

Domsnummer: 2015-7

Avgörandedatum: 2015-05-06

Rubrik: Marknadsföring av vin, genom direktadresserade postförsändelser med visst innehåll till svenska konsumenter som varit äldre än 25 år utan att mottagarna av marknadsföringen begärt detta, har inte ansetts stå i strid mot alkohollagens krav på särskild måttfullhet.

Lagrum:

- 7 kap. 1 § alkohollagen (2010:1622)
- 5 §, 23 § och 26 § marknadsföringslagen (2008:486)

Rättsfall:

REFERAT**KÄRANDE**

Konsumentombudsmannen (KO), Box 48, 651 02 Karlstad

SVARANDE

The Wine Company Hawesko GmbH, Hamburger Str. 14-20,
254 36 Tornesch bei Hamburg, Tyskland
Ombud: Advokaterna J. C. och C. F., MAQS Law Firm Advokatbyrå,
Box 7009, 103 86 Stockholm

SAKEN

Marknadsföring av alkoholdryck

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen lämnar Konsumentombudsmannens talan utan bifall.
 2. Konsumentombudsmannen ska ersätta The Wine Company Hawesko GmbH dess rättegångskostnader med sjuhundrafemtio tusenfemhundra (751 500 kr), varav 750 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.
-

BAKGRUND

The Wine Company Hawesko GmbH (TWC) och dess verksamhet

1 TWC är ett dotterbolag till Hanseatisches Wein & Sekt Kontor Hawesko GmbH, som i sin tur ägs av Hawesko Holding AG. TWC marknadsför enbart vin med högst 15 volymprocent alkohol och dess kunder består av svenska konsumenter.

Konsumentverkets handläggning

2 Under 2011 uppmärksammades Konsumentverket av bl.a. IOGT-NTO på att TWC genom brevlådereklam marknadsförde vin till konsumenter. Konsumentverket bedömde marknadsföringsmetoden som oförenlig med alkohollagens krav på särskild måttfullhet. TWC delade inte Konsumentverkets uppfattning utan gjorde istället gällande att den påtalade marknadsföringen var utformad i enlighet med Rekommendationen avseende reklam för alkoholhaltiga drycker och alkoholhaltiga lättdrycker (Branschreglerna) och att den följaktligen är måttfull.

YRKANDEN M.M.

KO

Yrkande A

3 KO har, så som KO slutligen bestämt sin talan, i första hand yrkat att Marknadsdomstolen vid vite förbjuder TWC att marknadsföra alkoholdryck genom direktreklam till konsumenter, om inte konsumenten uttryckligen har begärt sådan marknadsföring.

Yrkande B

4 KO har i andra hand yrkat att Marknadsdomstolen vid vite förbjuder TWC att marknadsföra alkoholdryck genom brevlådereklam till konsumenter, om inte konsumenten uttryckligen har begärt sådan marknadsföring.

Yrkande C

5 KO har i tredje hand yrkat att Marknadsdomstolen vid vite förbjuder TWC att marknadsföra alkoholdryck genom direktadresserad brevlådereklam till konsumenter, om inte konsumenten uttryckligen har begärt sådan marknadsföring.

TWC

6 TWC har bestritt KO:s yrkanden.

Rättegångskostnader

7 Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER OCH INSTÄLLNING

KO

8 TWC har marknadsfört vin genom direktadresserade brev till konsumenter utan att dessa i förväg har begärt eller samtyckt till att få reklamen sänd till sig. Reklamen är både påträngande och uppsökande och den personliga och gemytliga tonen i reklamen förstärker detta intryck.

9 Marknadsföringen utgör direktreklam. I det aktuella marknadsföringsmaterialet ingår ett foljebrev vars innehåll förstärker den påtalade åtgärdens påträngande och uppsökande karaktär. TWC har brutit mot alkohollagens krav på särskild måttfullhet samt mot Konsumentverkets allmänna råd för marknadsföring av alkoholdrycker till konsumenter (KOVFS 2009:6, punkten 1.1 och 1.4 och prop. 2009/10:125 s. 90). Marknadsföringen är otillbörlig enligt 5, 23 och 26 §§ marknadsföringslagen (MFL). TWC ska förbjudas att vid vite fortsätta med den påtalade marknadsföringen och liknande åtgärder.

TWC

10 Bestridandena ska prövas i nedan angiven ordning.

11 KO:s yrkande - att TWC vid vite ska förbjudas att marknadsföra alkoholdryck genom direktreklam till konsumenter - är alltför vitt och opreciserat.

12 Konsumentverkets allmänna råd utgör inte någon rättsakt och kan därför inte läggas till grund för ett förbud i enlighet med KO:s yrkande.

13 Totalförbud mot direktreklam är inte förenligt med EU-rätten och dess fasta rättspraxis beträffande vad som omfattas av fri rörlighet för varor (art. 34 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF-fördraget), etableringsrätten (art. 49 i FEUF-fördraget) respektive friheten att tillhandahålla tjänster (art. 56 i FEUF-fördraget), fast etablerad EG-rättslig praxis samt proportionalitetsprincipen.

14 För att skydda folkhälsan och uppnå minskad alkoholkonsumtion är det varken nödvändigt eller balanserat att förbjuda TWC:s selekterade, adresserade direktreklam i följd varav ett sådant förbud inte kan vara proportionellt i förhållande till inskränkningarna det skulle leda till i förenämnda

rättigheter enligt EG-fördraget och svensk lag.

15 TWC:s selekterade, adresserade direktreklam är särskilt måttfull, då den inte är påträngande, uppsökande eller uppmanar till alkoholbruk.

- I första hand görs beträffande denna bestridandegrund gällande att, med tillämpning av svensk rätt, ska ursprungslandsprincipen användas på TWC:s selekterade, adresserade direktreklam. Eftersom marknadsföringsmetoden är tillåten i Tyskland är den särskilt måttfull och tillbörlig. Skulle Marknadsdomstolen finna att tysk rätt ska tillämpas är TWC:s selekterade, adresserade direktreklam alltså särskilt måttfull och tillbörlig. Till stöd för användning av ursprungslandsprincipen i såväl svensk som tysk rätt åberopas en tillämpning av direktivet om otillbörliga affärsmetoder, e-handelsdirektivet, distansavtalsdirektivet och teledataskyddsdirektivet. Till stöd för en tillämpning av ursprungslandsprincipen i svensk rätt åberopas även marknadsföringslagen, e-handelslagen och distansavtalslagen.

- I andra hand görs beträffande denna bestridandegrund gällande att med tillämpning av svensk rätt den selekterade, adresserade direktreklamen inte är påträngande, inte uppsökande och inte heller - även om KO:s talan inte omfattar denna grund - uppmanar till bruk, i följd varav den selekterade, adresserade direktreklamen är särskilt måttfull och tillbörlig.

16 Den selekterade, adresserade direktreklamen ger kunden mycket goda möjligheter till eftertanke och övervägande före ett eventuellt köp b.la. då den är lätt att förstå, omfångsrik med detaljerad beskrivning och helt saknar direkt eller indirekt köptvång. Den är således inte påträngande då den distribueras i neutrala kuvert som tydligt anger att innehållet utgörs av ett vinerbjudande och kunden kan lätt välja bort att ta del av innehållet. En kund har möjlighet att vända sig till TWC och tacka nej till fortsatt reklam vilket TWC sedan respekterar eller i förväg anmäla sig till SWEDMA att denne inte vill erhålla direkt marknadsföring och på så vis undvika erbjudanden från TWC.

17 Direktreklam är per se inte otillbörligt enligt Marknadsföringsdirektivet, därför finns det utrymme för påträngande och uppsökande direktreklam för vin utan att den behöver föregås av samtycke så länge den inte är otillbörlig. Aktivt samtycke krävs endast för marknadsutskick per e-post och övriga medier som anges i 19 och 21 §§ MFL.

18 Det bestrids att det i TWC:s marknadsföringsmaterial ingående foljebrevets innehåll förstärker den påtalade åtgärdens påträngande och uppsökande karaktär. Istället förstärker innehållet marknadsföringens särskilda måttfullhet, då innehållet upptar kompletta villkor, är sakligt balanserat och innehåller redaktionell text och på så sätt utgör en ändamålsenlig nyanserad marknadsföring av alkoholdryck med tillvaratagande av en genomsnittlig EU-konsumentens legitima skyddsintresse i överensstämmelse med bl.a. Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder, punkten 18 (direktivet om otillbörliga affärsmetoder).

19 Det bestrids att den selekterade, adresserade direktreklamen är skriven i en "personlig, gemytlig ton" och "förmedlar intrycket att det hela handlar om vänskapliga funderingar om läsarens alkoholvanor och hur dessa ska förfinas" och att de därmed "förstärker åtgärdens påträngande och uppsökande karaktär".

20 KO:s tolkning av kravet på särskild måttfullhet i alkohollagen, som innebär att direktreklam för alkoholhaltiga drycker endast får tillställas konsumenter som begärt eller samtyckt till detta, är i strid med MFL. Lagen bestämmer positivt i 21 § MFL att metoder som inte anges i 19 § MFL får användas såvida adressaten tydligt inte motsatt sig att metoden används. Den ifrågavarande selekterade, adresserade direktreklamen är inte en av de metoder som omfattas av 19 § MFL och får således distribueras av TWC till potentiella kunder så länge dessa inte tydligt motsätter sig det.

21 KO:s påstående att "brevlådereklam utgör direktreklam" bestrids. Begreppen är inte utbytbara med varandra.

22 Det bestrids vidare att Konsumentverkets allmänna råd för marknadsföring av alkoholdryck till konsumenter (KOVFS 2009:6) utgör

"vedertaget tolkningsunderlag" beträffande tolkningen av marknadsföringsreglerna i alkohollagen.

23 Vidare bestrids att lagstiftaren i förarbetena till den nuvarande alkohollagen hänvisar till Konsumentverkets omtalade råd. Förarbetena återger endast utdrag ur Konsumentverkets allmänna råd och lagstiftaren gör därigenom inte råden till sina egna uttalanden.

24 TWC vitsordar inte vad KO anför beträffande vad den svenska alkoholpolitiken bygger på för antaganden.

KO

25 I förarbetena till nu gällande alkohollag hänvisas till Konsumentverkets allmänna råd vid tolkningen av begreppet särskild måttfullhet. Därmed utgör KOVFS 2009:6 ett vedertaget tolkningsunderlag som ska beaktas då 7 kap. 1 § alkohollagen tillämpas.

26 De av KO yrkade förbuden strider inte mot EU-rätten, varken mot de artiklar i fördraget som TWC hänvisar till eller mot den allmänna rättsprincipen om proportionalitet. De yrkade förbuden har inte heller någon diskriminerande verkan och medför således inte att näringsidkare från visst land gynnas vid avsättningen av varor.

27 De rättigheter som fördraget och den allmänna rättsprincipen ger uttryck för är inte absoluta utan får inskränkas genom lämpliga åtgärder i nationell lag. I förevarande fall sker det genom tillämpning av alkohollagen på ett sätt som överensstämmer med vad som gäller enligt fördraget och enligt den allmänna rättsprincipen om proportionalitet.

28 Den svenska lagstiftningen bygger - som redovisas i förarbetena till äldre alkohollag och till nu gällande alkohollag - på en restriktiv alkoholpolitik och begränsning av alkoholtillgängligheten.

UTVECKLING AV TALAN

KO

29 TWC sänder reklam per post direkt hem till konsumenter utan att konsumenterna har samtyckt till detta på förhand. Reklamen sänds i ett fönsterkuvert som adresseras till konsumenten. I kuvertet finns ett brev ställt till konsumenten som har undertecknats av TWC:s verkställande direktör. I kuvertet finns vidare en beställningstalong, svarskuvert samt diverse reklamblad. I brevlådereklamen marknadsförs alkoholdrycken vin med hjälp av bl.a. följande påståenden

Hej [NN], är du intresserad av vin? Njuter du då och då av ett gott glas vin hemma, kanske tillsammans med dina vänner till en god middag?

Hej njuter du då och då av ett, gott glas vin hemma?

The Wine Company erbjuder dig, som bor i Sverige, en enklare och bekvämare väg till goda viner. The Wine Company tillhör Hawesko, som är den största och mest ansedda vinhandelsgruppen i Europa.

Du väljer dina viner i lugn och ro och sedan beställer du enkelt via fax eller per post genom att skicka in bifogad beställningskupong.

Du får dina viner levererade direkt hem till din dörr. Välj dina viner i lugn och ro.

30 Den påtalade åtgärden utgör marknadsföring av alkoholdryck och försäljning av sådan dryck. Marknadsföringen äger rum i Sverige och riktar sig till svenska konsumenter varför MFL är tillämplig.

31 Eftersom reklamen ifråga sänds per brev till enskilda konsumenters hushåll utan att konsumenterna begärt det eller i förväg samtyckt till detta är marknadsföringen att anse som både påträngande och uppsökande. Redan på grund av dessa förhållanden står den påtalade åtgärden i strid med dels alkohollagens krav på särskild måttfullhet, dels med Konsumentverkets allmänna råd. Marknadsföringen är därför otillbörlig.

32 TWC:s brev har en personlig, gemytlig ton. Brevet förmedlar intrycket att det hela handlar om vänskapliga funderingar om läsarens alkoholvanor och hur dessa vanor kan förfinas. Följebrevets innehåll förstärker således åtgärdens påträngande och uppsökande karaktär.

33 Åtgärden faller inom definitionen för direktreklam i Konsumentverkets allmänna råd, som det hänvisas till på s. 90 i prop. 2009/10:125. Enligt dessa råd är direktreklam, vilket inbegriper bl.a. brevlådereklam, en metod som står i strid med alkohollagens krav på särskild måttfullhet.

TWC

34 TWC är ett bolag i Hawesko-gruppen som är en av de största vinhandelsgrupperna i Europa med en omsättning om 465 miljoner euro och 925 anställda 2013. TWC har bedrivit verksamhet sedan 2010 och omsatte under 2013 9,2 miljoner euro. TWC:s affärsmodell bygger på möjligheten att från Tyskland marknadsföra dels försäljning av ett brett och omväxlande sortiment av viner och därtill associerade icke alkoholhaltiga produkter (såsom exempelvis olja, vinäger, vinglas m.m.) från olika delar av världen, således inte en enda vara eller sort av vara, dels tjänsterna att tillhandahålla upplysning och rådgivning avseende viner via telefon, att administrera leverans av beställda produkter till av kunden angiven adress (hemleverans) genom fristående fraktförare och tillse att avgifter och skatt förenade med köpet regleras för kundens räkning.

35 TWC:s marknadsföring är ett utarbetat marknadsföringssystem, Hawesko gruppen använder samma marknadsföringssystem i hela Europa. Bolaget utarbetar sin marknadsföring i enlighet med metoder som är internationellt beprövade och accepterade, vilket innebär att bolaget bl.a. definierar den målgrupp marknadsföringen ska rikta sig till och kvalificerar marknadsföringen efter målgruppen. Detta leder bl.a. till en selekterad, adresserad direktreklam. Urvalskriterierna vid selektionen utgörs av en noga utvald sammansättning av ålder, boendeform och civilstånd samt därutöver kontroll av att utskick inte sker till dem som tackat nej till vidare utskick. Den selekterade, adresserade direktreklamen skickas endast till personer som är äldre än 25 år och som empiriskt har en inkomstnivå över genomsnittet. Utskicket sker i form av neutrala kuvert, av vilka det med distinkt text på kuvertet tydligt framgår att de innehåller ett erbjudande om köp av vin.

36 TWC marknadsför sina produkter genom olika marknadsföringskanaler, såsom annonser i dagspress och tidskrifter, på sin hemsida och genom selekterad, adresserad direktreklam samt e-post och vanlig post som förbeställts av kunden. Den selekterade, adresserade direktreklamen har flera och tydliga inslag av redaktionell text.

37 Som aktör från Tyskland och utan någon infrastruktur i Sverige är TWC i mycket stor utsträckning hänvisat till att marknadsföra sitt varumärke och produktsortiment i Sverige genom selekterad, adresserad direktreklam för att överhuvud kunna etablera en igenkänningsgrad som kommersiellt motiverar marknadsnärvaro i Sverige.

38 TWC erbjuder kunderna kostnadsfri returrätt, inklusive fri frakt, av köpta varor under tolv veckor, vilket ger kunden full handlingsfrihet att avstå från att konsumera det inköpta oavsett anledning. Ett dylikt erbjudande styrker att den selekterade, adresserade direktreklamen varken är påträngande eller uppmanar till bruk.

39 Den selekterade, adresserade direktreklam som bifogats KO:s stämningsansökan är exempel från kampanjer som TWC genomförde under hösten 2011 respektive vintern 2013. Den selekterade, adresserade direktreklamen bestod av följande delar.

- Den selekterade, adresserade direktreklamen från 2011: kuvert, introduktionsbrev, informationsblad om frakt med hänvisning till hemsidan, förtryckt beställningskupong med TWC:s allmänna leveransvillkor tryckta på baksidan, svarskuvert, produktpresentation av balsamvinäger, produktpresentation av enskilda viner och ett vinpaket ur TWC:s sortiment samt en presentation av TWC:s affärsidé och tjänsteutbud.

- Den selekterade, adresserade direktreklamen från 2013: kuvert, introduktionsbrev, informationsblad om frakt med hänvisning till hemsidan, förtryckt beställningskupong med TWC:s allmänna leveransvillkor tryckta på baksidan, svarskuvert, produktpresentation av vinglas, produktpresentation av enskilda viner och ett vinpaket ur TWC:s sortiment

- (i) Kuverten tillhörande den selekterade, adresserade direktreklamen vid utskicken hösten 2011 respektive vintern 2013 var diskreta och ogenomskinliga. Kuverten var på sedvanligt sätt tillslutna när de avlämnades till adressaterna. Således krävdes en aktiv handling av adressaten för att den skulle kunna ta del av reklamen. På kuverten angavs "Innehåller ett vinerbjudande" för att informera adressaten att kuvertet innehåller reklam för vin. Vidare framgår det mycket tydligt att TWC är avsändaren av den selekterade, adresserade direktreklamen. Detta möjliggjorde att varje enskild adressat på intet sätt var tvungen att ta del av reklamen.

- (ii) Introduktionsbreven (2011 resp. 2013) innehåller en beskrivning av TWC och Haweskoggruppen, en första introduktion till TWC och bolagets tjänsteutbud. Vidare introduceras också läsaren till de övriga delarna i den aktuella selekterade, adresserade direktreklamen. Slutligen innehåller introduktionsbreven också TWC:s kontaktuppgifter. Breven är sakligt skrivna för att ge läsaren kunskap och vägledning samt en fullständig bild av TWC och dess utbud.

- (iii) Informationsblad om frakt med hänvisning till hemsidan (2011 resp. 2013) består av text varav framgår att den första beställningen en person gör är fraktfri förutsatt att beställningen sker på anvisat sätt (via TWC:s hemsida).

- (iv) I de förtryckta beställningskupongerna (2011 resp. 2013), är adressatens kontaktuppgifter förtryckta. Vidare är artikelnummer och namn på några av de varor som beskrivs i produktpresentationen på andra ställen i materialet förtryckta på kupongen. Adressaten behöver inte använda kupongen om den vill beställa varor ur TWC:s sortiment och behöver inte heller beställa just de varor som är förtryckta på kupongen.

- (v) Produktpresentationen av balsamvinäger (2011) innehåller redaktionell text och beskriver egenskaperna och framställningssättet hos den balsamvinäger som TWC:s kunder erbjuds att köpa.

- (vi) Produktpresentationen avseende vinglas (2013) innehåller redaktionell text och beskriver utseendet och egenskaperna hos vinglas som TWC:s kunder erbjuds att köpa, beskrivningen innehåller också ett citat från en vinexpert angående de aktuella vinglasen.

- (vii) Produktpresentationerna av vinpaket ur TWC:s sortiment (2011 resp. 2013) består av bilder på tolv vinflaskor med synliga etiketter, vilka viner alla även individuellt presenteras i materialet, tillhörande lista med namn/producent, årgång och/eller druva respektive ursprung för varje vin/flaska, fullständiga kontaktuppgifter till TWC, en bild på den kartong som de tolv flaskorna förpackas och levereras i samt varningstext. Vidare anges vinpaketets pris och kostnaden för eventuellt telefonsamtal.

- (viii) Produktpresentationerna av enskilda viner ur TWC:s sortiment (2011 resp. 2013) består av en bild på den aktuella vinflaskan med synlig etikett. I vissa fall i kombination med upphållt vinglas eller emballage i bakgrunden, namn/producent, årgång, druva och/eller ursprung, redaktionell text om det aktuella vinet och vissa fall omfattningen av specifikt erbjudande, i vissa fall porträttbild, citat och omdöme hänförliga till det aktuella vinet eller vinproducenten, pris per flaska, literpris, alkoholhalt och artikelnummer. Vissa av de enskilda produktpresentationerna innehåller även kontaktuppgifter, öppettider, kostnad för eventuellt telefonsamtal, information om TWC:s tjänster och hur kunden kan beställa.

- (ix) Presentation av TWC:s affärsidé och tjänsteutbud (2011 resp. 2013) är till delar överensstämmande med introduktionsbrevet. I övrigt består presentationen av en närmare beskrivning av delar ur TWC:s tjänsteutbud, t.ex. hemleverans, att betalning av skatt och avgifter sker av TWC för kundens räkning, kundservice med kostnadsfri returrätt, leveransservice inom hela Sverige, och möjlighet till kostnadsfri personlig konsultation/rådgivning.

Presentationen innehåller också TWC:s logotyp och kontaktuppgifter.

40 Varje selekterad, adresserad direktreklam är genomtänkt och består av noga utvalda sammanhängande delar. KO har endast gett in delar av den selekterade, adresserade direktreklamen från 2011. Av ovan nämnda delar har KO inte gett in informationsbladet om frakt med hänvisning till hemsidan, den förtryckta beställningskupongen med TWC:s allmänna leveransvillkor tryckta på baksidan, svarskuvertet, produktpresentationerna av enskilda viner och ett vinpaket ur TWC:s sortiment samt presentationen av TWC:s affärsidé och tjänsteutbud. Avseende den selekterade, adresserade direktreklam från 2013 har KO inte gett in det tillhörande kuvertet och inte heller TWC:s allmänna avtalsvillkor. Den selekterade, adresserade direktreklamen måste bedömas som helhet, dvs. hela innehållet tillsammans och inte såsom KO gjort genom lösryckta meningar ur introduktionsbrevet och valda delar ur kuvertets innehåll.

EU-rätten

41 Föreliggande mål handlar om gränsöverskridande handel mellan två medlemsstater, varför EU-rätten ska tillämpas.

42 Ett bifall till KO:s talan skulle innebära ett totalförbud mot en viss form av marknadsföring.

Effektlandsprincipen

43 TWC:s affärsmodell innehåller i lika hög grad tjänster som varor och marknadsföringen rör såväl tjänster som varor. Förbudet mot direktreklam kan därför likväl prövas enligt bestämmelserna beträffande friheten att tillhandahålla tjänster.

44 Den selekterade, adresserade direktreklamen är en del i ett större marknadsföringssystem som framtagits av TWC, varför det av TWC åberopade e-handelsdirektivet, distanshandelsdirektivet, teledataskyddsdirektivet och e-handelslagen är relevanta och tillämpliga när de ger uttryck för ursprungslandsprincipen.

45 Ett förbud mot direktreklam är diskriminerande, då tillämpliga bestämmelser i alkohollagen och marknadsföringslagen såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på olika sätt.

46 Ett totalförbud mot direktreklam är i strid med etablerad fast rättspraxis. Ett sådant totalförbud påverkar dels, avsättningen av importerade viner från andra medlemsstater i högre grad än vad det påverkar avsättningen av inhemska varor (faktiskt diskriminering) varför ett förbud mot direktreklam omfattas av artikel 34 i FEUF, dels etableringsrätten (analogis) eftersom TWC tvingas att använda olika reklammetoder eller system för reklam beroende på vilken medlemsstat bolaget vänder sig till eller tvingas överge ett marknadsföringskoncept som bolaget anser vara särskilt effektivt oaktat det ifrågavarande reklamförbudet är tillämpligt utan åtskillnad på såväl svenska aktörer som TWC dels och friheten att tillhandahålla tjänster.

47 Den omständigheten att TWC tvingas att använda olika reklammetoder eller system för reklam beroende på vilken medlemsstat bolaget vänder sig till eller tvingas överge ett marknadsföringskoncept som bolaget anser vara särskilt effektivt utgör ett importhinder även om det ifrågavarande reklamförbudet är tillämpligt utan åtskillnad på såväl svenska aktörer som TWC.

48 Det av KO påstådda förbudet mot direktreklam ska även ställas mot etableringsrätten i artikel. 49 i FEUF-fördraget.

49 Varje förbud som i detta fall direktreklam riktad till den svenska marknaden, vilken marknadsföring är tillåten i Tyskland och som där används av Haweskogruppen, indrar eller försvårar således för TWC och Haweskogruppen att genomföra ett enhetligt reklamkoncept inom gemenskapen och omfattas av artikel 49 i FEUF-fördraget.

50 TWC är inte etablerat i Sverige i traditionell mening och har sålunda inte en i Sverige gängse infrastruktur. Av rättstekniska skäl vore TWC:s

affärsmodell inte tillåten i fall TWC skulle vara etablerat i Sverige. Denna förvägrade möjlighet att kunna etablera sig i Sverige ska inte i något avseende negativt påverka TWC:s rättsliga position vid en rättslig prövning av bolagets marknadsföringssystem.

51 Ett förbud mot selekterad, adresserad direktreklam, som utgör en etablerad och effektiv marknadsföringsåtgärd för att erhålla marknadstillträde, särskilt vid gränsöverskridande, har mot den bakgrunden en negativ inverkan på gränsöverskridande tjänster i form av upplysnings- och rådgivningstjänst avseende vin, vilka tjänster bl.a. TWC tillhandahåller via telefon från Tyskland. Ett förbud mot den ifrågavarande selekterade, adresserade direktreklamen avseende tjänsten hemleverans av viner via fristående fraktförare, numera också konkurrensutsatt av Systembolaget, har även en menlig inverkan på gränsöverskridande tjänster avseende mottagande och utförande av frakttjänster.

52 Slutligen har ett förbud mot den ifrågavarande selekterade, adresserade direktreklamen avseende TWC:s tjänst att för kundens räkning ombesörja inbetalning av skatt och avgifter en negativ inverkan på gränsöverskridande tjänster avseende utförande av skatteombudstjänster.

Proportionalitetsprincipen

53 Om alkohollagen tillämpas på sätt KO gör gällande strider den mot EU-rätten och proportionalitetsprincipen. Ett bifall till KO:s talan innebär ett totalförbud mot en viss form av marknadsföring.

54 Ett förbud mot direktreklam är varken nödvändigt eller balanserat för att skydda folkhälsan och uppnå minskad alkoholkonsumtion och därmed inte proportionellt.

55 Det saknas balans i intresseavvägningen mellan ett förbud och de grundläggande rättigheterna som den fria rörligheten av varor (art. 34 i FEUF-fördraget), etableringsrätten (art 49 i FEUF-fördraget) och friheten att tillhandahålla tjänster mellan Tyskland och Sverige (art. 56 i FEUF-fördraget), i synnerhet som det saknas ett motsvarande reklamförbud i Tyskland och det varken i svensk lag eller i direktiv om otillbörliga affärsmetoder finns ett uttryckligt förbud mot marknadsföring av alkoholdryck genom direktreklam. Den i Tyskland accepterade formen av marknadsföring av alkoholdryck genom direktreklam ska äga tillämpning även i Sverige, då den fria rörligheten av varor och tjänster mellan länderna och det fria marknadstillträdet annars äventyras och villkas intresse av att upprätthållas oinskränkt väger tyngre än ett onödigt totalförbud. Således föreligger inte proportionalitet.

56 Direktreklam är en vedertagen affärsmetod i Europa och ett förbud mot detta i syfte att skydda folkhälsan genom att minska alkoholkonsumtionen är inte proportionerligt mot dess konsekvenser för såväl konsumenter som näringsidkare. Konsumenters möjligheter att grunda sina vininköp på fullständig och vederhäftig information minskar liksom deras kännedom om utbudet. Näringsidkare skulle tvingas till att tillämpa olika fördyrande affärsmetoder vid gränsöverskridande affärsverksamhet och utforma och sprida sin produkt och tjänsteinformation på olika vis.

57 Vidare har ett förbud mot selekterad, adresserad direktreklam begränsad betydelse för att skydda folkhälsan. I Tyskland är denna typ av marknadsföring tillåten varför det finns alternativ till ett förbud som är mindre långtgående för att uppnå syftet att skydda folkhälsan. Ett förbud är inte effektivt och heller inte nödvändigt för att uppnå syftet.

Frågan om handelshinder m.m.

58 Förbud på sätt KO yrkar ska bedömas utifrån TWC:s verksamhet i sin helhet. Ett meddelat förbud mot direktreklam får inte stå i strid med någon EU-rättslig eller svensk bestämmelse. Ett sådant förbud utgör ett handelshinder. Skulle TWC:s selekterade, adresserade marknadsföring av varor och tjänster förbjudas erhåller TWC inte ett effektivt marknadstillträde på lika villkor. TWC ska vara berättigat till ett effektivt marknadstillträde i Sverige med användande av sitt i Tyskland tillåtna marknadsföringssystem.

59 Ett förbud mot direktreklam är diskriminerande då tillämpliga

bestämmelser i alkohollagen och marknadsföringslagen såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på olika sätt.

Direktiv om otillbörliga affärsmetoder och marknadsföringslagen

60 Direktiv om otillbörliga affärsmetoder ger uttryck för dels tillämpning av ursprungslandsprincipen, dels avskaffande av nationell särreglering avseende vad som ska anses utgöra otillbörliga affärsmetoder. Direktivet har omsatts i MFL. Ett förbud mot att marknadsföra alkoholprodukter genom direktreklam till konsumenterna strider mot direktivet, se de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB mot Total Belgium NY) och C299/07 (Galatea BVBA mot Sanoma Magazines Belgium NY) punkterna 59-62).

61 Det bestrids att det skulle vara otillåtet att marknadsföra alkoholdryck till konsumenterna i Sverige genom direktreklam, om inte konsumenten uttryckligen har begärt sådan. Marknadsföring av alkoholdryck genom direktreklam till konsumenterna ingår inte i den fullständiga förteckning över aggressiva affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga enligt direktiv om otillbörliga affärsmetoder. Hade EU-rätten ansett att marknadsföring av alkoholdryck genom direktreklam till konsumenterna skulle vara förbjuden hade Europaparlamentet och rådet identifierat och angivit marknadsföringsmetoden i den fullständiga listan över aggressiva affärsmetoder. Att så inte skett talar starkt för att metoden är tillbörlig.

Direktivet om elektronisk handel och e-handelslagen

62 E-handelsdirektivet är tillämpligt på bolagets verksamhet då denna består av onlineförsäljning och marknadsföring från Tyskland.

63 Den svenska e-handelslagen bygger på e-handelsdirektivet. I artikel 3.1 och 3.2 i direktivet fastställs den s.k. ursprungslandsprincipen. Med stöd av bl.a. ursprungslandsprincipen ska den direktreklam, som är tillåten i Tyskland och som distribueras därifrån, anses vara en tillåten marknadsföringsåtgärd och tillåtas ingå i ett utarbetat marknadsföringssystem som tillämpas även på den svenska marknaden. Det för med sig att det territoriella tillämpningsområdet för svensk marknadsrätt inskränks.

Distansavtalsdirektivet och distansavtalslagen

64 TWC:s verksamhet omfattas av distansavtalslagen.

65 TWC bestrider KO:s påstående att distansavtalslagen och bakomliggande direktiv inte påverkar alkohollagen. Distansavtalsdirektivet och distansavtalslagen påverkar bestämmelserna i alkohollagen på så sätt att tillämpning av ursprungslandsprincipen innebär att den selekterade adresserade direktreklamen är särskilt måttfull och icke på något sätt otillbörlig, då den är tillåten i Tyskland.

66 TWC delar dock KO:s uppfattning att distansavtalsdirektivet och distansavtalslagen inte påverkar innehållet i Konsumentverkets allmänna råd eftersom råden inte utgör någon rättsakt utan endast en partsinlaga och därmed är råden formellt inte underställda förenämnda direktiv och lag.

Alkohollagens marknadsföringsbestämmelser

67 TWC:s selekterade, adresserade direktreklam uppfyller samtliga krav som ställs på adresserad direktreklam i Branschreglerna. Dessa motsvarar god marknadsföringssed och utgör branschpraxis. Ett uppfyllande av Branschreglerna innebär således att även alkohollagens särskilda krav på måttfullhet är uppfyllt.

68 Om alkohollagen tillämpas på sätt KO gör gällande strider den mot EU-rätten och proportionalitetsprincipen.

Svensk rättspraxis

69 Vad som utgör direktreklam är inte entydigt definierat i vare sig lagstiftning eller domstolspraxis. Begreppet direktreklam kan inte i tillräcklig mån anses anknyta till en konkret marknadsföringsåtgärd, i följd varav KO:s yrkande inte ska bifallas.

Rättegångskostnader

70 TWC har för egen del yrkat att KO ska förpliktigas ersätta TWC för dess rättegångskostnader.

71 TWC begär att Marknadsdomstolen vid fördelningen av rättegångskostnaderna i målet beaktar att KO:s justering av talan uppenbart är föranledd av TWC:s bestridandegrund att KO:s talan är för vid och opreciserad. Det ska därför särskilt beaktas att KO i sitt yttrande den 25 oktober 2013 tydligt klargjorde och vidhöll sin inställning att "[d]en påtalade marknadsföringen inte är opreciserad, inte heller är det yrkade förbudet opreciserat. Några hinder att meddela yrkat förbud med anledning av svensk rättspraxis föreligger inte.". TWC ska därför ha rätt till ersättning för rättegångskostnader de ådragit sig för att i sitt svaromål av den 28 augusti 2013 bemöta KO:s ursprungliga yrkande då de varit mer omfattande.

KO

72 Även om begreppet direktreklam inte är definierat i lagtext följer det av vedertaget tolkningsunderlag, KOVFS 2009:6 punkten 3.1, att bl.a. brevlådereklam utgör förbjuden direktreklam. Det följer även av naturligt språkbruk att brevlådereklam utgör direktreklam. Det är inte tillåtet att marknadsföra alkoholdryck till konsumenter med någon slags direktreklam, om inte konsumenten uttryckligen har begärt sådan.

Konsumentverkets allmänna råd

73 KO har inte gjort gällande att Konsumentverkets allmänna råd, KOVFS 2009:6, utgör en självständig rättsakt. I förarbetena till nu gällande lag hänvisas till Konsumentverkets allmänna råd när det gäller innebörden av särskild måttfullhet. KOVFS 2009:6 utgör därmed vedertaget tolkningsunderlag vid tillämpning av 7 kap. 1 § alkohollagen.

EU-rätten

74 Det bestrids att de yrkade förbuden strider mot EU-rätten.

75 Alkohollagens regler, i nu aktuellt hänseende, tar inte sikte på aktörer med säte utanför Sverige, utan reglerna omfattar alla aktörer oavsett härkomst. Inte heller innebär nu aktuella lagregler att svenska näringsidkare eller svenska varor gynnas framför andra aktörer eller produkter. Det yrkade förbudet är, av samma anledningar, inte diskriminerande.

76 Målet handlar om den marknadsföring TWC tillställt konsumenter och inte i någon del - inte heller i förlängningen - om TWC:s hela affärsmodell eller system för marknadsföring. Såväl TWC som andra aktörer har tillgång till flera olika kanaler för marknadsföring. Ett förbud mot en metod för otillbörlig marknadsföring innebär inte ett totalförbud mot marknadsföring av alkoholhaltiga drycker. TWC har uttryckt sina möjligheter att marknadsföra varor på annat sätt genom att hänvisa till annonser i dagspress och tidskrifter, marknadsföring på den egna hemsidan samt e-post och vanlig post som förbeställts av kunden.

77 Bedömningen av TWC:s marknadsföringsåtgärd ska göras mot bakgrund av att TWC marknadsför en vara och inte att TWC tillhandahåller vissa tjänster eller bolagets rätt att etablera sig på den svenska marknaden. För bedömningen av hur starkt en rättighet får begränsas spelar det mindre roll om rättigheten avser en vara, en tjänst eller fri etablering. Inte heller den fria rörligheten för tjänster eller etableringsfriheten är några absoluta rättigheter.

78 Det har inte någon betydelse att marknadsföringen är "selektad" och adresserad. Att näringsidkaren i förväg uppställer vissa parametrar för att bestämma vilka konsumenter som ska erhålla marknadsföringsmaterialet, och sedan adresserar breven till dessa personer, medför inte att marknadsföringen inte är påträngande eller uppsökande. De grundläggande övervägandena avseende folkhälsan, som alkohollagen ger uttryck för, är lika relevanta för "personer som är äldre än 25 år och som empiriskt har en inkomstnivå över genomsnittet" som för andra konsumentgrupper i samhället. Dessutom förstärks intrycket att marknadsföringen är uppsökande och uppvaktande genom den "selektande"

metod som TWC beskriver. Däremot hade exempelvis ett på förhand lämnat samtycke från mottagarkretsen kunnat förändra bedömningen i denna del. Något sådant samtycke inhämtas emellertid inte av TWC.

79 Av EU-domstolens praxis framgår att förbud mot all slags reklam för alkoholdrycker kan vara diskriminerande. Ett förbud mot en viss marknadsföringsmetod är partiellt och påverkan av ett sådant förbud är inte större för avsättningen av utländska varor än för avsättningen av svenska varor. TWC har inget stöd för påståendet att följden av att upprätthålla ett förbud mot påträngande och oönskad direktreklam skulle bli en faktisk diskriminering av bolaget. Påståendet synes också bygga på den felaktiga utgångspunkten att förevarande mål skulle avse prövning av TWC:s hela affärsmodell och inte endast - som är fallet - den otillåtna direktreklamen.

80 Det av KO yrkade förbudet mot direktreklam är således tillåtet såväl vid tillämpningen av fördraget som vid tillämpningen av den allmänna rättsprincipen om proportionalitet.

Proportionalitetsprincipen

81 Det är i målet inte fråga om något totalförbud. Ett förbud mot vissa marknadsföringsmetoder är förenligt med EU-rätten.

82 Alkohollagens regler omfattar alla aktörer oavsett härkomst. Svenska näringsidkare eller svenska varor gynnas inte framför aktörer eller varor från andra EU-länder.

83 EU-domstolen har slagit fast att åtgärder som begränsar möjligheterna att marknadsföra alkoholdrycker kan grundas på hänsyn till skyddet för folkhälsan. Ett förbud mot vissa marknadsföringsmetoder kan därmed mycket väl stå i överensstämmelse med fördragets grundläggande friheter och den allmänna rättsprincipen proportionalitet. Förutsättningen för detta är att den fria rörligheten inte begränsas mer än nödvändigt med hänsyn till syftet med begränsningen. Eftersom syftet med begränsningen är utomordentligt viktigt, folkhälsohänsyn, och står i samklang med den svenska alkoholpolitikens mål, är en begränsad åtgärd som att förbjuda påträngande direktreklam tillåten enligt proportionalitetsprincipen. Åtgärden bedöms också vara verkkningsfull för sitt syfte.

84 Enligt TWC saknas balans i den intresseavvägning som ska göras vid inskränkning i de rättigheter som kan komma att vara aktuella i målet. Eftersom TWC inte närmare har utvecklat på vilket sätt den gjorda intresseavvägningen skulle sakna balans blir argumentet liktydigt med att påstå att rättigheterna skulle vara absoluta, vilket inte är fallet.

Effektlandsprincipen

85 Effektlandsprincipen gäller vid bedömning av nu aktuell marknadsföringsåtgärd i enlighet med direktivet om otillbörliga affärsmetoder och MFL. Marknadsföringsåtgärden ska därmed bedömas utifrån svenska regler, i detta fall alkohollagen. Varken e-handelsdirektivet, teledataskyddsdirektivet eller e-handelslagen är tillämpliga på förevarande marknadsföringsåtgärd.

86 De direktiv och lagar som TWC har hänvisat till ger således inte stöd för att ursprungslandsprincipen skulle gälla.

87 Den del av marknadsföringen som är aktuell i frågavarande mål utgör inte onlineförsäljning, varför e-handelsdirektivet och e-handelslagen inte är tillämpliga.

88 Effektlandsprincipen gäller även enligt distansavtalsdirektivet, när som i detta fall, marknadsföringsåtgärden inte har vidtagits vid online-försäljning.

89 KO vitsordar att de aktuella marknadsföringsåtgärderna är tillåtna enligt tysk rätt. Innehållet i tysk rätt är dock inte relevant.

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder

90 Den omständigheten att marknadsföring av alkoholdrycker inte finns med i direktivets förteckning över aggressiva affärsmetoder ger inte

belägg för slutsatsen att all reklam är tillåten. Direktivets regler är exempel på sådana gemensamma regler som är allmänna till sin karaktär och som gäller oberoende av varutyp. Sådana gemensamma regler finns också bl.a. i e-handelsdirektivet. När en viss produkts fria rörlighet inte är fullständigt harmoniserad genom mer specifik EU-lagstiftning, vilket alkoholhaltiga drycker inte är, gäller de allmänna principerna om fri rörlighet för varor i artikel 34-36.

Frågan om handelshinder m.m.

91 Ett förbud mot direktreklam av alkoholhaltiga drycker är inte i strid med EU-rätten (artiklarna 34 och 36 i FEUF).

92 Marknadsdomstolen ska göra den EU-rättsliga bedömningen av marknadsföringsåtgärden med utgångspunkten att TWC marknadsför en vara (alkoholdryck), eftersom huvudsyftet med det yrkade förbudet är att reglera handeln med alkoholhaltiga varor.

93 Enligt EU-domstolens praxis avseende handelshinder och fri rörlighet för varor bedöms nationella regler om restriktioner för reklam och säljfrämjande åtgärder som "försäljningsformer", vilka faller utanför tillämpningsområdet för artikel 34 FEUF om de inte har diskriminerande verkan.

94 Ett bifall av KO:s talan och ett förbud i enlighet med KO:s yrkanden innebär inte ett totalförbud mot marknadsföring av alkoholhaltiga drycker. TWC har tillgång till andra fungerande kanaler för marknadskommunikation på den svenska marknaden än direktreklam i form av (direktadresserad) brevlådereklam. Förbudet är således partiellt och det påverkar inte avsättningen för utländska varor mer än inhemska. Förbudet är därmed inte diskriminerande. Därmed utgör förbudet inte heller ett handelshinder och Marknadsdomstolen behöver således inte göra någon proportionalitetsbedömning.

95 Det bestrids att TWC har mycket begränsade möjligheter att på ett tillåtet sätt marknadsföra alkoholdrycker på den svenska marknaden.

96 Mot bakgrund av att TWC har flera andra fungerande kanaler för marknadskommunikation på den svenska marknaden kan det yrkade förbudet inte anses påverka avsättningen för utländska bolag mer än inhemska.

97 För det fall Marknadsdomstolen skulle bedöma att ett förbud i enlighet med KO:s yrkande utgör ett handelshinder är det inte otillåtet. Ett förbud mot direktreklam av alkoholhaltiga drycker är motiverat med hänsyn till folkhälsan, vilket är ett allmänintresse enligt artikel 36 FEUF. Ett sådant förbud är icke-diskriminerande.

98 Det yrkade förbudet är proportionerligt i förhållande till målet att främja folkhälsan genom att minska alkoholkonsumtionen och därmed begränsa alkoholens skadeverkningar.

E-handelslagen och distans- och hemförsäljningslagen

99 E-handelslagen (2002:562) är inte tillämplig i förevarande mål. Den påtalade verksamheten, dvs. leverans av varor eller tillhandahållande av s.k. offlinetjänster, omfattas inte av e-handelsdirektivet (se ingressen punkten 18). Att TWC vid sidan av brevlådereklam med beställningstalonger även bedriver försäljning online förändrar inte den bedömningen.

100 Vidare påverkar distans- och hemförsäljningslagen (2005:59) och bakomliggande direktiv i förevarande fall varken bestämmelserna i alkohollagen eller innehållet i Konsumentverkets allmänna råd.

Alkohollagen

101 Att branschens rekommendationer ser ut på det sätt som TWC gör gällande vitsordas. Branschreglerna motsvarar dock inte god marknadsföringssed på området. KO vitsordar också att KO saknar möjlighet att utfärda föreskrifter avseende marknadsföring av alkohol. Några föreskrifter har inte heller åberopats. KO har däremot hänvisat till Konsumentverkets tidigare riktlinjer och nuvarande allmänna råd, vilket för övrigt lagstiftaren vid upprepade tillfällen också har gjort.

102 Det har inte någon betydelse att marknadsföringen är "selektad" och adresserad. Intrycket av att marknadsföringen är uppsökande och uppvaktande förstärks genom den "selekterade" metod som TWC beskrivit.

Marknadsföringslagen

103 Svensk rätt, såsom alkohollagen och marknadsföringslagen, är tillämplig i målet. Alkohollagens krav på särskild måttfullhet står inte i strid med 19 och 21 §§ MFL.

Rättegångskostnader

104 Det saknas grund för Marknadsdomstolen att beakta KO:s justering av det ursprungliga yrkandet samt tillägg av yrkanden till TWC:s fördel vid fördelningen av rättegångskostnaderna i målet. De justeringar som gjorts har framställts under den förberedande delen av processen i Marknadsdomstolen och kan inte anses ha vållat någon försening av handläggningen i målet, eftersom parternas skriftväxling under målets förberedelse även har berört andra frågor, t.ex. diverse EU-rättsliga aspekter, som TWC i stor utsträckning har fört in i processen.

105 Marknadsdomstolen har genom beslut den 15 oktober 2014 fastslagit att KO:s justering av yrkandena inte utgör någon taleändring i rättegångsbalkens mening. Beslutet talar för att de justeringar och tillägg som KO gjort inte på något sätt ska beaktas till fördel för TWC vid fördelningen av rättegångskostnaderna.

BEVISNING

106 Parterna har åberopat viss skriftlig bevisning. På TWC:s begäran har Marknadsdomstolen hållit förhör med vittnena Mattias Grundström och Ilona Schäfer.

DOMSKÄL

Marknadsföringen i målet

107 Det är ostridigt att TWC marknadsfört vin genom att skicka direktadresserade postförsändelser med visst innehåll till svenska konsumenter som varit äldre än 25 år utan att mottagarna av marknadsföringen begärt detta. Frågan är om denna marknadsföring varit tillåten.

Tillämplig lag

108 I målet har TWC gjort gällande att tysk rätt är tillämplig på marknadsföringen. Till stöd för denna uppfattning har bolaget anfört bl.a. att ursprungslandsprincipen ska tillämpas vilket innebär att marknadsföringen ska bedömas utifrån lagstiftningen i det land där företaget är etablerat, i detta fall Tyskland. TWC har härvid åberopat bl.a. direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (e-handelsdirektivet), direktiv 2011/83/EU om konsumenträttigheter och direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation.

109 KO har bestritt att tysk rätt skulle vara tillämplig på marknadsföringen.

110 Marknadsdomstolen har i tidigare avgöranden slagit fast att marknadsföringslagen (2008:486), MFL, bygger på den s.k. effektlandsprincipen (se t.ex. MD 1989:6). Denna princip innebär att svensk marknadsrätt är tillämplig på marknadsföring som har effekt på eller riktar sig mot den svenska marknaden, även om marknadsföringen härrör från utlandet.

111 Direktivet om otillbörliga affärsmetoder (2005/29/EG), som den svenska marknadsföringslagen bygger på, är ett s.k. fullharmoniseringsdirektiv vilket innebär att en medlemsstat är förhindrad att ha en högre konsumentskyddsnivå än vad direktivet stadgar inom det område som direktivet täcker. Direktivet innefattar dock inte ursprungslandsprincipen vilket medför att effektlandsprincipen gäller även beträffande direktivet (se Bernitz,

Svensk och europeisk marknadsrätt 2, 2013, s. 30).

112 En annan sak är att vissa EU-rättsakter kan inskränka det territoriella tillämpningsområdet för svensk marknadsrätt. Ursprungslandsprincipen kommer t.ex. till uttryck i e-handelsdirektivet som har implementerats i svensk rätt genom lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster och innebär att det vid e-handel, som huvudregel, är tillräckligt att den som tillhandahåller tjänsten iakttar det egna landets regler för marknadsföring (se prop. 2009/10:125 s. 90-91).

113 Frågan är därför om det finns någon EU-rättsakt där tillämpningen av ursprungslandsprincipen gör sig gällande och som är tillämplig på den i målet aktuella marknadsföringen.

114 E-handelsdirektivets bestämmelser tar, beträffande marknadsföring, enbart sikte på onlinemarknadsföring vari icke begärd e-post är särskilt undantaget från tillämpningsområdet. Av detta följer att den marknadsföring som nu är ifråga, och som inte utgör onlinereklam, inte omfattas av e-handelsdirektivets tillämpningsområde. Inte heller de övriga direktiv som TWC åberopat såsom direktiv 2011/83/EU om konsumenträttigheter och direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation är tillämpliga på marknadsföringen.

115 Sammantaget finner Marknadsdomstolen att det saknas stöd i såväl EU-rätten som i svensk rätt för att ursprungslandsprincipen och därmed tysk rätt ska vara tillämplig på den aktuella marknadsföringen. Vid detta förhållande och då TWC:s marknadsföring varit riktad till konsumenter på den svenska marknaden ska KO:s yrkanden i enlighet med effektlandsprincipen prövas enligt svensk lag.

Allmänna utgångspunkter

116 I 7 kap. 1 § alkohollagen (2010:1622) stadgas att vid marknadsföring av alkoholdrycker till konsumenter ska särskild måttfullhet iakttas. Reklam- eller annan marknadsföringsåtgärd får enligt denna bestämmelse inte vara påträngande, uppsökande eller uppmana till bruk av alkohol. Marknadsföring av alkoholdrycker får inte heller rikta sig särskilt till barn eller ungdomar som inte har fyllt 25 år.

117 Vidare följer av 7 kap. 8 § alkohollagen att ett handlande som strider mot den ovan nämnda bestämmelsen ska vid tillämpningen av 5, 23 och 26 §§ MFL anses vara otillbörlig mot konsumenter.

118 Som framgår av direktivets skäl punkt 17, vilket bekräftats i EU-domstolens dom i de förenade målen C-261/07, VTB-VAB mot Total Belgium, och C-299/07, VTB-VAB mot Galatea, punkt 56, kan endast de affärsmetoder som är uppräknade i bilaga I, den s.k. svarta listan, till direktivet om otillbörliga affärsmetoder förbjudas utan att de behöver underkastas en individuell prövning från fall till fall.

119 Som framgår av punkt 111 ovan gäller detta endast för det område som direktivet täcker. Eftersom EU inte har harmoniserat reglerna om införsel m.m. av alkoholhaltiga drycker och endast i begränsad utsträckning reglerna om marknadsföring av sådana drycker, avgörs därför medlemsstaternas handlingsutrymme i detta hänseende framför allt av de grundläggande principerna i EU-fördragen (se SOU 2014:58 s. 94).

120 Till följd härav har Marknadsdomstolen slagit fast att vid bedömningen av om en viss marknadsföring uppfyller kravet på särskild måttfullhet måste EU-rättens grundläggande princip om fri rörlighet i EUF-fördraget och EU-domstolens rättspraxis beaktas samt att tillämpningen av bestämmelsen i alkohollagen inte får leda till ett oproportionerligt ingrepp i en näringsidkares rätt att fritt marknadsföra sina produkter inom EU (se MD 2014:4 punkt 77-82 och där gjorda hänvisningar).

Direktreklam

121 KO:s talan i målet är särskilt inriktad på den marknadsföringsmetod som TWC använt sig av, direktreklam per post utan föregående begäran från konsumenten. Med direktreklam avses

marknadsföring där marknadsföraren söker nå konsumenter genom direkt kontakt, t.ex. per post, fax, e-post eller telefon. KO har i sitt andra- och tredjehandsyrkande begränsat sin talan till att avse s.k. brevlådereklam. Brevlådereklam är en form av direktreklam som innebär att en reklamförsändelse skickas per post till en konsuments bostadsadress.

122 Det finns inte något förbud i MFL mot direktreklam per post som inte föregåtts av en begäran eller ett samtycke från konsument. Detta framgår motsatsvis av 21 § MFL enligt vilken sådan marknadsföringsmetod får användas om inte konsumenten tydligt motsatt sig detta. Regleringen bygger istället på principen om "opt out" vilket innebär att det är upp till konsumenten själv att meddela att denne inte vill ta del av sådan marknadsföring. Har konsumenten uttryckt en sådan önskan måste marknadsföraren respektera detta och det är då inte tillåtet att skicka direktreklam per post till konsumenten.

123 Frågan är då om alkohollagens krav på särskild måttfullhet innebär att sådan direktreklam avseende alkoholdrycker som TWC använt står i strid med kravet på särskild måttfullhet och därför är att anse som otillbörlig.

Särskild måttfullhet

124 Enligt 7 kap. 1 § alkohollagen ska alltså särskild måttfullhet iakttas vid marknadsföring av alkoholdrycker till konsumenter. Bestämmelsen infördes ursprungligen i 2 § andra stycket lagen (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker och överfördes sedan utan några ändringar i sak till 4 kap. 8 § alkohollagen (1994:1738). Med verkan fr.o.m. den 1 januari 2011 har bestämmelsen med vissa redaktionella ändringar tagits in i den nu gällande alkohollagen.

125 Vad som avses med begreppet "särskild måttfullhet" har i bestämmelsen inte definierats på annat sätt än att marknadsföringen inte får vara påträngande, uppsökande eller uppmana till bruk av alkohol. I förarbetena till de nu nämnda lagarna har framhållits att kravet på särskild måttfullhet syftar till att säkerställa att marknadsföringen inte medverkar till att vidmakthålla eller öka konsumtionen av alkohol och inte heller bidrar till en positiv inställning till bruket av dessa varor.

126 Marknadsdomstolen har i sin praxis understrukit, att bedömningen av kravet på särskild måttfullhet måste ta sin utgångspunkt i detta syfte till skydd för folkhälsan (se MD 2009:16). I sakens natur ligger, att en bedömning av detta slag måste göras på ett sätt som vid var tid är sakligt motiverat med hänsyn till den utveckling som ägt rum i samhället och därmed på marknaden för att bestämmelsen ska fylla sin funktion och bibehålla sin legitimitet (jfr prop. 1978/79:178 s. 49).

127 Vid denna bedömning måste beaktas att näringsidkare som producerar eller handlar med alkoholdrycker har ett intresse av att kunna marknadsföra dem och att många konsumenter har ett intresse av relevant information om produkter av detta slag. Bedömningen bör därför ske genom avvägning mellan näringsidkarnas intresse av att kunna marknadsföra alkoholdrycker och konsumenternas intresse av produktinformation å ena sidan och skyddet för folkhälsan å den andra.

128 Även om det alltså finns ett intresse av marknadsföring av alkoholdrycker både bland näringsidkare och konsumenter som ska tillmätas betydelse måste utrymmet för marknadsföring alltså anses vara mycket begränsat, såväl när det gäller de medel och spridningsvägar som används som när det gäller marknadsföringens innehåll (jfr MD 2009:16 med hänvisning till prop. 1998/1999:134 s. 117).

129 Marknadsföring riktar sig typiskt sett till viss målgrupp och bedöms med utgångspunkt i hur den är ägnad att uppfattas av en genomsnittlig mottagare i denna målgrupp. All marknadsföring kan härigenom sägas vara uppsökande i det att den vänder sig till på visst sätt bestämda mottagare. Enbart det förhållandet att marknadsföring på det sättet kan beskrivas som uppsökande kan därför inte anses medföra att den står i strid med kravet på särskild måttfullhet.

130 I stället är det marknadsföring som genom sin effekt på en

genomsnittlig mottagare kan äventyra skyddet för folkhälsan och som därmed står i strid med kravet på särskild måttfullhet. Det är knappast möjligt att på ett uttömmande sätt karakterisera vilka typer av marknadsföring som har en sådan effekt. Till marknadsföring av detta slag måste dock normalt räknas marknadsföring som är påträngande eller som uppmanar till bruk av alkohol.

131 Avgörande för bedömningen av måttfullhetskravet är hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas med hänsyn till den krets till vilken den riktar sig, det medium som används och det innehåll marknadsföringen har. Det är vid en bedömning av detta slag som marknadsföringen inte får medverka till att vidmakthålla eller öka konsumtionen av alkohol och inte heller bidra till en positiv inställning till bruket av dessa varor, som är oförenligt med skyddet för folkhälsan.

132 TWC har i föreliggande fall riktat sin marknadsföring till vissa, särskilt utvalda konsumenter över 25 år och således till en målgrupp mot vilken det inte finns något hinder att rikta marknadsföring, låt vara att konsumenterna inte i förväg lämnat sitt samtycke. Marknadsföringen har tillställts konsumenterna i slutna, ogenomskinliga kuvert av vilka det tydligt framgått att försändelsen innehållit reklam för vin. Marknadsföringen har härigenom kunnat begränsas till dem som är över 25 år och mottagarna har kunnat välja om de önskat ta del av marknadsföringen eller inte. Varken den målgrupp som TWC vänt sig till eller det förhållandet att bolaget använt adresserad direktreklam medför i förevarande fall att marknadsföringen kan anses ha medverkat till att vidmakthålla eller öka konsumtionen av alkohol eller bidragit till en positiv inställning till bruket av dessa varor på ett sätt som varit oförenligt med skyddet för folkhälsan.

133 Marknadsföringen har till sitt innehåll omfattat ett följebrev med bl.a. kortfattad information om TWC och dess affärsmodell samt en broschyr med information om bl.a. bolagets sortiment av viner. Väl kan följebrevet, som KO anför, sägas vara avfattat i en personlig och gemytlig ton, främst genom att det inleds med frågan "njuter du då och då av ett glas vin hemma?" och att det innehåller meningen "Välj dina viner i lugn och ro.". Varken brevet eller informationen om de viner som tillhandahålls - vilken är begränsad till uppgifter om vinernas namn, geografiska ursprung, producenter och pris samt, i fråga om vissa viner, en sedvanlig beskrivning av vinets karaktär och uppgift om den mat som vinet kan passa till - kan dock i detta sammanhang anses ha medverkat till att vidmakthålla eller öka konsumtionen av alkohol eller bidragit till en positiv inställning till bruket av dessa varor på ett sätt som varit oförenligt med skyddet för folkhälsan.

134 Vid en samlad bedömning kan marknadsföringen inte anses ha stått i strid mot kravet på särskild måttfullhet. KO:s talan ska därför lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

135 Vid denna utgång har TWC rätt till skälig ersättning för sina rättegångskostnader.

136 TWC har yrkat ersättning med sammanlagt 1 301 768 kr, varav 1 250 000 kr avseende ombudskostnader och 51 768 kr avseende utlägg. Av yrkad ersättning för utlägg avser 42 368 kr kostnader som har samband med utredningen om innehållet i tysk rätt och 6 000 kr kostnader för konsultationer med professorn Lars Pehrson.

137 KO har inte vitsordat något belopp för ombudskostnader som skäligt i och för sig. Beträffande yrkad ersättning för utlägg har KO bestritt att utge ersättning för den del av kostnaden som avser utredning om innehållet i tysk rätt samt anför att detta inte varit relevant för prövningen av målet.

138 Ersättningen för rättegångskostnad ska enligt 18 kap. 8 § rättegångsbalken fullt motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande jämte arvode till ombud eller biträde, såvitt kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt.

139 Målet har rört frågor av principiell natur som varit av största vikt för den affärsmodell som TWC bygger sin verksamhet på. Det finns ingen anledning att ifrågasätta riktigheten av de uppgifter som TWC lämnat om de

kostnader bolaget lagt ned i målet. Även med beaktande av dessa förhållanden framstår dock ersättningen för ombudsarvode som alltför hög.

140 Av särskild betydelse i detta hänseende är att TWC uppenbarligen lagt ned ett omfattande arbete på att utreda innehållet i och tillämpligheten av tysk rätt, utan att detta kan anses ha varit skäligen påkallat. Vid en samlad bedömning bör den av TWC fordrade ersättningen för ombudsarvode sättas ned till skäliga ansedda 750 000 kr. Vad TWC anfört om att bolaget haft särskilda kostnader med anledning av KO:s ursprungligen framställda yrkande föranleder således inte att ersättningen för ombudsarvode bestäms till ett högre belopp. Vidare ska bolagets anspråk på ersättning för utlägg avseende utredning om innehållet i tysk rätt lämnas utan bifall.

141 Av TWC:s uppgifter framgår att bolagets ombud löpande haft ett flertal kontakter med professorn Lars Pehrson under rättegången. TWC har dock inte åberopat något rättsutlåtande avgivet av Lars Pehrson och bolaget har inte heller i övrigt lagt fram något underlag som gör det möjligt att bedöma vare sig huruvida dessa konsultationer varit påkallade eller skäligheten av beloppet som sådant. Med hänsyn härtill kan inte heller bolagets anspråk på ersättning för utlägg i denna del vinna bifall.

142 De utlägg som TWC i övrigt yrkat ersättning för - kopiering, bud och transport - får anses ha varit skäligen påkallade för att tillvarata TWC:s rätt i målet.

På Marknadsdomstolens vägnar

Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande, Christer Fallenius, Lars Hallén, Astri Murén och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Helene Karlsson

Sökord: Alkohol/Alkoholdryck; Direktreklam/Direktmarknadsföring; Effektländsprincipen; Särskild måttfullhet; Rättegångskostnad

Litteratur:
