

Handläggare
Helen Agah Silivask
Telefon: 08-508 28 740**Till**
Miljö- och hälsoskyddsnamnden
2023-10-24, p. 7

Överklagande av Länsstyrelsens i Stockholms län beslut om upphävande, Di Luca Di Luca AB

Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 18177-23

Förvaltningens förslag till beslut

Miljö- och hälsoskyddsnamnden beslutar att

1. Fullfölja överklagandet av Länsstyrelsens i Stockholms län beslut av den 1 september 2023 i ärende nummer 218-12019-2023.
2. I första hand yrka att förvaltningsrätten upphäver beslutet och återförvisar ärendet till länsstyrelsen.
3. I andra hand yrka att förvaltningsrätten upphäver beslutet och fastställer nämndens beslut.
4. Åberopa detta tjänsteutlåtande som grund för nämndens talan.
5. Uppdra åt förvaltningschefen att företräda nämnden i ärendet.
6. Justera beslutet omedelbart.

Anna Hadenius
Förvaltningschef

Daniel Persson
Avdelningschef

Bakgrund

Nämnden har i beslut den 6 februari 2023 förbjudit Di Luca & Di Luca AB (bolaget), att saluföra produkter under eget varumärke, med beteckningen extra jungfruolja som inte uppfyller

kvalitetskraven för att klassas som extra jungfruolja. Förbudet innebär att bolaget ska säkerställa att samtliga produkter som, enligt märkning eller annan livsmedelsinformation, saluförs som olivolja av kategorin ”extra jungfruolja” uppfyller samtliga kvalitetskrav som anges för extra jungfruolja i bilaga 1 till kommissionens delegerade förordning (EU) 2022/2104. Beslutet förenades med ett löpande vite om 100 000 kronor per kalenderår då det vid ett provtagningstillfälle konstateras avvikande analysresultat, det vill säga att värdet för något av olivoljans egenskaper avviker från det i förordningen angivna värdet för extra jungfruolja. Beslutet förordnades att gälla omedelbart från dagen för delgivning även om det överklagas.

Bolaget har överklagat nämndens beslut och yrkat att det upphävs. Det bolaget har framfört till stöd för sin talan framgår av länsstyrelsens beslut, se bilaga 1.

Länsstyrelsen har den 1 september 2023 beslutat att upphäva nämndens beslut. Skälen till länsstyrelsens beslut framgår av bilaga 1.

Förvaltningen har överklagat beslutet reservationsvis och begärt anstånd t.o.m. den 27 oktober 2023 med att fullfölja talan.

Förvaltningens synpunkter och förslag

Länsstyrelsens beslut

Länsstyrelsen har sammanfattningsvis ansett att nämndens föreläggande är obehövligt då kraven redan framgår av lag och bolaget vidtagit de åtgärder nämnden tidigare förelagt om. Föreläggandet är enligt länsstyrelsen vidare otydligt då det inte är knutet till en konkret prestation och oskäligt främst med tanke på subjektiva inslag i den organoleptiska bedömningen. Länsstyrelsen anser även att det är otydligt när vitet utlöses och att det är oskäligt att rikta kraven mot bolaget när provtagning sker i butik av olivolja som redan lämnat bolagets kontroll.

Länsstyrelsen bör pröva ärendet på nytt då nämnden inte getts tillfälle att yttra sig innan ärendet avgjordes

Förvaltningen konstaterar inledningsvis att länsstyrelsen inte gett nämnden tillfälle att yttra sig i ärendet innan nämndens beslut upphävdes. Nämnden har i samband med överklagandet uttryckligen angett att nämnden önskar att få tillfälle att yttra sig i ärendet om länsstyrelsen överväger att fatta beslut till nämndens nackdel. Bolaget har efter anstånd kompletterat sitt överklagande

med utförligare argumentation som nämnden inte har fått del av och kunnat kommentera. Bland annat framfördes nya påståenden i sak, såsom att bolaget rättat till de brister som nämndens beslut baseras på. Länsstyrelsens beslut är därmed behäftat med ett formellt fel. Det rör sig om ett komplext ärende som rör relativt stora ekonomiska värden och principiella frågor om nämndens möjligheter att bedriva kontroll på området. Det är därför av vikt att de aktuella frågorna prövas på fullgott underlag i varje instans. Även om nämnden nu, i samband med överklagandet, har möjlighet att argumentera i frågan, anser förvaltningen därför att ärendet i första hand bör återförvisas till länsstyrelsen för förnyad prövning.

Beslutet avser en och samma åtgärd - ett förbud mot att släppa ut produkter som inte följer handelsnormen

Länsstyrelsen har ansett att nämndens beslut kan sägas bestå av två delar, dels ett saluförbud, dels ett löpande vite som är kopplat till avvikande analysresultat vid provtagning. Förvaltningen delar inte den bedömningen utan anser att beslutet följer den gängse uppbyggnaden av beslut förenade med vite där åtgärden som ska vidtas följs av en beskrivning av hur vitet utlöses för att samma åtgärd inte vidtagits. Trots det följer förvaltningens invändningar mot beslutet nedan för tydlighetens skull den strukturen i länsstyrelsens beslut.

Den organoleptiska bedömningen utgår från en robust metod och innebär inte en bedömning av aromatiska egenskaper utan enbart kvaliteten hos produkten

Länsstyrelsen har under rubriken inledning i sitt beslut angett följande: Klassificeringen av olivoljan sker både genom ett prov på olivoljans kemiska egenskaper och genom ett så kallat organoleptiskt smak- och dofttest av olivoljans aromatiska egenskaper.

Förvaltningen vill därför betona att den organoleptiska bedömningen inte går ut på att bedöma de aromatiska egenskaperna hos olivoljan. Provsamakarna i panelen ska inte anteckna någonting om oljans aromatiska egenskaper utan endast om de känner igen vissa defekter som inte går att upptäcka vid en kemisk analys samt bedöma den positiva egenskapen fruktighet. Provsamakarna ska följa en strikt metodik och leta efter defekter såsom att oliverna varit möjliga, övermogna, angripna av larver eller lagrats i en smutsig lokal. Det är således fråga om defekter som tyder på att det förekommit fel på råvaran, i tillverknings

eller i förvaringen som kan påverka olivoljans kvalitet.¹ Metoden är robust och det finns bland annat inbyggda justeringar för att räkna bort eventuella individuella variationer mellan deltagare i smakpanelerna. Felmarginalen vid analysmetoden uppges inte vara högre än vid flera kemiska analyser.² Metoden, i den form den används inom den offentliga kontrollen, har i och med det också bedömts uppnå tillräckliga krav på objektivitet för att läggas till grund för bland annat administrativa sanktioner mot företag som bryter mot handelsnormen enligt gällande EU-lagstiftning (se artikel 89 p. 3 i förordning 1306/2013). Av artikel 9 p. 5 i kommissionens förordning 2022/2105 framgår vidare att man, vid fastställande av gränsvärden för handelsnormen, har tagit hänsyn till de specifika analysmetodernas repeterbarhet och reproducerbarhet. Handelsnormerna, som ska genomdrivas även med hjälp av ekonomiska sanktioner, är således framtagna med hänsyn till behövlig felmarginal utifrån de analysmetoder som tillämpas.

Förbudet är inte otydligt i fråga om vad som ska uppnås av bolaget och det vore oproportionerligt att specificera förbudet ytterligare

Länsstyrelsen har ansett att nämndens beslut inte är tillräckligt tydligt då den inte har knutits till en definierad prestation. Det rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen som länsstyrelsen hänvisar till gällde förbud mot bland annat vilseledande marknadsföring av tobaksvaror. Föreläggandet som prövades i avgörandet innebar att adressaten själv behövde avgöra vilken reklam som skulle kunna betraktas som vilseledande. Till skillnad från begreppet vilseledande är dock frågan om vilken kvalitetsnivå en extra jungfruolja ska uppnå enligt EU:s handelsnormer inte en tolkningsfråga. Det är tydligt att bolagets olivoljor genom åren inte klarat kraven och att det är den bristen som ska rättas till av bolaget. Förvaltningen anser således inte att föreläggandet är otydligt i fråga om vad som ska uppnås av adressaten.

Nämnden har i sitt beslut angett exempel på åtgärder som behöver vidtas för att följa föreläggandet. Det ankommer dock inte på nämnden som kontrollmyndighet att specificera på vilket sätt ett visserligen tydligt krav i lagstiftning ska uppnås. Ett föreläggande som är mer specifikt än ett krav på att produkter i strid med handelsnormer inte får släppas ut på marknaden riskerar tvärtom att bli mer ingripande än vad som är motiverat i det enskilda fallet.

¹ En närmare beskrivning av defekterna på svenska finns i bilaga XII till kommissionens förordning 2568/91. Nu gällande förordning inkluderar inte metodbeskrivningen som bilaga men kriterierna har inte förändrats.

² <https://www.internationaloliveoil.org/the-organoleptic-assessment-of-virgin-olive-oil/>

En åtgärd bolaget kan vidta för att vara säker på att följa handelsnormen är exempelvis att låta sina olivoljor genomgå en organoleptisk bedömning innan de släpps ut på marknaden. Att enbart kräva in analysresultat från producenter kan inte betraktas som en lika säker åtgärd då bolaget då inte har kontroll över analysprocessen och bör också räkna med risken att producenterna undviker att ta med sämre analysresultat. Andra åtgärder kan tänkas vara utökade krav på produktionsprocessen och/eller den råvara som används. Det kan finnas ytterligare andra effektivare sätt för bolaget att säkerställa att dess produkter följer den obligatoriska handelsnormen. Det vore dock oproportionerligt och onödigt ingripande av nämnden som kontrollmyndighet att förelägga om konkreta åtgärder istället för att låta bolaget välja den för det enskilda bolaget mest effektiva och minst kostsamma åtgärden. Förvaltningen anser således att ett föreläggande om att inte släppa ut varor som inte uppfyller de i och för sig tydliga kraven i handelsnormen är det minst ingripande sättet att förmå bolaget att rätta till bristerna.

Förbudet behövs

Länsstyrelsen har även ansett att nämndens beslut är obehövligt då skyldighet att följa den aktuella handelsnormen redan följer av lag och då det av utredningen inte framgår att bolaget på något sätt motsatt sig att vidta åtgärder när avvikelser har upptäckts vid provtagning.

Förvaltningen delar inte länsstyrelsens bedömning. Att skyldigheten att följa handelsnormen följer av lag innebär inte att ett vitesföreläggande för att förmå bolaget att vidta åtgärder för att följa kraven inte är behövligt. Nämndens åtgärder har inledningsvis begränsats till att enbart träffa den batch som inte klarade kvalitetskraven i provtagningen. Av artikel 138 p. 1 b) i förordning 2017/625 (kontrollförordningen) framgår dock specifikt att kontrollmyndigheterna vid bristande efterlevnad, utöver att se till att den bristande efterlevnaden ska åtgärdas, även ska säkerställa att ytterligare upprepningar förebyggs. De bolag nämnden riktat framåtsyftande förelägganden mot nu har år efter år fortsatt att saluföra produkter som i den offentliga provtagningen uppvisat sämre kvalitet än vad som följer av handelsnormer. Detta tyder på ett systemfel och krav på tillbakadragande av en viss batch som provtogs ett visst år har inte varit tillräckligt effektivt för att få bolaget att förbättra den generella kvaliteten hos sina produkter.

Syftet med nämndens föreläggande är att förmå bolaget att säkerställa att alla dess produkter som släpps ut på marknaden

uppfyller de aktuella handelsnormerna. Nämnden konstaterar att det finns andra bolag som, efter att de årliga provtagningarna påbörjades, har lyckats säkerställa att deras produkter följer handelsnormerna. Bolaget har visserligen inte motsatt sig att dra tillbaka de batcher av olivoljor som inte uppfyllt handelsnormerna. Till skillnad från andra aktörer på marknaden har bolaget dock hittills inte vidtagit de åtgärder som behövs för att säkerställa att deras produkter uppfyller kraven i nästkommande årens kontroller. Förvaltningen vidhåller därför att nämndens föreläggande är behövligt.

Det är tydligt vad som utlöser vitet

Länsstyrelsen anser att beslutet är otydligt formulerat i vitesdelen då det är oklart vad som avses med ett provtagningstillfälle. Vidare anser länsstyrelsen att föreläggandet är oförenligt med lag då vitet kan utdömas redan med anledning av det första analysresultatet, oaktat att en aktör även har rätt till två kontrollbedömningar. Beslutet är enligt länsstyrelsen också otydligt då vitet är knutet dels till ett kalenderår och dels till ett provtagningstillfälle.

Det är svårt att utläsa på vilket sätt länsstyrelsen anser att hänvisningen till kalenderår och provtagningstillfälle utgör en otydlighet. Hänvisningen till kalenderår innebär att maximalt ett vitesbelopp kan dömas ut under ett kalenderår, och då enbart om bolaget haft avvikande resultat vid något provtagningstillfälle. Maximalt ett belopp kan utdömas under kalenderåret även om det, till skillnad för hur provtagningarna sker idag, skulle komma att genomföras fler provtagningar under året.

En kontrollbedömning kan aldrig göras på andra olivoljor än just de som köpts av kontrollmyndigheten vid ett och samma provtagningstillfälle. Vid den årliga provtagningen köps därför tillräckligt med olivolja från en och samma batch för att säkerställa att aktören även kan begära två kontrollbedömningar på samma batch. Förvaltningen anser därför att ett provtagningstillfälle inte kan tolkas på annat sätt än att det avser det samlade resultatet av såväl den första bedömningen som de eventuella efterkommande kontrollbedömningarna som aktörerna har rätt att begära. Förvaltningen medger dock att föreläggandet vid behov förtydligas i den delen då något annat inte heller varit avsikten.

Det löpande vitet är lämpligt och skäligt

Länsstyrelsen har ansett att det varken är lämpligt eller skäligt att använda sig av löpande vite med hänsyn till den subjektivitet som oundvikligen föreligger vid en organoleptisk bedömning och den

därmed stora diskrepans som föreligger mellan de olika testpanelernas bedömning av samma olja.

Som framgår även av länsstyrelsens beslut är den organoleptiska bedömningen en del av den enligt lag föreskrivna kvalitetsanalysen och något aktörer och kontrollmyndigheter har att förhålla sig till och tillämpa. Länsstyrelsen slutsats att det föreligger stora diskrepanser mellan panelernas bedömning av samma olja, saknar dock enligt förvaltningen grund. Som förvaltningen har utvecklat ovan är det fråga om en robust metod som på EU-nivå har bedömts ge tillräckligt objektiva resultat för att användas som grund för bland annat ekonomiska sanktioner. Nivån på handelsnormerna har i det sammanhanget fastställts med hänsyn till den tillgängliga analysmetodens repeterbarhet och reproducerbarhet. Att aktörerna har rätt till två kontrollbedömningar, till skillnad från ett prov samt ett referensprov som är brukligt för andra livsmedel, ökar rättssäkerheten ytterligare. Att det förekommer diskrepanser mellan paneler i den offentliga kontrollen i förhållande till de laboratorier som används av bolag inom deras egenkontroll kan inte i sig tas som en indikation om metodens sämre tillförlitlighet inom offentlig kontroll. Detta då högre krav gäller för de paneler som används inom offentlig kontroll.

Förvaltningen anser därför i motsats till länsstyrelsen att löpande vite är motiverat och skäligt, särskilt utifrån de stora ekonomiska värden som ingår i olivoljemarknaden. Av skäl nr 2 och nr 4 till förordning 2022/2104 framgår att olivolja har vissa organoleptiska och näringsmässiga egenskaper som innebär att den med beaktande av produktionskostnaderna kan säljas till ett relativt högt pris i jämförelse med de flesta andra vegetabiliska fetter. De aktuella handelsnormerna fastställs enligt skälen bland annat i syfte att garantera produktkvalitet med anledning av denna marknadssituation. Som framgår ovan ska medlemsstaterna i fråga om handelsnormer tillämpa administrativa sanktioner om så krävs. Mot denna bakgrund behöver effektiva ekonomiska sanktioner användas när handelsnormerna inte följs. Som förvaltningen har utvecklat ovan är det aktuella sättet att förelägga vidare det minst ingripande sett till att aktörerna kan välja olika sätt att säkerställa att de följer handelsnormen. Löpande vite är även motiverat då bolaget trots flertalet provtagningar som uppvisat brister inte förmått vidta åtgärder för att rätta till bristerna inför kommande offentlig kontroll.

Att defekter kan ha tillkommit vid hantering i butik är osannolikt men har inte bäring på föreläggandets skälighet utan är en bevisfråga i utdömandeprocessen

Länsstyrelsen anser även att det är oskäligt att rikta ett föreläggande förenat med löpande vite mot bolaget när provtagning sker i butik av oljor som redan lämnat bolagets kontroll.

Förvaltningen konstaterar i den delen att det är den som släpper ut varan på marknaden som ansvarar för att följa handelsnormerna. Bolaget är därför rätt adressat för föreläggandet. Frågan om defekter i olivolja som provtagits i butik kan ha tillkommit i senare led är vidare framförallt en bevisfråga som ska bedömas i ett eventuellt kommande mål om utdömande av vite. Den frågan har inte någon bäring på föreläggandets skälighet i sig.

Det kan dock konstateras att den utredning som finns att tillgå tyder på att defekterna i bolagets olivoljor inte har berott på felaktig hantering i senare led. Det är endast den negativa parametern ”härsken” som kan påverkas av felaktig förvaring. För en märkbar effekt på denna parameter krävs emellertid enligt den forskning som finns att tillgå relativt långvarig (minst flera veckor) exponering för ljus och värme. Livsmedelsverket provtar som utgångspunkt i butiker med stor omsättning. Det finns inte någon skyldighet för laboratorierna som genomför den organoleptiska bedömningen inom offentlig kontroll att i detalj redovisa resultaten av bedömningarna, endast medianvärde för fruktighet och defekternas medianvärde ska anges. Nämnden konstaterar dock att de gånger information om defekter i bolagets provtagna olivoljor har lämnats har det på senare år gällt egenskaperna ”möglig” (2022 års provtagning) respektive ”unken/gyttjig fällning” (2021 års provtagning). Defekten ”härsken” angavs som den mest framträdande vid provtagning 2018, alltså innan bolaget vidtagit åtgärder vad gäller färg på flaskor och förvaringsanvisningar. I vilket led provtagning sker avgörs av Livsmedelsverket från år till år. Kommande provtagning kan alltså även komma att ske i tidigare led än butiker.

Utöver ovanstående vidhåller förvaltningen även det nämnden har framfört i sina tidigare yttranden i målet om inhibition hos förvaltningsrätten (bilaga 2 och 3).

Sammantaget anser förvaltningen således att ärendet i första hand ska återförvisas till länsstyrelsen för förnyad bedömning. I andra hand anser förvaltningen att länsstyrelsens beslut ska upphävas och nämndens beslut fastställas.

Bilagor

1. Länsstyrelsens i Stockholms län beslut av den 1 september 2023 i ärende nummer 218-12019-2023
2. Förvaltningens tjänsteutlåtande den 4 april 2023 till grund för nämndens beslut om yttrande den 25 april 2023 i mål 7140-23
3. Nämndens yttrande till förvaltningsrätten 16 juni 2023 i mål 7140-23