

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2003:5

2003-02-05

Dnr B 1/02

ÖVERKLAGAT

Stockholms tingsrätts, avd. 4, dom 2002-03-04 i mål

AVGÖRANDE

T 8-1111-97, se *bilaga* (ej bilagd här)

KLAGANDE

Konsumentombudsmannen (KO),
118 87 STOCKHOLM

MOTPART

Gourmet International Products Aktiebolag,
556221-9443, Stadsgården 10, plan 8,
116 45 STOCKHOLM
Ombud: advokaten Ulf Djurberg,
Setterwalls Advokatbyrå, Arsenalsgatan 6,
111 47 STOCKHOLM

SAKEN

marknadsföring av alkoholhaltiga drycker

DOMSLUT

Marknadsdomstolen fastställer tingsrättens domslut.

Konsumentombudsmannen förpliktas att utge ersättning för rättegångskostnader till Gourmet International Products Aktiebolag med femhundraertiofemtusen (535 000) kr, varav fyrahundratiotusen (410 000) kr utgör ombudsarvode. På beloppet 535 000 kr skall utgå ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

BAKGRUND

Gourmet International Products (GIP) ger ut tidskriften Gourmet. Den ges ut dels i en prenumerationsupplaga, dels i en utgåva som säljs i handeln. Prenumerationsupplagan av Gourmet nummer 4, augusti-oktober 1997, innehöll tre helsidor alkoholreklam, en sida för rödvin och två sidor för whisky. Dessa sidor fanns inte med i den utgåva som såldes i handeln.

KO väckte talan vid Stockholms tingsrätt och yrkade förbud vid vite för GIP att medverka till marknadsföring av alkoholdrycker som vänder sig till konsumenter genom att publicera sådana annonser i strid med 2 § tredje stycket lagen (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker (alkoholreklamlagen).

I 2 § alkoholreklamlagen föreskrivs följande.

”Med hänsyn till de hälsorisker som är förbundna med bruk av alkohol skall särskild måttfullhet iakttagas vid marknadsföring av alkoholdrycker. Därvid gäller särskilt att reklam- eller annan marknadsföringsåtgärd inte får företas som är påträngande eller uppsökande eller som uppmanar till bruk av alkohol.

Vid marknadsföring av alkoholdrycker får inte användas kommersiella annonser i ljudradio- eller TV-program. Detta gäller även för sådana TV-sändningar över satellit som omfattas av radio- och TV-lagen (1996:844).

Vid marknadsföring av spritdrycker, vin eller starköl får inte användas kommersiella annonser i periodiska skrifter eller andra skrifter på vilka tryckfrihetsförordningen är tillämplig och som med avseende på ordningen för utgivningen är jämförbara med periodiska skrifter. Detta gäller dock inte i fråga om skrifter som tillhandahålls endast på försäljningsställen för sådana drycker.” Lag (1996:851).

Sedan den 1 januari 2000 återfinns de särskilda bestämmelserna om marknadsföring av alkoholdrycker, vilka i huvudsak flyttats oförändrade från alkoholreklamlagen, i 4 kap. alkohollagen (1994:1738).

GIP bestred KO:s talan och anförde som grund härför bl.a. att annonseringsförbudet i 2 § tredje stycket alkoholreklamlagen stred mot EG-rätten.

Tingsrätten beslutade den 18 september 1998 att inhämta förhandsbesked från Europeiska gemenskapens domstol (EG-domstolen). Tingsrätten ställde följande två frågor till EG-domstolen. ”1) Skall artiklarna 28 eller 49 i Romfördraget tolkas så, att de är till hinder för nationell lagstiftning innehållande ett generellt förbud mot alkoholreklam, såsom det förbud som finns i 2 § alkoholreklamlagen? 2) Om frågan besvaras jakande: Kan ett sådant förbud då anses befogat och proportionellt för att skydda människors hälsa och liv?”

EG-domstolen besvarade i dom den 8 mars 2001 (i fortsättningen kallat förhandsbeskedet) tingsrättens frågor på följande sätt. ”Artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget (nu artiklarna 28 EG och 30 EG i ändrad lydelse) och artiklarna 56 och 59 i EG-fördraget (nu artiklarna 46 EG och 49 EG i ändrad lydelse) utgör inte hinder mot ett sådant förbud mot kommersiella annonser för alkoholdrycker som det som föreskrivs i 2 § lagen (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker, i dess ändrade lydelse, för så vitt det inte mot bakgrund av de faktiska och rättsliga omständigheter som kännetecknar förhållandena i den berörda medlemsstaten framgår att det är möjligt att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar genom åtgärder som i mindre utsträckning påverkar handeln inom gemenskapen.”

Så som talan slutligen utformades yrkade KO förbud vid vite för GIP att väsentligen medverka till marknadsföring av spritdrycker, vin eller starköl som vänder sig till konsumenter genom att införa kommersiella annonser i periodisk skrift som inte tillhandahålls enbart på försäljningsställe för nämnda drycker.

GIP bestred talan.

Tingsrätten beslutade i dom den 4 mars 2002 att lämna KO:s talan utan bifall. Tingsrätten fann sammanfattningsvis att förbudet – när skyddssyftet ställs mot förbudets betydelse som handelshinder enligt artiklarna 28 och 49 i EG-fördraget – måste betecknas som alltför långtgående och därmed oproportionellt i EG-rättslig mening. Konsekvensen härav var att det förelåg hinder mot att i målet tillämpa det av KO åberopade förbudet mot alkoholreklam i kommersiella annonser i tidningar. Det saknades därför grund för att ålägga GIP något vitesförbud på grund av införandet av alkoholreklam i den påtalade prenumerationsutgåvan av Gourmet nummer 4 för år 1997.

KO har överklagat tingsrättens dom.

YRKANDEN I MARKNADSDOMSTOLEN

KO har yrkat att Marknadsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, bifaller KO:s yrkande i tingsrätten. KO har vidare yrkat befrielse från skyldigheten att utge ersättning för motpartens rättegångskostnader vid tingsrätten.

GIP har bestritt ändring. GIP har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Marknadsdomstolen. För det fall att KO vinner målet har GIP yrkat att Marknadsdomstolen förordnar att vardera parten skall bära sina egna rättegångskostnader såväl vid tingsrätten som i Marknadsdomstolen.

GRUNDER

KO

Grunden för överklagandet är att tingsrätten gjort en felaktig bedömning i frågan om det eftersträvade målet för annonsförbudet skall kunna uppnås genom förbud eller begränsningar som är mindre omfattande eller som påverkar handeln inom gemenskapen i mindre utsträckning. Bedömningen är felaktig i följande avseenden.

- Tingsrätten har inte gjort en rimlig avvägning mellan det samhällsintresse som annonsförbudet skall tjäna och den mindre ingripande påverkan det har på handeln över gränserna.

- Tingsrätten har således tillämpat en alltför strikt standard för domstolskontroll.

- Tingsrätten har i bedömningen av proportionaliteten lagt stor vikt vid att yttrandefriheten tillåter redaktionellt material om alkohol. Det förhållandet att lagen endast begränsar den kommersiella yttrandefriheten talar för att annonsförbudet är godtagbart.

- Tingsrätten har utgått ifrån att graden av inskränkning av den fria rörligheten för varor och tjänster inte kan ingå som en del i proportionalitetsprövningen, men enligt EG-domstolens praxis är dock graden av inskränkning en viktig del av en noggrann prövning.

- Tingsrätten har utgått ifrån att proportionalitetsprövningen även innefattar en prövning av det uppställda målet för folkhälsan. Så är inte fallet eftersom det inom folkhälsoområdet tillkommer medlemsstaterna att besluta om hur långtgående skyddet för folkhälsan skall vara och hur det skall säkerställas.

GIP

KO:s talan bestrids på den grunden att tingsrätten gjort en riktig bedömning med anledning av EG-domstolens förhandsbesked. I andra hand bestrids talan på den grunden att KO efter besök hos GIP och efter utredning skriftligen meddelat GIP att tidningen Gourmet är att anse som en sådan periodisk skrift som inte omfattats av alkoholreklamförbudet. Oavsett KO:s meddelande gör GIP gällande att Gourmet är en sådan periodisk skrift som inte omfattas av alkoholreklamlagen/alkohollagen.

Vad gäller frågan om rättegångskostnader har GIP anfört följande. KO har i målet i Marknadsdomstolen fört in en extremt stor mängd nytt processmaterial, nya grunder, nya rättsfall och ny bevisning. KO borde ha inlett det först i Marknadsdomstolen förda resonemanget redan i tingsrätten. KO:s önskan att skapa praxis angående förbud för måttfull alkoholreklam har lett till att GIP har tvingats in i en process där GIP under mer än fem års tid, såväl i svenska domstolar som i EG-domstolen, fått försvara sitt handlande.

Det vore orimligt om GIP, som är ett mycket litet bolag med begränsade ekonomiska resurser och endast fyra anställda och som inte har något stöd i övrigt bakom sig, skulle tvingas svara för de kostnader och betydande arbete som uppstår till följd av att KO vill utreda oklarheter i lagstiftning och praxis. Marknadsdomstolen skall därför, för det fall GIP slutligen skulle förlora målet, förordna att vardera parten skall stå sina egna rättegångskostnader.

KO

Med anledning av GIP:s andrahandsgrund för bestridandet av KO:s talan och vad GIP anfört i rättegångskostnadsfrågan har KO hävdade att Gourmets prenumerationsupplaga inte är en sådan tidskrift som är undantagen från annonseringsförbudet i fråga och inte heller att något godkännande meddelats. KO anser att vardera parten skall bära sina rättegångskostnader ef-

tersom omständigheterna är sådana att det finns särskilda skäl för att frångå huvudregeln beträffande fördelningen av rättegångskostnader.

UTVECKLING AV TALAN

Parterna har utöver vad som framgår av tingsrättens dom anfört i huvudsak följande.

KO

EG-domstolens förhandsbesked m.m.

EG-domstolen har funnit att det svenska reklamförbudet, och därmed avses tidskriftsförbudet, utgör ett sådant hinder som omfattas av artiklarna 28 och 49 i EG-fördraget men att ett sådant hinder kan var motiverat med hänsyn till folkhälsan, vilket utgör ett allmänintresse enligt artiklarna 30 och 46 i fördraget. Domstolen konstaterade också att de bestämmelser som begränsar möjligheterna att göra reklam för alkoholdrycker i syfte att motverka alkoholmissbruk är ett allmänt intresse enligt de här artiklarna och att de bidrar till att skydda folkhälsan. Det krävs dessutom att det svenska alkoholreklamförbudet står i proportion till det eftersträfvade målet och att det varken utgör ett medel för godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan staterna. Beträffande det sistnämnda konstaterade domstolen att det, såvitt framkommit, inte finns några uppgifter som ger anledning att anse att de folkhälsoskäl som har åberopats har missbrukats eller utnyttjats för att diskriminera varor från medlemsstater eller indirekt skydda vissa inhemska produkter. Domstolen uttalade att det ankommer på svenska domstolar att göra en noggrann undersökning. Förbudet utgör inte ett hinder för såvitt det inte framgår att det är möjligt att skydda folkhälsan genom åtgärder som i mindre utsträckning påverkar handeln. Prövningen härav överlämnas till nationell domstol som har att, utifrån de särskilda svenska förhållandena, undersöka förbudets effekter på handeln mellan medlemsstaterna.

Bevisbördan, lojalitetsprincipen och likvärdighetsprincipen

Den första frågan som Marknadsdomstolen skall ta ställning till är huruvida folkhälsomålet kan uppnås med mindre ingripande åtgärder. Det är enligt KO:s uppfattning en rättsfråga som inte kan lösas med hjälp av bevisbörderegler. I enlighet med EG-domstolens förhandsbesked och principen om att domstolen känner lagen ankommer det på Marknads-

domstolen att ta ställning till frågan med ledning av det material som har presenterats av parterna i målet. Eftersom det ankommer på domstolen att besvara rättsfrågorna i processen finns det inget krav på parterna i och för sig att bevisa eller utreda den rättsliga betydelsen av olika omständigheter. Åberops- och informationsbördan vilar på båda parterna i processen så att domstolen kan göra en helhetsbedömning. Resonemanget har kommit till uttryck i Göta hovrätts dom den 9 oktober 2001, i mål B 864-99, angående lotterier vari fråga uppkom om den svenska lotterilagstiftningens förenlighet med EG-rätten. Av domen framgår att det av svenska domstolars lojalitetsplikt får anses följa en skyldighet att ta på sig en granskande roll. Även när prövningen sker i ett brottmål anser hovrätten att någon formlig utredningsbörda inte bör åläggas någon part i målet men att det inte heller bör gälla några särskilda presumptionsregler till förmån för den tilltalade.

En annan fråga i nu aktuellt mål är hur Marknadsdomstolen skall förhålla sig till EG-domstolens förhandsbesked. Enligt KO skall prövningen göras lojalt i förhållande till detta och med tillämpning av en gemenskapsrättslig likvärdighetsprincip som innebär att då EG-domstolen överlämnar proportionalitetsprövningen till den nationella domstolen, det inte finns någonting som talar för att den nationella domstolen skall ha anledning att frånga de principer som EG-domstolen själv använder när den gör proportionalitetsbedömningar. Detta framgår bl.a. av EG-domstolens avgörande i målet C-352/98 *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA och Jean-Jacques Goupil mot Europeiska kommissionen*, REG 2000, s. I-5291.

Marginell domstolskontroll och proportionalitetsbedömning

I de fall då lagstiftaren står inför normativa val och har tilldelats stort utrymme att företa skönsmässiga bedömningar, skall gemenskapsdomaren enligt EG-rätten endast göra en marginell domstolskontroll.

EG-domstolen har formulerat en rad rättsprinciper för att avgöra om en handelshindrande åtgärd kan motiveras av artikel 30 i fördraget. Av denna praxis framgår att bedömningen görs i tre steg. Den första bedömningen gäller om åtgärden kan uppnå syftet. Därefter skall bedömas om åtgärden är nödvändig för att uppnå syftet och slutligen om åtgärden står i skälig proportion till syftet. I praxis har prövningen formulerats så att nationell lagstiftning inte får gå utöver EG-fördragets gränser för att förverkliga de legitima målen för lagstiftningen i frå-

ga. Om valet står mellan flera lämpliga åtgärder, så skall den minst ingripande väljas. Olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till det åsyftade målet.

Marknadsdomstolen bör som ett första led i sin proportionalitetsprövning ta ställning till vilken grad av domstolskontroll som skall tillämpas i målet.

Professorn i europeisk rätt vid European University Institute i Florens, Gráinne de Búrca, som är en av de ledande EG-rättsliga auktoriteterna när det gäller just proportionalitetsbedömningar, har i artikeln *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law* i *Yearbook of European Law* (1993) utvecklat principerna för domstolsprövningen. Hennes slutsats är att domstolen, beroende på omständigheterna i målet, tillämpar en lösare och en striktare form av proportionalitetsbedömning. Enligt de Búrca innebär bedömningen en vägning av intressen. Några av de omständigheter, som kan innebära att en mindre ingående prövning görs, kan erhållas genom följande frågeställningar. Fullföljer restriktionen ifråga ett angeläget syfte? Finns det utrymme för medlemsstaterna att företa en skönsmässig bedömning? Rör det sig om ett icke-harmoniserat område som medlemsstaterna själva bestämmer över? Är den skadliga inverkan av förbudet inte oacceptabelt stor? Om saken gäller nationella åtgärder som kan var handelshindrande, syftar då åtgärderna till att skydda ett intresse som direkt kan utgöra ett undantag enligt fördraget, t.ex. folkhälsan?

Marknadsdomstolen bör överväga dessa frågor först när domstolen tar ställning till vilken grad av domstolskontroll som skall tillämpas. I fall som de ovan nämnda går EG-domstolen i allmänhet inte in i någon närmare prövning på grund av begränsningar i domstolsprövningen i frågor som är komplexa, kräver ingående kunskaper eller har varit föremål för politisk debatt. EG-domstolen intar här en försiktig attityd. Den nöjer sig med att konstatera att regleringen i fråga inte är uppenbart orimlig för sitt syfte vilket i doktrinen benämns marginell domstolskontroll.

EG-domstolens begränsade prövning av rättsakter på områden där gemenskapslagstiftaren har ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar kan illustreras av domstolens dom i det s.k. bananmålet, mål C-280/93 Förbundsrepubliken Tyskland mot Europeiska unionens råd, REG 1994, s. I-4973. Domstolen uttalade där att, även om man inte kan utesluta att andra åtgärder hade varit tänkbara för att uppnå det åsyftade resultatet, domstolen ändå inte kan ersätta rådets bedömning med sin egen när det gäller frågan huruvida de åtgärder som vidtagits av lagstiftaren var lämpliga eller ej så länge det inte styrkts att dessa åtgärder var uppenbart

olämpliga för att uppnå det eftersträvade målet (punkten 94).

Ett exempel på EG-domstolens proportionalitetsprövning av nationell lagstiftning där den nationella lagstiftaren har haft stort utrymme är de förenade målen C-1/90 och C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior SA och Publivia SAE mot Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, REG 1991, s. I-4151 (Aragonesa). Av domen framgår att, eftersom det på gemenskapsrättens nuvarande stadium saknas gemensamma eller harmoniserade generella regler avseende reklam för alkoholhaltiga drycker, så tillkommer det medlemsstaterna att besluta hur långtgående skyddet för folkhälsan skall vara och hur det skall säkerställas. Därefter gör domstolen en proportionalitetsbedömning enligt den här restriktiva principen.

Som EG-domstolen sålunda konstaterat saknas det gemensamma eller harmoniserade regler avseende reklam för alkoholhaltiga drycker inom gemenskapen. Eftersom det står klart att medlemsstaternas nationella lagstiftare har behållit en omfattande grad av normgivningskompetens på det här området, bör svenska domstolar vara återhållsamma i sin proportionalitetsprövning av det av riksdagen beslutade reklamförbudet.

EG-domstolen har bedömt tre mål på lotteriområdet där det funnits nationella regler som begränsat rätten att tillhandahålla lotteritjänster, nämligen målet C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise mot Gerhart Schindler och Jörg Schindler, REG 1994, s. I-1039, målet C-124/97 Markku Juhani Lääri, Cotswold Microsystems Ltd och Oy Transatlantic Software Ltd mot Häradsåklagaren i Jyväskylä och finska staten, REG 1999, s. I-6067 och målet C-67/98 Questore di Verona mot Diego Zenatti, REG 1999, s. I-7289. I samtliga fall bedömdes regleringarna vara icke-diskriminerande eftersom alla aktörer påverkades i samma utsträckning, trots att inskränkningarna otvivelaktigt utgjorde hinder i rätten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 59 i EG-fördraget. Vid närmare granskning av de nationella regleringarna fann domstolen att de alla hade till syfte att förebygga brott och motverka spelberoende och att överskotten av verksamheten antingen skulle gå till välgörenhet eller främja kulturella ändamål. Domstolen gjorde en samlad bedömning av de faktorer som kommit fram och uttalade att de tidigare nämnda syftena berättigade de nationella myndigheterna ett stort utrymme för skönsässig bedömning avseende nivån på konsumentskyddet och bevarandet av den allmänna ordningen.

Göta hovrätt har i den tidigare nämnda domen bedömt lotterilagstiftningens förenlighet med EG-rätten. Med stöd av nyss refererade avgöranden från EG-domstolen besvarade hovrätten frågeställningar såsom t.ex. om förbudet tjänar acceptabla syften, om de här syftena realiserar i den konkreta tillämpningen och om det kan medföra oproportionerligt stora begränsningar. Hovrätten noterade att den svenska lagstiftaren redan hänfört sig till de skäl som angavs i de nämnda EG-avgörandena.

Skyddet för folkhälsan

I EG-fördragets artikel 30 stadgas att bestämmelserna i artikel 28 inte skall hindra förbud eller restriktioner som grundas på hänsyn till intresset av att skydda människors liv och hälsa, under förutsättning att hindret inte utgör medel för godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Motsvarande gäller på tjänsteområdet enligt artiklarna 46 och 49 i EG-fördraget. I målet C-473/98 Kemikalieinspektionen mot Toolex Alpha AB, REG 2000, s. I-5681, uttalade EG-domstolen att människors liv och hälsa - skyddet för folkhälsan - intar den främsta platsen bland de värden som skyddas genom artikel 30 i EG-fördraget. I det målet tillämpade domstolen en EG-rättslig försiktighetsprincip när den bedömde huruvida den svenska regleringen var proportionell eller inte.

I det s.k. tobaksålet C-376/98 Förbundsrepubliken Tyskland mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd, REG 2000, s. I-8419, uttalade EG-domstolen att förbud mot reklam för tobaksvaror i princip skulle kunna vara tillåtet (punkten 98).

Av den svenska nationella handlingsplanen för att förebygga alkoholskador (prop. 2000/01:20) framgår att målet för den nationella alkoholpolitiken är att minska alkoholens medicinska och sociala skadeverkningar. Huvudinriktningen skall vara att stimulera utvecklingen av målinriktade och samordnade förebyggande insatser. Även av förarbetena till lagen (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker (prop. 1977/78:178) framgår att syftet är att säkerställa att konsumtionen ej ökar.

Alkoholpolitiken består av en rad styrmedel som samverkar. Reklamförbudet är en pusselbit som bidrar till att hålla nere skadeverkningarna och konsumtionen.

Alkoholkonsumtion och alkoholskador

Av en kartläggning, som görs av Centrum för socialvetenskaplig alkohol- och drogforskning vid Stockholms universitet (SoRAD), över konsumtionsutvecklingen av alkohol månad för månad och i rullande 12-månadersperioder från juni 2000 och framåt, uppdaterad t.o.m. september 2002, framgår att alkoholkonsumtionen har ökat. Under tiden oktober 2001 t.o.m. september 2002 uppskattades totalkonsumtionen av ren alkohol till ca 9,75 liter per invånare. Den ökade under perioden med i genomsnitt 6 centiliter per månad. Att alkoholkonsumtionen har ökat framgår också av en nyligen publicerad artikel av forskaren H. L. "Konsumtionsvanor och alkoholproblem, Internationella jämförelser", som publicerats i en bok utgiven av Folkhälsoinstitutet.

Av undersökningen Alcohol in Postwar Europe: Consumption, drinking patterns, consequences and policy responses in 15 European Countries, som genomfördes år 2001 inom ramen för projektet European Comparative Alcohol Study (ECAS), framgår att medelvärdet för dödlighet i levercirrhos år 1995 uppgick till 9,3 för män i Sverige, 19,7 för män i Finland och 27,7 för män i Danmark. Motsvarande för män i Europa var 22,3. Ökad alkoholkonsumtion leder till ökade leverskador.

Vidare framgår av en rapport från Centralförbundet för alkohol- och narkotikaupplysning (CAN), Drogutveckling i Sverige, nr 63 för år 2001, att en förändring i totalkonsumtionen påverkar andelen storkonsumenter, vilket i sin tur har betydelse för skadornas omfattning. Enligt rapporten har en rad undersökningar påvisat ett starkt samband mellan alkoholkonsumtion och levercirrhosdödlighet. De flesta länderna inom EU har under en lång tidsrymd antagit en striktare reglering av alkoholpolitiken. Norge, som är underkastat samma reglering som övriga EU-länderna, har restriktivare regler än Sverige.

Världshälsoorganisationen (WHO) har gjort en uppskattning för år 2001, som gäller för samtliga västeuropeiska länder, och kommit fram till att alkoholskadorna (antalet förlorade levnadsår, totala sjukdomsördan för samhället) uppgår till mellan 1 och 3 % av bruttonationalprodukten (BNP).

Forskningen om samband mellan totalkonsumtionen av alkohol och alkoholskador visar överlag på positiva samband. Detta gäller inte minst de tidsseriestudier som genomförts under senare år, bl.a. i Sverige. Dessa studier visar att om alkoholkonsumtionen stiger i ett sam-

hälle så ökar också antalet alkoholrelaterade problem, exempelvis misshandel, självmord, trafikolyckor och alkoholrelaterad dödlighet. En ökad totalkonsumtion kommer med nödvändighet att leda till ett ökat antal storkonsumenter vilket i sin tur har betydelse för skadornas omfattning. Av rapporten Alkohol, Droger och Trafik från Vägverkets webbplats framgår att en ökning av totalkonsumtionen innebär att trafikbrotten ökar.

Alkoholreklamens effekter

I boken Alkoholpolitik för bättre folkhälsa av Giffith Edwards (red) anges bl.a. att forskningen om alkoholreklam - som ofta ansetts ge motsägande resultat med få belägg för dess effekter på alkoholkonsumtionen - har stärkts på senare tid genom noggrann begreppslig och metodologisk kritik. De tvärkulturella analyserna av reklamförbud, ett antal korrelationsanalyser av reklamexponering, några av de mer metodologiska strikta experimentella studierna samt den longitudinella studien pekar alla på att alkoholreklamen har viss betydelse. Beläggen för att reklamen har en liten men bidragande effekt på dryckesbeteendet har därför blivit något starkare än tidigare.

I en forskarrapport av Linda Hill och Sally Casswell intagen i Internationel Handbook of Alcohol Dependence and Problems anges i sammanfattningen bl.a. att bevis för att alkoholreklam har en liten men bidragande effekt på dryckesmönstret har stärkts.

I en artikel, Alcohol Consumption and Alcohol Advertising Bans, av Henry Saffer och Dhaval Dave som publicerats i Applied Economics år 2002 redovisas en studie av relationen mellan alkoholreklamförbud och alkoholkonsumtion. Den bygger på data från 20 länder under en tidsperiod av 26 år. Resultatet visar att ett infört förbud kan minska alkoholkonsumtionen med 5-8 %.

En studie från den 24 september 2002, Youth a Target of Alcohol Advertising in Magazines, som publicerats av The Center on Alcohol Marketing and Youth i Washington, USA, visar hur producenterna riktar en stor andel av sin reklam till unga människor. Av studien framgår att amerikanska ungdomar såg betydligt mer alkoholreklam i tidningar under år 2001 än vuxna över 21 år. Mönstret att exponera unga för mer alkoholreklam än vuxna gällde för alla typer av drycker och märken utom för vin. Ungdomar under 21 år var t.o.m. en huvudmålgrupp för branschens tidningsannonsering under år 2001.

Graden av inskränkning i gemenskapshandeln

EG-domstolen har inte konstaterat att den svenska lagstiftningen strider mot EG-rättens principer för fri rörlighet och inte heller ansett att den är diskriminerande. Domstolen har endast bedömt den som ett hinder i handeln mellan medlemsstaterna respektive en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Det här är alltså den svagaste formen av handelshinder i EG-domstolens terminologi.

EG-domstolen har förutsatt att det skall göras en noggrann prövning av de svenska förhållandena. Det nu ifrågasatta annonsförbudet innebär inte ett totalt förbud eftersom marknadsföring på säljställen är tillåten. Det kan innebära en viss inskränkning i sättet att konkurrera men det leder inte till någon snedvridning av konkurrensen eftersom det tillämpas lika för alla.

I EG-domstolens dom i målet C-189/95 Allmänna åklagaren mot Harry Franzén, REG 1997, s. I-5909 (Franzén), gjorde domstolen en bedömning av alkoholreklamreglernas restriktivitet. Domstolens bedömning begränsades till marknadsföringen i Systembolagets butiker, eftersom detta var föremålet för prövning i målet. Domstolen fann inte anledning till anmärkning beträffande möjligheterna för utländska producenter att introducera sina produkter på och inom Systembolaget.

Konsekvenserna av ett slopat alkoholreklamförbud

Det förhållandet att andra medlemsländer har antagit mindre ingripande åtgärder för att reglera alkoholreklamförbud kan inte medföra att det svenska förbudet är oproportionellt. EG-domstolen har i sin dom i målet C-384/93 Alpine Investments BV mot Minister van Financiën, REG 1995, s. I-1141, påpekat att det förhållandet att en medlemsstat tillämpar bestämmelser som är mindre stränga än de som tillämpas av en annan medlemsstat inte innebär att de senare är för långtgående (punkten 51). Nämnda förhållande framgår också av domstolens dom i målet C-294/00 Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH mot Kurt Gräbner, REG 2002, s. I-6515.

Enligt KO:s mening är det svenska reklamförbudet effektivt i förhållande till syftet att motverka en ökad alkoholkonsumtion och därmed förenat alkoholmissbruk. Det har också bekräftats av tingsrätten när den funnit att det är sannolikt att tillåtande av alkoholreklam skulle leda till en viss ökning och att den ökningen inte är försumbar i sammanhanget. I sin dom i målet C-473/98 Kemikalieinspektionen mot Toolex Alpha AB, REG 2000, s. I-5681, ställde EG-domstolen upp en allmän tolkningsregel när det gäller avvägningen mellan den fria rörligheten för varor och skyddet för folkhälsan. Den uttalade att en nationell bestämmelse eller praxis av sådant slag att den kan ha en restriktiv inverkan på importen av varor endast är förenlig med fördraget om den är nödvändig för att effektivt kunna skydda människors liv och hälsa. En nationell bestämmelse eller praxis kan således inte grunda sig på undantaget i artikel 30 i EG-fördraget för det fall människors hälsa och liv kan skyddas på ett lika effektivt sätt genom åtgärder som är mindre restriktiva för gemenskapshandeln. Att målet rörde rätten att yrkesmässigt använda trikloretylen innebär inte att det inte skulle vara tillämpligt på andra områden som omfattas av artikel 30 i EG-fördraget.

Av Franzénmålet och av redovisad försäljningsstatistik framgår att försäljning av öl och vin, som har ett stort inslag av utländska producenter, har ökat betydligt i Sverige. Detta pekar på att reglerna inte medför någon godtycklig eller förtäckt begränsning av handeln.

Den fråga som Marknadsdomstolen skall ta ställning till vid en strikt proportionalitetsprövning är huruvida ett slopat annonseringsförbud, eller för den delen ett mer begränsat tillämpningsområde för förbudet, skulle bidra till att begränsa alkoholkonsumtionen och därmed förenat alkoholmissbruk på ett lika effektivt sätt som det nuvarande förbudet.

Alkoholreklamregler som skall prövas i målet

Gällande lagstiftning tillåter reklam på säljställen, dvs. barer, restauranger och Systembolaget samt reklam till näringsidkare, vilket inkluderar branschtidningar. Vidare är reklam som aktivt rekvideras tillåten liksom Internetreklam. Tanken är att den som är medveten om att det är reklam skall kunna rekvidera den. För all reklam gäller att den skall vara måttfull.

Redaktionellt material är skyddat av grundlagarna. Därmed utesluts från förbudet rent redaktionella beskrivningar i artiklar i tidningar, t.ex. vinspalter i dagspress eller tidskrifter. Sådant material prövas av textreklamnämnden enligt särskilda spelregler för press, radio och

TV. Dessa etiska regler har till syfte att slå vakt om förtroendet för press, radio och TV och värna om mediernas integritet. Reglerna säger att material som publiceras på redaktionell plats inte skall kunna utgöra eller uppfattas som reklambudskap.

För radio- och TV-sammanhang finns det dessutom ett förbud mot otillbörligt gynnande. Överträdelser av förbudet prövas av Granskningsnämnden för radio- och TV.

Av förarbetena till alkoholreklamlagen (prop. 1977/78:178) framgår att marknadsföring som riktar sig till t.ex. återförsäljare, såsom restauranger och detaljhandlare eller andra som i sin verksamhet använder alkoholdrycker, faller utanför lagens tillämpningsområde. Lagen tillämpas inte heller på alkoholreklam i fackpress. Som sådan definieras bransch- och organisationstidskrifter samt liknande publikationer vilka är avsedda för spridning huvudsakligen till intressenter som inte kan betraktas som konsumenter av alkoholdrycker. Exempel härpå är tidskrifter som vänder sig till restaurangbranschen. En tidskrift som huvudsakligen vänder sig till de som har ett mera allmänt kulinariskt intresse av alkoholdrycker eller som i och för sin yrkesverksamhet inte kan anses vara i behov av sådan information omfattas däremot av regleringen.

Ser man på innehållet i tidningen Gourmet är samtliga där angivna recept inriktade på det vanliga hushållet och inte på något storhushåll. Samtliga annonser är inriktade på vanliga konsumtionsprodukter. Gourmet är inte en facktidskrift i lagens mening och omfattas därför av annonsförbudet.

GIP

Målet handlar i grunden om rätten för en producent att marknadsföra vissa internationella handelsprodukter vars innehåll och effekter är väl kända av såväl forskare som allmänheten. Det är produkter som lagligen produceras och säljs i bl.a. Sverige.

Alkoholpolitiken i andra länder

Finland fick år 1994 en ny alkohollag som innebar att det blev tillåtet att göra reklam för alkoholdrycker upp till 22 volymprocent. Det ansågs att alkoholreklam inte kunde släppas helt

fri. Den fick inte heller riktas till minderåriga eller kopplas samman med bilkörning eller i övrigt strida mot god sed.

Alkoholkonsumtionsutvecklingen i Finland har sedan år 1995 varierat. År 2001 låg den runt 11 liter ren alkohol per person. I Sverige, ett land med alkoholreklamförbud, har konsumtionen under samma tid gått upp mycket kraftigare än i Finland där det är tillåtet med alkoholreklam. I Sverige har konsumtionen under perioden gått upp från 7,8 till 9,2 liter ren alkohol per person över 15 år.

Även om det inte finns några förordningar eller direktiv på gemenskapsnivå som förbjuder EU:s medlemsländer att införa totalförbud mot alkoholreklam så har alla länder utom Sverige valt att undvika den här typen av förbud. Det kan vidare anmärkas att Finland vid införandet av möjligheten till alkoholreklam år 1994 gjorde mycket tydliga gemenskapsöverväganden som ledde fram till ett konstaterade att man inte skulle klara att bibehålla det tidigare totalförbudet. De gemenskapsöverväganden som gjorts i alla länder utom i Sverige har lett fram till att dessa länder på frivillig basis har harmoniserat sin lagstiftning avseende alkoholreklam.

Den svenska alkoholreklamen

För att kunna sälja framförallt nya produkter och tjänster i en marknadsekonomi krävs att dessa marknadsförs. Om en produkt inte marknadsförs, blir det mycket svårt att hitta några köpare och om det i princip endast finns ett försäljningsställe med begränsad möjlighet att ta emot alla produkter så kommer det att bli svårt att hitta avsättning. EG-domstolen har slagit fast att möjligheterna att i Sverige göra reklam för alkoholhaltiga drycker till konsumenter i praktiken är obefintliga. Totalförbudet slår sålunda mot en kärnprincip i en marknadsekonomi, nämligen möjligheten för en tillverkare eller distributör att självständigt kunna marknadsföra sina produkter.

Såväl öl, vin som sprit är enkla och väl kända produkter och har funnits sedan urminnes tider. Alkohol tillverkas i de flesta länder och är en internationell handelsvara. Alkohol anses ha vissa positiva effekter men också negativa effekter om den tas i för stora mängder. Inte bara forskarna känner till effekterna av alkohol utan det gör även de flesta människor i vår värld. Alkohol är med andra ord en mogen produktkategori eftersom konsumenterna är medvetna om produkterna och dess egenskaper. På grund härav påverkas inte den totala alkohol-

konsumtionen av reklam för vissa specifika varumärken. Alkoholreklamens syfte är att uppmuntra konsumenterna att byta varumärke, att skapa varumärkeslojalitet. Som 1976 års tobaks- och alkoholreklamutredning påtalat råder det i stort sett enighet om att reklamen kan påverka konsumenterna vid val av märke.

En önskvärd effekt av alkoholreklamen hos seriösa producenter är sålunda ett byte från ett varumärke till ett annat. Sådan reklam leder dessutom till en ökad varumärkeskännedom bland konsumenter som bl.a. ger allmänheten större möjlighet att skilja ”svartsprit” från Systembolagets sortiment. En måttfull varumärkesstärkande alkoholreklam kan sålunda leda till att konsumenter och inköpare får en ökad kunskap om vilken alkohol som lagligen distribueras. Det är endast Sverige som totalförbjuder måttfull alkoholreklam.

I TV2:s program Mediamagasinet, ett program om vinjournalistik, från den 18 oktober 2001, visades att redaktionellt material om exempelvis vin i kända dagstidningar ökade försäljningen markant och att även de mest kända vinjournalisterna inte sällan kombinerar journalistik med kommersiellt arbete såsom import och försäljning av alkoholhaltiga drycker. Sammanfattningsvis kan sägas att TV-programmet gav en bra bild av nuläget i Sverige.

Det förekommer även en PR-apparat kring alkoholdrycker. Tillverkare av alkohol sponsrar olika utställningar m.m. Tanken är att det skall generera redaktionellt utrymme. Gourmets redaktion har fått både varuprover och blivit utsatta för påverkan av annonsörer i syfte att få tillgång till redaktionellt utrymme.

Flertalet svenska tidningar, framförallt dagstidningar, har någon typ av bevakning av dryckesmarknaden i landet. Dagstidningsjournalistiken tar påfallande ofta sikte på det allra billigaste segmentet när det gäller vin och öl. Bilder på aktuella produkter förekommer.

EG-domstolen och proportionalitetsbedömningar

EG-domstolen har klart slagit fast att det svenska förbudet mot alkoholreklam i periodiska skrifter utgör ett hinder för handeln. Och detta hinder för handeln är enligt GIP:s mening omfattande.

I Franzén-målet kom EG-domstolen fram till att även om det av den svenska regeringen anförda syftet att skydda människors hälsa från alkoholens skadeverkningar otvivelaktigt är ett av de syften som kan utgöra ett undantag från artikel 30 i EG-fördraget befogat, hade den svenska regeringen i det fallet inte visat att det i målet aktuella regelsystemet stod i proportion till syftet.

Marknadsdomstolens proportionalitetsbedömning

Vid Marknadsdomstolens bedömning om alkoholreklamförbudet är proportionellt har domstolen att för det första utgå från vad EG-domstolen sagt om totalförbudets påverkan på gemenskapshandeln. Tingsrätten, som har anammat EG-domstolens slutsatser om samhandels-effekterna, är oerhört klar i sin bedömning att den är förhindrad att bedöma i vilken grad handeln hindras. Detta är en korrekt bedömning som vinner stöd av EG-domstolens förhandsavgörande i vilken det fastställs att det svenska totalförbudet innebär en mycket allvarlig överträdelse av de fria rörligheterna och att det påverkar avsättningen av utländska varor och tjänster i högre grad än det påverkar svenska varor och tjänster. I denna del kan även hänvisas till det i målet av GIP åberopade utlåtandet från professor U. B. Han konstaterade sammanfattningsvis att alkoholreklamförbudet till sin effekt har protektionistiska drag och att lagstiftningen utgör en överträdelse av artiklarna 28 och 49 i EG-fördraget.

Marknadsdomstolens bedömning måste ta sin utgångspunkt i att det inte föreligger någon presumtion för att nationell lagstiftning har företräde. Någon inskränkt prövning skall inte göras. I proportionalitetsbedömningen ingår inte att kontrollera huruvida ett slopat eller ett mera begränsat reklamförbud skulle bidra till att uppnå det eftersträvade målet på ett lika effektivt sätt som det nuvarande förbudet. Av EG-domstolens rättspraxis framgår att det ingår i proportionalitetsbedömningen att fastslå om ett förbud går för långt.

Marknadsdomstolen har att ta ställning till om alkoholreklamförbudet inte är mer betungande eller långtgående för handelsfriheten än vad som kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet för svensk alkoholpolitik. Om det finns möjlighet att välja mellan flera verk samma åtgärder, skall man välja den minst betungande, dvs. den åtgärd som påverkar handeln mellan medlemsstaterna minst. En åtgärd får inte heller vara verkningslös.

KO har bevisbördan för att det aktuella förbudet är proportionellt. Här kan hänvisas till bl.a. ett brev från EU-kommissionen till Sverige den 22 oktober 2002 angående privat införsel av alkohol, varav framgår att det i enlighet med artiklarna 28 och 30 i EG-fördraget åligger den medlemsstat som inför ett hinder för varuhandeln inom gemenskapen att visa att åtgärden motiveras av och är begränsad till vad som erfordras för att uppnå legitimt eftersträvat mål.

I CAN-rapporten nr 63 anges att målet för den svenska alkoholpolitiken är att skydda folkhälsan dvs. att minska alkoholens medicinska och sociala skadeverkningar. Av Franzén-målet framgår också att detta är målet för alkohollagstiftningen.

Vid den proportionalitetsbedömning som GIP förordar i första hand prövas inledningsvis om alkoholreklamförbudet är verkningsfullt eller inte. Är det verkningslöst är det oproportionellt.

Är förbudet verkningsfullt, skall därefter bedömas om det eftersträvat mål skulle kunna uppnås genom förbud eller begränsningar som är mindre omfattande än det aktuella reklamförbudet. Det eftersträvat mål behöver inte kunna nås på ett lika ingripande sätt och skyddet för folkhälsan behöver inte vara lika effektivt som alkoholreklamförbudet.

I andra hand menar GIP att proportionalitetsbedömningen skall göras enligt den metod som anges i ett av EU-kommissionen framlagt förslag rörande affärskommunikation. Metoden beskrivs enligt följande. Först skall den aktuella nationella åtgärden som begränsar den fria rörligheten för tjänster eller den harmoniseringsåtgärd som föreslås av kommissionen beskrivas varvid bl.a. följande frågor skall besvaras. Vilken är den potentiella ekonomiska kedjereaktion som kommer att utlösas av åtgärden? Vilka är de mål för allmänintresset som eftersträvas med åtgärden? Har åtgärden anknytning till det åberopade målet för allmänintresset? Påverkar åtgärden andra mål för allmänintresset? Hur effektiv är åtgärden för att uppnå det åberopade målet för allmänintresset? Är åtgärden förenlig med samtliga relevanta mål för allmänintresset, särskilt konsumentskydd och folkhälsa?

På grundval av denna översikt och den sakliga information som den ger, består det andra steget av en rättslig bedömning av om en nationell åtgärd kan anses vara proportionell eller om en gemenskapsåtgärd är så proportionell som möjligt med hänsyn till de övergripande målen i fördraget och även förenlig med andra gemenskapsåtgärder.

Alkoholreklamens effekter

Enligt GIP:s mening ger ett antal forskningsrapporter vid handen att måttfull alkoholreklam inte ökar konsumtionen. I the 10th Special report to the U.S. Congress on Alcohol and Health, juni 2000, finns en genomgång av studier som genomförts på 1970-, 1980- och 1990-talet. Den övergripande sammanfattningen i kongressrapporten är att forskningsresultaten inom området är blandade och långt ifrån definitiva.

Joseph C. Fisher har i Advertising, Alcohol Consumption and Abuse, A Worldwide Survey, kommit till samma slutsats som kongressrapporten, nämligen att det inte kan visas att alkoholreklam påverkar alkoholkonsumtionen. Enligt Fisher ökar inte diskret reklam konsumtionen av alkohol utan den har kanaliseringseffekter. Också EU-kommissionens "Working document" "Commercial Communications in the Internal Market" ger uttryck för uppfattningen att alkoholreklam inte har till syfte att öka konsumtionen av alkohol utan syftar till att få de som redan dricker alkohol att byta varumärke.

I den australiensiska rapporten Consumption and Advertising of Alcoholic Beverages in Australia 1969-1986, som framställts av D I Smith, senior research Psychologist vid Western Australian Alcohol and Drug Authority, visas att en ökning av alkoholreklam under 70- och 80-talet inte påverkat alkoholkonsumtionen, som under samma tid hade gått ner.

Av en artikel i skriften Advances in Applied Microeconomics, Volume 10: Advertising and Differentiated Products, red M. R. Baye och J. P. Nelson, Alcohol advertising and advertising bans: a survey of research methods results and policy implications, framgår att alkoholreklam och särskilt måttfull alkoholreklam inte har en konsumtionsökande effekt utan endast en varumärkeskanaliseringseffekt. I artikeln har en genomgång av ett stort antal forskningsstudier gjorts.

GIP kan även hänvisa till ett skriftligt utlåtande från ekonomie doktor L. B. till styrkande av att måttfull alkoholreklam i tidskrifter inte påverkar alkoholkonsumtionen i en höjande utan endast i en kanaliseringseffekt. Detta gäller särskilt för alkoholreklam i en specialtidning som Gourmet.

Enligt GIP:s mening går det i vart fall inte att fastställa att alkoholreklam, såsom den framställs i tidningen Gourmet, ökar den totala alkoholkonsumtionen.

Tingsrätten har vidtagit en normal domstolskontroll och lojalt följt de direktiv den fått från EG-domstolen. Bedömningen är korrekt och tingsrättens dom skall därför inte ändras. Tingsrätten har dock dragit en felaktig slutsats i ett hänseende, nämligen att alkoholreklam, såväl generellt som i periodiska skrifter, skulle ha konsumtionshöjande effekter. Den slutsatsen är mot bakgrund av vad som tidigare anförts felaktig.

BEVISNING

Båda parter har åberopat omfattande skriftlig bevisning. På KO:s begäran har vittnesförhör ägt rum med f.d. socialministern och verkställande direktören för systembolaget G. R. och docenten H. L. På Gourmets begäran har vittnesförhör hållits med ekonomie doktorn L. B.

DOMSKÄL

Ifrågavarande mål rör förbud mot alkoholreklam i kommersiell annonsering i tidningen Gourmets prenumerationsupplaga nr 4 för år 1997. Tingsrätten har vid sin prövning haft att beakta reklamförbudets förenlighet med EG-rätten i enlighet med vad som framgår av EG-domstolens dom den 8 mars 2001 (förhandsbeskedet). Av avgörande betydelse härvidlag är huruvida det mot bakgrund av de faktiska och rättsliga omständigheter som kännetecknar förhållandena i Sverige framgår att det är möjligt att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar genom åtgärder som i mindre utsträckning än reklamförbudet påverkar handeln inom gemenskapen. I målet i Marknadsdomstolen har KO gjort gällande att tingsrättens bedömning är felaktig i olika avseenden och att tingsrätten därför kommit till en felaktig slutsats i fråga om möjligheterna att tillämpa förbudet.

Tillämplig lag

Marknadsdomstolen gör beträffande frågan om tillämplig lag samma bedömning som tingsrätten, nämligen att KO:s talan skall bedömas med tillämpning av 2 § i den tidigare gällande lagen (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker (alkoholre-

klamlagen). Den äldre regleringen skiljer sig dock i sakligt avseende inte från de motsvarande bestämmelserna i 4 kap. alkohollagen (1994:1738).

Facktidskrift m.m.

Av 1 § alkoholreklamlagen framgår att lagen avsåg att skydda konsumenter. Den omfattade således inte kommersiell annonsering för alkoholdrycker i fackpress (se prop. 1977/78:178 s. 47-48). Med fackpress avses i det här sammanhanget bransch- och organisationstidskrifter samt liknande publikationer som är avsedda för spridning huvudsakligen till intressenter som inte kan betraktas som konsumenter av alkoholdrycker, exempelvis tidskrifter som vänder sig till restaurangbranschen. Däremot omfattas tidskrifter som huvudsakligen vänder sig till dem, som har ett mera allmänt kulinariskt intresse av alkoholdrycker eller som i och för sin yrkesverksamhet inte kan anses ha något behov av att erhålla information om sådana drycker.

Mot bakgrund av vad som i målet framkommit om tidningen Gourmets innehåll kan tidningen inte anses vara en sådan facktidskrift som är undantagen från annonsförbudet. Det förhållandet att de påtalade annonserna endast återfanns i prenumerationsupplagan av tidningen ändrar inte detta ställningstagande.

Alkoholreklamlagens förbud är således tillämpligt på i målet påtalade annonser.

Förbudets förenlighet med EG-rätten

EG-domstolen har i sitt förhandsbesked bedömt att annonseringsförbudet påverkar handeln inom gemenskapen. Samtidigt utgör, enligt domstolen, inte de gemenskapsrättsliga bestämmelserna något hinder mot ett sådant förbud mot kommersiella annonser för alkoholdrycker som det som föreskrivs i 2 § alkoholreklamlagen, för så vitt det inte mot bakgrund av de faktiska och rättsliga omständigheter som kännetecknar förhållandena i den berörda medlemsstaten framgår att det är möjligt att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar genom åtgärder som i mindre utsträckning påverkar handeln inom gemenskapen. Prövningen härav skall enligt EG-domstolen ankomma på nationell domstol och ske med ledning av den s.k. proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen ger uttryck för en intresseavvägning mellan allmänna och enskilda intressen och är av grundläggande betydelse vid tillämpningen av gemenskapsrätten. Proportionalitetsprincipen kan sägas innefatta de olika krav på balans mellan mål och medel och mellan motstående intressen som rättsordningen ställer. Vid proportionalitetsprövningen beaktas i allmänhet om det aktuella ingreppet är ändamålsenligt och nödvändigt samt om den fördel som det allmänna uppnår genom ingreppet står i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakar det enskilda intresset.

Som exempel på den proportionalitetsprövning EG-domstolen själv företagit inom närliggande sakområden kan nämnas de förenade målen C-1/90 och C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior SA och Publivia SAE mot Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, REG 1991, s. I-4151 (Aragonesa) och mål C-189/95 *Allmänna åklagaren mot Harry Franzén*, REG 1997, s. I-5909 (Franzén).

I Aragonesamålet, som rörde ett förbud i spansk lagstiftning mot viss alkoholreklam, uttalade EG-domstolen bl.a. att det tillkommer medlemsstaterna själva att med iakttagande av proportionalitetsprincipen och inom EG-fördragets gränser besluta hur långtgående skyddet av folkhälsan skall vara och hur det skall säkerställas. Det förbud tvisten gällde sades för det första innebära en mindre begränsning av de fria varurörelserna, eftersom det endast gällde drycker med en alkoholhalt överstigande 23 volymprocent, vilket kriterium i princip inte föreföll vara uppenbart orimligt för att motverka alkoholmissbruk. För det andra innebar förbudet inte något allmänt förbud mot reklam för dessa drycker utan endast ett förbud mot sådan reklam på närmare angivna platser, varav vissa, t.ex. allmänna vägar och biografier, särskilt frekventerades av bilister och unga människor, dvs. två befolkningskategorier inom vilka det är särskilt viktigt att motverka alkoholmissbruk. Åtgärden ansågs således i varje fall inte kunna kritiseras för att vara oproportionerlig med hänsyn till det mål som eftersträvades (punkterna 16-18).

I Franzénmålet rörande det svenska statliga detaljhandelsmonopolet anförde EG-domstolen bl.a. att även om det av den svenska regeringen anförda syftet att skydda människors hälsa från alkoholens skadeverkningar otvivelaktigt var ett av de syften som kunde göra ett undantag från artikel 28 (f.d. artikel 30) i EG-fördraget befogat, hade den svenska regeringen

inte visat vare sig att det tillståndssystem som föreskrevs i alkohollagen, särskilt vad avsåg villkoren rörande lagringskapacitet, samt de höga avgifter som skulle erläggas av tillståndshavarna, stod i proportion till syftet att skydda folkhälsan eller att detta syfte inte kunde tillgodoses genom åtgärder som begränsade handeln inom gemenskapen i mindre utsträckning (punkten 76).

Proportionalitetsprövningen

Som framgår av det föregående måste reklamförbudet för att kunna rättfärdigas bedömas vara proportionellt med det eftersträvade nationella målet, som är att skydda folkhälsan. Prövningen skall ske lojalt i förhållande till EG-rätten och mot bakgrund av de rättsliga och faktiska förhållandena i Sverige. Prövningen skall vara inriktad på en bedömning i förhållande till kraven på att förbudet skall vara ändamålsenligt, nödvändigt och proportionellt.

Ändamålsenligheten

EG-domstolen uttalade i Aragoneramålet att - vad avsåg det målet - det var tillräckligt att slå fast att reklam uppmuntrar till konsumtion och att regler som begränsar möjligheterna att göra reklam för alkoholhaltiga drycker i syfte att motverka alkoholmissbruk bidrar till att skydda folkhälsan (punkten 15).

I förhandsbeskedet i det här aktuella målet uttalade domstolen att bestämmelser som begränsar möjligheterna att göra reklam för alkoholdrycker i syfte att motverka alkoholmissbruk bidrar till att skydda folkhälsan (punkten 27).

Härav följer att enligt EG-domstolens uppfattning kan regler som begränsar möjligheterna att göra reklam i syfte att motverka alkoholmissbruk i och för sig bedömas bidra till att skydda folkhälsan.

I fråga om den närmare innebörden av det svenska folkhälsomålet har KO hänfört sig bl.a. till den nationella handlingsplanen för att förebygga alkoholskador (prop. 2000/01:20) och till förarbetena till de nya bestämmelserna i alkohollagen (prop. 1998/99:134) och framhållit att den svenska alkoholpolitiken enligt handlingsplanen består av en rad styrmedel som samverkar samt att alkoholreklamförbudet därvid är en pusselbit som bidrar till att hålla nere

konsumtionen och därmed skadeverkningarna.

Enligt prop. 1998/99:134 är Sveriges viktigaste alkoholpolitiska medel för att begränsa totalkonsumtionen och därmed skadorna fortfarande detaljhandelsmonopolet och prispolitiken. Sedan de övriga alkoholmonopolen (import-, export-, tillverknings- och partihandelsmonopolen) har avskaffats och förutsättningarna för att använda prisinstrumentet begränsats till följd av EU-medlemskapet, har åtgärder som information, ålderskontroll och andra liknande alkoholskadeförebyggande insatser fått en ökad tyngd i den svenska alkoholpolitiken (s. 83 f). Vidare anges att alkoholreklamregleringen är en del av alkoholpolitiken och att den ytterst syftar till att begränsa alkoholkonsumtionen (s. 133 f).

Av den nationella handlingsplanen framgår bl.a. följande. Den svenska alkoholpolitiken bygger på en balans mellan höga alkoholskatter, detaljhandelsmonopol, restriktioner, information och behandling. Prisinstrumentet och detaljhandelsmonopolet (Systembolaget) är de viktigaste och mest effektiva medlen för att begränsa alkoholkonsumtionen och skador förorsakade av alkohol. Sociala hänsyn har sedan länge präglat svensk alkohollagstiftning och skyddet för ungdomen går som en röd tråd genom alkoholpolitiken. Förbud mot att överlåta alkohol till ungdomar, åldersgränser för försäljning av alkohol liksom för servering av alkohol på restauranger är exempel på detta. Andra åtgärder som t.ex. begränsade öppettider, restriktiva serveringsbestämmelser, begränsningar av den privata införseln, information och hälsoupplysning är viktiga komplement i den svenska alkoholpolitiken för att göra den till en målriktad och medveten pris- och tillgänglighetspolitik (s. 18).

Vidare anförs i handlingsplanen bl.a. följande. Skälet till att Sverige i förhandlingar med EU drev bibehållandet av detaljhandelsmonopolet så kraftfullt, var övertygelsen om att ett statligt detaljhandelsmonopol, utan vinstintresse, är ett av de viktigaste medlen för en återhållsam försäljning. Ålderskontrollen fungerar bäst i detaljhandelsmonopolets regi och bidrar till att skjuta upp alkoholdebuten och begränsa alkoholskadornas utveckling. Det är också viktigt att detaljhandeln med alkoholdrycker sker under socialt ansvar utan aktiv marknadsföring. EU-medlemskapet och den ökade internationaliseringen har medfört att förutsättningarna för att använda prisinstrumentet som ett alkoholpolitiskt instrument delvis ändrats. Därför krävs nya metoder i arbetet med att förhindra en ökad skadeutveckling (s. 19). Målet för alkoholpolitiken skall även i fortsättningen vara att minska alkoholens medicinska och sociala skadeverningar och det målet bör nås genom åtgärder mot skadligt dryckesbeteende och genom att

sänka den totala konsumtionen. Förutsättningarna för återhållsamma alkoholvanor i befolkningen bör skapas genom bl.a. omfattande opinionsbildning. Förstärkta åtgärder behövs när det gäller bl.a. opinionsbildning och information samt begränsning av tillgängligheten och marknadsföringen av alkoholdrycker.

Marknadsdomstolen konstaterar sammanfattningsvis att den svenska alkoholpolitiken i första hand syftar till en begränsning av alkoholkonsumtionen och därmed en begränsning av alkoholmissbruket. Proportionalitetsprövningen innefattar således en prövning av annonsförbudets ändamålsenlighet i förhållande till detta folkhälsomål.

KO har gjort gällande att alkoholreklam påverkar konsumtion av alkohol i höjande riktning. GIP har hävdats att det inte går att fastställa att alkoholreklam ökar den totala alkoholkonsumtionen och att det finns stöd för att måttfull alkoholreklam i tidskrifter inte påverkar alkoholkonsumtionen i en höjande utan endast i en kanalisering riktning.

De forskningsresultat som lades fram i målet vid tingsrätten var motstridiga och enligt Marknadsdomstolens mening ger den ytterligare bevisning som lagts fram här ingen säkrare ledning i frågan om reklamens inverkan på konsumtionen. EG-domstolens uttalande i Aragonesamålet och vad som framkommit i förevarande mål får emellertid anses ge tillräckligt stöd för antagandet att sådan alkoholreklam i tidskrifter som nu är i fråga kan ha viss påverkan på totalkonsumtionen. Vid detta förhållande föreligger ett i detta sammanhang tillräckligt samband mellan folkhälsomålet och annonsförbudet för att detta i och för sig kan bedömas vara ändamålsenligt när det gäller att skydda folkhälsan.

Nödvändigheten

KO har framhållit annonsförbudets roll såsom en omistlig del i den svenska alkoholpolitiken och menat att ett förkastande av annonsförbudet leder till en ökad annonsvolym, vilket i sin tur leder till en ökning av alkoholkonsumtionen och på sikt med säkerhet till ökade kostnader för samhället när det gäller alkoholrelaterade sjukdomar. KO har vidare påpekat att annonsförbudet kan ses som en viktig signal från samhällets sida beträffande förhållandet till alkoholkonsumtionen.

GIP har å sin sida framhållit att staten förfogar över åtskilliga styrmedel för att minska alkoholkonsumtionen, bl.a. försäljningsmonopol, restriktiva öppethållandetider, krav på tillstånd att servera alkohol och bedriva partihandel, införselkvoter, åldersgränser, EU:s högsta skatter, alkoholreklamförbud i TV och radio, på offentliga platser och i direktreklam, måttfullhetskravet, generell utbildning genom hela skolsystemet, förebyggande verksamhet inom social- och hälsovårdsarbetet, förbud mot att överlåta alkohol till ungdomar, låga promillegränser för framförande av motorfordon, inrättande av Folkhälsoinstitutet och regler om omhändertagande av berusade personer.

Marknadsdomstolen konstaterar att staten har tillgång till ett flertal styrmedel för att påverka alkoholkonsumtionen i landet. Till de viktigare hör prisinstrumentet och detaljhandelsmonopolet. Andra åtgärder är t.ex. begränsade öppettider, restriktiva serveringsbestämmelser samt information och hälsoupplýsning.

Utredningen i målet ger vid handen att annonsförbudets betydelse för uppnåendet av folkhälsomålet måste bedömas vara väsentligt mindre än betydelsen av de övriga åtgärder som särskilt framhållits i den nationella handlingsplanen. Det kan därför ifrågasättas om det inte för uppnåendet av folkhälsomålet finns alternativ som är mindre långtgående än annonsförbudet när det gäller begränsningen av handeln inom gemenskapen.

Proportionalitetsbedömningen

I bedömningen skall de negativa effekterna av inskränkningen i den fria rörligheten för varor och tjänster vägas mot det aktuella förbudets effekter när det gäller att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar.

I fråga om hur ingående proportionalitetsbedömningen skall vara har, som framgått av det föregående, parterna olika åsikter.

Enligt Marknadsdomstolens mening bör proportionalitetsprövningen i detta fall innefatta en fullständig intressevägning mellan annonsförbudets fördelar för det allmänna och förbudets nackdelar för gemenskapshandeln. Står den fördel som det allmänna vinner genom ingreppet i rimlig proportion till en skada som ingreppet förorsakar den enskilde?

När det gäller annonsförbudets betydelse i förhållande till uppnåendet av folkhälsomålet finns, som framgått av det tidigare anförda, skäl för ifrågasättande. Härtill kommer att det vid en proportionalitetsprövning måste beaktas att effekten av reklamförbudet rimligen påverkas av alternativa möjligheter till reklam, såsom reklam i anslutning till försäljningsställen, utländska tidningar som säljs i Sverige, reklam via Internet och genom utländska TV-kanaler som når Sverige. Härtill kommer de redaktionella texter om alkohol som, ofta med en lockande inramning, förekommer i svensk dagspress, veckotidningar och tidskrifter. Sådant material, som enligt vad som framkommit i målet är förhållandevis omfattande, har ett innehåll och utseende som i praktiken kan tänkas påverka allmänheten på motsvarande sätt som alkoholreklam.

För alla former av alkoholreklam innehåller alkohollagstiftningen emellertid restriktioner. Som exempel kan nämnas förbud mot reklam i TV och radio samt krav på särskild måttfullhet i reklamen. I sammanhanget kan också nämnas förbudet enligt Konsumentverkets riktlinjer mot reklam på offentliga platser och mot direktreklam.

I kravet på särskild måttfullhet i alkoholreklamen har dessutom ansetts ligga ett krav på sträng återhållsamhet i förhållande till ungdomar. Detta återspeglas numera i 4 kap. 8 § alkohollagen som föreskriver ett uttryckligt förbud mot reklam för alkoholhaltiga drycker som riktar sig särskilt till eller skildrar barn och ungdomar.

I den utsträckning som alkoholreklam över huvudtaget är tillåten råder således ett långtgående krav på måttfullhet. Detta tolkas i propositionen till alkoholreklamlagen (prop. 1977/78:178 s. 36) bl.a. så att reklam bildmässigt bör inskränkas till att visa själva varan och vad som på ett naturligt sätt hänger samman med den, såsom förpackningar och vissa tillbehör.

Det har från KO:s sida framhållits att ett upphävande av annonsförbudet skulle kunna ge en signal om att staten inte menar allvar med sin alkoholpolitik. Som tingsrätten konstaterat finns det emellertid redan nu andra faktorer som ger liknande signaler, t.ex. den ökade tillgängligheten till alkohol på grund av lördags- och kvällsöppna systembolagsbutiker och det stora utbud av tillåten reklam, bl.a. sådana tidningar som tillhandahålls i Systembolagets butiker och på restauranger samt i fackpress.

I sammanhanget måste också beaktas de samlade styrmedel som staten har till sitt förfogande för skyddet av folkhälsan och, såsom tidigare anförts, annonsförbudets begränsade relativa betydelse i förhållande till dessa styrmedel bland vilka detaljhandelsmonopolet ansetts vara ett av de mest effektiva instrumenten.

Vid en samlad bedömning av de redovisade omständigheterna får annonsförbudet i sin nuvarande utformning bedömas vara föga effektivt i förhållande till sitt syfte.

Mot bakgrund av att EG-domstolen i Aragonesamålet godtagit ett förbud mot reklam för drycker med en alkoholhalt överstigande 23 volymprocent kan det finnas skäl att beröra frågan om ett mera begränsat reklamförbud motsvarande det som EG-domstolen i det målet hade att ta ställning till.

Vid sin prövning har Marknadsdomstolen ansett sig ha att bedöma annonsförbudets förenlighet med EG-rätten på sätt EG-domstolen anförts i förhandsbeskedet, dvs. med utgångspunkt i de rättsliga och faktiska omständigheter som visats föreligga i detta mål. Frågan om huruvida ett mer begränsat förbud, t.ex. till att gälla enbart spritdrycker skulle kunna vara förenligt med EG-rätten har berörts men inte prövats av tingsrätten. Den utredning som lagts fram vid tingsrätten och i Marknadsdomstolen ger heller inte tillräckligt underlag för en bedömning av denna fråga. Om syftet med den svenska alkoholpolitiken skulle gynnas av ett begränsat annonsförbud, är bestämmandet av gränserna för ett sådant förbud och inriktningen, samt dess förenlighet med Sveriges gemenskapsrättsliga åtaganden, primärt en fråga för lagstiftaren. Mot bakgrund av vad som sålunda anförts saknar Marknadsdomstolen anledning att i detta mål ta ställning till huruvida ett på visst sätt begränsat förbud, gällande t.ex. spritdrycker, kan anses uppfylla ett EG-rättsligt krav på proportionalitet i förhållandet till syftet att skydda folkhälsan.

Slutsats

Sammanfattningsvis finner Marknadsdomstolen i likhet med tingsrätten att förbudet - när skyddssyftet ställs mot förbudets betydelse som handelshinder enligt artiklarna 28 och 49 i EG-fördraget - måste betecknas som alltför långtgående och därmed oproportionellt i EG-rättslig mening. Konsekvensen härav är att det föreligger hinder mot att i målet tillämpa det av KO åberopade förbudet mot alkoholreklam i kommersiella annonser i tidningar enligt 2 §

tredje stycket alkoholreklamlagen, numera 4 kap. 11 § alkohollagen.

En sådan bedömning leder, som tingsrätten konstaterat, till att det saknas laga grund för att ålägga GIP något vitesförbud på grund av införandet av alkoholreklam i den påtalade prenumerationsutgåvan av Gourmet nummer 4 för år 1997. Tingsrättens domslut skall därför fastställas.

Rättegångskostnader

Vid angiven utgång i målet är GIP berättigad att erhålla ersättning för sina rättegångskostnader. GIP har yrkat ersättning med 535 000 kr, varav 410 000 kr utgör ombudsarvode, 45 000 kr avser utlägg och 80 000 kr avser GIP:s egna kostnader. Vad GIP yrkat får anses skäligt.

På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Ingegerd Westlander, Per Eklund, Catharina Andréen, Kerstin af Jochnick, Marianne Reuterskiöld och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Elisabeth Sundlöf