

Den svenska alkohollagens förenlighet med grundläggande friheter - kan en kvantitativ exportrestriktion för alkoholreklam motiveras genom skyddet av den egna folkhälsan?

De svenska alkoholreklamreglerna

Reglerna i 7 kap. alkohollagen (2010:1622) är, med ett undantag¹ motiverade av skyddet för folkhälsan.² Av reglerna är det tre bestämmelser som givits ett generellt och kanaloberoende tillämpningsområde; 7 kap. 1 § (måttfullhetskravet), 7 kap. 5 § (bildregeln) samt 7 kap. 6 § (förväxlingsförbudet) (i det följande gemensamt kallade alkoholreklamreglerna).

Måttfullhetskravet innebär en avvägning där saklig information är tillåten medan osakliga och/eller romantiserande uppgifter normalt anses oförenliga med kravet på särskild måttfullhet. Bildregeln innebär en mycket långtgående begränsning i vad som får återges i reklambild (oavsett medium). I princip är allting förbjudet utom det som räknas upp som tillåtet (vara eller råvara, enstaka förpackning jämte varumärke eller därmed jämförligt kännetecken). Förväxlingsförbudet ställer krav på tydlighet i fråga om den marknadsförda produkten. Måttfullhetskravet gäller vid all marknadsföring riktad till konsumenter medan de två övriga reglerna begränsas till kommersiella annonser (riktade till konsumenter).

Alkoholreklamreglernas tillämpningsområde bygger, i likhet med de allmänna marknadsrättsliga reglerna, på den s.k. effektlandsprincipen. Principen innebär att svensk marknadsrätt är tillämplig på marknadsföring som har effekt på eller riktar sig mot den svenska marknaden. Effektlandsprincipen grundade sig ursprungligen på förarbetsuttalanden till 1971-års marknadsföringslag³ och kom senare att fastställas i praxis.⁴

Att det svenska alkoholreklamregelverket varit avsett att tillämpas endast på den svenska marknaden framgår redan av förarbetena till lagen (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker (alkoholreklamlagen) där departementschefen

¹ 7 kap 9 § motiveras av Sveriges internationella handelsåtaganden och berörs inte närmare här.

² Jfr 2 § lag (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker.

³ Prop. 1970:57 s 92 f.

⁴ MD 1989:6 m.fl.



sammanfattar sin inställning med att "annonsförbudet i princip inte kommer att träffa sådana tidningar som är avsedda för spridning huvudsakligen utom Sverige".⁵

Så långt kan alltså konstateras att syftet med den svenska lagstiftningen är ägnad att gå hand i hand med dess territoriella tillämpningsområde; lagen syftar till att skydda den svenska folkhälsan och dess territoriella tillämpningsområde var ursprungligen begränsad till "spridning i Sverige". Någon avsikt att sträcka ut reglernas tillämpningsområde till att avse andra än svenska konsumenter har aldrig redovisats och torde heller inte ha förekommit.

Genom införandet av e-handelslagen har emellertid svenska marknadsrättsliga regler kommit att omfatta även sådan marknadsföring som inte riktas till svenska konsumenter samtidigt som marknadsföring från utlandet undantagits från nyss nämnda regleras tillämpningsområde. Historiskt har detta dock inte varit en självklarhet – något som framgår i en artikel av docent Patrik Lindskoug från 2006⁶ – varför det finns anledning att belysa frågan.

Lagvalsregeln i e-handelslagen och dess tillämpningsområde

Av 5 § lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen) framgår att inom det samordnade regelområdet så gäller den s.k. ursprungslandsprincipen. Med det samordnade regelområdet avses offentlighetsrättsliga krav på informationssamhällets tjänster och på tjänsteleverantörer i fråga om påbörjande och utövande av verksamhet (2 § e-handelslagen). Här ingår exempelvis marknadsrättsliga bestämmelser.

E-handelslagen implementerar e-handelsdirektivet⁷ och måste således tolkas konformt med direktivet i fråga. Ursprungslandsprincipen anges i artikel 3 i e-handelsdirektivet och i skäl 22 anges att tillsyn över informationssamhällets tjänster bör ske vid källan och vara underkastad rätten i den medlemsstat där tjänsteleverantören är etablerad.

Av förarbetena till e-handelslagen framgår att "innehållsregeln av bestämmelsen är att alla i Sverige etablerade tjänsteleverantörer skall följa svenska regler inom det samordnade regelområdet när de tillhandahåller informationssamhällets tjänster. Detta gäller även om tjänsterna enbart riktar sig till mottagare i något annat EES-land. Även om en

⁵ Prop. 1977/78:178 s 53.

⁶ Lindskoug P., SvJT 2006 s. 397–409, *Om e-handelslagens tillämplighet vid gränsöverskridande marknadsföring*.

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel").

tjänsteleverantör t.ex. har sina tjänster utformade på det franska språket och anger att det endast är i Frankrike bosatta personer som får utnyttja tjänsterna, skall tjänsterna uppfylla de krav som ställs i svensk rätt om tjänsteleverantören är etablerad här. I den mån svensk rätt har ansetts tillämplig endast på tjänster som riktar sig mot den svenska marknaden påverkas alltså dess territoriella tillämpningsområde. Det sagda kan även medföra att exempelvis

Marknadsdomstolen får handlägga mål som rör tjänster som helt är riktade mot andra EES-stater”.⁸ Till skillnad från effektlandsprincipen innebär ursprungslandsprincipen alltså att svensk rätt ska gälla för de informationssamhällets tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med Sverige som etableringsstat, även om tjänsterna helt eller delvis riktar sig mot tjänstemottagare i någon annan stat inom EES.

Inom det samordnade regelområdet har ursprungslandsprincipen således företräde framför effektlandsprincipen, något som framgår av praxis från Högsta domstolen.⁹ Det är också i linje med hur motsvarande lagvalsregel i radio- och tv-lagen (2010:610) har tillämpats.

Nästa fråga blir vad som faller inom det samordnade regelområdet (e-handslagens tillämpningsområde). I nyss nämnda förarbeten anges att ”det är givet att marknadsföring online är en informationssamhällets tjänst”¹⁰ samt att det samordnade regelområdet omfattar ”krav som gäller marknadsföring” begränsat till ”sådan verksamhet som sker online”.¹¹ EU-domstolen har relativt nyligen uttalat att det samordnade området enligt e-handelsdirektivet bl.a. omfattar kraven på online-reklam något som inkluderar t.ex. avgiftsbelagda marknadsföringstjänster på sökmotorerna.¹² I nyss nämnda mål så menar EU-domstolen även (punkten 57) att fysisk reklam kan omfattas förutsatt att det är en oskiljaktig del av tjänsten online-försäljning. Jag har dock inte uppfattat att det är ett formellt krav att ett företag självt även bedriver försäljning online, en sådan tolkning skulle innebära att tillverkare och leverantörer som säljer genom distributörer som t.ex. dagligvaruhandeln inte skulle omfattas av direktivet. Däremot torde det stå klart att ”online-reklam” faller inom e-handslagens tillämpningsområde.

⁸ Prop. 2001/02:150 s. 113.

⁹ NJA 2008 s. 1135.

¹⁰ Prop. 2001/02:150 s. 56 f.

¹¹ Prop. 2001/02:150 s. 63

¹² EU-domstolens dom den 1 oktober 2020, A mot Daniel B m.fl. Reklam för och försäljning av läkemedel online, C-649/18, EU:C:2020:764, punkterna 21 och 53.

Även själva reklambudskapet i e-postreklam faller inom e-handelslagens tillämpningsområde medan 19 § marknadsföringslagen (2008:486) (som implementerar direktivet om integritet och elektronisk kommunikation)¹³ reglerar själva tillåtligheten i att skicka e-postreklam (kravet på samtycke på förhand).¹⁴ Däremot bör noteras att radio- och tv-lagen (som implementerar AV-direktivet¹⁵) relativt nyligen har utvidgats till att omfatta

videodelningsplattformar med följderna att dessa omfattas av lagvalsregeln i radio- och tv-lagen; lagen i det land varifrån plattformen ”sänder” (sändarlandsprincipen). Även (alkohol)reklam på videodelningsplattformar omfattas med följderna att reklamen på plattformen YouTube i dagsläget regleras från Irland oavsett vem som är annonsör eller mottagare.¹⁶

Med undantag för marknadsföring som faller inom AV-direktivets tillämpningsområde så faller således ”online-reklam” inom e-handelslagens tillämpningsområde och svensk rätt gäller om reklamen tillhandahålls av ett svenskt företag (även om marknadsföringen sker på ett annat lands språk och uteslutande riktar sig till mottagare i ett annat EU/EES-land).

Det kan noteras att såväl direktivet, EU-domstolens praxis som svenska förarbetsuttalanden ofta hemfaller till ordet reklam. I marknadsföringslagen används i stället ordet marknadsföring (ett bredare begrepp som inkluderar bl.a. reklam). Traditionellt har det i svensk praxis saknats anledning att skilja reklam och marknadsföring utan skiljelinjen har i stället mejslats ut mellan marknadsföring och s.k. redaktionell text dvs. mellan kommunikation med renodlat kommersiella syften och ändamål och opinionsbildning.

Vad avser alkoholreklamreglerna så gäller måttfullhetskravet för online-reklam riktad till konsumenter eftersom regeln i fråga gäller vid ”vid all marknadsföring riktad till

¹³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation).

¹⁴ Se skäl 18 resp. 30 samt bilagan i direktivet om elektronisk handel samt 6 § 1 p. e-handelslagen.

¹⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster (direktiv om audiovisuella medietjänster) ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1808 av den 14 november 2018 om ändring av direktiv 2010/13/EU om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster (direktivet om audiovisuella medietjänster), mot bakgrund av ändrade marknadsförhållanden

¹⁶ Prop. 2019/20:119 s. 46 f, s. 110 samt s. 124.

konsumenter”. Bildregeln och förväxlingsförbudet har ett smalare tillämpningsområde (kommersiella annonser) jämfört med måttfullhetskravet och det bör kort belysas om även kommersiella annonser är åtgärder som faller inom e-handelslagens tillämpningsområde.

När bildregeln fick sin nuvarande utformning så avsåg lagstiftaren att i princip all form av kommersiell bildförmedlande kommunikation omfattades. Regeln gjordes medieneutral¹⁷ och ”förutom marknadsföring via Internet kommer även annan marknadsföring, t.ex. i form av produktblad eller banderoller och affischer som är avsedda att placeras på säljställe, att omfattas av bestämmelsen”.¹⁸ Avgörande för tillämpningen var syfte och ändamål, dvs. om ”annonsen” var kommersiell inte snarare än i vilken form som ”bilden” kommunicerades.

Att begreppet kommersiell annons skulle vara ett så pass smalare begrepp än reklam att ”kommersiella annonser” per se skulle falla utanför e-handelslagens tillämpningsområde har

jag inte hittat stöd för. Vidare talar de förarbetsuttalanden som gjordes vid införandet av nuvarande bildregel i stället förhållandevis starkt för att kommersiella annonser och reklam har en i sammanhanget motsvarande innebörd. Det är tydligt att avsikten varit att även den marknadsföring som faller inom e-handelslagens tillämpningsområde ska omfattas av begreppet kommersiell annons. Därmed omfattas alkoholreklamreglerna i sin helhet av e-handelslagens tillämpningsområde – en slutsats som även Patent och marknadsöverdomstolen drar.¹⁹

Att alkoholreklamreglerna gäller även sådan kommersiell kommunikation som faller inom e-handelslagens tillämpningsområde innebär att nyss nämnda regler begränsar de svenska alkoholdrycksproducenternas möjligheter att marknadsföra sina produkter i övriga EU/EES. Alkoholreklamreglerna utgör då kvantitativa exportrestriktioner – något som uppmärksammats av Patent och marknadsöverdomstolen.²⁰

Generellt om den fria rörligheten av varor och tjänster och begränsningar av dessa

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) garanterar ett antal grundläggande friheter inom unionen, bl.a. den fria rörligheten för varor och tjänster. En del

¹⁷ Prop. 2009/10:125 s. 89

¹⁸ Prop. 2009/10:125 s. 91

¹⁹ Patent- och Marknadsöverdomstolens dom i mål PMT 12229–19 s. 27 f.

²⁰ Jfr Patent- och Marknadsöverdomstolens dom i mål PMT 12229–19 s. 24.

den fria rörligheten är att kvantitativa import- och exportrestriktioner ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Alla åtgärder vidtagna av en medlemsstat som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan hindra handeln inom unionen ska anses utgöra åtgärder med verkan motsvarande kvantitativa restriktioner.²¹

EU-domstolen har vidare klargjort att när det gäller nationella regler som har anknytning till såväl den fria rörligheten för varor som friheten att tillhandahålla tjänster, så ska prövningen göras mot bakgrund av endast en av dessa grundläggande friheter om det visar sig att en av dem, i det enskilda fallet, är helt underordnad den andra och kan knytas till åtgärden.²²

I ett senare mål som rörde spridning av reklam för konkursbo, konstaterade EU-domstolen att spridningen av reklam saknade självändamål, eftersom den var underordnad försäljningen av varorna i fråga. Aspekten med den fria rörligheten för varor var således viktigare än aspekten med friheten att tillhandahålla tjänster. Slutsatsen blev därför att prövningen vad gäller spridningen av reklam skulle utgå från aspekten av den fria rörligheten för varor.²³

Den inskränkning i svenska företags möjlighet att marknadsföra sina produkter i övriga EU/ EES som alkoholreklamreglerna ger upphov till är underordnad försäljningen av varorna i fråga och alkoholreklamreglerna utgör i dessa fall alltså en kvantitativ exportrestriktion enligt artikel 35 i EUF-fördraget.²⁴

Enligt EU-domstolens rättspraxis har artikel 35 direkt effekt i medlemsstaterna.²⁵ De undantag som kan godtas framgår av artikel 36, exempelvis skyddet av folkhälsan. Nationella åtgärder som innebär en begränsning enligt artikel 35 kan, enligt EU-domstolen, endast godtas om de uppfyller fyra förutsättningar. De skall tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de skall motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de skall vara ägnade att

²¹ EU-domstolens dom av den 11 juli 1974, Dassonville, C-8/74, EU:C:1974:82, punkten 5, jämför för tjänster Vanderborght, punkten 61 med där gjorda hänvisningar samt av den 10 januari 2006 i mål C-147/04, De Groot en Slot Allium och Bejo Zaden, REG 2006, s. 1–245, punkt 70.

²² EU-domstolens dom den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital, REG 2002, s. I-607, punkt 31.

²³ EU-domstolens dom den 25 mars 2004, Karner, C-71/02, EU:C:2004:181, punkt 47.

²⁴ Jfr Patent- och Marknadsöverdomstolens dom i mål PMT 12229–19 s. 24.

²⁵ EU-domstolens dom den 22 mars 1977, Ianelli mot Meroni, C-74/76, EU:C:1977:51, punkten 13 och den 29 november 1978, Pigs Marketing Board, C-83/78, EU:C:1978:214, punkten 67.

säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.²⁶

Att åtgärden ska vara ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas (ändamålsenlig) samt inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning (proportionerlig) är de två huvudbeståndsdelarna i den proportionalitetsbedömning som ska göras. Proportionalitetsprincipen är en av de allmänna principerna i unionsrätten, vilka utgör grunden för medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och som inte får åsidosättas av nationella bestämmelser som omfattas av unionsrättens tillämpningsområde eller som genomför unionsrätten.²⁷

Härvid kan konstateras att en förutsättning för att åtgärden är proportionerlig är att den (också) är ändamålsenlig. Alla inskränkningar som inte är ändamålsenliga torde nämligen vara för långtgående per se.

När en nationell domstol prövar en nationell lagstiftning i förhållande till motiveringen avseende skydd för människors hälsa och liv i den mening som avses i artikel 36 FEUF, ska den göra en objektiv bedömning av huruvida den bevisning som medlemsstaten lagt fram. Domstolen ska pröva om bevisningen rimligen gör det möjligt att anse att de medel som valts är ägnade att förverkliga de eftersträvalda målen samt huruvida det är möjligt att uppnå dessa mål genom åtgärder som är mindre begränsande för den fria rörligheten för varor.²⁸ Det ankommer på den nationella domstol som kontrollerar lagenligheten av den aktuella

nationella lagstiftningen att – i syfte att kontrollera lagstiftningens förenlighet med proportionalitetsprincipen – kontrollera relevansen av den bevisning som behöriga nationella myndigheter lagt fram.²⁹

Det sagda innebär dels att det uppställs ett beviskrav samt dels att bevisbördan placeras hos medlemsstaten. Det förstnämnda, att det krävs bevis för att få inskränka den fria rörligheten

²⁶ EU-domstolens domar av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 37, och av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros, REG 1999, s. I-1459, punkt 34.

²⁷ EU-domstolens dom den 4 oktober 2018, Link Logistik N&N, mål C-384/17, EU:C:2018:810, punkt 40 med där gjord hänvisning.

²⁸ EU-domstolens dom av den 11 september 2008, kommissionen/Tyskland, C 141/07, EU:C:2008:492, punkt 50, och dom av den 19 oktober 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C 148/15, EU:C:2016:776, punkterna 35 och 36 samt där gjorda hänvisningar.

²⁹ EU-domstolens dom av den 23 december 2015, The Scotch Whisky Association, C-333/14, EU:C:2015:845, punkten 55.

torde vara tämligen okontroversiellt medan det sistnämnda (bevisbördans placering) torde vara i linje med att det som sker är prövningen av ett undantag från huvudregeln – den som uppger att förutsättningarna för undantaget är uppfyllda har normalt bevisbördan för detta. Som angetts ovan så avser bevisbördan såväl ändamålsenlighet som proportionalitet.

Nationella domstolar är, i fall där det inte är möjligt att tolka den nationella rätten så att den överensstämmer med unionsrätten, skyldiga att tillämpa unionsrätten fullt ut och skydda de rättigheter som denna ger enskilda, och, om så är nödvändigt, underlåta att tillämpa en nationell bestämmelse som, om den tillämpades, i det konkreta fallet skulle leda till ett resultat som strider mot unionsrätten.³⁰

Begränsningar i fri rörlighet av alkoholdrycker

EU-domstolen har uttalat att regler som begränsar möjligheten att göra reklam för alkohol i syfte att motverka alkoholmissbruk bidrar till att skydda folkhälsan. Vad EU-domstolen säger är alltså att dylika regler är ändamålsenliga men att nationell domstol ska göra en proportionalitetsbedömning.³¹ Gemensamt för de avgöranden som det normalt refereras till är att dessa avgöranden har rört lagregler med effekt (endast) mot den inhemska marknaden.

EU-domstolens mål 152/78, Kommissionen mot Frankrike, rörde begränsningar i annonsering till följd av uppdelning av alkoholdrycker i olika nivåer där begränsningarna avsåg den franska marknaden. *De förenade målen C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivia mot Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña* rörde begränsning av viss utomhusreklam. Det s.k. *Gourmetmålet, C-405/98*, rörde det svenska totalförbudet mot tidningsannonser (som ju endast tillämpades på reklam riktad mot den svenska marknaden). *Mål C-262/02, Kommissionen mot Frankrike*, rörde krav för TV-utsändningar mot den inhemska publiken samt begränsades även till att avse produkter som salufördes i Frankrike. ”*Rosengrendomen*” *C-170/04* rörde privatimport av alkoholdrycker till Sverige medan ”*The Scotch Whisky Association*” *C-333/14* avsåg s.k. minimipriser.

Därutöver kan noteras *Franzéndomen C-189/95*, detaljhandel i Sverige samt *C-434/04 brottmål mot J-E.A.A och M.L.* rörande förbud mot viss import av alkoholdrycker.

³⁰ EU-domstolens dom den 4 oktober 2018, Link Logistik N&N, mål C-384/17, EU:C:2018:810 punkt 61 med där gjord hänvisning.

³¹ EU-domstolens dom C 405/98, Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products AB, REG 2001, s. I-1795 punkten 33.

I samtliga dessa fall har den ifrågasatta bestämmelsen alltså prövats som en kvantitativ importrestriktion – något som också uttryckligen anges i exempelvis mål 152/78 respektive de förenade målen C-1/90 och C-176/90.

EU-domstolens slutsats om begränsningar av alkoholreklam som ändamålsenlig torde därmed vara begränsad till att endast avse inskränkningar vilka utgör kvantitativa importrestriktioner, något som också följer motiveringen som lämnas; att det är upp till varje medlemsstat att besluta om den nationella nivån på skyddet av folkhälsan.³² Slutsatsen kan däremot inte utan vidare läggas till grund för motsvarande undersökning av en kvantitativ exportrestriktion.

Emedan skolboksexemplet på exporthinder är att en medlemsstat önskar begränsa exporten av varor som det råder brist på, för att säkra tillgången i den egna medlemsstaten, så motiveras alkoholreklamreglerna av det motsatta. Sverige vill begränsa alkoholreklamen för att på så vis skydda den svenska folkhälsan – inte för att minska exporten till utlandet även om det blir effekten i praktiken. Övergången från effektlandsprincip till ursprungslandsprincip har alltså inneburit att det som ”från början” endast var importrestriktioner numera även är exportrestriktioner.

Inom effektlandsprincipens tillämpningsområde (alltså reklam som faller utanför e-handelslagens tillämpningsområde som t.ex. tidningsannonser, utomhusreklam eller direktreklam) så utgör alkoholreklamreglerna kvantitativa importrestriktioner och de är som sådana de har prövats. Inom e-handelslagens tillämpningsområde är alkoholreklamreglerna emellertid i stället en kvantitativ exportrestriktion eftersom lagvalsregeln medför att alkoholreklamreglernas tillämpningsområde omfattar svenska företags alkoholreklam även i övriga EU/EES. Företag i dessa länder behöver å andra sidan inte följa alkoholreklamreglerna eftersom nyss nämnda företag i stället ska följa reglerna i respektive etableringsland och alkoholreklamreglerna utgör i dessa fall således inte (med nuvarande ordning) någon importrestriktion.

Det bör understrykas att det i sammanhanget inte i sig är avgörande var en viss reklam ska anses ha varit riktad. Huruvida reglerna ska bedömas som export- respektive importrestriktioner avgörs i stället utifrån vilket företag som är annonsör samt vilket medium/vilken kanal som använts. Själva hindren ligger i att reglerna finns och därmed försvårar tillträdet till olika marknader. Det skulle alltså kunna finnas skäl att pröva reglerna

³² Jfr EU-domstolens dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband, REG 2003, s. I-14887, punkt 103 och där angiven rättspraxis.

både som export- och importrestriktioner men det rör sig då om två separata prövningar utifrån vem som är avsändare och vilken kanal/medium som använts.

Härvid kan noteras att Patent- och marknadsöverdomstolen uttryckligen prövat måttfullhetskravet och bildregeln som kvantitativa exportrestriktioner.³³ Prövningen görs emellertid utifrån reglernas effekt på den svenska marknaden dvs. domstolen prövar alltså reglerna som om det vore fråga om kvantitativa importrestriktioner. Saken är inte helt enkel och det är givetvis så att alkoholreklamreglerna vid digital reklam har en effekt även på den svenska marknaden. En kvantitativ exportrestriktion innebär dock att ett ”handelshinder” försvårar tillträdet till en utländsk marknad och den prövning som då ska göras är om detta försvårande av tillträdet till den utländska marknaden är ändamålsenligt och proportionerligt dvs. är ägnat att säkerställa målsättningen (i detta fall att skydda den svenska folkhälsan). Då aktualiseras frågan om det verkligen är ändamålsenligt med regler som begränsar den alkoholreklam vilken (uteslutande eller delvis) har effekt i andra EU/EES-länder.

Kan en kvantitativ exportrestriktion avseende alkoholreklam motiveras av skyddet för den egna folkhälsan?

Eftersom alkoholreklam i andra EU/EES-länder torde ha en mycket liten, om ens någon, effekt på den egna folkhälsan så blir svaret på den frågan nej. Den svenska folkhälsan skyddas inte genom begränsningar i kommunikationen som helt eller delvis riktas till/träffar andra EU/EES-länder och inskränkningarna är därmed inte ändamålsenliga. Det går knappast att motivera inskränkningar i den fria rörligheten av varor (alkoholdrycker) till utlandet med att dessa begränsningar skyddar den svenska folkhälsan. Det har för övrigt heller aldrig varit meningen såvitt jag kan bedöma.

Även om det finns en ändamålsenlighet såvitt avser den egna marknaden så måste hindret som helhet vara proportionerligt. Om en regel begränsar reklam såväl i Sverige som i utlandet men det endast är den inhemska delen som är ändamålsenlig så torde regeln falla i proportionalitetsbedömningen. EU-domstolen framhåller också att en nationell reglering eller praxis inte omfattas av undantaget i artikel 36 EUF-fördraget om människors hälsa och liv kan skyddas på ett lika effektivt sätt genom åtgärder som innebär att handeln inom unionen hindras i mindre utsträckning.³⁴ Den svenska folkhälsan torde trots allt skyddas lika effektivt även om kommunikationen till övriga EU/EES inte begränsades eftersom dessa

³³ Patent- och Marknadsöverdomstolens dom i mål PMT 12229–19 s. 24.

³⁴ EU-domstolens dom den 5 juni 2007, Rosengren m.fl., C-170/04, EU:C:2007:313 punkterna 39 och 43.



inskränkningar inte påverkar Sverige. Därtill ligger bevisbördan för att regeln är ändamålsenlig och proportionerlig på Sverige.

En annan aspekt är att syftet med e-handelsdirektivet heller inte torde ha varit att enskilda medlemsstater ska kunna utsträcka sin högre nivå av folkhälsoskydd till att omfatta övriga länder inom EU/EES. Ett skäl för den slutsatsen är att e-handelsdirektivet faktiskt ger mottagarlandet en möjlighet att agera med stöd av sina egna regler men det förutsätter att man anser att det föreligger ett otillräckligt skydd. Någon möjlighet för mottagarlandet att ”lätta” på ursprungslandetsregler ser jag inte – möjligen för att denna situation inte varit tänkt att uppkomma eller för att den faktiskt inte ska kunna uppkomma. Ett annat skäl är EU-domstolens praxis som fastställer att respektive medlemsstat fastställer nivån på det ”egna” folkhälsoskyddet.

Vad blir då följden?

Det sagda skulle alltså innebära att nuvarande begränsningar i möjligheten att göra alkoholreklam online i andra EU/EES-länder inte går att motivera med skyddet av den svenska folkhälsan eftersom inskränkningarna inte är ändamålsenliga. Detta gäller alltså samtliga tre bestämmelser; måttfullhetskravet, bildregeln samt förväxlingsförbudet med följden att svenska domstolar inom e-handelslagens tillämpningsområde torde vara förhindrade att tillämpa dessa regler enligt nuvarande lydelse. Detta eftersom reglerna i fråga då strider mot artiklarna 35 och 36 i EUF-fördraget.

Medför då följden av alkoholreklamreglerna som otillåtna kvantitativa exportrestriktioner att reglerna i fråga inte ska tillämpas alls såvitt avser e-handelslagens tillämpningsområde, med andra ord. inkluderas även digital alkoholreklam ”i Sverige”? Eller är följden begränsad till de fall då det rör sig om ett ”faktiskt försvarande av marknadstillträdet i utlandet” dvs. finns det anledning att skilja på ”inhemsk och utländsk digital reklam”?

Annorlunda uttryckt, kan det, inom e-handelslagens tillämpningsområde, finnas kommunikation där alkoholreklamreglerna inte utgör otillåtna kvantitativa exportrestriktioner? Med det sistnämnda avser jag situationen då ett svenskt företag ”uteslutande” marknadsför sina produkter i Sverige men i en kanal som omfattas av e-handelslagen som t.ex. sociala medier. Då skulle vi alltså föra in momentet ”var riktas reklamen” i bedömningen om det föreligger en exportrestriktion eller inte.

Att pröva eller motivera en kvantitativ exportrestriktions positiva påverkan på den inhemska marknaden tror jag i förevarande fall i vart fall är otillräckligt. Som jag nämnt ovan så torde



det vara så att om reglerna medför ett försvårande av tillträdet till utländska marknader så måste (även) detta hinder vara ägnat att säkerställa målen, i annat fall faller hindret i den proportionalitetsbedömning som ska göras. Möjligheten ligger i stället i att regeln inte utgör en exportrestriktion såvitt avser marknadsföring riktad mot den egna marknaden. Då skulle man alltså säga att "själva regeln utgör en kvantitativ exportrestriktion i det att den kan hindra/hindrar marknadstillträdet i utlandet" men regeln kan ändå tillämpas på

"kommunikation som sker uteslutande mot Sverige" eftersom regeln där inte utgör en kvantitativ exportrestriktion.

Det måste dock först prövas om det, inom e-handelslagens tillämpningsområde, ens är möjligt att uteslutande rikta reklamen mot svenska konsumenter. Internet och digitalreklam är trots allt gränsöverskridande till sin karaktär. Jag kan se sponsrade inlägg mot den svenska marknaden som ett exempel men det finns naturligtvis en uppenbar och enkel möjlighet att då även rikta reklamen till utlandet för att på så sätt skapa nya förutsättningar. Såvitt avser s.k. organiska inlägg (alltså vanliga inlägg vilka är tillgängliga för såväl samtliga följare som icke-följare som besöker kontot/profilen) så träffar de i princip alla innehavare av ett konto på plattformen i fråga (svenska såväl som utländska). Även vid en begränsning till endast följarna så är det inte ovanligt att företag även har utländska följare. Det är särskilt vanligt när ett företag söker etablera sig på en ny marknad då kommunikation på sociala medieplattformar idag är ett förhållandevis billigt och effektivt sätt att nå nya kunder. Ett alkoholreklam-inlägg, på engelska, från ett svenskt företag med exempelvis både svenska och tyska följare kommer att vara begränsat av de svenska alkoholreklamreglerna. Följden är att nyss nämnda regler begränsar effekten av inlägget även hos de tyska följarna och därmed försvårar tillträdet på den tyska marknaden. Jag har då svårt att se att alkoholreklamreglerna inte skulle anses utgöra (otillåtna) kvantitativa exportrestriktioner trots att inlägget även träffar den svenska marknaden.

En ytterligare invändning mot resonemanget om var kommunikationen ska anses riktad är att själva hindren ligger i att reglerna finns och därmed hindrar även tilltänkta reklamkampanjer mot utlandet.

Däremot kan kommunikation på svenska anses riktad huvudsakligen mot den svenska marknaden. En rimlig utgångspunkt för att alkoholreklamreglerna inte ska anses utgöra otillåtna kvantitativa exportrestriktioner är, som jag varit inne på tidigare, sannolikt att alkoholreklamreglerna tillämpas motsvarande vad som följer av effektlandsprincipen. Även om svenska regler är tillämpliga även på reklam i utlandet så kan Sverige själva välja att begränsa reglernas tillämpningsområde till att avse endast Sverige. Ett förtydligande av



lagtexten med innebörden att alkoholreklamreglerna endast avser marknadsföring till svenska konsumenter bör medföra att reglerna inte längre hindrar tillträdet till utländska marknader. De torde då upphöra att utgöra kvantitativa exportrestriktioner. Svenska företag kan då, såvitt avser t.ex. reklam på sociala medier, ha ett svenskt konto som följer svenska regler och ett separat internationellt konto riktat mot utlandet som inte behöver följa svenska regler (idag ska även det utländska följa svenska regler).

Det är möjligt att det redan idag kan göras en sådan uppdelning. Så snart ett företag bedriver, eller avser att bedriva, försäljning i andra EU/EES-länder så kommer dock alkoholreklamreglerna (för det företaget) att utgöra kvantitativa exportrestriktioner. Med

tanke på att art 36 i EUF-fördraget ska tolkas restriktivt och givet allmänna krav på förutsebarhet framstår en sådan lösning som mindre lyckad. Lösningen torde alltså vara ett förtydligande av lagtexten som ”återställer” tillämpningsområdet till det ursprungliga.

Även om Sverige kan reglera inhemsk digital alkoholreklam så återstår frågan om den gränsöverskridande alkoholreklamen. Om svenska alkoholreklamregler inte kan tillämpas på utländska marknader, kan då utländska alkoholreklamregler tillämpas på den svenska?

Hur regleras gränsöverskridande digital alkoholreklam?

Det korta svaret är att e-handelsdirektivet anger ursprungslandets regler medan AV-direktivet anger sändarlandets regler. Men om dessa regler, vilket torde vara det vanligaste, är motiverade med skyddet av den egna folkhälsan så utgör även dessa respektive regelverk en i sammanhanget otillåten exportrestriktion varför reglerna i fråga inte kan tillämpas. Alternativt så har de begränsats till att avse den egna marknaden men i båda fallen skulle den gränsöverskridande alkoholreklamen vara oreglerad.

Även om det är en långtgående konsekvens så är den helt i linje med såväl EU-domstolens praxis om att det är medlemsstaten självt som bestämmer nivån på sitt folkhälsoskydd som den utformning som såväl e-handelsdirektivet som AV-direktivet har. Mottagarlandet, men alltså inte ursprungslandet, ges möjlighet att skydda den egna folkhälsan genom att tillämpa egna regler på reklamen i fråga. För det finns dock i såväl e-handelsdirektivet som AV-direktivet och e-handelslagen som huvudregel vissa formkrav (jfr 4 § e-handelslagen). Sverige har för några år sedan gjort ett sådant försök enligt de möjligheter som följer av AV-direktivet, dock utan att nå framgång.

Lösningen ligger ändå i möjligheten för respektive medlemsstat att begränsa den digitala reklamen som träffar det egna landet (3 § e-handelslagen). I e-handelslagens förarbeten

betonas dock att frågan om ett ingrepp är tillåtet får bedömas mot bakgrund av EU-domstolens ”restriktiva avgöranden om när medlemsstaterna får vidta åtgärder som hindrar den fria rörligheten enligt EUF-fördraget. Med beaktande av målen med direktivets ursprungslandsprincip bör inte begränsande åtgärder kunna tillgripas annat än vid tungt vägande skäl”.³⁵ Det finns även möjligheter till undantag från formkraven i 4 §, av särskilt intresse är ordvalet i förarbetena avseende domstolsförfaranden; ”Marknadsdomstolens beslut” (min kursivering).³⁶ Avses beslut eller dom? Därtill väcks frågan hur Konsumentverket/KO ska förfara i det ärende som normalt föregår en domstolsprövning där KO väcker talan. Omfattas även det av undantaget för domstolsförfaranden?

Vad som sagts nu avhjälpes dock inte problemet med att de svenska alkoholreklamreglerna som kvantitativa exportrestriktioner. Det krävs, som jag angett ovan, sannolikt ett förtydligande av lagtexten med innebörden att alkoholreklamreglerna endast avser marknadsföring till svenska konsumenter. Att svenska företags digitala marknadsföring i Sverige är reglerad torde även vara en förutsättning för ett ingripande med stöd av 3 § e-handelslagen. Risken att reglerna i det sistnämnda fallet annars anses diskriminerande är uppenbar.

Skulle Sverige välja att försöka tillämpa alkoholreklamreglerna med stöd av 3 § e-handelslagen så borde måttfullhetskravet och sannolikt även förväxlingsregeln kunna accepteras. Beträffande bildregeln vill jag dock tillåta mig en kort utveckling där jag har svårt att se lagrummet som proportionerligt även som importrestriktion betraktat. Ett generellt förbud mot att återge föremål i bild där förbudet utöver samtliga kanaler även omfattar samtliga föremål som inte påverkar folkhälsan negativt går (rimligen) utöver vad som är nödvändigt. Att förbjuda ”skadliga föremål” är en sak men, som Patent- och marknadsöverdomstolen skriver, även uppenbart harmlösa eller ur folkhälsosynpunkt ovidkommande föremål omfattas.³⁷ Ett förbud som omfattar mer än vad som är nödvändigt torde närmast utgöra ett skolboksexempel på när en åtgärd inte är proportionerlig.

Ett alternativ som står till buds är givetvis att det sker en harmonisering av alkoholreklamreglerna inom EU/EES. Skulle det visa sig ogörligt att reglera alkoholreklam från andra EU/EES-länder är det dels skadligt för folkhälsan, dels sker inte konkurrensen på

³⁵ Prop. 2001/02:150 s. 112.

³⁶ Prop. 2001/02:150 s. 112.

³⁷ Patent- och Marknadsöverdomstolens dom i mål PMT 12229–19 s. 29.



lika villkor (särskilt sett med svenska företags ögon). Även harmoniserade regler torde för övrigt skydda folkhälsan mer än vad ett oreglerat område skulle göra.

Sammanfattningsvis vill jag alltså påstå att de i praktiken viktigaste bestämmelserna såvitt avser begränsningar i alkoholreklam idag utgör kvantitativa exportrestriktioner och att de är oförenliga med artiklarna 35 och 36 i EUF-fördraget. Sveriges möjlighet att reglera digital alkoholreklam kräver sannolikt ett förtydligande av lagtexten till att reglerna avser svenska konsumenter. Svenska företag kan då, såvitt avser reklam på sociala medier, ha ett internationellt konto riktat mot utlandet och ett svenskt som följer svenska regler (idag ska även det utländska följa svenska regler). Frågeställningen om det är ett utländskt konto eller inte dvs. om reklamen riktas mot Sverige eller utlandet är väl belyst i praxis. Reklam från utlandet får begränsas enligt vad som anges i e-handelslagen respektive radio- och tv-lagen. Det är dock möjligt att det i praktiken mest effektiva skyddet kräver en harmonisering av alkoholreklamreglerna inom unionen.