

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 23 december 2021

Mål nr

T 2517-21

PARTER

Klagande

Konsumentombudsmannen

Box 48

651 02 Karlstad

Motpart

Mackmyra Svensk Whisky AB, 556567-4610

Kolonnvägen 2

802 67 Gävle

Ombud: Advokat Magdalena Berg

PG Magnusson Advokatbyrå AB

Box 7413

103 91 Stockholm

Ombud: Advokat Alexandra Persson

Baker & McKenzie Advokatbyrå KB

Box 180

101 23 Stockholm

SAKEN

Marknadsföring av alkoholdryck

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolens dom 2021-03-26 i mål
PMT 12229-19

Patent- och marknadsöverdomstolens dom

se Bilaga

DOMSLUT

Högsta domstolen ändrar Patent- och marknadsöverdomstolens domslut under punkten 4 på så sätt att Mackmyra Svensk Whisky AB även förbjuds vid äventyr av vite om en miljon (1 000 000) kr att på Instagram, eller i väsentligen liknande sociala mediekkanaler, marknadsföra alkoholdryck gentemot konsument genom att visa:

- en bild på två Mackmyraflaskor monterade som ett tinglas eller en väsentligt liknande bild på sätt som framgår av domsbilaga 4 till Patent- och marknadsdomstolens dom, och
- en bild på en Mackmyraflaska på en klippa i en fors eller en väsentligt liknande bild på sätt som framgår av domsbilaga 6 till Patent- och marknadsdomstolens dom.

Högsta domstolen ändrar Patent- och marknadsöverdomstolens dom också i fråga om rättegångskostnader och befriar Konsumentombudsmannen från skyldighet att ersätta Mackmyras rättegångskostnader i Patent- och marknadsdomstolen och Patent- och marknadsöverdomstolen samt förpliktar

Mackmyra att ersätta Konsumentombudsmannen för dennes rättegångskostnader

- i Patent- och marknadsdomstolen med 138 000 kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 17 oktober 2019, och
- i Patent- och marknadsöverdomstolen med 22 464 kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 23 mars 2021.

Högsta domstolen förpliktar Mackmyra att ersätta Konsumentombudsmannens rättegångskostnad i Högsta domstolen med 57 000 kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för Högsta domstolens dom.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Konsumentombudsmannen har yrkat att Högsta domstolen, med ändring av Patent- och marknadsöverdomstolens domslut under punkten 4, ska bifalla talan såvitt avser de två bilder som finns i bilagorna 4 och 6 till Patent- och marknadsdomstolens dom.

Konsumentombudsmannen har yrkat ersättning för rättegångskostnader i samtliga instanser och befrielse från skyldigheten att ersätta Mackmyra Svensk Whisky AB:s rättegångskostnader.

Mackmyra har motsatt sig att Patent- och marknadsöverdomstolens dom ändras och yrkat ersättning för rättegångskostnad i Högsta domstolen.

DOMSKÄL

Inledning

1. Mackmyra, som har säte i Gävle, tillverkar och säljer whisky. Försäljningen sker i Sverige men också i vissa andra EU-länder. Bolaget

marknadsför whiskyn i sociala medier, bl.a. på sitt Instagramkonto. Medierna är tillgängliga för konsumenter såväl här i landet som utomlands.

2. Målet gäller nu om ett marknadsrättsligt ingripande ska ske på grund av två bilder som Mackmyra har använt på Instagram eller om unionsrätten hindrar detta.

Marknadsföring av alkohol

3. Svensk marknadsföringsrätt är tillämplig. Specifika bestämmelser om marknadsföring av alkohol finns i 7 kap. alkohollagen (2010:1622).

4. Som grundregel gäller enligt 1 § att särskild måttfullhet ska iakttas vid marknadsföringen. Denna får inte vara påträngande, uppsökande eller uppmana till bruk av alkohol. Marknadsföringen får inte heller rikta sig särskilt till barn eller till ungdomar som inte har fyllt 25 år.

5. I 5 § finns den regel som målet i första hand rör, den s.k. bildregeln. Paragrafen ställer vissa särskilda krav på utformningen av framställningar av bilder i kommersiella annonser. En sådan framställning får endast omfatta en återgivning av varan eller råvaror som ingår i varan, enstaka förpackningar eller varumärke eller därmed jämförligt kännetecken. Det finns även begränsningar i fråga om annonsernas storlek och innehåll.

6. Om ett handlande strider mot 1 eller 5 §, ska marknadsföringen anses vara otillbörlig. Det innebär att den kan förbjudas med stöd av marknadsföringslagen (2008:486). Förbudet kan utöver den aktuella otillbörliga marknadsföringen avse också liknande åtgärder.

Närmare om bildregeln

7. För att bildregeln i 7 kap. 5 § alkohollagen ska vara tillämplig krävs det att marknadsföringen sker just genom en kommersiell annons. Begreppet kommersiell annons är ett snävare begrepp än marknadsföring och reklam. Meddelandet ska främja avsättningen och ha rent kommersiella förhållanden

till föremål, dvs. avse en näringsidkares näringsverksamhet och t.ex. en vara som tillhandahålls i denna (jfr prop. 1977/78:178 s. 50). Bedömningen av vad som utgör en kommersiell annons får göras i varje enskilt fall med beaktande av utformningen, presentationen och framför allt innehållet på t.ex. en webbsida.

8. Som lagtexten är skriven verkar bildregeln inte ge något egentligt utrymme för lämplighetsöverväganden. Men även om regeln enligt ordalydelsen är tämligen strikt utformad, måste den ändå i det enskilda fallet på vanligt sätt tolkas och tillämpas utifrån de ändamålsskäl som bär upp den. Liksom vid andra myndighetsåtgärder som utgör ingrepp i ett enskilt intresse ska det, när det övervägs om en marknadsrättslig åtgärd får grundas på bildregeln, göras en proportionalitetsbedömning av om överträdelsen är sådan att den motiverar ingripandet. Omständigheterna kan vara sådana att ett marknadsrättsligt ingripande är obefogat när en framställning i bild visserligen formellt sett faller utanför vad bildregeln tillåter men detta inte har någon betydelse för de intressen som regeln ska skydda.

Marknadsföringen strider mot bildregeln

9. De två bilder som är omtvistade i målet kan förenklat beskrivas så här: På den ena är två flaskor av märket Mackmyra monterade mot varandra i ett tinglas som står på en sten med ett stilla vattendrag i bakgrunden. På den andra bilden står en flaska av märket Mackmyra på en klippa vid en strömmande fors med ett snölandskap i bakgrunden. Bilderna är i färg, och whiskyflaskorna får sägas vara presenterade på ett tilltalande sätt.

10. Bildregeln i 7 kap. 5 § alkohollagen medger endast att framställningen omfattar en återgivning av varan eller råvaror som ingår i denna, enstaka förpackningar och varumärket. De nu aktuella framställningarna går klart utöver den möjlighet som regeln ger i fråga om den bildmässiga utformningen. Som Patent- och marknadsdomstolen har konstaterat måste det också anses

röra sig om kommersiella annonser. Marknadsföringen strider därmed mot bildregeln.

En unionsrättslig dimension

Inledning

11. Som framgår har saken emellertid en unionsrättslig dimension. Annonserna med de två bilderna är riktade även mot konsumenter i andra EU-länder. En tillämpning av bildregeln i 7 kap. 5 § alkohollagen på annonserna skulle kunna begränsa Mackmyras möjlighet att på detta sätt marknadsföra och sälja whiskyn till andra medlemsstater. Även Konsumentombudsmannen har uppfattningen att en användning av bildregeln i detta fall skulle ha en hindrande effekt på den fria rörligheten för varor inom EU.

12. Frågan är då om ett marknadsrättsligt förbud inte får riktas mot Mackmyra med stöd av bildregeln, eftersom en tillämpning av den regeln här skulle komma i konflikt med unionsrättens bestämmelser om fri rörlighet för varor. Närmare bestämt gäller det om en tillämpning av bildregeln har tillräckligt stöd i de undantag från principen om den fria rörligheten som får göras med stöd av artikel 36 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Domstolarnas bedömning i detta fall

13. Patent- och marknadsdomstolen gjorde bedömningen att en tillämpning av bildregeln är förenlig med de undantagsmöjligheter som unionsrätten ger i artikel 36 i EUF-fördraget. Patent- och marknadsöverdomstolen har däremot ansett att bildregeln inte kan användas med hänvisning till att detta skulle strida mot unionsrätten. Eftersom marknadsföringen med dessa två bilder enligt Patent- och marknadsöverdomstolen inte är i strid med 7 kap. 1 § alkohollagen, har något ingripande mot de två annonserna inte heller gjorts med stöd av den allmänna regeln i den paragrafen.

Undantagsmöjligheterna i fördraget

14. Enligt artikel 36 i EUF-fördraget hindrar fördragets regler om fri rörlighet inte ett förbud eller en restriktion som grundas på intresset att skydda människors hälsa och liv, under förutsättning att förbudet eller restriktionen inte utgör ett medel för godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

15. Det finns en omfattande rättspraxis från EU-domstolen i anslutning till artikel 36. Domstolens principiella ställningstagande kan kort sammanfattas så att hindret måste vara ägnat att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas och detta mål ska inte kunna uppnås genom någon annan begränsning som påverkar handeln inom unionen i mindre omfattning än den valda. Åtgärden ska med andra ord vara proportionerlig. En helhetsbedömning ska göras av omständigheterna kring antagandet och tillämpningen av den inskränkande åtgärden, varvid även senare praktisk och rättslig utveckling ska beaktas.¹

16. EU-domstolen har gett uttryck för en mer restriktiv hållning till undantagsmöjligheterna i fråga om åtgärder som är diskriminerande, eller som i praktiken har sådan effekt, än när det gäller åtgärder som annars är handelsbegränsande. Av betydelse är också vad den aktuella begränsningen avser, dvs. främst vilket politikområde som åtgärden rör och i vilken utsträckning detta omfattas av medlemsstaternas egen kompetens. Enligt domstolen intar skyddet av människors hälsa den främsta platsen bland de värden och intressen som skyddas genom artikel 36; EU ska enligt artikel 168.1 sträva efter en hög nivå på hälsoskyddet. I fråga om grundläggande samhälleliga

¹ Jfr t.ex. dom Franzén, C-189/95, EU:C:1997:504, p. 75 och 76, dom Haim, C-424/97, EU:C:2000:357, p. 57 och dom Online Games m.fl., C-685/15, EU:C:2017:452, p. 51–53.

områden som omfattas av artikel 36 har domstolen också uttalat att medlemsstaterna ska ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar för att fastställa vad som krävs för att skydda det berörda intresset.²

17. I flera fall har EU-domstolen överlämnat till den berörda medlemsstaten och dess domstolar att göra den slutliga proportionalitetsbedömningen.

Den kontroll som en nationell domstol ska göra

18. Vad EU-domstolen har uttalat om innebörden av undantagsmöjligheterna i artikel 36 i EUF-fördraget är riktat framför allt till medlemsstaternas lagstiftare. Det ankommer dock även på de nationella domstolarna att bedöma om en antagen begränsning i den fria rörligheten kan stödjas på den artikeln.

19. Frågan är vilken närmare omfattning denna normprövning har. EU-domstolen har förklarat att den nationella domstolen – i syfte att kontrollera en åtgärds förenlighet med proportionalitetsprincipen – ska kontrollera relevansen av den bevisning som har lagts fram. På grundval av detta ska domstolen göra en objektiv bedömning av om utredningen rimligen gör det möjligt att anse att det medel som har valts är ägnat att uppnå det eftersträlvade målet. Bedömningen ska ta sikte också på möjligheten att uppnå detta mål genom åtgärder som är mindre begränsande för den fria rörligheten. Men det handlar inte om att konkret pröva om någon annan specifik åtgärd kunde göra det möjligt att uppnå det legitima mål som eftersträvas under samma villkor.³

20. Den nationella domstolens uppgift är alltså att göra en allmän proportionalitetskontroll. Domstolen ska kontrollera om den åtgärd som har valts rimligen kan anses proportionerlig och motiverad. Detta ska göras med utgångspunkt i de skäl som har anförts för åtgärden och vad som i övrigt framkommer genom utredningen. Det som ska bedömas är om den valda

² Se dom Scotch Whisky Association, C-333/14, EU:C:2015:845, p. 35; jfr dom Schindler, C-275/92 EU:C:1994:119, p. 60 och 61.

³ Se The Scotch Whisky Association, p. 55 och 59.

åtgärden framstår som välgrundad och rimlig utifrån ett unionsrättsligt krav på proportionalitet.

En kontroll av bildregeln

21. Det kan först konstateras att bildregeln i 7 kap. 5 § alkohollagen inte är diskriminerande i den mening som avses i unionsrätten.

22. Vidare innebär bildregeln inte något absolut förbud mot kommersiell annonsering med framställning i bild; den gör det möjligt att använda vissa i lagen angivna bilder. En näringsidkare kan alltså marknadsföra alkoholdrycker med bilder utan att komma i konflikt med regeln. Även om bildregeln är relativt strikt utformad, utesluter den inte heller att det vid en tillämpning i det enskilda fallet görs en proportionalitetsbedömning när det övervägs om ett marknadsrättsligt ingripande ska göras på grund av en viss bild (jfr p. 8).

23. I fråga om behovet av bildregeln för folkhälsan innehåller förarbetena en omfattande och detaljerad redogörelse för alkoholkonsumtionen i Sverige och för vilka medicinska, sociala och psykologiska problem som ett missbruk av alkohol ger upphov till. Det redovisas, med hänvisning till olika vetenskapliga undersökningar, hur marknadsföring av alkoholdrycker påverkar den allmänna konsumtionen men också missbruket genom att förstärka positiva attityder till alkohol och drickande, särskilt bland unga. (Se prop. 2003/04:161 avsnitt 4 och 5.)

24. Det kan här också noteras att införandet av bildregeln syftar bl.a. till att tillmötesgå en rekommendation från EU:s ministerråd om barns och ungdomars alkoholkonsumtion. En del av rekommendationen är att medlemsstaterna bör se till att alkoholhaltiga drycker inte marknadsförs på ett sätt som tilltalar barn och tonåringar.⁴

⁴ Se Rådets rekommendation av den 5 juni 2001 om unga människors, i synnerhet barn och tonåringars alkoholkonsumtion.

25. Som ett grundläggande skäl för den valda utformningen av bildregeln anges i förarbetena att alkoholreklam, för att inte locka in i missbruk, bör vara saklig och inrikta sig mer på att informera om varan än på irrelevant material, såsom bilder utan koppling till den aktuella drycken. Osaklig alkoholreklam spelar på känslor eller stämningar och påverkar människors – inte minst ungas – attityder på ett för folkhälsan mera skadligt sätt än saklig information. Av folkhälsoskäl övervägdes att helt förbjuda bilder i alkoholreklam, men ett sådant förbud ansågs för långtgående. Tillåts vissa men inte andra föremål eller företeelser på bild kan det, sägs det i förarbetena, medföra svåra gränsdragningsproblem. Det bedömdes därför nödvändigt att låta lagtexten klart ange vilka bilder som var tillåtna. På detta sätt ville man mer precist kunna beskriva vad som avses med det övergripande begreppet särskild måttfullhet i 7 kap. 1 § alkohollagen. (Jfr a. prop. s. 38 f.)

26. I lagstiftningsärendet övervägdes om en sådan reglering är förenlig med den proportionalitetsprincip som gäller enligt undantagsmöjligheterna i artikel 36 i EUF-fördraget. Eftersom detaljhandelsmonopolet och prispolitiken har kommit att anpassas till unionsrätten, ansågs de alkoholpolitiska verktygen inte längre vara lika verkningsfulla. Numera kan också marknadsföring direkt och snabbt nå ut till konsumenterna och därför spela en större roll för alkoholkonsumtionen. En bildregel av det aktuella slaget bedömdes därmed vara proportionerlig i ett unionsrättsligt perspektiv, även med tanke på att det inte rör sig om något totalförbud och att regeln avgränsas på så sätt att den kommer till användning bara när det är verkligt motiverat. (Jfr a. prop. s. 55 och 60.)

27. Bildregeln är således väsentligen motiverad av att barn och ungdomar är starkt skyddsvärda när det gäller alkoholens skadeverkningar. Reklam har ofta stor genomslagskraft, och även om den inte får rikta sig speciellt till unga befarar man att dessa är särskilt påverkbara beträffande det budskap som förs

fram också i marknadsföring som riktar sig till äldre åldersgrupper. Den närmare utformningen bygger på behovet av att få en såväl tydlig som i skyddshänseende effektiv reglering. Genom att bildregeln sätter klara ramar för vad som utgör tillåten marknadsföring på området ska lagstiftningen bli mer förutsebar, vilket också kan antas gynna handel över gränserna.

28. Visserligen har den numera teknikneutrala bildregeln getts ett vidsträckt tillämpningsområde; den omfattar alla alkoholdrycker och träffar även en del bilder som kanske inte är direkt konsumtionsdrivande. Det framstår emellertid ändå som rimligt att vid en allmän kontroll bedöma regeln som proportionerlig (jfr p. 19 och 20). I enlighet med vad EU-domstolen har uttalat intar också just åtgärder för att skydda människors hälsa den främsta platsen bland de värden och intressen som ska tillgodoses genom artikel 36.

Slutsats

29. Slutsatsen är att de två kommersiella whiskyannonserna inte är förenliga med bildregeln i 7 kap. 5 § alkohollagen och att – vid den proportionalitetskontroll som ska göras av en nationell domstol – en tillämpning av bildregeln i detta fall är berättigad enligt artikel 36 i EUF-fördraget. Den omtvistade marknadsföringen ska alltså anses som otillbörlig vid en tillämpning av marknadsföringslagen.

30. De ifrågavarande överträdelsena av bildregeln är sådana att de motiverar ett förbud. Mackmyra ska därmed förbjudas att på Instagram, eller i väsentligen liknande sociala mediekkanaler, marknadsföra alkoholdryck gentemot konsument genom att visa de två bilderna eller bilder som väsentligen liknar dessa. Förbudet bör kombineras med ett vite på en miljon kr. Patent- och marknadsöverdomstolens dom ska följaktligen ändras i enlighet med detta.

31. Vid denna utgång har Konsumentombudsmannen rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Yrkade belopp i patent- och marknadsdomstolarna är vitsordade av Mackmyra som skäliga i och för sig. Även yrkat belopp i Högsta domstolen är skäligt.

I avgörandet har deltagit justitieråden Gudmund Toijer, Ann-Christine Lindeblad, Agneta Bäcklund, Dag Mattsson (referent) och Johan Danelius. Föredragande har varit justitiesekreteraren Cecilia Andgren.