

2021-07-06

Högsta domstolen

**Mål nr T 2517-21**

**Konsumentombudsmannen (KO) ./. Mackmyra Svensk Whisky AB**

Som ombud för Mackmyra Svensk Whisky AB ("Mackmyra") får vi härmed anföra följande till bemötande av KO:s överklagande.

**Inställning**

1. Mackmyra bestrider KO:s yrkanden i dess helhet och motsätter sig ändring av PMÖD:s dom.
2. Mackmyra yrkar ersättning för rättegångskostnader vid Högsta domstolen med belopp som kommer att anges senare.

**Grunder för bestridandet**

3. Mackmyra vidhåller och åberopar samma grunder som åberopats vid PMÖD.

**Utveckling av talan**

4. Mackmyra vidhåller och åberopar samma omständigheter som åberopats vid PMÖD vad gäller frågan om bildregelns oförenlighet med EU-rätten och bedömningen av domsbilaga E och G under måttfullhetsregeln, med följande tillägg och förtydliganden.

***Bildregeln och dess oförenlighet med unionsrätten***

5. Mackmyra anser att PMÖD:s bedömning avseende bildregelns oförenlighet med EU-rätten är korrekt, både i sin helhet och vad som anförts vid proportionalitetsbedömningen.

6. Vad gäller första ledet i proportionalitetbedömningen (om bildregeln är ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas) är det enligt Mackmyras mening uppenbart att bildregeln inte är effektiv i förhållande till sitt syfte. Det faktum att varor, etiketter och produktförpackningar får innehålla bildelement utöver de som listas i bildregeln, och att bildregeln i sin tur tillåter återgivning av varor, etiketter och produktförpackningar med dessa element, utgör en inkonsekvens i regelverket och medför att otillåtna bildelement likväl förekommer i kommersiella annonser.
7. Mackmyra konstaterar att bildregeln genom sin utformning även förbjuder föremål vilka inte skadar folkhälsan. Mackmyra ställer sig mycket frågande till hur ändamålet (skydd av folkhälsan) uppnås genom att regeln **även** förbjuder föremål vilka inte skadar folkhälsan.
8. En snabb sökning på Systembolagets hemsida ger också vid handen att varor, etiketter och produktförpackningar avseende whisky innehåller både djur (fåglar, gäss, hundar etc), naturmotiv och landskap och figurer av olika slag (dödsallar och drakar). Se Bilaga 1 bilagd här till. KO:s påstående att *"sannolikheten att några mer anmärkningsvärda objekt skulle förekomma på etikett eller förpackning är mycket liten eftersom Systembolaget har ett regelverk för etiketter och förpackningars utformning och innehåll och då det finns praxis om förpackningars innehåll och utformning"* stämmer således inte.
9. Mackmyra gör inte gällande att reglerna som tillåter dessa element på varor, etiketter och produktförpackningar är felaktiga, det måste rimligen vara möjligt för producenter av alkohol att genom diverse utformning och utsmyckning särskilja sig från konkurrenterna, men det visar på inkonsekvensen i regelverket - framförallt att bildregeln inte är effektiv i förhållande till sitt syfte.
10. Härutöver är det också så att en annons kan göras särskilt attraktiv och suggestiv på andra sätt än genom bilder, bl.a. genom kreativ text och ljud som både genom typsnitt, färg och form kan göras särskilt uppseendeväckande

och konsumtionsdrivande. Att särbehandla och särreglera bilder är därmed inte effektivt för att uppnå syftet att skydda folkhälsan.

11. KO är vidare alltför kategorisk när KO påstår 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."* Det är knappast korrekt att påstå att all marknadsföring leder till ökad försäljning.
12. Härvid kan konstateras att investeringarna i alkoholreklam stigit från ca 80 Mkr år 2003 till ca 1400 Mkr år 2014 medan totalkonsumtionen av alkohol (ren liter alkohol per invånare över 15 år och år) sjunkit från 10,56 liter till 9,3 liter. En 17-faldig ökning av alkoholreklamen har föranlett en nedgång i konsumtionen med 12 procent och KO:s påstående om reklamens inverkan på totalkonsumtionen är således helt fel. Siffrorna ger inget som helst belägg för KO:s påstående om att ju mer marknadsföring som görs desto högre är alkoholkonsumtionen.
13. En helt annan fråga är reklamens inverkan på val av produkt. Här ställer sig dock Mackmyra starkt frågande till hur folkhälsan påverkas av att konsumenten väljer en viss flaska i stället för en annan. Marknadsföringen påverkar, enligt CANs siffror, inte totalkonsumtionen men väl val av produkt. För syftet, skyddet av folkhälsan, torde val av produkt vara egalt.
14. Om något så har mängden alkoholreklam ökat sedan 2014 medan totalkonsumtionen fortsatt ned 8,67 liter 2019 (senast redovisad siffra från CAN).<sup>1</sup>
15. Marknadsföring handlar alltså till mångt och mycket om - framför allt som alkoholproducent - att sticka ut bland konkurrenterna och få kunderna att välja just ditt företags produkt framför konkurrenternas, inte att få kunderna att konsumera mera. Här ska också beaktas att i Sveriges alkoholmonopol-landskap med begränsade köpställen och begränsade öppettider är köpfönstret för alkoholprodukten generellt sett tidsmässigt utdraget jämfört med andra branscher där tiden mellan marknadsföring-köp-konsumtion ofta är betydligt

---

<sup>1</sup> Alla hänvisningar till CAN kommer från CAN:s årliga rapporter om alkoholkonsumtionen i Sverige, se <https://www.can.se/publikationer/>

kortare. KO:s resonemang i den här delen håller således inte. I vart fall är resonemanget alltför onyanserat för att kunna berättiga bildregelns effektivitet sett i förhållande till syftet att skydda folkhälsan. Vidare har KO bevisbördan för sitt påstående om att ”*all marknadsföring typiskt sett leder till en ökad försäljning*”. Det noteras att någon bevisning i denna del inte har åberopats av KO.

16. Därtill kan marknadsföring ha andra syften än att vara rent försäljningsdrivande. Dels kan marknadsföring vara misslyckad och leda till oförändrad eller rent av minskad försäljning. Det finns också företag som knappt gör någon marknadsföring alls men som ändå har en ständigt ökande försäljning.
17. När det gäller andra ledet i proportionalitetsbedömningen (om bildregeln går utöver vad som är nödvändigt för att fylla sitt syfte) är det enligt Mackmyras uppfattning uppenbart att bildregeln går utöver vad som nödvändigt för att fylla sitt syfte.
18. Som PMÖD konstaterat träffar bildregeln motiv som är uppenbart harmlösa eller ovidkommande utifrån folkhälsosynpunkt.
19. Att utforma en regel så att den, utöver att förbjuda eventuellt skadliga föremål, även förbjuder harmlösa eller ovidkommande föremål torde vara själva definitionen av vad som är mer än nödvändigt – dvs. oproportionerligt.
20. Det är anmärkningsvärt att KO för in nytt processmaterial i målet i Högsta domstolen bestående av exempelvis bild på Mackmyras produkt Björksav<sup>2</sup>. Det är ytterst tveksamt på vilka bevekelsegrunder KO har valt att föra in bilder på andra produkter i detta mål. Dessa bilder har inte någon som helst relevans för de två inlägg som Högsta domstolen har att bedöma. Mackmyra bestrider att björkträd på bild skulle vara ägnade att främja alkoholkonsumtion, vara skadliga för folkhälsan eller strida mot kravet på särskild måttfullhet. Björksav är dessutom en av ingredienserna i produkten Björksav.

---

<sup>2</sup> Aktbil 1, 2.2.4, sid 7.

21. På motsvarande sätt som KO gör sin bildjämförelse vill därför Mackmyra illustrera vad som är tillåtet respektive inte tillåtet enligt bildregeln och hur det är uppenbart att bildregeln går utöver vad som är nödvändigt för att fylla syftet att skydda folkhälsan.



22. Bilderna till vänster är tillåtna enligt bildregeln, medan de till höger inte är det. Mackmyra ifrågasätter på vilket sätt en bild på en potatis eller en korv anses ägnad att öka alkoholkonsumtionen i Sverige? Eller på motsvarande sätt, hur förbudet att visa en potatis eller en korv är nödvändigt för att skydda folkhälsan? Enligt Mackmyra är det uppenbart att bildregeln i detta avseende går utöver vad som är nödvändigt för att skydda folkhälsan.
23. Som ytterligare exempel för att illustrera bildregelns effekter kan följande nämnas:

- (a) En saklig text om en alkoholprodukt och dess egenskaper skulle vara tillåten så länge det bara är textformat, men om samma sakliga text läses upp i ett videoklipp av en människa skulle det vara otillåtet enligt bildregeln i och med att videoklipppet återger bilden av en människa (uppläsaren).
  - (b) En saklig text om hur man blandar en drink skulle vara tillåten så länge det bara är textformat, men en motsvarande instruktionsvideo (jämför matlagningsprogram) som visar hur drinken blandas skulle vara otillåtet enligt bildregeln. Det skulle även vara otillåtet att visa en bild på ingredienserna i drinken, eller att visa en bild på den färdiga drinken, men att skriva text om dessa går alltså bra.
- 24. Huruvida det, som KO påstår, finns andra medlemsländer som har liknande och/eller mer restriktiva alkoholmarknadsföringsregleringar saknar betydelse för proportionalitetsbedömning av bildregeln. Bedömningen måste ta sikte på svenska regler och svenska förhållanden. Under alla förhållanden har de länders regler som KO hänvisar till, såvitt Mackmyra känner till, aldrig ställts på sin spets och prövats utifrån dess förenlighet med EU-rätten.
- 25. Vidare saknar det relevans om det i Sverige förekommer en överanpassning till EU:s regler som KO påstår. Som PMÖD konstaterat är det klart att det åligger den nationella domstolen att försäkra sig om att lagstiftningen, även med hänsyn till hur den konkret tillämpas, verkligen är ägnad att förverkliga de syften som eftersträvas. Den nationella domstolen måste göra en helhetsbedömning av omständigheterna kring antagandet och tillämpningen av en inskränkande lagstiftning. Det tillvägagångssätt som den nationella domstolen tillämpar vid proportionalitetsbedömningen får inte vara statiskt, utan måste vara dynamiskt i den meningen att den måste beakta utvecklingen av omständigheterna efter antagandet av lagstiftningen. (EU-domstolens dom den 14 juni 2017, Online Games m.fl., C-685/15, EU:C:2017:452, punkterna 51–53.)
- 26. Mackmyra menar att PMÖD gör en korrekt bedömning och konklusion när domstolen finner att bildregeln inte är ägnad att säkerställa sin målsättning,

dvs. att skydda folkhälsan, samt att regeln går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att skydda folkhälsan. Målet att skydda folkhälsan kan uppnås genom förbud eller begränsningar som är mindre omfattande och påverkar handeln inom unionen i mindre utsträckning.

27. Att bildregeln påverkar handeln inom unionen, för Mackmyras del framförallt i form av en kvantitativ exportrestriktion, torde vid det här laget vara ostridigt i målet. Denna exportrestriktion blir särskilt märkbar mot bakgrund av att PMÖD har funnit att det är ursprungslandsprincipen som ska tillämpas på marknadsföringen, vilket får till följd att Mackmyra och andra svensk-etablerade företag måste följa de svenska alkoholmarknadsföringsreglerna även när de riktar sin marknadsföring mot övriga EU.
28. Ifall bildregeln behöver tillämpas vid marknadsföring mot övriga EU innebär det att Mackmyra endast har mycket begränsade möjligheter att använda bilder i marknadsföringen. De faktiska möjligheterna att använda sociala medier som trovärdig och effektiv marknadsföringskanal försvåras markant. Marknadsföringen förlorar sitt syfte och blir ineffektiv. Härutöver blir svenska företag i princip också utestängda från möjligheten att använda vissa sociala media-plattformar vars fokus är just bilder, jämför bl.a. Instagram vars inriktning är just bilder och som är den sociala media-plattform som är aktuell i domsbilaga E och G.
29. Det faktum att PMÖD faktiskt fällt fyra av de sex inlägg som var föremål för prövning där under måttfullhetsregeln istället för bildregeln bekräftar att måttfullhetsregeln är fullt fungerande och tillräcklig för att skydda folkhälsan.
30. Mackmyra delar inte delar KO:s uppfattning att bildregeln bör ses i ljuset av måttfullhetskravet och då betraktas som en precisering av måttfullhetskravet avseende bilder. Enligt Mackmyra saknar en sådan tolkning stöd.
31. Måttfullhetskravet kan sammanfattas så att det tillåter marknadsföring som är saklig eller, som PMÖD uttryckte det, inte är konsumtionsdrivande. Bildregeln förbjuder däremot även saklig och informativ marknadsföring (t.ex. person som läser upp saklig text eller mat som passar till aktuell dryck).

32. Bildregeln innebär alltså inte en precisering av måttfullhetskravet utan istället sträcker den ut tillämpningsområdet på ett sätt som gör att bildregeln, till skillnad från måttfullhetskravet, inte är proportionerlig.
33. Frågan som uppkommer är således varför det inte räcker med måttfullhetskravets innebörd; att begränsa förbudet till det som är folkhälsoskadligt?
34. Alldeles oavsett fråntar inte en sådan tolkning kravet på proportionalitet och att bildregeln vid dess tillämpning måste vara förenlig med EU-rätten.
35. Avslutningsvis vill Mackmyra betona följande. Huvudregeln i unionsrätten är fri rörlighet. Inskränkningar får bara göras under vissa förutsättningar och det åligger, enligt praxis från EU Kommissionen, staten Sverige att kunna visa att dessa förutsättningar är uppfyllda. Därvid torde det stå ett större antal andra möjligheter till buds för staten Sverige att nå målet om minskad total-konsumtion/skydd av folkhälsa som alla har mindre påverkan på den fria rörligheten än den extremt långtgående bildregeln. Det saknas emellertid någon redogörelse från KO:s (Sveriges) sida vilka dessa möjligheter är och varför dessa inte är tillräckliga.
36. Det finns inte heller någon bevisning för varför det krävs en så långtgående inskränkning.
37. Därmed torde det vara uppenbart att det inte går att säga att bildregeln är proportionerlig.

#### ***Bedömning av domsbilaga E och G under måttfullhetsregeln***

38. Mackmyra delar i allt väsentligt PMÖD:s bedömning av domsbilaga E och G under måttfullhetsregeln, med följande tillägg, förtydliganden och bemötanden av KO:s påståenden.

#### **Den aktuella omsättningskretsen**

39. Som Mackmyra anfört tidigare i målet, och som även PMÖD konstaterat, är de aktuella inläggen riktade mot konsumenter som har uppnått tillräcklig ålder för att få köpa företagets produkter, vilket med utgångspunkt i vad som gäller i Sverige innebär att konsumenten är 20 år eller äldre. Det faller på sin



egen orimlighet att ett företag som Mackmyra skulle ha något som helst intresse av att aktivt rikta sig mot eller vilja nå personer under 20 år med sin marknadsföring. I och med att personer under 20 år inte uppnått tillräcklig ålder för att få köpa företagets produkter är de av naturliga skäl inte en del av målgruppen. Detta gäller särskilt för den aktuella typen av sk craft spirits som både ligger i ett högre prissegment och smakmässigt tilltalar en mer mogen målgrupp.

40. Dessutom har Mackmyra tillämpat de villkor och tekniska hinder som de aktuella sociala media-plattformarna tillhandahåller för att försäkra sig om att inga underåriga ska kunna nås av inläggen.
41. Det stämmer alltså inte så som KO påstår att *"alla åldersgrupper kan nås av Mackmyras bilder på Facebook och Instagram och att målgruppen är hela svenska konsumentkollektivet"*.
42. Det är dessutom direkt felaktigt av KO att göra gällande att *"... hänsyn ska tas till att alkoholreklamen skett i bildform på internet vilket nått även unga och attraherat unga speciellt"*. KO har överhuvudtaget inte gett in någon bevisning som styrker att inläggen ifråga nått unga eller särskilt attraherat unga. Det är för övrigt anmärkningsvärt att KO i den delen hänvisar till SOU 2017:113 som är nedlagd sedan länge och aldrig kom längre än SOU-stadiet.
43. Mackmyra konstaterar att även reklam i dagstidningar, eller för den delen [www.systembolaget.se](http://www.systembolaget.se) kan nås av "alla åldersgrupper" men att alkohollagen inte förbjuder detta. Förbudet ligger i att inte *rikta* reklamen mot personer under 25 år och detta har, som framgår av PMÖD:s dom, inte skett.

#### Det sociala mediets särskilda beskaffenhet

44. Enligt Mackmyra är KO alltför kategorisk när KO påstår att *"Häröver 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."* Påståendet är både felaktigt och simplifierar ett mycket komplext media. Sociala medier är betydligt mer mångfacetterat och varierande än traditionell media, vilket

rimligen också måste avspeglas i den bedömning som ska göras av inläggen ifråga under måttfullhetsregeln.

45. För det första måste noteras att man inte kan dra alla sociala media-plattformar över en kam och påstå att all marknadsföring på dessa träffar generellt, vitt och brett. De olika sociala media-plattformarna skiljer sig åt markant, både i inriktning och hur de fungerar tekniskt. Vissa plattformar gör det enbart möjligt att i huvudsak publicera inlägg i text (Twitter) medan andra fokuserar på bilder (Instagram), ljud (Clubhouse), video (Youtube, Snapchat, TikTok) eller möjliggör en variation av allt (Facebook).
46. Vidare varierar det mellan plattformarna hur inlägg sprids och hur länge inlägg finns kvar. Exempelvis finns inlägg på Snapchat endast kvar i mellan en och tio sekunder varefter de försvinner för gott. Instagram erbjuder både möjlighet att publicera inlägg som finns kvar tills de aktivt tas bort eller sådana som automatiskt försvinner efter 24 timmar.
47. Genomgående för de flesta social media-plattformar är att inlägg träffar främst följare, dvs. personer som redan på förhand aktivt valt att följa en persons eller ett företags konto. De träffar typiskt sett inte andra utöver följarna, såvida inte personen själv aktivt söker upp ett konto eller inlägg, eller om kontoägaren väljer att rikta ett inlägg mot en specifik person (exempelvis på Snapchat). Olika plattformar har också olika algoritmer som styr detta. Exempelvis är det på Instagram, som är aktuellt i detta mål, inte givet att en följare av ett konto ser alla inlägg som läggs upp på det kontot. Instagram visar inte inlägg kronologiskt, utan ordningen av inlägg baseras på troligheten att personen skulle vara intresserad av det innehållet, relationen till personen/kontot som postar inlägget och tidpunkten för inlägget.
48. En person som följer 300-400 konton (vilket ofta är i underkant) ser inte alla inlägg från dessa konton. Däremot så har personen, genom att följa kontona, tydligt gett uttryck för en vilja att få del av den information som läggs upp. Att följa ett konto med alkoholreklam är således att jämställa med det som i traditionell mening anges som "beställd (efterfrågad) alkoholreklam".

49. Härutöver attraherar olika sociala media-plattformar olika målgrupper. Vilken målgrupp som faktiskt använder en viss plattform varierar också över tid, i takt med vad som är trendigt och populärt för stunden och i takt med att nya social media-plattformar lanseras. Detta framgår tydligt av den rapport som KO hänvisar till, Svenskarna och internet 2020.
50. Vidare måste det särskilt beaktas om inlägget som är föremål för prövning är ett s.k. sponsrat inlägg eller ett s.k. organiskt inlägg. Sponsrade inlägg är köpt annonsering och går att rikta mot specifik målgrupp och kan därmed få en större spridning. Sponsrade inlägg är av uppsökande natur. Organiska inlägg däremot är inlägg som man inte betalar för utan som företaget självt skapar och självt lägger upp på sitt egna konto (på motsvarande sätt som när en privatperson använder sociala medier). Organiska inlägg går inte att rikta mot specifik målgrupp utan träffar bara följare och andra som aktivt söker upp företagets sociala mediekonton/inlägg. Organiska inlägg är således till sin natur icke-uppsökande och träffar snävt.
51. Till undvikande av tvivel, inläggen i domsbilaga E och G som är föremål för prövning i detta mål är organiska inlägg. Båda inläggen har publicerats på Instagram och träffar således de personer som aktivt valt att följa Mackmyra.
52. Mackmyra menar även att det måste tas i beaktande att inlägg på sociala medier inte alltid eller nödvändigtvis har ett avsättningsfrämjande syfte. Sociala medier används både som informationskanal, varumärkesbyggande kanal och som marknadsföringskanal. Det är därför viktigt att ta med i bedömningen vilken typ av inlägg det är fråga om, om inlägget ifråga har ett avsättningsfrämjande syfte eller om syftet är ett annat. Såvitt Mackmyra kan utläsa av PMÖD:s domskäl håller domstolen med om det i och med att domstolen inleder bedömningen av varje inlägg med att ta ställning till syftet med inlägget ifråga.
53. När det gäller alkoholmarknadsföring på sociala medier är det således av stor vikt att det görs en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i varje enskilt fall. Även detta talar alltså med tydlighet för bildregelns

olämplighet i detta avseende eftersom den inte lämnar något utrymme för bedömning i det enskilda fallet.

#### Systematiken i proportionalitetsbedömningen

54. Det är något oklart vad KO menar när det gäller den påstådda otydligheten i systematiken i PMÖD:s bedömning/avvägning av den särskilda måttfullheten relaterat till det EU-rättsliga proportionalitetskravet. Mackmyra uppfattar det inte på samma sätt som KO.
55. Mackmyra uppfattar det snarare så att domstolen anser att proportionalitetsbedömningen uppfylls vid tillämpningen genom att måttfullhetsregelns utformning möjliggör en bedömning av det helhetsintryck och budskap som marknadsföringen förmedlar med hänsyn till den krets till vilken den riktar sig, det medium som används och det innehåll marknadsföringen har, samtidigt som det också görs en avvägning mellan näringsidkarens intresse av att kunna marknadsföra sin produkt och konsumenternas intresse av produktinformation å ena sidan och skyddet för folkhälsan å den andra.

#### Bedömning i det enskilda fallet

56. När det gäller bedömningen av inläggen ifråga, domsbilaga E och G, menar Mackmyra i första hand att domsbilaga E och G inte har ett avsättningsfrämjande syfte. Inläggens syfte har varit att bygga och kommunicera Mackmyras varumärke, att skapa dialog med kunderna och att ge kunderna produktinformation. Det framgår framförallt av texterna, men även av bildernas neutrala utformning.
57. För det fall inläggen anses ha ett avsättningsfrämjande syfte delar Mackmyra PMÖD bedömning och slutsats. Inget av inläggen ger, varken i bild, text eller sett i sin helhet, ett osakligt eller annars uppseendeväckande intryck eller sätter drycken i något olämpligt sammanhang. Inte heller är inläggen konsumtionsdrivande.
58. Domsbilaga E visar en konstnärlig tolkning av produkten Sommartid. Bilden återger produkten mot en bakgrund som speglar svensk natur som är en grundbult i Mackmyras varumärke. Inlägget är neutralt och sakligt. Frågan i

texten "Which Mackmyra is your all time favourite?" är ägnad att skapa dialog med målgruppen.

59. Vid en helhetsbedömning så ger inlägget information om att produkten finns samt förmedlar även uppgift om hur olika produkter har uppfattats av enskilda personer. Som PMÖD konstaterar strider inte heller kommentarerna mot måttfullhetskravet. Tvärtom ger inlägget saklig information om de marknadsförda produkterna, information som är av vikt för att kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut.
60. Ingenting i inlägget uppmanar till bruk eller förskönar eller glorifierar alkoholkonsumtion. Under dessa omständigheter kan inte folkhälsoskäl väga tyngre än Mackmyras intresse av att kunna marknadsföra alkoholdrycken ifråga.
61. Domsbilaga G har även den en konstnärlig utformning. Bilden återger produkten mot en bakgrund som speglar svensk natur. Den har tydliga kopplingar till produktens ursprung och dess naturliga råvaror. Bilden är neutral och saklig. Texten om att produkten är en s.k. limited edition - dvs. att produkten förekommer i begränsad upplaga - och att produkten fortfarande finns tillgänglig att köpa är informativ och saklig produktinformation.
62. Även detta inlägg förmedlar saklig information (produkten går att beställa), den ser ut på ett visst sätt och har ett visst ursprung. Allt detta utgör saklig information som är av vikt för att kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut.
63. Ingenting i inlägget förskönar eller glorifierar alkoholkonsumtion. Under dessa omständigheterna kan inte folkhälsoskäl väga tyngre än Mackmyras intresse av att kunna marknadsföra alkoholdrycken ifråga.
64. Sammantaget är alltså inläggen neutrala och sakliga. Det finns genomgående en naturlig koppling mellan produkterna, de sammanhang där produkterna naturligt förekommer och de värderingar som Mackmyras varumärke representerar, nämligen det svenska arvet och den svenska naturen. Inte någon del av inläggen kan anses medverka till att vidmakthålla eller öka konsumtionen av alkohol. Särskilt inte för den aktuella målgruppen av den

här typen av exklusiv whisky där sannolikheten för överkonsumtion är mycket låg.

65. Härutöver ska också beaktas att inläggen - i och med sin karaktär av organiska inlägg på Instagram - till sin natur är icke-uppsökande och icke-påträngande. Inläggen på Instagram nås enbart av de personer som självmant följer eller aktivt går in på Mackmyras Instagram-konto för att ta del av inläggen vid en tid som passar dem. Även detta är omständigheter som talar för att inläggen inte är konsumtionsdrivande. Att följa ett konto med alkoholreklam är således att jämställa med det som i traditionell mening anges som "beställd/efterfrågad alkoholreklam" (beställning/efterfrågan ligger i det aktiva valet att följa). Att beställd alkoholreklam inte kan anses påträngande framgår för övrigt av Marknadsdomstolens praxis (MD 2015:7).

#### ***Angående fördelning av rättegångskostnader***

66. Mackmyra motsätter sig ändring av PMÖD:s beslut om fördelning av rättegångskostnaderna.
67. KO har i första hand yrkat att bildregeln ska tillämpas på bilderna i marknadsföringen och har i andra hand gjort gällande att inläggen (bestående av bilder och texter) strider mot kravet på särskild måttfullhet. Även om båda yrkandena tar sikte på förbud är grunderna för KO:s förstahandsyrkande och andrahandsyrkande väsentligen olika. Reglerna har olika rekvisit och Mackmyra har, som svarandepart, haft att bemöta vad KO har gjort gällande både i första hand och i andra hand.
68. Mackmyra delar inte KO:s uppfattning om att andrahandsyrkandet med tillhörande vitesförbud skulle vara mer vidsträckt eller mer ingripande än förstahandsyrkandet med stöd av bildregeln och att KO därför inte ska anses som tappande part. Ett förbud enligt KO:s andrahandsyrkande avser en kombination av bild och text och länk. Ett förbud enligt andrahandsyrkandet är därför mindre omfattande för en näringsidkare än ett förbud med stöd av bildregeln som avser ett brett förbud att på internet visa bilder med angivna föremål.

69. Det har varit oklart om effektlandsprincipen eller ursprungslandsprincipen ska tillämpas på den påtalade marknadsföringen. I denna del har Mackmyra argumenterat för att effektlandsprincipen ska tillämpas och KO för att ursprungslandsprincipen ska tillämpas. Den argumentation och bevisning som parterna har åberopat i dessa delar har inte varit särskilt omfattande eller kostnadsdrivande. Det saknas därför all anledning att vid fördelningen av rättegångskostnaderna betrakta Mackmyra som tappande part i denna del. Därtill kommer att denna fråga varit så pass oklar att till och med PMD uttryckligen avstått från att ta ställning till vilken princip som ska ha företräde. Det har därför funnits ett stort behov av klargörande i denna fråga och det är uppenbart att KO genom detta mål velat skapa ett prejudikat eftersom frågan lämnats oreglerad av lagstiftaren. Det finns därför även av detta skäl all anledning att inte låta Mackmyra stå för KO:s kostnader i detta mål<sup>3</sup>.
70. Mackmyra anser att PMÖD:s fördelning av rättegångskostnaderna är riktig. Tyngdpunkten i målet har varit bildregeln och Mackmyras invändning om att bildregeln inte är förenlig med EU-rätten. I denna del har KO varit tappande part och Mackmyra vinnande part. KO:s andrahandsyrkande har endast till viss del vunnit bifall. Det råder därmed inte någon tvekan om att Mackmyra är den part som till störst del har vunnit och det är därmed skäligt att Mackmyra i vart fall får ersättning med en tredjedel av bolagets rättegångskostnader.
71. Mackmyra delar inte KO:s uppfattning om att PMÖD:s avgörande väcker frågor om hushållningen med allmänna medel och kravet att framställa tydliga och precisa yrkanden om förbud. Det är KO som avgör hur KO:s talan ska föras och vilka rättsliga grunder som ska åberopas till stöd för KO:s talan. KO har därmed alla möjligheter att vid valet av hur talan ska föras välja den talan som har störst sannolikhet att bifallas och anpassa sitt yrkande och grunder därefter. På så sätt kan KO hushålla med allmänna medel. Om KO däremot väljer att framställa alternativa yrkanden och grunder på sätt som har

---

<sup>3</sup> Se Levin, *Marknadsföringslagen – en kommentar*, elektronisk kommentar till 64 § MFL (uppdaterad 1 januari 2021).

gjorts i detta mål måste Mackmyra som svarandepart tillvarata sina intressen och svara på vad som görs gällande av KO både i första hand och i andra hand. Detta gäller i synnerhet när olika regler med olika rekvisit åberopas av KO. När KO är tappande part i förhållande till sitt förstahandsyrkande måste KO därför förpliktas att ersätta Mackmyras kostnader i den delen.

### **Bevisuppgift**

72. Mackmyra åberopar följande bevisning i Högsta domstolen.

### ***Skriftlig bevisning***

73. Statistik från Google Analytics, till styrkande av att den påtalade marknadsföringen är inriktad mot en övervägande del utländsk publik (aktbilaga 21 och 22).
74. Statistik från Instagram, till styrkande av att den påtalade marknadsföringen är inriktad mot en övervägande del utländsk publik (aktbilaga 54).

### ***Muntlig bevisning***

75. Förhör vid PMD under sanningsförsäkran med Magnus Dandanell, tidigare VD på Mackmyra, adress som bolaget, angående bolaget, bolagets produkt och målgrupp samt bolagets marknadsföringsåtgärder både generellt och i detta specifika fall, till styrkande av att den påtalade marknadsföringen är inriktad mot en övervägande del utländsk publik, att alkohollagens regler om marknadsföring inte är tillämpliga, att det av KO yrkade förbudet skulle innebära ett oproportionerligt ingrepp i Mackmyras rätt att marknadsföra sina produkter i EU och att det i praktiken skulle innebära att Mackmyra förhindras att använda sociala medier för marknadsföring riktad mot utlandet samt att den påtalade marknadsföringen oavsett uppfyller kravet på särskild måttfullhet.
76. Vittnesförhör vid PMD med Lisa Collins, adress som bolaget, angående bolaget, bolagets produkt och målgrupp samt bolagets marknadsföringsåtgärder både generellt och i detta specifika fall, till styrkande av att den påtalade marknadsföringen är inriktad mot en övervägande del utländsk publik, att alkohollagens regler om marknadsföring inte är tillämpliga, att det



av KO yrkade förbudet skulle innebära ett oproportionerligt ingrepp i Mackmyras rätt att marknadsföra sina produkter i EU och att det i praktiken skulle innebära att Mackmyra förhindras att använda sociala medier för marknadsföring riktad mot utlandet samt att den påtalade marknadsföringen oavsett uppfyller kravet på särskild måttfullhet.

77. Vittnesförhör vid PMD med Shane Pirie, Mackmyra Swedish Whisky Ltd, adress som bolaget, angående bolagets marknadsföringsåtgärder inriktade mot den brittiska marknaden och hur bolaget arbetar med sin marknadsföring, till styrkande av att den påtalade marknadsföringen är inriktad mot en övervägande del utländsk publik och att det av KO yrkade förbudet skulle innebära ett oproportionerligt ingrepp i Mackmyras rätt att marknadsföra sina produkter i EU.
78. Förhör vid PMD med Mattias Grundström, Alkoholgranskningsmannen, Kungsgatan 35, 111 56 Stockholm, angående sina erfarenheter och kunskaper om dessa regler och tillämpningen i praktiken [alkohollagens marknadsföringsregler och dess förhållande till EU-rätten], till styrkande av vikten av att företag ska kunna marknadsföra sina produkter på internet och sociala medier, hur marknadsföring görs på internet och sociala medier, att alkoholmarknadsföringen och metoderna för marknadsföring förändrats över tid, att måttfullhetskravet måste anpassas till utvecklingen i samhället, att bildregeln i detta fall i princip innebär ett totalförbud mot marknadsföring, att ett förbud i praktiken skulle leda till att Mackmyra hindras från att marknadsföra sina produkter mot utlandet och utländsk publik.
79. Enligt Mackmyra kan Högsta domstolen ta del av de inspelningar som gjordes av förhören med Magnus Dandanell, Lisa Collins, Shane Pirie och Mattias Grundström vid PMD.

Stockholm som ovan

  
Magdalena Berg

  
Alexandra Persson