

ÖVERKLAGANDE och ANSÖKAN OM
PRÖVNINGSTILLSTÅND

Datum

2021-04-23

Dnr

2019/465

HÖGSTA DOMSTOLEN
R 13

INKOM: 2021-04-26
MÅLNR: T 2517-21
AKTBIL: 1

Högsta domstolen

Klagande

Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

Motpart

Mackmyra Svensk Whisky AB
Kolonnvägen 2
802 67 Gävle

556567-4610

Ombud: advokaten Magdalena Berg
PG Magnusson Advokatbyrå AB
Box 7413
103 91 Stockholm

Ombud: advokaten Alexandra Persson
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

Överklagad dom

Patent- och marknadsöverdomstolens dom 2021-03-26 i mål nr PMT 12229-19

1 Yrkanden

Konsumentombudsmannen (KO) överklagar Patent- och marknadsöverdomstolens (PMÖD) dom enligt följande.

KO yrkar att Högsta domstolen, med ändring av PMÖD:s dom punkten 4, ska bifalla KO:s talan såvitt gäller inläggen enligt domsbilagorna E och G.

KO yrkar även, med ändring av PMÖD:s dom punkterna 5 och 6, ersättning för sina rättegångskostnader i såväl Patent- och marknadsdomstolen (PMD) som PMÖD. KO yrkar samtidigt ersättning för sina rättegångskostnader i Högsta domstolen med belopp som kommer att anges senare.

2 Grunderna för överklagandet

2.1 Grundläggande utgångspunkter

2.1.1 Svensk alkoholpolitik och reglering av alkoholreklam

Bakgrunden till den svenska alkoholpolitiken är att det historiskt sett under perioder har varit en hög alkoholkonsumtion i Sverige. Alkohol har såväl medicinska som sociala skadeverkningar och syftet med alkoholpolitik är att begränsa alkoholkonsumtionen och främja folkhälsan. Alkoholpolitik bedrivs genom olika regleringar, främst i alkohollagen och där bland annat genom marknadsföringsregler. Numer ingår den svenska alkoholpolitiken i den s.k. ANDTS-politiken. Den senaste strategin för den svenska ANDTS-politiken presenterades av regeringen den 18 mars 2021 och då genom sju långsiktiga mål¹.

Alkoholreklam är som all annan reklam ägnad att på något sätt väcka uppmärksamhet och därmed främja avsättningen av den marknadsförda produkten. Syftet med reglering av alkoholreklam angavs vid de första alkoholregleringens införande vara att säkerställa att marknadsföringen inte medverkar till att vidmakthålla eller öka konsumtionen av alkohol och inte heller bidrar till en positiv inställning till bruket av dessa varor². Den centrala, grundläggande regeln om marknadsföring är det generella kravet på särskild måttfullhet i 7 kap 1 § alkohollagen (2010:1622).

I 2 § lag med vissa bestämmelser för marknadsföring av alkohol (1978:763) föreskrevs ett krav på särskild måttfullhet. I andra stycket samma lagrum fanns ett totalförbud mot kommersiella annonser i periodisk skrift. Regleringen av alkoholreklam har vid ett flertal tillfällen förändrats sedan 1978 och ett flertal mål har prövats i domstol. I ett avgörande (MD 2003:5) ogiltigförklarade Marknadsdomstolen det ovannämnda totalförbudet i alkoholreklamlagens 2 § andra stycke efter att ett

¹ prop. 2020/21:132 En förnyad strategi för politiken avseende alkohol, narkotika, dopning, tobak och nikotin samt spel om pengar 2021–2025

² Prop, 1977/78;178 s. 28

förhandsbesked inhämtats från EU-domstolen³. Som en direkt följd av MD:s underlåtenhet att tillämpa svensk lag ändrades lagen 2004, då bl.a. bildregeln infördes⁴. Bildregeln gjordes medieneutral 2010⁵.

Genom att alkoholreklam är ägnad att främja avsättningen av den marknadsförda varan är det särskilt angeläget att motverka att ungdomar utsätts för alkoholreklam, särskilt sådan reklam som är ägnad att fånga deras intresse⁶.

2.1.2 Mediekanal och målgrupp

Med reklam på webbplats och i sociala medier är det möjligt att nå i princip ett obegränsat antal mottagare. Marknadsföring får därmed mycket större genomslag än reklam i andra medier som enbart når ett begränsat antal mottagare. Det är också möjligt – om man så önskar – att genom att använda algoritmer eller influencers i sociala medier rikta reklam specifikt till vissa målgrupper och därigenom få en ännu kraftigare effekt av sin marknadsföring.

I Internetstiftelsens undersökning ”Svenskarna och internet 2020” framgår att 96 % av svenskarna använder internet. Av dessa använde 9 av 10 minst en social nätverksplats under tredje kvartalet 2020. Även om användandet ökat bland äldre är användandet bland yngre klart mer omfattande. Internetstiftelsen konstaterar att dagligen använde 91 % av studerande, 78 % av arbetande och 53 % av pensionärer sociala medier under tredje kvartalet 2020. ”*Praktiskt taget alla som studerar – vilka till stor del är de yngre i befolkningen – använder sig av sociala medier.*”, konstaterar Internetstiftelsen i undersökningen.

Mackmyra har uppgett att deras målgrupp var äldre personer intresserade av whisky i premiumsegmentet. PMÖD konstaterade att marknadsföringen riktats mot personer i allmänhet äldre än 20 år, eftersom det är gränsen för inköp av alkohol i Sverige. KO:s uppfattning är att eftersom alla åldersgrupper kan nås av Mackmyras bilder på Facebook och Instagram är målgruppen hela svenska konsumentkollektivet. Personer yngre än 20 år ser alkoholreklam utan att de får köpa alkohol på Systembolaget, och påverkas dessutom mer än äldre.

Vid bedömning av aktuell marknadsföring – inte minst bildregelns ”existensberättigande”⁷ - ska hänsyn tas till att alkoholreklamen skett i bildform på internet, vilket enligt KO nått även unga och attraherat unga speciellt. I detta sammanhang vill KO särskilt hänvisa till den statliga utredningen Alkoholreklam i sociala medier⁸. För att skydda barn och unga från att exponeras för alkoholreklam föreslog utredningen ett totalförbud mot alkoholreklam i sociala medier. Utredningen bedömde ett sådant förbud förenligt med EU-rätten.

³ C-405/98, KO ./.. Gourmet International Products

⁴ införd genom SFS 2004:1045 i 11a § Alkohollagen

⁵ Prop. 2009/10:125 s. 165

⁶ Prop. 2003/04:161 s. 40 och 2009/10:125 s. 56

⁷ Prop 2003/04:161 s. 54-55

⁸ SOU 2017:113, Alkoholreklam i sociala medier, s. 117 ff

2.2 Bildregeln – unionsrättslig proportionalitet och svensk lag

2.2.1 Bildregelns bakgrund och innebörd

När bildregeln infördes gjorde lagstiftaren bedömningen att reglerna motsvarade de unionsrättsliga kraven på proportionalitet⁹. Bl.a. anfördes att: *"Ju mer reklam som förekommer för alkoholdrycker och ju mindre måttfullt denna reklam är utformad desto större inverkan kommer reklamen att få på beteenden och attityder och på sikt även för folkhälsan. Det faktum att redaktionellt material om alkoholdrycker förekommer och att reklam förekommer på bl.a. Internet och i utländska TV-sändningar är enligt regeringens uppfattning således inte i sig något som medför att det inte är ändamålsenligt att införa restriktioner avseende reklamen."* Avseende de föreslagna reglerna, bl.a. bildregeln, konkluderade lagstiftaren att reglerna var proportionerliga då de *"..enbart kommer till användning i de fall där det är verkligt motiverat.."* och att de tog *"..sikte på de grupper som har ett särskilt skyddsbehov."* Lagstiftaren pekade ut barn och ungdomar som en särskilt utsatt grupp vars skyddsbehov det enligt lagstiftaren rådde enighet om inom unionen. Bildregeln infördes alltså med tanke på intresset för skyddet för den svenska folkhälsan – särskilt för att skydda barn och unga mot alkoholreklam.

2.2.2 Systematiken i bedömningen av bildregelns överensstämmelse med unionsrätten

För att bedöma om domstolen kan/ska vägra tillämpa nationell rätt med hänvisning till överordnad unionsrätt har PMÖD prövat bildregelns överensstämmelse med EU-rätten enligt en viss systematik. Såvitt KO kan bedöma motsvarar denna systematik i allt väsentligt vad som är gängse i EU-domstolen, i vart fall under senare tid. KO utgår nedan från samma systematik som PMÖD använt.

Inledningsvis vill KO framhålla att KO delar PMÖD:s bedömningar såvitt avser:

- att bildregeln begränsar näringsidkarnas möjlighet att utforma reklam för alkoholdrycker och att regeln därmed utgör en inskränkning av den fria rörligheten för varor eller tjänster,
- att bildregeln är icke-diskriminerande och
- att bildregeln syftar till att skydda folkhälsan.

KO går här efter över till att bedöma dels om bildregeln är ägnad att säkerställa dess syfte (att skydda folkhälsan genom att alkoholkonsumtionen hålls nere) dels om bildregeln inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med regeln.

⁹ Prop. 2003/04:161 s. 54-55

2.2.3 Är bildregeln ägnad att säkerställa att alkoholkonsumtionen hålls nere?

PMÖD anser att bildregeln inte är tillräckligt effektiv för att syftet ska uppnås, bl.a. pga att suggestiva bilder ändå kan exponeras på etiketter och förpackningar – som är tillåtna att visa i marknadsföring enligt bildregeln.

KO kan dela PMÖD:s uppfattning att regeln inte i sig är ett hinder mot att det i alkoholreklam t.ex. kan visas en vinflaska med en etikett som innehåller objekt som skulle stå i strid med bildregeln. Sannolikheten att några mer anmärkningsvärda objekt skulle förekomma på etikett eller förpackning är dock mycket liten eftersom Systembolaget har ett regelverk för etiketter och förpackningar utformning och innehåll och då det finns praxis om förpackningars innehåll och utformning¹⁰. I kombination med dessa regler och med hänsyn till gällande praxis är således bildregeln mer effektiv än vad PMÖD anger.

Framför allt vill dock KO understryka att vad som är relevant i denna bedömning är om bildregeln är ägnad att motverka alkoholkonsumtion – d.v.s. om bildregeln *typiskt sett* leder till ett sådant resultat. Vid en sådan bedömning menar KO att eftersom all marknadsföring typiskt sett leder till en *ökad försäljning* så leder i princip alla *begränsningar* av reklam typiskt sett till en *minskning* av försäljningen. Bildregeln är följaktligen per definition ägnad att säkerställa syftet med regeln – att medverka till att begränsa alkoholkonsumtionen och skydda folkhälsan¹¹. Att en begränsning i ett enskilt fall kan antas vara - typiskt sett – effektivt men mindre effektivt än andra begränsningar menar KO alltså inte är relevant för frågeställningen. Endast uppenbart ineffektiva begränsningar torde kunna ifrågasättas på denna grund.

Som KO närmare kommer utveckla nedan anser KO att bildregeln förtydligar och preciserar måttfullhetskravet vad gäller just bilder. Dess mer konkreta innehåll underlättar förståelsen för måttfullhetskravets innebörd och omfattning specifikt för bilder. Följaktligen bidrar bildregeln till förutsägbarhet och rättssäkerhet, vilket gynnar såväl rättstillämpning som näringsidkare och Konsumentverkets tillsynsverksamhet. Även om förståelse, förutsägbarhet och tillsynsmöjligheter i sig inte motiverar existensen av en regel som saknar utrymme för skönsmässig bedömning kan det inte bortses från att bildregeln genom sin utformning ändå på ett mycket effektivt sätt bidrar till att uppfylla den åsyftade målsättningen med det aktuella regelverket. Detta bör beaktas och vägas in i proportionalitetsbedömningen som ett argument *för* att bildregeln är ägnad att säkerställa sitt syfte.¹²

Vad gäller proportionaliteten och delfrågan *om bildregeln är ägnad att säkerställa sitt syfte* anser KO följaktligen att regeln uppfyller det kravet.

¹⁰ Jfr PMÖDs dom i mål PMT 6997-18, KO ./ Oenoforos samt och Systembolagets regler (Grundläggande avtalsvillkor mellan Systembolaget och deras leverantörer)

¹¹ Jfr mål C-262/02, EU kommissionen och Storbritannien m.fl mot Frankrike (p. 30 – 31 med där angivna hänvisningar)

¹² Jfr C-198/14, Valev Visnapuu mot Kihlakunnansyyttäjä, Suomen valtio – Tullihallitus (p. 122).

2.2.4 Går bildregeln längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet att hålla nere alkoholkonsumtionen?

Inledning

KO delar PMÖDs uppfattning att bildregeln pga lagrevideringar och ett förändrat medielandskap kommit att få en större omfattning och tillämpningsområde jämfört med vad som gällde vid regelns tillkomst. Regeln kan helt enkelt aktualiseras i fler fall än då regeln infördes. KO delar även PMÖDs uppfattning att regeln inte medger skönsmässiga bedömningar i det enskilda fallet.

KO delar dock inte PMÖDs uppfattning att bildregeln, även med beaktande av nämnda förändringar sedan dess tillkomst, går *för* långt och därmed strider mot unionsrätten.

Bildregeln *tillåter* bilder med visst specifikt innehåll, den *förbjuder inte* vissa bilder. Enligt KO:s uppfattning kan bildregeln, och de föremål som därigenom tillåts på bild, ses som ett restriktivt undantag från det totalförbud för alla bilder i alkoholreklam som lagstiftaren såg som en önskvärd huvudregel¹³. Bildregeln bör ses i ljuset av måttfullhetskravet och då betraktas som en precisering av måttfullhetskravet avseende bilder.

Måttfullhetskravet, helhetsintrycket och alternativ att marknadsföra alkohol

Måttfullhetskravet i alkohollagstiftningen har definierats i förarbeten enligt bl.a. följande.

Innan bildregelns införande: Alkoholreklam ska "... *begränsas till relevanta fakta rörande varan och dess egenskaper, presenterade i så saklig form som möjligt, utan ovidkommande inslag. Bildmässigt bör reklamen inskränkas till att visa själva varan och vad som på ett naturligt sätt kan hänga samman med denna, exempelvis förpackningen och vissa tillbehör.*"¹⁴

Vid bildregelns införande: "*Alkoholreklam bör vara saklig och inrikta sig mera på att informera om varan som annonseras än ovidkommande och för varan irrelevant material som föreställande bilder utan något samband med drycken.*"¹⁵.

Det generella kravet på särskild måttfullhet i alkoholreklam gäller *även för bilder*. Bilder ska följaktligen vara sakliga, relevanta och inte innehålla ovidkommande inslag. Enligt KO ska alkoholreklam generellt – dess utformning, innehåll, text mm men *även bilder och vad som förekommer på dessa* - motsvara kraven på saklighet och relevans för att uppfylla kravet på särskild måttfullhet.

¹³ prop. 2003/04:161 s. 40

¹⁴ prop. 1977/78:178 s. 29

¹⁵ prop. 2003/04:161 s. 39

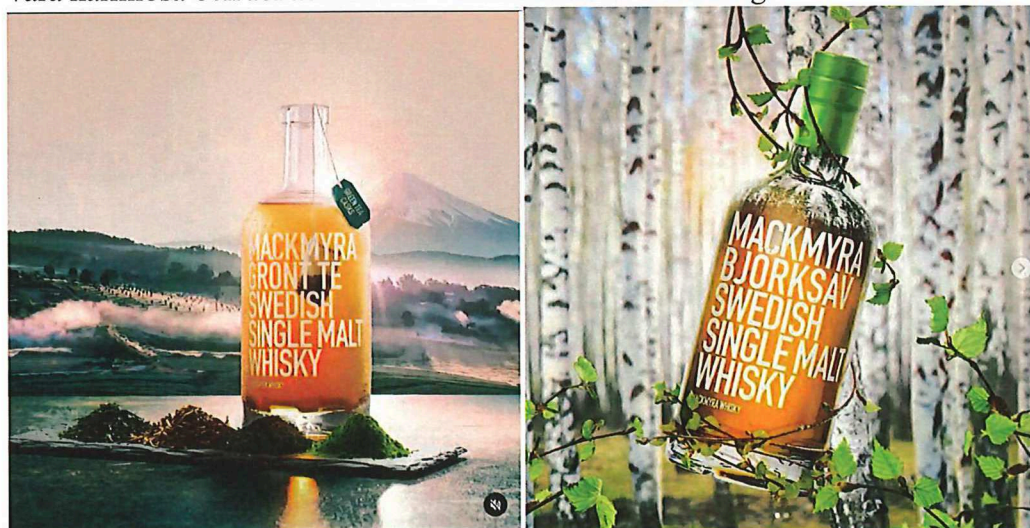
PMÖD har ansett förekomst av föremål som t.ex. pizza, tropisk strand, gräs och mjöl på bord i alkoholreklam som uppenbart ”harmlös eller ovidkommande ur folkhälsosynpunkt”. Det kan kanske upplevas som att ett harmlöst och ovidkommande föremål på en bild inte skulle påverka alkoholkonsumtionen och därmed folkhälsan. I sig är det uppenbart att dessa föremål, objektivt sett, inte är sakliga, relevanta eller har något som helst informativt syfte i alkoholreklamen.

Nedan visas några jämförande exempel mellan bilder som uppfyller kraven enligt bildregeln och bilder som innehåller föremål som sett för sig inte har någon konsumtionsdrivande påverkan (björkträd, kryddor berg och öppna landskap).

Bildregeln:



Alkoholreklam med vad som på sätt som anges i PMÖD:s dom, skulle kunna hävdas vara harmlösa och för folkhälsan ovidkommande bildinslag



Om bilder på alkoholreklam dissekteras och ”plockas isär” till små beståndsdelar kommer inte de harmlösa beståndsdelarna kunna relateras till alkohol. Sådana harmlösa bildinslag används dock givetvis i den uppenbara avsikten – och får även

effekten - att skapa positiva associationer avseende den i bilden marknadsförda alkoholen. I allmänhet handlar det om att skapa en stämning. Även till synes harmlösa föremål på bilder som t.ex. björkträd är betydelsefulla för helhetsintrycket, de är ägnade att främja alkoholkonsumtionen och motverka intresset för folkhälsan och strider mot kravet på särskild måttfullhet.

Vidare är inte bildregeln ett lika omfattande förbud som det som underkändes av MD i Gourmet-målet (MD 2003:5). Det är, trots bildregeln, fullt möjligt för näringsidkare att marknadsföra alkoholdrycker, men då på alternativa sätt¹⁶.

KO gör sammanfattningsvis gällande att bildregeln inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppfylla syftet med regeln.

2.2.5 Andra EU-länder, Mackmyras intresse och svensk övertolkning av EU-rätten

Angående proportionalitetsbedömningen av bildregeln vill KO avslutningsvis anföra följande.

Norge och Litauen har totalförbud mot all marknadsföring av alkohol. Såvitt KO känner till motiverar länderna detta med intresset av skyddet för folkhälsan och såvitt KO känner till har ingendera av ländernas totalförbud ifrågasatts av någon instans inom EU/EES¹⁷. Estland antog 2017 en ny alkohollag där bl.a. begränsningar infördes för vad som är tillåtna bilder i alkoholreklam i sociala medier. I Frankrike gäller ända sedan 1991 stora begränsningar enligt den s.k. Loi Evin, bl.a. för vad som får visas på bild i alkoholreklam. Inte heller dessa begränsningar har, såvitt KO känner till, ifrågasatts av EU¹⁸.

De negativa konsekvenser som Mackmyra framhåller att bolaget drabbas av i förhållande till konkurrenter i flertalet andra medlemsländer i EU genom bildregeln, menar KO framför allt är en effekt av regleringen i e-handelsdirektivet om ursprungslandsprincipen – som PMÖD konstaterat tillämplig. För det fall Mackmyra riktat sin reklam mot ett annat medlemsland med mer liberal alkoholreklamreglering och om effektlandsprincipen tillämpades istället så skulle Mackmyra agera på samma villkor som sina konkurrenter i effektlandet (KO delar dock PMÖDs uppfattning om att det är ursprungslandsprincipen som ska tillämpas). Den konkurrenssnackdel som drabbar svenska alkoholproducenter som vill marknadsföra sig på sociala medier grundar sig främst i att sociala medier är gränsöverskridande, att Sveriges alkohollagstiftning generellt sett är strängare, och att ursprungslandsprincipen ska tillämpas. I förhållande till sina konkurrenter tillgodoses Mackmyras affärsmässiga intressen i viss mån om bildregeln underkänns och måttfullhetskravet tillämpas mer liberalt än tidigare (när ursprungslandsprincipen måste tillämpas). Om sådana hänsyn till Mackmyras rätt att få marknadsföra sina produkter internationellt på sociala

¹⁶ jfr Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 15 januari 2019 i mål nr PMT 7401-17

¹⁷ Se dock Norges Høyesteretts avgörande HR-2009-01319-A där norska totalförbudet mot alkoholreklam prövades.

¹⁸ Se dock C-262/02, EU kommissionen och Storbritannien m.fl mot Frankrike där viss delar av den s.k. Loi Evin prövades av EUD.

medier vägs in kommer det dock enligt KO framför allt att leda till att alkoholreklamen mot svenska befolkningen kommer öka - i strid med syftet med den svenska alkoholpolitiken att skydda den svenska folkhälsan.

I en rapport skriven av Jörgen Hettne (prefekt, professor och föreståndare för centrum för europaforskning vid Lunds universitet) anger denne att det i Sverige förekommer en överanpassning till EU:s regler¹⁹. Bl.a. menar Hettne att undantagsregler, som artikel 36 FEUF, skulle kunna tillämpas med större eftertryck av nationella instanser. Hettne beskriver vidare en allmän uppfattning bland medlemsländer att den intresseavvägning som följer av proportionalitetsprincipen är besvärande då den rent faktiskt överprövar medlemsländers i demokratisk ordning fattade politiska vägval. Hettnes slutsats är att EU-domstolen, till synes mot den bakgrunden, har avhållit sig från att tillämpa proportionalitetsprincipen i vissa sammanhang och nöjt sig med att enbart kontrollera att åtgärden i fråga inte är diskriminerande.

Enligt KO återger bildregeln vad som i demokratisk ordning befunnits och alltså anses nödvändig för att uppnå syftet med den svenska alkoholpolitiken, att skydda folkhälsan genom att hålla nere alkoholkonsumtionen. Vidare konstaterar KO att det finns medlemsländer som har liknande men även avsevärt mer restriktiv alkoholreklamreglering utan att detta till synes renderat i ingripanden från EU. KO ställer sig mot den bakgrunden tveksam till om någon unionsrättslig instans skulle ifrågasätta bildregelns EU-rättsliga proportionalitet. Därmed ifrågasätter även KO i förevarande fall och under aktuella omständigheter rimligheten i att svensk domstol underlåter att tillämpa svensk lag.

2.3 Måttfullhetskravet i det enskilda fallet

2.3.1 Inledning

PMÖD anger i domen att lagregeln 7 kap 1 § alkohollagen uppfyller de unionsrättsliga kraven, bland annat kravet på proportionalitet. Vidare anger PMÖD att denna måttfullhetsregel ska tolkas *och i det enskilda fallet tillämpas* så att EU-rättens proportionalitetskrav uppfylls (s. 33 sjätte stycket).

KO:s uppfattning är att båda inläggen i domsbilagorna E och G marknadsföringsåtgärderna står i strid med kravet på särskild måttfullhet. KO ställer sig vidare tveksam till systematiken i PMÖDs bedömning/avvägning av den särskilda måttfullheten relaterat till det EU-rättsliga proportionalitetskravet. KO anser att ett förbud i enlighet med KO:s yrkande är proportionerligt.

¹⁹ Jörgen Hettne, Rapport 2020, "EU-rätt som inte kommer från EU – om svensk överanpassning till EU:s regler"

2.3.2 KO:s uppfattning om marknadsföringsåtgärder

Domsbilaga E

En bild på alkoholdrycker monterade som ett timglas – liksom texten om vilken Mackmyrawhisky som är följarnas favorit - är enligt KO i sig och sett var för sig och särskilt tillsammans osakligt, irrelevant och ovidkommande i alkoholreklam. Såväl bild som text får anses spela på känslor och stämningar. Bilden, texten liksom hashtags, utgör ingen information om alkoholdrycken förutom att den återger två flaskor – dock helt omotiverat formade som ett timglas mitt ute i en sjö. Vid en helhetsbedömning strider bild och intilliggande text, mot måttfullhetskravet.

Domsbilaga G

Separat sett är texten om att drycken finns att köpa en indirekt köpuppmaning. Såväl bilden på en flaska i en fors som text får anses spela på känslor och stämningar och glorifierar alkoholkonsumtion. Bild, text samt hashtags är osakliga och saknar helt relevans i förhållande till innehåll och produkt. Bilden i kombination med texten ska därmed anses stå i strid med måttfullhetskravet.

2.4 Rättegångskostnaderna

KO yrkade i ansökan om stämning att PMD skulle förbjuda den påtalade marknadsföringen som består av totalt sex inlägg på Instagram och Facebook. Den rättsliga grunden för KO:s talan var dels bildregeln (7 kap. 5 § alkohollagen), dels kravet på särskild måttfullhet (7 kap. 1 § alkohollagen). KO har inte ändrat sin talan i högre instans.

Med hänsyn till att förbud ska vara så tydliga och preciserade som möjligt har den rättsliga bakgrunden till KO:s begäran gjort det svårt att framställa ett enda yrkande om förbud. KO:s talan har i stället anpassats utifrån reglernas särskilda rekvisit. KO menar dock att det inte är möjligt att *dels* förbjuda motparten att marknadsföra påtalade bilder utifrån bildregeln, *dels* ännu en gång förbjuda motparten att marknadsföra bilderna, men då i kombination med viss text och vissa länkar utifrån kravet på måttfullhet. Förbuds bilderna i sig med hänvisning till bildregeln är det alltså, enligt KO:s uppfattning, inte möjligt att förbjuda bilderna en gång till, låt vara med hänvisning till en annan bestämmelse. Bägge regler är, enligt KO, ett uttryck av måttfullhetskravet i marknadsföring av alkohol. KO har inte heller framställt kumulativa yrkanden, utan yrkandena är alternativa.

Vidare går KO:s talan ut på att den påtalade marknadsföringen ska förbjudas. Detta ska, enligt KO, ske mot bakgrund av *antingen* bildregeln *eller* det generella kravet på måttfullhet, och domstolarna ska pröva den ifrågavarande marknadsföringen utifrån bildregeln först. KO fick full framgång med denna begäran i PMD och framgång med sin begäran i fyra fall av sex i PMÖD. Även överinstansen prövade således

marknadsföringen i den av KO önskade ordningen men drog slutsatsen att två åtgärder av sex varken stred mot bildregeln eller kravet på måttfullhet.

Visserligen har KO alltså framställt två inte fullt identiska yrkanden, även om KO menar – eftersom de framställts alternativt – att de går ut på samma sak. Vid PMÖD fick KO framgång med yrkandet i andra hand och om något ska sägas om skillnaden mellan yrkandena är det att andrahandsyrkandet och tillhörande vitesförbud teoretiskt sett är mer vidsträckt och därmed ”strängare”, mer ingripande, än förstahandsyrkandet. Enligt KO:s andrahandsyrkande ska näringsidkaren förbjudas *visa*, och inte enbart *på bild visa* som är utgångspunkten i KO:s yrkande i första hand. Även mot den bakgrunden är det märkligt att KO har ansetts som tappande part.

Därutöver har en stor del av processen, såväl argumentation som bevisning, avsett frågan om ursprungslandsprincipen eller effektlandsprincipen är tillämplig på ifrågavarande marknadsföringsåtgärder i sociala medier. Mackmyra har fört argumentation och bevisning för att styrka sin uppfattning att effektlandsprincipen ska tillämpas. KO har dock nått framgång i sin uppfattning att ursprungslandsprincipen ska tillämpas. I denna del är det Mackmyra som är tappande part.

Mot bakgrund av utgången i PMD och PMÖD är det således KO:s uppfattning att PMÖD:s fördelning av rättegångskostnaderna och bakomliggande skäl inte kan vara riktig. KO:s begäran vid domstolarna har varit att marknadsföringen ska förbjudas och KO har vid såväl PMD som PMÖD varit mer framgångsrik än motparten, som bestritt att marknadsföringen ska förbjudas. KO menar därför att KO ska tillerkännas ersättning för sina rättegångskostnader i motsvarande utsträckning. KO har för övrigt i PMÖD vitsordat 100 000 kr avseende motpartens rättegångskostnader som skäligt i och för sig. Av PMÖD:s dom framgår emellertid inte om domstolen prövat skäligheten i motpartens yrkade belopp.

KO menar att för det fall PMÖD hade bifallit KO:s begäran till hälften, dvs. förbjudit tre av påtalade sex marknadsföringsåtgärder, hade vardera part fått stå sina rättegångskostnader. Eftersom KO har vunnit framgång med sin talan beträffande fyra marknadsföringsåtgärder, skulle en riktig fördelning kunna vara att KO tillerkänns ersättning för sina rättegångskostnader vid PMÖD med åtminstone en tredjedel av yrkat belopp.

3 Skäl för prövningstillstånd

3.1 Inledning

KO delar PMÖD:s uppfattning att målet innehåller frågor där det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar målet.

De övergripande rättsliga frågorna grundas i förhållandet mellan svensk rätt och EU-rätt, och då proportionalitetsbedömning och -kravet. Det gäller dels att PMÖD underlåtit att tillämpa svensk lag (bildregeln) med hänvisning till en EU-rättslig

proportionalitetsbedömning, dels frågor kring den avvägning mellan inläggens allmänt positiva karaktär och Mackmyras rätt att marknadsföra sin produkt som är en avvägning som, såvitt får förstås, grundas i EU:s proportionalitetskrav.

När det gäller rättegångskostnaderna och punkterna 5 och 6 i PMÖD:s dom menar KO att det i denna del förekommit förbiseende eller misstag av den graden att Högsta domstolen även behöver pröva dessa delar. KO utvecklar nedan grunderna för det som KO motiverar prövningstillstånd.

3.2 Proportionalitetsbedömning av svensk lag - bildregeln 7 kap 5 § alkohollagen (2010:1622).

Vid prövningen av KO:s talan har PMÖD funnit att bildregeln i 7 kap. 5 § alkohollagen inte är EU-rättsligt proportionerlig och därmed inte förenlig med unionsrätten. Enligt PMÖD föreligger därmed hinder för domstolen att tillämpa bildregeln.

Om PMÖD tillämpat bildregeln på samma sätt som Patent- och marknadsdomstolen (PMD) gör KO bedömningen att KO vunnit full framgång med sin talan, dvs. samtliga påtalade marknadsföringsåtgärder hade förbjudits vid vite i enlighet med KO:s yrkande i första hand. PMÖD:s lagprövning och efterföljande underlåtenhet att med hänvisning till unionsrätten tillämpa en lagregel som är ämnad att reglera påtalade marknadsföringsåtgärder innebär, enligt KO, i sig skäl för prövningstillstånd.

Det är av största vikt för lagstiftare och rättsväsendet, men även för tillsynsmyndigheten och näringsidkare att landets högsta rättsliga instans prövar bildregelns överensstämmelse med unionsrätten.

3.3 Proportionalitetskravet i ett enskilt fall – måttfullhetskravet 7 kap 1 § alkohollagen

3.3.1 Inledning

PMÖD konstaterar att vid bedömningen av de enskilda inläggen ska måttfullhetskravet tolkas och tillämpas så att EU-rättens proportionalitetskrav uppfyllts (s. 33 domen). PMÖD har vid denna proportionalitetsbedömning tillämpat en avvägning där näringsidkarens intresse att få marknadsföra sina produkter vägts mot reklamens allmänt positiva karaktär.

3.3.2 Rättspraxis

Enligt KO kan relevant rättspraxis avseende alkohol- och tobaksreklam delas in i fyra perioder:

Den första perioden avser tiden från EU-inträdet 1995 fram till 2014. Under denna period utgick MD, utan hänvisning till unionsrättsliga proportionalitetskrav, primärt från svenska förarbetsuttalanden i bedömningen av vad som innefattas i kravet på särskild måttfullhet. Konsumentverkets allmänna råd och branschregler byggde på förarbetsuttalanden och MD:s praxis²⁰.

Den andra perioden inleddes genom avgörandet MD 2014:4 och avser totalt fyra avgöranden²¹. Domstolen ”inför” i MD 2014:4 en unionsrättslig proportionalitetsbedömning i enskilda fall, bl.a. med hänvisning till MD 2003:5 (där svensk lagstiftning prövades). MD påtalar i MD 2014:4 att KO inte styrkt att yrkat förbud skulle vara effektivt för folkhälsan genom att minska alkoholkonsumtionen²². Någon ”fullständig” EUrättslig proportionalitetsbedömning på motsvarande sätt som i Gourmet-målet görs dock inte. I MD 2015:7 infördes en avvägning. Möjligen kan man säga att tillämpning av EU-rätten succesivt avtar i dessa fyra mål.

Den tredje perioden infaller efter domstolsreformen 2016. I fyra avgöranden (två tobaksreklam och två alkoholreklam) från 2018²³ förklarade PMD att någon unionsrättslig proportionalitetsbedömning *inte* skulle göras i det enskilda fallet. Domstolen utgick från svenska förarbetsuttalanden och -praxis. I varierande utsträckning gjordes avvägningar mellan olika intressen. I domen i målet PMT 5829-17 skrev domstolen att en avvägning skulle göras mellan vikten av förbudet i förhållande till skadan för den som drabbas, en avvägning som påminner om vad MD uttryckte i MD 2015:7 då domstolen den gången hänvisade till EUrättens proportionalitetsprincip. Bevisning om samband mellan alkoholreklam och konsumtion har inte påkallats.

Den fjärde perioden avser tre avgöranden från PMÖD, bland annat detta. I det första avgörandet²⁴ hänvisar PMÖD tillbaka till avgörandena under 2014-15 i MD och konstaterar bl.a. att: *”Marknadsdomstolen har i sin praxis ”slagit fast att vid bedömningen av om en viss marknadsföring uppfyller kravet på särskild måttfullhet måste EU-rättens grundläggande princip om fri rörlighet i EUF-fördraget och EU-domstolens rättspraxis beaktas samt att tillämpningen av bestämmelsen i alkohollagen inte får leda till ett oproportionerligt ingrepp i en näringsidkares rätt att fritt marknadsföra sina produkter inom EU (se MD 2014:4 punkt 77-82 och där gjorda hänvisningar).” (punkt 120 i MD 2015:7, Konsumentombudsmannen mot The Wine Company Hawesko GmbH).* Vidare skriver PMÖD: *”Marknadsdomstolen har i sin praxis uttalat att bedömningen av kravet på särskild måttfullhet bör ske genom en*

²⁰ Se bl.a. MD 2006:26, 2011:5, 2009:16, 2009:19, 2007:22 och 2002:29

²¹ MD 2014: 4 och 2015:7 (alkoholreklam) samt 2014:14 och 2015:13 (tobaksreklam)

²² MD 2014:4 p.96

²³ PMD:s domar i mål PMT 10746-16, PMT 5829-17, PMT 13852-17 och PMT 12882-17

²⁴ PMÖDs dom i mål PMT 7401-17

avvägning mellan näringsidkarens intresse av att kunna marknadsföra alkoholdrycker och konsumenternas intresse av produktinformation å ena sidan och skyddet för folkhälsan å den andra". Vidare skriver domstolen att: "Som framgått ovan får tillämpningen av måttfullhetskravet inte leda till ett oproportionerligt ingrepp i en näringsidkares rätt att fritt marknadsföra sina produkter inom EU.". När domstolen senare bedömer de tre i målet specifika påståendena konstaterar domstolen kortfattat att: "Som framgått ovan får tillämpningen av måttfullhetskravet inte leda till ett oproportionerligt ingrepp i en näringsidkares rätt att fritt marknadsföra sina produkter inom EU."

I PMÖDs andra avgörande²⁵ hänvisar PMÖD till sin föregående/ovanstående dom och tillägger bl.a.: "En nationell domstol måste därför säkerställa att en tillämpning av bestämmelsen i 7 kap. 1 § alkohollagen om marknadsföring av alkoholdrycker är förenlig med EU-rätten. I detta ingår alltså att tillämpningen ska vara proportionerlig."

3.3.3 PMÖD:s nu aktuella avgörande

I det nu aktuella avgörandet från PMÖD har domstolen, som KO tolkat domskälen, inte hänvisat varken till Marknadsdomstolens eller PMÖDs tidigare praxis. Doch har PMÖD konstaterat att det i praxis (bl.a. i PMÖD) förekommit att avvägningar skett. När det gäller proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet skriver PMÖD kortfattat i en bisats att: "Måttfullhetsregeln ska därmed tolkas – och i det enskilda fallet tillämpas – så att EU-rättens proportionalitetskrav uppfylls."

Om KO uppfattar PMÖD:s dom korrekt i den del där de enskilda inläggen bedöms så inleder domstolen med en "vanlig" måttfullhetsbedömning grundad i svenska förarbetsuttalanden och fast praxis. Om domstolen då finner att marknadsföringsåtgärden står i strid med måttfullhetskravet (domsbilagorna B, C, D och F) görs *inte* någon avvägning. Om domstolen däremot i den inledande bedömningen inte finner att åtgärden står i strid med måttfullhetskravet (domsbilagorna E och G) – då görs en avvägning. PMÖDs avvägning görs mellan det allmänt positiva intrycket av marknadsföringsåtgärden och näringsidkarens intresse av att få marknadsföra sin produkt. Som KO tolkar domskälen avseende domsbilagorna E och G anser domstolen – e contrario - att Mackmyras intresse av att få marknadsföra sina alkoholdrycker på det sätt som sker i domsbilagorna E och G väger tyngre än inläggens allmänt positiva karaktär varför ett förbud i enlighet med KO:s yrkande inte skulle vara EU-proportionerligt.

3.3.4 Sammanfattningsvis

Om EU-rätten medför att det uppställs ett proportionalitetskrav vid en måttfullhetsbedömning i det enskilda fallet är enligt KO oklart. KO kan konstatera att rättsutvecklingen varierat under de senaste ca 6 -7 åren. Det gäller även avseende vilka parametrar som ska ingå i en eventuell avvägning och om de i en avvägning ingående

²⁵ PMÄD:s dom i mål PMT 6997-18

parametrarna ska bevisas i det enskilda fallet. KO vill understryka vikten av att systematiken i måttfullhetsbedömningen i förhållande till EU-rätten i det enskilda fallet, klarläggs av Högsta domstolen. Detta är av största betydelse för att Konsumentverket/KO ska kunna utöva en effektiv tillsyn och för att kunna utforma en talan domstol och åberopa relevant bevisning. Även aktörer i alkoholbranschen är självklart angelägna att frågan klarläggs.

3.4 Rättegångskostnader

KO gör vidare gällande att det finns skäl att meddela prövningstillstånd även vad gäller rättegångskostnaderna. KO:s yrkande i domstol går regelmässigt alltid ut på samma sak – antingen ska marknadsföring förbjudas eller så ska näringsidkaren åläggas att i marknadsföring lämna väsentlig information. Inte sällan framställer KO ett enda yrkande per marknadsföringsåtgärd, men kan självfallet föra resonemang kring olika rättsliga grunder. Ibland krävs det emellertid att flera snarlika yrkanden framställs avseende en och samma överträdelse, yrkanden som då tar hänsyn till olika reglers olika rekvisit. Yrkandena är i dessa fall alternativa eftersom det är KO:s bedömning att ett förbud/åläggande inte kan meddelas flera gånger avseende samma typ av överträdelse.

KO:s rättegångskostnader betalas ur allmänna medel och det är av vikt, inte bara för prövningen i nu aktuellt fall utan för andra fall där KO driver talan i domstol, att Högsta domstolen prövar PMÖD:s fördelning av rättegångskostnaderna. PMÖD:s fördelning väcker frågor avseende hushållningen med allmänna medel å ena sidan, där domstolens fördelning anvisar ett enda och därmed väldigt generellt yrkande om förbud som domstolarna sedan får precisera/begränsa utifrån olika åberopade rättsliga grunder, och kravet att framställa tydliga och precisa yrkanden om förbud å den andra.

4 Åberopad bevisning

Den bevisning som åberopas i Högsta domstolen är följande:

PMD:s aktbilaga (uab)

Handling och bevisstema

- | | |
|---|---|
| 2 | Bild från Mackmyras Facebookkonto publicerad den 28 juni 2017. |
| 3 | Bild från Mackmyras Facebookkonto publicerad den 10 november 2017. |
| 4 | Bild från Mackmyras Facebookkonto publicerad den 27 november 2017. |
| 5 | Bild från Mackmyras Instagramkonto publicerad den 12 februari 2017. |
| 6 | Bild från Mackmyras Instagramkonto publicerad den 25 oktober 2017. |

- 7 Bild från Mackmyras Instagramkonto publicerad den 3 januari 2018.

Ovanstående bevisning (uab 2 – 7) åberopas till styrkande av att Mackmyra använder sig av den av KO påtalade marknadsföringen med de bilder, den text, det språk och de hashtags/länkar samt även i övrigt den utformning och det innehåll som framgår av bilagorna.

- 9 Utdrag från Mackmyras webbplats www.mackmyra.se – fliken Mackmyra i sociala medier utskrivet den 12 januari 2018 till styrkande av att Mackmyra använder svenska på sin webbplats när man hänvisar och länkar till bolagets sociala mediekkanaler, Facebook, Instagram, Twitter och LinkedIn.
- 11 Landningssidan, Mackmyras webbplats om Svensk rök, om man klickar på länken i bilaga 1 till styrkande av att textinnehållet är på svenska.
- 12 Landningssidan, Mackmyras webbplats om Svensk Ek, om man klickar på länken i bilaga 2 till styrkande av att textinnehållet är på svenska.
- 13 Landningssida, för Mackmyras Skördetid, om man klickar på länken i bilaga 3 till styrkande av att länken leder till svenska Systembolaget och att textinnehållet är på svenska.
- 15 Registreringsbevis till styrkande av att bolagets fasta driftställe är i Sverige.
- 20 Årsredovisning 2017 (ingiven av Mackmyra) till styrkande av att bolagets nettoomsättning detta år var 111,3 mkr (s. 23) samt att bolagets fasta driftsställe är i Sverige (s. 21). Vidare till styrkande av
- att Mackmyras besökscenter ligger i Mackmyra Whiskyby utanför Gävle som har restaurang, whiskyprovningar, konferenser och rundvisning (s. 25).
 - att 62 % av Mackmyras omsättning avsåg försäljning av flaskor och 38 % försäljning av whiskyfat och upplevelser (s. 24).
 - att ca hälften av flask-försäljningen sker i Sverige. Resterande ca 50 % säljs till hälften i de prioriterade marknaderna Tyskland, Frankrike och Storbritannien och till hälften i Bordershops, Travel Retail och som Private Brand. På övriga exportmarknader säljs Mackmyra endast i små volymer (s. 5 och 24).
- 51 Utdrag ur Special Eurobarometer från Europeiska kommissionen (februari 2006) till styrkande av att engelska är det mest utbredda språket inom EU, att engelska är det vanligaste andraspråket i 19 av 29 EU-länder samt att detta gäller särskilt i Sverige där 89 % av de tillfrågade

uppgav att de kunde engelska så bra att de kunde föra en konversation på engelska.

- 59 Webbsidan ”Köpställen” och samma webbsida på engelska ”Where to Buy” från Mackmyras webbplats www.mackmyra.se (2019-03-21) till styrkande av att Mackmyras produkter finns till försäljning i Sverige på systembolaget och på restauranger samt som taxfree i Skandinavien och på olika Bordershops i Tyskland mot gränsen till Danmark. Vidare att bolagets produkter exporteras till de 14 eller 15 länder som där framgår inom EU samt de 4 länder som där framgår utanför EU.
- 60 Webbsidan ”Besök & provningar” från Mackmyras webbplats www.mackmyra.se (2019-03-20) till styrkande av att Mackmyra vid sidan av framställning av whisky även bedriver annan verksamhet i form av olika upplevelser och att denna verksamhet är koncentrerad till Sverige.
- 61 Webbsidan ”Gut Basthorst, Tyskland” dit vidarelänkning sker från webbsidan ”Besök och provningar” på Mackmyras webbplats www.mackmyra.se (2019-03-20) till styrkande av att Mackmyras enda utländska aktivitet - som består av lagerhållning av whiskyfat nära Hamburg i norra Tyskland - nyttjas främst av svenskar och tyskar.
- 62 Skärmdump från Kaferangs webbplats till styrkande av att restaurang/bar Kaferang, som förekommer i den i målet aktuella marknadsföringen i aktbil. 6, ligger i Stockholm.
- 63 EF English Proficiency Index 2018 (s. 11, 22, 24, 44, 45 och 46) till styrkande av att år 2018 hade Sverige bästa resultatet i hela världen när det gäller skicklighet/kunskap i engelska språket bland icke engelskspråkiga länder och att en genomsnittsperson i Sverige bl.a. kan prata engelska nyanserat och korrekt i sociala situationer, läsa avancerad text med lätthet samt föra avtalsförhandlingar med en engelskspråkig person (s. 46)

uab 9, 11, 12, 13, 15, 20, 51 samt 59 – 63 är bevisning som aktualiseras för det fall effektlandsprincipen tillämpas. För denna händelse åberopas dessa handlingar av KO till styrkande av att Mackmyra riktar sin verksamhet i alla avseenden (inklusive marknadsföring) huvudsakligen mot en svensk målgrupp och att det huvudsakligen är en svensk målgrupp som nås av och intresserar sig för Mackmyras marknadsföring.

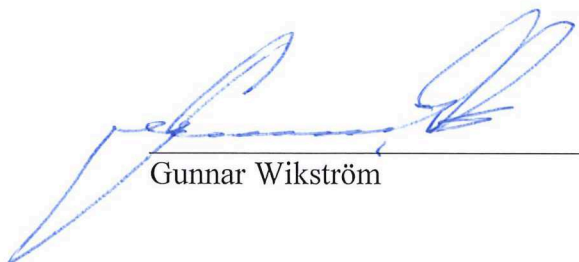
uab 15, 20, 60 och 61 är bevisning som aktualiseras för det fall ursprungslandsprincipen tillämpas. För denna händelse åberopas handlingarna till styrkande av att Mackmyra har sitt fasta driftställe i Sverige.

5 Övriga handlingar

I målet har ingivits avgöranden av Alkoholgranskningsmannen (AGM) som inte åberopats som bevisning. Handlingarna utgör processmaterial och innehållet är i sig ostridigt. PMÖD har i domen (s. 29) hänvisat till avgörandena.

AGM är alkoholbranschens självregleringsorgan för marknadsföring. AGM (Mattias Grundström) åberopades som sakkunnig av Mackmyra och hördes vid huvudförhandlingen bl.a. angående avgörandena

<u>uab</u>	<u>Handling</u>
29	Avgörande av alkoholgranskningsmannen (AGM) i ärende 4/16, Södra Maltfabriken AB
30	Avgörande av AGM i ärende 9/17, Contemporary Wines Sweden AB
31	Avgörande av AGM i ärende 10/17, Kämpinge Trading AB
32	Avgörande av AGM i ärende 14/17, Shape Drinks AB
33	Avgörande av AGM i ärende 21/17, Spivi AB
34	Avgörande av AGM i ärende 25/17, Philipson Söderberg AB
35	Avgörande av AGM i ärende 26/17, Valid Wines Sweden AB
36	Avgörande av AGM i ärende 29/17, Hernö Gin AB
37	Avgörande av AGM i ärende 38/17, Edrington Sweden AB



Gunnar Wikström