

Ink 2019 -11- 08

Akt
Aktbil

SVEA HOVRÄTT

Ink 2019 -11- 18

Målnr
Aktbilaga

SVEA HOVRÄTT

INKOM: 2019-11-18
MÅLNR: PMT 12229-19
AKTBIL: 1

2019-11-07

Patent- och marknadsöverdomstolen

ÖVERKLAGANDE

KLAGANDE: Mackmyra Svensk Whisky AB
Kolonnvägen 2
802 67 Gävle

OMBUD: Advokat Alexandra Persson
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

Tel: 08 - 566 177 00
Fax: 08 - 566 177 99
E-post: alexandra.persson@bakermckenzie.com

Advokat Magdalena Berg
PG Magnusson Advokatbyrå KB
Box 17413
103 91 Stockholm

Tel: 08 -463 75 00
E-post: magdalena.berg@magnussonlaw.com

MOTPART: Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

ÖVERKLAGAT
AVGÖRANDE: Patent- och marknadsdomstolens dom den 17 oktober 2019 i mål nr
5507-18

SAKEN: Överträdelse av marknadsföringslagstiftning

Som ombud för Mackmyra Svensk Whisky AB ("Mackmyra") får vi härmed överklaga rubricerat avgörande och yrka och anföra följande.

1. Yrkanden

Mackmyra yrkar att Patent- och marknadsöverdomstolen meddelar prövningstillstånd och med ändring av Patent- och marknadsdomstolens dom den 17 oktober 2019 i mål nr 5507-18 ogillar Konsumentombudsmannens talan i sin helhet.

Mackmyra yrkar även att Konsumentombudsmannen ska ersätta Mackmyra för dess rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen med där yrkat belopp.

Mackmyra yrkar ersättning för sina rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen.

2. Skäl för prövningstillstånd

Med hänvisning till och med åberopande av vad Mackmyra anför och utvecklar i detta överklagande, åberopar Mackmyra följande skäl för prövningstillstånd:

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det beslut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
- under alla omständigheter går det inte att bedöma riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas, och
- det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.

3. Grunder för prövningstillstånd

Målet i Patent- och marknadsdomstolen avsåg i huvudsak de tre huvudfrågorna som listas nedan, för vilka det för finns grund för prövningstillstånd i samtliga.

1) Frågan om svensk rätts tillämplighet och om det är effektlandsprincipen eller sändarlandsprincipen som ska tillämpas

Patent- och marknadsdomstolen har felaktigt gjort en slags hybridtolkning av både sändarlandsprincipen och effektlandsprincipen där domstolen öppnar upp för möjligheten att sändarlandsprincipen potentiellt ska vinna företräde framför effektlandsprincipen vid den aktuella typen av marknadsföring. Domstolen säger samtidigt att det *"ger upphov till en rad svåra gränsdragningsproblem"* och domstolen stannar därför vid att alkohollagens regler är tillämplig eftersom *"marknadsföringen har effekt i Sverige"*. Patent- och marknadsdomstolen skäl och slutsats i denna del är enligt Markmyra inte bara felaktig utan öppnar också upp för en osäkerhet som tidigare inte funnits om vilken princip som ska gälla inom svensk marknadsrätt. För att få klarhet i detta och vilken princip som gäller krävs det vägledning för rättstillämpningen från Patent- och marknadsöverdomstolen.

Vid bedömning av om Mackmyras inlägg på Facebook och Instagram har effekt i Sverige beaktar domstolen felaktigt att bolaget har säte i Gävle, att majoriteten av aktieägarna är svenska och att majoriteten av flaskförsäljningen sker i Sverige. Dessa omständigheter saknar fullständigt relevans för frågan om i vilket land de påtalade sociala medie-inläggen har effekt eller mot vilken målgrupp de har riktats, och är snarare omständigheter som bör beaktas vid en tillämpning av sändarlandsprincipen.

Patent- och marknadsdomstolen har felaktigt funnit att samtliga påtalade inlägg har effekt i Sverige. Inläggen är riktade mot en övervägande del utländsk publik och utländsk marknad, enligt vad som utvecklats i detalj vid Patent- och marknadsdomstolen. De faller därmed utanför alkohollagens och marknadsföringslagens tillämpningsområde.

2) Frågan huruvida alkohollagens bildregel och måttfullhetskrav, liksom tillämpningen av desamma på de aktuella inläggen, är förenlig med EU-rätten

Patent- och marknadsdomstolen har i målet tillämpat bildregeln och varken tillämpningen eller regeln har ansetts oförenlig med artikel 34 och 35 i EUF-fördraget. Domstolens bedömning i denna del är behäftad med sådana brister att den

får sägas vara ett utslag av uppenbart felaktig rättstillämpning. Det är dessutom av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.

Vad gäller tillämpningen av bildregeln i det aktuella målet kan inledningsvis noteras att Patent- och marknadsdomstolens resonemang och slutsats om att alkohollagens regler om marknadsföring är tillämpliga så länge "marknadsföringen har effekt i Sverige" får som konsekvens att svenska bolag som använder sociala medier som plattform för kommunikation och marknadsföring alltid kommer behöva följa svenska marknadsföringsregler - även när de riktar sig mot utlandet och försöker nå sin målgrupp i utlandet. Det är nämligen närmast oundvikligt att inte få någon effekt alls i hemlandet när det är fråga om kommunikation och marknadsföring på sociala medier. Att behöva följa de strikta svenska alkoholmarknadsföringsreglerna vid marknadsföring när man riktar sig mot sin utländska målgrupp medför att marknadsföringen förlorar sitt syfte och inte är effektiv. Det är uppenbart att Patent- och marknadsdomstolens onyanserade bedömning begränsar Mackmyras möjlighet att använda sociala medier som marknadsföringskanal och verkar starkt konkurrenshämmande inom EU.

Vad gäller reglerna som sådana kan konstateras att Patent- och marknadsdomstolen inte gör någon prövning huruvida bildregeln innebär en otillåten inskränkning av den fria rörligheten inom EU.

På sid 23 anför Patent- och marknadsdomstolen att *"Regler som begränsar möjligheten att göra reklam för alkohol i syfte att motverka alkoholmissbruk bidrar till att skydda folkhälsan"*, samt hänvisar till EU-domstolens avgörande. Värt att notera här är att vad EU-domstolen angett är att en inskränkning av alkoholreklam kan vara ändamålsenlig. Det är dock inte samma sak som att den också är nödvändig och proportionerlig. Patent- och marknadsdomstolen gör inte någon som helst bedömning av nödvändigheten av den långtgående begränsningen.

Patent- och marknadsdomstolens konstaterande på sid 24 att det räcker med en "motivering" för att det ska vara tillåtet att begränsa den fria rörligheten är uppenbart felaktigt. Det krävs ändamålsenlighet, nödvändighet samt proportionalitet (jämför MD 2003:5 s. 24).

Under den mycket knapphändigt redovisade proportionalitetsbedömningen inleder domstolen med att hänvisa till Regeringen. Av EU-domstolens praxis följer dock att nationell domstol ska göra en självständig bedömning av frågan om ett förbud eller en inskränkning är proportionerlig. Att som Patent- och marknadsdomstolen gör, hänvisa till att Regeringen redan bedömt proportionaliteten, är således direkt felaktigt eftersom det då inte längre är fråga om någon självständig bedömning. Det torde för övrigt knappast förekomma att en Regering vid införandet tillstår att en föreslagen reglering strider mot EU-rätten. Detta torde också vara ett av skälen till kravet på nationell domstol att "underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som, om den tillämpades, i det konkreta fallet skulle leda till ett resultat som strider mot unionsrätten" (se EU-domstolens dom den 4 oktober 2018 i mål C-384/17, EU:C:2018:810, Link Logistik N&N, punkt 61 med där gjord hänvisning, och Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 15 januari 2019 i mål PMT 7401-17).

I såväl skrivelsen från EU-kommissionen i dnr S2007/3209/FH (refererad i prop. 2007/08:119) som i praxis (jfr MD 2003:5 m.fl.) anges hur en proportionalitetsbedömning ska göras. Det ska göras en "fullständig intressevägning mellan annonsförbudets fördelar för det allmänna och förbudets nackdelar för gemenskapshandeln". Liksom i förevarande fall är ändamålet folkhälsoskydd genom en begränsning av alkoholkonsumtionen. "Proportionalitetsprövningen innefattar således en prövning av annonsförbudets [-regleringens] ändamålsenlighet i förhållande till detta folkhälsomål".

Patent- och marknadsdomstolen motiverar bedömningen av bildregeln som proportionerlig med att det fortfarande är möjligt att marknadsföra produkter i t.ex. dagstidningar. Ett sådant resonemang innebär att allt utom ett totalförbud är proportionerligt eftersom det alltid kan motiveras med att det fortfarande föreligger en "möjlighet" att marknadsföra produkten. Att reducera proportionalitetsbedömningen på det sättet torde vara uppenbart oriktigt. EU-kommissionen underkände ett sådant resonemang redan 2007. I båda fallen var det möjligt att marknadsföra en produkt men eftersom de åtgärder en (utländsk) aktör var tvungen att vidta var för långtgående så underkändes regleringen. Det ska noteras att Sverige valde att ändra lagstiftningen till följd av detta.

Proportionalitetsbedömningen går alltså inte ut på frågan om det fortfarande går att marknadsföra produkten, utan frågan är om inskränkningen är för långtgående. Det tål att påpekas att det är Sverige som ska bevisa att åtgärden är proportionerlig (se prop. 2007/08:119 s. 32). Det kan konstateras att någon bevisning för varför bildregeln är proportionerlig har inte åberopats eller givits in av Konsumentombudsmannen vid Patent- och marknadsdomstolen. Bevisbördans placering torde om inte annat därmed avgöra den här frågan.

Att Patent- och marknadsdomstolen motiverar sin bedömning av proportionaliteten med att Mackmyra kan annonsera i dagstidningar är dessutom direkt felaktigt eftersom det enligt 7 kap. 4 § alkohollagen är förbjudet med annonser för starksprit i press. Det är högst anmärkningsvärt att domstolen baserar sin slutsats på ett lagstridigt förhållande.

Det torde också vara uppenbart fel att på ett sådant lättvindigt sätt i en sådan avancerad fråga likställa annonsering i dagstidningar med marknadsföring på sociala medier, vilket det ju faktiskt är fråga om här. Annonser i press och marknadsföring på sociala medier har helt olika karaktär och förutsättningar. Annonser i tryckt press har ett tydligt säljbudskap och avsättningsfrämjande syfte för en viss produkt eller tjänst. Det finns en given spridning av mediet ifråga och målgruppen är på förhand känd. Mediet är uppsökande och träffar brett och generellt. Sociala medier däremot är mer komplext. Inlägg på sociala medier har inte nödvändigtvis ett avsättningsfrämjande syfte. Företag använder sociala medier både som informationskanal, varumärkesbyggandekanal och som marknadsföringskanal. Det är därför viktigt att ta med i bedömning vilken typ av inlägg det är fråga om, vilket Patent- och marknadsdomstolen inte alls gör. Härtill är det skillnad på s.k. sponsrade inlägg som är köpt annonsering och som går att rikta mot specifik målgrupp, och s.k. organiska inlägg som man inte betalar för, inte går att rikta, utan läggs upp av företaget själv och träffar följare och andra som aktivt söker upp ett företags sociala mediekonton/inlägg, på motsvarande sätt som när en privatperson använder sociala medier. Den påtalade marknadsföringen består av organiska inlägg som till sin natur är icke-uppsökande och träffar snävt. Inte heller detta beaktar Patent- och marknadsdomstolen.

Det torde vara uppenbart att Patent- och marknadsdomstolen inte gjort någon fullständig intressevägning mellan begränsningens fördelar för det allmänna och dess nackdelar för gemenskapshandeln. Domstolen har därmed inte följt gällande praxis. Mackmyra anser att det som anges i MD 2003:5 i allt väsentligt även gäller för bildregeln, särskilt då dess utformning, som i princip förbjuder återgivandet av allt i bild, är att jämställa med ett totalförbud.

Sammanfattningsvis har domstolen alltså avvikit från kravet att pröva om bildregeln är en otillåten inskränkning av den fria rörligheten inom EU, underlåtit att bedöma nödvändigheten med bildregeln samt underlåtit att i proportionalitetsbedömningen genomföra en fullständig intressevägning mellan inskränkningens fördelar för det allmänna och förbudets nackdelar för gemenskapshandeln.

Enligt Mackmyra är begränsningen i bildregeln alltför långtgående i förhållande till ändamålet och den är oproportionerlig i EU-rättslig mening. Därmed föreligger hinder mot att i målet godta det av Konsumentombudsmannen åberopade förbudet grundat på 7 kap. 5 § alkohollagen.

3) *Beträffande bedömningen av de svenska reglerna på inläggen ifråga*

Utöver det ovan anförda finns även skäl att ifrågasätta riktigheten i Patent- och marknadsdomstolens tillämpning av bildregeln utifrån kriteriet "kommersiell annons".

Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att samtliga Facebook och Instagram-inlägg som är aktuella i målet utgör kommersiella annonser och att bildregeln därför ska tillämpas på inläggen ifråga. Som motivering anför domstolen att *"samtliga inlägg innefattar bilder på produkter ur Mackmyras sortiment", "produkterna är de centrala elementen i inläggen"* samt att *"i tre inlägg har även en länk till en webbplats där Mackmyras produkter finns bifogats bilderna"*.

Här ska påpekas att två av länkarna ifråga leder till Mackmyras hemsida. Att länka till sin egen hemsida är knappast en indikator eller måttstock för när inlägg på sociala medier ska utgöra kommersiell annons eller inte. Inte heller kan förekomsten av produkten i bilden göra det. Att återge produkten ifråga kan likväl ha ett informativt,

kommunikativt eller varumärkesbyggande syfte. Här kan jämföras följande uttalande på sida 40 i SOU 2017:113 s 40 (som domstolen själv hänvisar till i andra utvalda delar på samma sida) *"Med kommersiell annons menas alltså huvudsakligen ett av annonsören betalt meddelande. Annonsen ska syfta till försäljning av de nämnda produkttyperna. Att annonsen är kommersiell i annat hänseende är inte tillräckligt. Om en annons härrör från någon annan än den som har ett kommersiellt intresse av att främja avsättningen av varan utgör annonsen inte en kommersiell annons"*. Här ska särskilt framhållas att:

- inget av de påtalade inläggen är betalda sponsrade annonser, det är s.k. organiska inlägg som Mackmyra lagt upp själv och inte betalat för,
- inget av inläggen syftar till försäljning av de nämnda produkttyperna, de har haft som syfte att bygga och kommunicera Mackmyras varumärke, att skapa dialog med kunderna och att ge kunderna produktinformation,
- två av inläggen härrör från andra. Inlägget i domsbilaga 5 är främst en information om och för Kafe Rang och i bilden återges tre olika alkoholprodukter från tre olika aktörer, och inlägget i domsbilaga 6 är skapat och upplagt på Instagram av en privatperson som Mackmyra sedan repostat.

Patent- och marknadsdomstolens bedömning i denna del är enligt Mackmyra felaktig. I vart fall krävs prövningstillstånd för att avgöra detta. Eftersom det inte tidigare gjorts någon rättslig prövning av om, när och hur sociala medie-inlägg kan anses som kommersiell annons finns det ett stort behov av vägledning här, inte minst i ljuset av det ökade användningen av sociala medier som kanal för marknadsföring och kommunikation.

Det ska också påpekas att samtliga de bildelement som visas på de aktuella inläggen har koppling till Mackmyras varumärke och ingredienserna i produkten, enligt vad som enligt utvecklats i detalj vid Patent- och marknadsdomstolen. Även av detta skäl finns alltså skäl att ej fälla inläggen enligt bildregeln.

För det fall Patent- och marknadsöverdomstolen överhuvudtaget finner att svensk rätt ska tillämpas på inläggen ifråga ska bedömningen göras enligt måttfullhetskravet och inte bildregeln. Även vid en sådan bedömning gör Mackmyra gällande att inläggen uppfyller kravet på särskild måttfullhet.

4) *Beträffande förbudspåståendenas utformning*

Utöver punkt 1-3 finnas skäl att bevilja prövningstillstånd baserat på förbudspåståendenas avsaknad av tydlighet och precision vilket medför betydande svårigheter för Mackmyra att efterleva förbudet.

Patent- och marknadsdomstolen har formulerat förbudspåståendena så att de omfattar Mackmyras marknadsföring av alkoholdryck mot konsument på *internet*, dvs internet generellt. Detta trots att de inlägg som KO påtalat och som var uppe till prövning endast utgjorde s.k. sociala medie-inlägg på Facebook och Instagram. Med formuleringen *internet* får förbudspåståendena en betydligt bredare räckvidd än vad som varit föremål för prövning och det skulle i teorin kunna innefatta även motsvarande bilder som finns på företagshemsidan, årsredovisning som finns tillgänglig på internet etc. Eftersom företagshemsidan, årsredovisning mm inte nödvändigtvis är att anse som kommersiell annons blir effekten att förbudspåståendena riskerar att träffa bredare än vad alkohollagens bildregel föreskriver eftersom den endast avser kommersiella annonser.

Med den generella formuleringen på *internet* synes Patent- och marknadsdomstolen, utan någon närmare motivering, också ha utformat ett förbud som inte har någon begränsning när det gäller geografisk räckvidd. Ett sådant förbud är orimligt och det är ytterst oklart för Mackmyra om förbudet exempelvis omfattar marknadsföring som Mackmyra gör och riktar mot exempelvis USA eller Kina.

Utformningen av förbudspåståendena kan alltså inte anses stå i överensstämmelse med kraven i lag om viten.

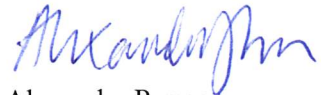
3. Utveckling av talan för överklagandet

Mackmyra vidhåller sin talan såsom anförts i tidigare instans och begär att få återkomma med utveckling av talan när frågan om prövningstillstånd avgjorts.

Stockholm som ovan



Magdalena Berg



Alexandra Persson