehåller påståenden som inte utgör sakliga och relevanta fakta om varorna eller dess egenskaper. Publiceringen av recensionerna har enligt KO:s uppfattning skett som ett led i marknadsföringen. KO anser att publiceringen av recensioner och betygsättning går utöver ett passivt tillhandahållande av varor till försäljning. Marknadsföringen är inte tillåten och den, och andra påståenden med väsentligen samma innebörd, bör därför förbjudas.

3.3.2.6 Angående rabatteringar och erbjudanden m.m. (yrkande 1.g)

På webbplatsen www.ecocig.se förekommer marknadsföring för elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare som innehåller s.k. extrapriser och erbjudanden om rabatt och fri frakt vid ett visst ordervärde.

På webbplatsens startsida finns en flik som benämns ”Extrapriser”. Under fliken marknadsförs ett stort antal rabatterade produkter. I en översiktlig presentation av produkter (varulista) utmärks produktbilder för bland annat de elektroniska cigaretterna Joyetech eGo AIO XL, SMOK X-Priv 225W & TFV12 Prince TCKit, Just Fog C601 (Podsystem) och Wismec Reuleaux RX2/3 MOD

Kit av ett rött band som går snett över bildens övre högra hörn och som anger antingen "REA!", "REA! -30%" eller "PRISSÄNKTI!" (bilaga 16).

I produktbeskrivningarna för Joyetech eGo [...] och SMOK X-Priv [...] anges prissänkningen i kronor med det gamla priset överstruket. Nedanför förekommer rutor som bland annat anger "Alltid Fri Frakt vid köp över 500 kr". I samma produktbeskrivningar lämnas erbjudande om att få 5 % rabatt om konsumenten delar en produkt på Facebook (bilaga 17).

På webbplatsens startsida lämnas erbjudande om fri frakt vid köp av produkter över 499 kr (bilaga 18).

På webbplatsens startsida förekommer en pop-up annons i det nedre högra hörnet. Annonser innehåller ett generellt erbjudande om 10 % rabatt samt fri frakt under förutsättning att konsumenten anger sin e-postadress (bilaga 19).

KO anser att marknadsföring i form av prissänkningar (som marknadsförs på sätt som skett enligt bilaga 16), extrapriser, rabatterbjudanden och erbjudanden om fri frakt vid ett visst ordervärde och liknande erbjudanden/förmåner uppmuntrar till köp och konsumtion och måste anses gå utöver ett passivt tillhandahållande av varor till försäljning (jmf. prop. 2004/05:118 s. 36). Marknadsföringen som innehåller dessa påståenden samt andra påståenden med väsentligen samma innebörd bör därför förbjudas.

3.3.2.7 Angående andra säljfrämjande åtgärder (yrkande 1.h)

Längst ned i produktbeskrivningar finns funktionen "Andra köpte även" som visar vad andra konsumenter har beställt. Här visas bilder på produkter som andra personer köpt och det finns knappar/länkar för att lägga produkter direkt i varukorgen (bilaga 20).

När en produkt läggs i varukorgen framträder en pop up-ruta som anger "Kunder som köpt denna produkt köpte också:". I rutan visas bild på varor som andra kunder köpt samt innehåller länkar för att lägga produkter direkt i varukorgen. Som framgår av bilaga 20 framkommer till exempel vid en beställning av den elektroniska cigarettens Torpedo ett förslag att lägga till påfyllningsbehållarna 4U Blue Vape och I Love Salts Pacific Passion i varukorgen.

KO anser att funktionen "Andra köpte även" samt beskriven pop up-ruta utgör säljfrämjande åtgärder som uppmuntrar till köp och konsumtion och som måste anses gå utöver ett passivt tillhandahållande av varor till försäljning. Marknadsföringen och annan marknadsföring som utformats på väsentligen samma sätt bör därför förbjudas.

3.3.3 Otillåten marknadsföring på Ecoswes Facebook-konto (yrkande 2)

3.3.3.1 Den aktuella marknadsföringen

På Ecoswes konto på Facebook (@ecocig) förekommer ett stort antal inlägg som marknadsför elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare. De inlägg som omfattas av denna stämningsansökan framgår av bilaga 25.

I ett inlägg från den 27 februari 2018 anges *"Vi packar så det ryker! NYBÖRJAR RABATT!!! Tack alla ni kunder för alla orders i helgen och igår måndag riktigt roligt att vi får ert förtroende. Passa på att bjuda in en vän eller kollega som du bryr dig om till ett hälsosammare liv. Alla nya kunder kan hela veckan köpa ett startpaket med 100kr rabatt."* Inlägget visar en bild på ett Torpedo Startpaket; en elektronisk cigarett och tre påfyllningsbehållare av märket ecojuice. Inlägget innehåller en länk till webbplatsen www.ecocig.se.

I ett inlägg från den 16 april 2018 anges i kommentaren påståendet *"Coils & förångar REA – Alla behöver brännare – upp till 40 %"*. Inlägget innehåller en bild på eldsflammar mot en röd bakgrund och påståendet *"Brännheta priser på alla förångare hela veckan"* samt en länk till en flik på webbplatsen för re-erbjudanden. En "coil" är en beståndsdel av elektronisk cigarett.

I ett inlägg från den 22 november 2018 används en bild med svart bakgrund och små illustrationer samt påståendet *"Black Friday 4 hour madness"* i vit text. I bilden anges även, i svart text mot röd bakgrund, påståendet *"På riktigt! Heeeelt sjuka deals"*. I inläggets kommentar anges påståendet *"Vejpsveriges bästa Black Friday hittar ni hos EcoCig imorgon, med start vid midnatt"*. Inlägget innehåller en länk till webbplatsen www.ecocig.se och fliken black-friday.

I ett inlägg från den 8 januari 2019 anges i kommentaren *"Du har väl inte missat nya Lost Vape Orion med DNA Go? Alla podsystems moder! Passar både dig som nybörjare och avancerad användare."* Inlägget innehåller en bild på en hand som håller i den elektroniska cigaretten Lost Vape Orion samt en länk till produktsidan på webbplatsen www.ecocig.se.

I ett inlägg den 25 november 2019 anges i kommentaren *"Nu startar BLACK FRIDAY på Ecocig! Nya erbjudanden varje dag med upp till 70% rabatt! Idag måndag: SubOhm dag! Du hittar dem här"*. Inlägget innehåller en bild med orange bakgrund och grafiska inslag och motsvarande text som anges i kommentaren. Inlägget innehåller en länk till webbplatsen www.ecocig.se och fliken black-Friday. SubOhm refererar till en funktion hos coils/förbrännare som är en beståndsdel av elektronisk cigarett.

3.3.3.2 *Bedömning*

KO bedömer att aktuella inlägg utgör kommersiella annonser i vilka elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare marknadsförs. Att marknadsföring på sociala medier utgör en informationssamhällets tjänst samt att ett inlägg i sociala medier kan utgöra en kommersiell annons framgår bland annat av PMT 5507-18.

Elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare tillhandahålls inte för försäljning på Facebook-kontot. Det faktiska tillhandahållandet av varor sker på webbplatsen www.ecocig.se som inläggen på Facebook hänvisar och länkar till. Det undantag som finns för marknadsföring som enbart består i att tillhandahålla de aktuella varorna för försäljning är följaktligen inte tillämpligt. Marknadsföringen, och annan marknadsföring som utformats på väsentligen samma sätt, bör därför förbjudas.

3.3.4 **Marknadsföring per e-post (yrkande 2)**

Ecoswe skickade den 12 mars 2019 ut ett e-postmeddelande innehållande marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare. I e-postmeddelandet har, såsom framgår av bilaga 23, bland annat följande påstående använts; ”*Stor lagerrensning av moddar, e-juice och tanks. Passa även på att fynda veckans e-juice hos Ecocig.se. Dags att fylla på lagret? Missa inte vår lagerrensning! Vi kör en rejäl vårrensning hos Ecocig! Upp till 50% rabatt!*”. Därefter följer ett stort antal länkar till elektroniska cigaretter (SMOK NOVO Pod Kit, Averty PAL och Lady Q m.fl.) och påfyllningsbehållare (I Love Salts och ecojuice m.fl.) som säljs på webbplatsen (bilaga 24).

Elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare tillhandahålls inte till försäljning i eller genom e-postmeddelandet. Det faktiska tillhandahållandet av varor sker på webbplatsen www.ecocig.se som marknadsföringen i e-postmeddelandet hänvisar och länkar till. Det undantag som finns för marknadsföring som enbart består i att tillhandahålla de aktuella varorna för försäljning är följaktligen inte tillämpligt. Marknadsföringen, och annan marknadsföring som utformats på väsentligen samma sätt, bör därför förbjudas.

3.3.5 **Sammanfattningsvis – marknadsföringen strider mot lagens marknadsföringsförbud**

Sammanfattningsvis gör KO gällande att framställningar enligt yrkande 1 a–h och 2 marknadsför elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare till konsumenter inom informationssamhällets tjänster. Marknadsföringen utgör inte sådan marknadsföring som enbart består i att tillhandahålla elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare för försäljning. Marknadsföringen strider mot lagens marknadsföringsförbud och bör därför förbjudas.

3.3.6 Märkning ecojuice (yrkande 3)

Ecoswe tillverkar och säljer tre nikotinhaltiga påfyllningsbehållare under varumärket ecojuice. Påfyllningsbehållarna är märkta med varumärket ecojuice. Utöver ordet "ecojuice" innehåller märkningen en bildåtergivning i vitt och grönt (se bilaga 26).

3.3.6.1 Ecojuice i märkning antyder en miljöfördel m.m.

I skälen till tobaksproduktsdirektivet (dir. 2014/40/EU) anges att tobaksvaror eller deras förpackningar skulle kunna vilseleda konsumenter, särskilt ungdomar, om de skapar ett intryck av att dessa produkter är mindre skadliga. Som exempel på vad som kan skapa ett sådant intryck anges användningen av ord som till exempel "naturlig" och "ekologisk" eller vissa namn, bilder och figurativa eller icke figurativa symboler (skäl 27). Skälen har motsvarande relevans för elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare eftersom regleringen för dessa produkter i aktuellt avseende är densamma som för tobaksvaror.

I mål PMT 12882–17, som gällde snus, ansåg domstolen att genomsnittskonsumenten torde uppfatta begreppet ekologisk i olika utformningar som att varan i fråga har hälso- och/eller miljöfördelar. Vidare konstaterade domstolen att det, genom användningen av begreppen, i viss mån skapades ett intryck av att den aktuella produkten hade vissa hälso- och miljöfördelar i jämförelse med andra sådana produkter.

"Eco" eller "eko" måste enligt KO:s uppfattning anses vara en högst vedertagen förkortning av begreppet ekologisk eller ecological, eco-friendly m.m. Att ange eco ensamt eller som i detta fall i kombination med ett varuslag (juice) antyder därmed att produkterna har miljöfördelar. Den figur i grönt och vitt som används på förpackningarna i kombination med varumärket anser KO föra tankarna till ett blad, vilket kan förstärka intrycket av att produkterna har miljöfördelar. Att skapa intryck av att produkten är ekologisk eller besitter sådana egenskaper bedömer KO i sin tur kunna ge intryck av att produkten är mindre skadlig än andra sådana produkter, det vill säga ha hälsofördelar.

Såsom förbudsbestämmelsen i LTLP är utformad bör det sakna betydelse om produkten i själva verket har hälso- och/eller miljöfördelar (jmf. PMT 12882–17 s. 11). Ecoswe har under skriftväxlingen med Konsumentverket emellertid inte heller gjort gällande att aktuella produkter har sådana egenskaper. I skriftväxlingen med Konsumentverket har Ecoswe visserligen diskuterat huruvida elektroniska cigaretter m.m. kan anses mer miljövänliga än traditionella cigaretter men angett att bolagets syfte med användningen av varumärkena varit att med eco ska förstås "economy" (dvs. ekonomi). Att satsen "eco" i vissa sammanhang kan utgöra en förkortning av begreppet economy bedömer KO dock vara av underordnad betydelse.

Sammanfattningsvis anser KO att angivelsen av ecojuice i märkning eller på förpackning antyder en hälso- och/eller miljöfördel. Märkningen med namnet "ecojuice" eller annat namn med väsentligen samma innebörd bör därför förbjudas.

3.3.7 Betydelse av varumärkesregistrering

Ecojuice är sedan 2014 registrerat som ett (ord)varumärke. En varumärkesregistrering innebär en ensamrätt till varumärket för innehavaren. En varumärkesregistrering bör emellertid inte ge innehavaren en ovillkorlig rätt att använda varumärket, till exempel om sådan användning strider mot annan lag (jmf. PMT 12882–17 s. 11). I detta fall måste Ecoswes intresse av att använda varumärket vägas mot skyddet för folkhälsan som har motiverat märkningsbestämmelserna i tobaksprodukt direktivet och sedermera i LTLP.

Av skälen till tobaksprodukt direktivet ingress framhålls bland annat att e-cigarett kan utvecklas till en inkörsport till nikotinberoende och resultera i traditionell tobakskonsumtion, eftersom de efterliknar och normaliserar rökning samt att utgångspunkten för bestämmelserna är en hög skydds nivå för folkhälsan och att det på grund av detta är det lämpligt att inta ett restriktivt förhållningssätt till reklam för elektroniska cigarett och påfyllningsbehållare (skäl 43).

KO är av uppfattningen att konsument skyddet här måste anses väga tyngre än rätten att använda ett varumärke i märkning för ett visst produkt slag. KO:s förbud syrkande innebär inte heller ett generellt förbud att använda varumärket.

3.3.8 Vite

Det föreligger inga särskilda skäl som innebär att det är obehövt att förena förbud med vite.

4 Preliminär bevisuppgift

Som preliminär bevisuppgift åberopar KO följande.

Skriftlig bevisning

Skärmdumpar från webbplatsen www.ecocig.se och Ecoswes konto på Facebook, enligt följande

1. Marknadsföring genom kommersiella meddelanden, bilaga 1–4
2. Marknadsföring genom produktbeskrivningar, bilaga 5–9
3. Marknadsföring genom bilder, bilaga 10–13
4. Marknadsföring genom märken/badges, bilaga 14
5. Marknadsföring genom recensioner och betygsättning, bilaga 15

6. Marknadsföring genom rabatter och överstrukna priser m.m., bilaga 16
7. Marknadsföring genom rabatt, 5 % vid Facebook-delning, bilaga 17
8. Marknadsföring genom erbjudande om fri frakt, bilaga 17–18
9. Marknadsföring genom rabatt, 10 % i pop up-annons, bilaga 19
10. Marknadsföring genom funktion "Andra köpte även" m.m., bilaga 20
11. Allmänna villkor för webbplats, bilaga 21
12. Produkter som e-postmeddelande enligt bilaga 23 länkar till, bilaga 24
13. Marknadsföring på Ecoswes Facebook-konto (@ecocig), bilaga 25
14. Märkning av ecojuice på förpackning, bilaga 26

samt

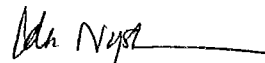
15. Kopia på e-postmeddelande, bilaga 23
 - till styrkande av utformningen av Ecoswes marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare på bolagets webbplats samt att marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare förekommit på bolagets konto på Facebook samt i ett e-postmeddelande som Ecoswe skickat.

5 Övrigt material

16. Kopia på Ecoswes årsredovisning, räkenskapsåret 2018, bilaga 22
17. Registreringsbevis för Ecoswe AB, utdrag från Bolagsverket, bilaga 27



Daniel Karfs
Bitr. Konsumentombudsman



Ida Nyström
Processråd