



MARKNADSDOMSTOLEN

DOM
2014-03-11

2014:4
Mål nr B 1/12

KÄRANDE

Konsumentombudsmannen (KO),
Box 48, 651 02 Karlstad

SVARANDE

Berntson Brands AB, 556748-1238,
Torsgatan 13, 3 tr, 111 23 Stockholm

Ombud: advokaten M. A. och
jur. kand. L. S.,
Advokatfirman MarLaw AB, Box 3079,
103 61 Stockholm

SAKEN

Marknadsföring av alkoholdrycker

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder Berntson Brands AB vid vite av en miljon (1 000 000) kr att marknadsföra alkoholdryck vid sådant uppträdande, eller vid väsentligen liknande uppträdande, som framgår av domsbilaga 1.
2. Marknadsdomstolen lämnar Konsumentombudsmannens talan i övrigt utan bifall.
3. Konsumentombudsmannen ska ersätta Berntson Brands AB dess rättegångskostnader med åttahundrafyrtioåttatusen (848 000) kr varav 750 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

Postadress
Box 2217
103 15 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 9

Telefon
08-412 10 30
Telefax
08-21 23 35

E-postadress
mail@marknadsdomstolen.se
Webbadress
<http://www.marknadsdomstolen.se>

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00 – 15:00
Lunchstängt
12:00 – 13:00

BAKGRUND

- 1 Berntson Brands AB (Berntson) är ett företag som har varit aktör inom den svenska dryckesindustrin sedan 1960-talet, bl.a. inom kategorierna öl, vin och sprit. Företagets kunder består av Systembolaget, grossister och restaurangföretag. En av produkterna som företaget distribuerar är Jägermeister som är en tysk örtlikör med en alkoholhalt på 35 procent (volym) och som produceras av Mast-Jägermeister AG.
- 2 Marknadsdomstolen lämnade genom beslut den 6 september 2013 ett yrkande om att domstolen skulle inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen utan bifall.

YRKANDEN M.M.

- 3 Konsumentombudsmannen (KO) har, som talan slutligen bestämts yrkat att Marknadsdomstolen vid vite förbjuder Berntson att marknadsföra alkoholdryck
 - a.- vid sådant uppträdande, eller vid väsentligen liknande uppträdande som framgår av domsbilaga 1.
 - b.- på banderoll, flagga eller affisch på sätt som skett i domsbilaga 2-3 eller på väsentligen liknande sätt.
 - c. - på fordon på sätt som framgår av domsbilaga 4 eller på väsentligen liknande sätt.
 - d.- på fordon på sätt som framgår av domsbilaga 5-6 eller på väsentligen liknande sätt.
 - e.- på takbox, eller på annan anordning avsedd att fästas på fordon, på sätt som framgår av domsbilaga 7 eller på väsentligen liknande sätt.
- 4 Berntson har medgett det av KO framställda yrkandet a.
- 5 Berntson har bestritt de av KO framställda yrkandena b.-e.
- 6 Om Marknadsdomstolen trots allt skulle finna att någon av de ovan under yrkandena b.-e. angivna marknadsföringsåtgärderna är otillbörlig har Berntson yrkat att

Marknadsdomstolen ska inskränka ifrågakommande förbud att marknadsföra alkoholdryck till att avse sammanhang av jippokarakter.

- 7 Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

KO

- 8 All aktuell reklam i målet avser utomhusreklam. Aktuella reklamåtgärder strider mot alkohollagens krav på särskild måttfullhet i 7 kap. 1 § alkohollagen (2010:1622). Samtliga marknadsföringsåtgärder har varit påträngande och uppsökande och de har utgjort ett dominerade inslag i den miljö där de förekommit.
- 9 Utomhusreklam generellt riskerar att uppfattas av unga och i synnerhet tre av de i målet aktuella marknadsföringsmetoderna (eldshow, banderoller och fordonen) har tydliga inslag av att i eventform rikta sig särskilt mot unga.
- 10 Typen av alkoholdryck ska beaktas när måttfullheten bedöms. Ju högre alkoholhalt desto mindre utrymme för att anse alkoholreklam som måttfull. I nu aktuellt fall avser samtliga reklamåtgärder Jägermeister, en spritdryck med en alkoholhalt på 35 volymprocent.
- 11 Samtliga marknadsföringsåtgärder strider mot den i svensk alkoholpolitik klart uttalade ambitionen att motverka alkoholreklam i nya spridningsvägar.

Upptredandet – eldshow (domsbilaga 1)

- 12 Mitt i centrala Göteborg, ca 30 meter från Kungssportsavenyn och ca 100 meter från Götaplatsen, ligger Rockbaren där alkoholhaltiga drycker serveras inomhus men även i utomhusserveringen som är belägen på trottoaren i direkt anslutning till lokalen. Den 21 juni 2009 ägde ett uppträdande rum på trottoaren framför Rockbarens utomhusservering. Vid uppträdandet marknadsfördes alkoholdrycken Jägermeister genom att ett antal flickor genomförde en eldshow på trottoaren framför Rockbaren. Upp-

trädadet skedde framför Jägermeister-flaskor och ett Jägermeister-fordon samtidigt som banderoller (domsbilaga 2-3) fanns upphängda på Rockbarens fasad.

- 13 Det aktuella uppträdandet i form av en eldshow i direkt anslutning till exponering av Jägermeisters drycker och banderoller och ett fordon lackerat med Jägermeisters färg, namn och varumärke kan betecknas som säljfrämjande åtgärd av jippokarakter.

Banderoller (domsbilaga 2-3)

- 14 I Rockbarens utomhusservering har två banderoller/flaggor av uppskattad höjd och bredd om ca 2 gånger 3 meter, m.a.o. ca 6 kvm med Jägermeisters färg, namn och varumärke hängt upp mot fasadens vägg på sätt som framgår framför allt av domsbilaga 2 och 3. Marknadsföringen sker på två banderoller varför ytan är den dubbla, dvs. ca 12 kvm. Banderollerna täcker stor del av fasadens yta i utomhusserveringen. Banderollerna har inte hängt i direkt anslutning till entrén som leder in till inomhuslokalen. Jägermeisters varumärke och namn återges stort och tydligt på en orange bottenfärg. Bedömningen ska utgå från hur banderollerna uppfattas av personer som befinner sig på gatunivå.
- 15 Rockbaren är belägen i centrala Göteborg och utomhusserveringen placerad på eller i vart fall i direkt anslutning till allmän plats. Serveringen är öppen mot gatan och förbipasserande i alla åldrar har lätt kunnat uppmärksamma banderollerna. Av utdrag från Rockbarens egen gästbok på restaurangens webbplats framgår att tillåten åldersgräns på Rockbaren vid tidpunkten för marknadsföringsåtgärderna var 20 år.
- 16 Banderollerna i Rockbarens utomhusservering har utgjort ett dominerande inslag i miljön och ska betraktas som, eller i vart fall jämföras med, utomhusreklam. Oavsett om marknadsföringen betraktas som utomhusreklam eller ej uppfyller den inte måttfullhetskravet.
- 17 Vid marknadsföring av Jägermeister i fjällen används banderoller av, uppskattningsvis, motsvarande storlek.

Fordon (domsbilaga 4 och 5–6)

- 18 En Chevrolet Caprice av 1985 års modell (yrkande c.), registrerad som personbil med Berntson som ägare, har hellackerats i Jägermeisters färg, namn och varumärke på sätt som framgår av domsbilaga 4. Bilen är ”hottad” med tonade rutor och speciella lättmetallfälgar och den är utrustad med en musikanläggning som fyller ut hela bakluckan. Bilen har fram till februari 2011 trafikerat allmänna vägar. Den har bl.a. stått framför Rockbaren (jfr domsbilaga 3).
- 19 Fordonet har använts i trafik, dvs. på eller i direkt anslutning till allmän plats. Det är högst osannolikt att det aktuella fordonet över huvud taget använts för distribution av bolagets produkter annat än möjligen i mycket begränsad och ovidkommande utsträckning. Bilen har åtminstone tidigare använts i rena reklamsammanhang för Jägermeister. Det framgår av en affisch som lagts in på en blogg att ”Jägerbilen” spelar musik i samband med ”Partymeister” på O’Learys med Jäger bar. Berntson har i brev till KO den 24 oktober 2011 medgivit att bolaget inte distribuerar sina egna varor. Berntson har anfört att fordonet använts av bolagets försäljare och att det därmed är ett försäljningsfordon – en uppfattning som KO ifrågasätter, såväl om det varit fallet som betydelsen av det i målet. Enligt uppgift på Berntsons egen webbplats sköter dess partner Green Cargo distributionen av bolagets produkter.
- 20 Utformningen i sig av alkoholreklamen på det nu aktuella fordonet utgör ett dominerande inslag i miljön och strider därigenom mot kravet på måttfullhet oavsett om fordonet klassificeras som ett distributionsfordon, ett försäljningsfordon eller liknande.
- 21 Ytterligare ett fordon, en Dodge Ram 1500, årsmodell 2010 (yrkande d. och domsbilaga 5–6) har uppmärksamrats vid en genomgång av olika webbplatser. Fordonet är registrerat som lastbil men inte som ett fordon som används i yrkesmässig trafik. Bilen är leasad med Berntson som registrerad brukare. Bilen är hellackerad i orange med varumärket Jägermeister (namn och bild) lackerat/folierat på sidan och på motorhuven.

- 22 KO saknar kännedom om Dodgen använts i rena marknadsföringssammanhang eller om Berntson levererar sprit till återförsäljare med fordonet eller om Berntsons säljare kört runt i det eller om det använts kombinerat för de tre olika syftena.
- 23 Fordonen, Chevrolet och Dodge, är i allt väsentligt lackerade/folierade på samma iögonfallande sätt. Fordonen skiljer sig åt genom att Chevroleten är personbilsregistrerad medan Dodgen är lastbilsregistrerad. Detta har inte någon betydelse för bedömningen av reklamens tillbörlighet. På samma sätt som för Chevroleten, är alkoholreklamen även på Dodgen i strid mot alkohollagens krav på särskild måttfullhet.

Takbox (domsbilaga 7)

- 24 Den 9 februari 2012, utanför Scandic hotell i Falun, stod en BMW 320d Touring parkerad. På bilens rails var en takbox fast monterad med texten med ”Jägermeister” skrivet i stor text mot orange bakgrund. Bilen är registrerad på Trygg Hansa med Berntson som brukare.
- 25 Nu aktuell alkoholreklam på takbox har exponerats genom att den satts fast på taket på en personbil och har kunnat iakttas av allmänheten på vägar och på allmänna platser.
- 26 Takboxen utgör genom sitt utseende och placering på ett fordon en påträngande och uppsökande marknadsföringsåtgärd och ett sådant dominerande inslag i miljön att marknadsföringsåtgärden strider mot måttfullhetskravet i alkohollagen oavsett om reklamen kan anses sådan att den omfattas av undantaget i Konsumentverkets allmänna råd för marknadsföring av alkoholdryck till konsumenter (KOVFS 2009:6).

Berntson

- 27 De av KO angripna marknadsföringsåtgärderna b.-e. är inte sådana överträdelser som strider mot alkohollagens krav på måttfullhet. Marknadsföringsåtgärderna är tillbörliga enligt marknadsföringslagens (2008:486), MFL, bestämmelser.

- 28 Berntson delar inte KO:s uppfattning att all i målet påtalad marknadsföring utgör otillåten utomhusreklam dels då delar av Berntsons marknadsföring inte kan anses inrymmas i begreppet ”utomhusreklam”, dels då samtliga icke medgivna reklam-enheter varit tillräckligt återhållsamma. Ingen av de påtalade marknadsförings-åtgärderna inryms i begreppen ”påträngande” eller ”uppsökande”.
- 29 Ingen av de påtalade marknadsföringsmetoderna var för sig eller i kombination, har i första hand vänt sig till en yngre målgrupp.
- 30 Det förhållandet att Jägermeister är starksprit saknar betydelse i förhållande till måttfullhetsbedömningen. Den volymprocentsgräns som återfinns i 7 kap. 4 § alkohollagen avser inga andra reklambärare än just periodisk skrift och i förekommande fall skriftens webbplats.
- 31 Varje reklamenhet ska bedömas för sig.
- 32 Det reklamförbud som KO önskar vidmakthålla (yrkande c.-d.) påverkar avsättningen av varor från andra medlemsstater i högre grad än vad förbudet påverkar avsättningen av inhemska varor. Förbudet drabbar överhuvudtaget inte inhemska bryggerier vars fordon till övervägande del utgörs av tillåtna lastbilar. Därmed är förbudet av vissa fordon som reklambärare en sådan kvantitativ importrestriktion eller åtgärd med motsvarande verkan mellan medlemsstaterna som är förbjuden enligt artikel 34 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (EUF-fördraget). Förbudet mot viss marknadsföring av alkoholhaltiga drycker begränsar även möjligheterna att tillhandahålla marknadsföringstjänster för dessa varor. Tillhandahållandet av reklamtjänster är gränsöverskridande och en inskränkning av dessa tjänster strider mot artikel 56 EUF-fördraget.
- 33 Förbudet är oproportionerligt redan på grund av att det är inkonsekvent och ineffektivt. Förbud mot vissa fordon medför alltför långtgående inskränkningar för de aktörer som saknar produktion i Sverige eller av andra anledningar inte kan använda sig av en sådan transportlösning som inhemska bryggerier gör.
- 34 De handelshindrande effekter som det vinklade förbudet medför är att vissa näringsidkare förhindras att använda ett varumärke eller därmed jämförligt känne-

tecken, både på mindre transportfordon och på fordon för försäljning. Därmed är den godtyckliga särbehandlingen av vissa fordon inte förenlig med EU-rätten.

- 35 Förbudet mot mindre transportfordon och försäljningsfordon oavsett storlek, är alltför extensivt och inte tillräckligt begränsat till vad som krävs för att uppnå målet att skydda folkhälsan. Förbudet är inte heller välgrundat eftersom det saknas tillräckliga tekniska, vetenskapliga, statistiska och näringsmässiga data och annan relevant information och bevis för att förbudet ska anses vara motiverat.
- 36 Svenska staten har en mängd andra verktyg till sitt förfogande för att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar genom åtgärder som i mindre utsträckning påverkar handeln inom gemenskapen än förbudet mot mindre transportfordon och fordon för försäljning.
- 37 Ett förbud mot takboxen strider mot EU-rätten då förbudet inte är motiverat eller proportionerligt utifrån syftet att skydda folkhälsan. Följaktligen strider inte takboxen mot gällande regler för marknadsföring av alkoholdryck och Konsumentombudsmannens yrkande om förbud ska inte bifallas.

Uppträdandet – eldshow

- 38 Varken uppträdandet eller placeringen av flaskorna, (domsbilaga 1), är förenligt med Berntsons syn på vad som är ansvarsfull och måttfull marknadsföring. Anledningen till felsteget är bristande kommunikation samt därtill bristande kunskap om alkoholmarknadsföring hos den tillfälligt anställda personalen vid det aktuella tillfället.

Banderoller

- 39 Det tillbakavisas att banderollerna är utomhusreklam och i övrigt är i strid med krav på måttfullhet. Banderollerna har varit måttfulla, deras framställning saklig och utformningen neutral. Andra, än besökare av Rockbaren, har inte uppfattat annonseringen såsom påträngande eller uppsökande. Banderollerna har inte varit placerade på en sådan plats eller i sådan skala att de utgör icke undantagen utomhusreklam, eller att banderollerna, var och en för sig eller tillsammans, är uppseendeväckande. Begreppet ”utomhusreklam” är så pass vagt att det inte, på ett utifrån marknadsrätten

tillfredsställande sätt, kan anknyta till en konkret marknadsföringsåtgärd och därvid förbjudas.

- 40 Rockbarens markiser är utfällda vid normal drift. Markiserna har även varit utfällda på kvällen och/eller natten (domsbilaga 2) samt under dagtid (domsbilaga 3).
- 41 Det är mycket vanligt att krogar har en uteservering. Den ingår normalt i krogmiljön och omfattas av beviljat serveringstillstånd. Sådana utrymmen definieras i tillståndsrelaterade sammanhang som avgränsade serveringsutrymmen. Följaktligen är det rimligt att exponering av alkoholhaltiga dryckers varumärken återfinns även där, dvs. i säljstället.
- 42 I förekommande fall var banderollerna placerade på Rockbarens uteserverings fasad, inom 10 meters avstånd från entrén. Banderollernas verkliga area uppgick till (1,5 x 2,5 =) 3,75 m². Berntsons banderoller användes sommartid och var därför till stora delar skymda av uteserveringen och de personer som befann sig där. Banderollerna är inte iakttagbara på sätt KO gör gällande. Väggen under markisen ligger i närmast totalt mörker jämfört med omgivningen som badar i ljus.
- 43 Placeringen var, som framgår i domsbilaga 3, den mest undanskymda och återhållsamma. Branschrekommendationens uttryck ”i eller i omedelbar anslutning till lokalen” är mer ändamålsenlig än den regel som KO gör gällande. Berntson emotser därför att Marknadsdomstolen slår fast att säljställets fasad i förevarande mål uppfyller kriteriet ”i direkt anslutning till” då det knappast hade varit möjligt att placera någon form av reklammaterial mer intimt förbundet med säljstället, eller på en mer undanskymd del av fasaden, än vad som faktiskt skedde. Banderollerna måste bedömas var för sig som separata reklamenheter då de hängde klart avskilda från varandra.
- 44 När det gäller banderollernas form är det rimligt att reklamenheterna bedöms utifrån sitt sammanhang. Att tillåten utomhusreklam anpassas till sin miljö kan automatiskt inte innebära ett övertramp av måttfullhetskravet.
- 45 Banderollerna förevisar varumärket Jägermeister, vilket används för att identifiera och särskilja alkoholdrycken Jägermeister. Märket innefattar bakgrundsfärgen orange

(”därmed jämförligt kännetecken”). Varumärket inbegriper även ett hjorthuvud, ett strålande kors, liksom namnet Jägermeister. Samtliga element ingår i det för Mast-Jägermeister AG exklusiva varumärket. Banderollerna uppvisar bara relevant information, nämligen varumärket.

- 46 Det kan knappast råda något tvivel om att 20-årsgräns på krogen inte är lika med att all marknadsföring på ett sådant ställe särskilt vänder sig till personer under 25. Det är vidare påkallat att uppmärksamma att det knappast finns några krogar med så hög åldersgräns som 25 år.
- 47 Sammantaget är banderollerna tillräckligt återhållsamma. Tyngdpunkten i banderollernas framställning ligger på själva varan och de är på intet sätt vädjande i sin framtoning. Annonserna – här banderoller – är var för sig eller i kombination vid en helhetsbedömning inte påträngande för någon i eller utanför Rockbaren.

Fordonen

- 48 Berntsons påtalade marknadsföring på fordonet, Chevrolet Caprice, har inte inbegripit annat än varumärket Jägermeister i sitt figurativa utförande. En framställning som enbart återger en alkoholdrycks varumärkes ingående delar kan inte vara annat än sakligt och i linje med motivet till kravet på särskild måttfullhet. Tyngdpunkten i marknadsföringen ligger på själva varan och framställningen är återhållsam.
- 49 Den påtalade framställningen uppfyller inte heller något av följande mottagarrelaterade otillåtna former: ”uppsökande” (mot bakgrund av brist i fråga om aktiv handling) eller ”uppmåna till bruk av alkohol” (vilket får anses förutsätta särskilda värdeutlåtanden eller förmedling av positiva associationer).
- 50 Det finns inte några formella registreringskrav för att ett fordon ska anses klassificerat som ett distributionsfordon. Valet av fordonstyp och storlek måste bestämmas av transport- och kapacitetsbehov, dvs. vilken logistklösning som är bäst anpassad för det individuella företags behov.
- 51 Vad gäller termen försäljningsfordon är att märka att eftersom Berntson i likhet med många andra alkoholleverantörer (som inte är bryggerier) som huvudregel inte själva

distribuerar sina produkter till Systembolaget eller serveringsställen, aktualiseras inte distribution av alkohol för deras räkning i lika stor utsträckning som för bryggerier. Däremot är det av största betydelse för Berntson att ha en fungerande och effektiv säljkår som marknadsför produkterna på ett adekvat sätt.

52 Det i målet påtalade fordonet hade flera funktioner då det var i bruk. Det kunde med sitt stora bagageutrymme användas som ett utpräglat transportfordon. Det användes också vid besök på serveringsställen, dvs. i en utpräglad B2B-situation.

53 Fordonet Dodge Ram 1500 (yrkande d.) används för transport av alkoholhaltiga drycker till återförsäljare.

Takbox

54 Takboxen inryms inom tillåten utomhusreklam.

55 Takboxen kan inte användas i något annat sammanhang än i direkt anslutning till ett fordon och kan närmast anses utgöra en med fordonet integrerad del. En takbox måste typiskt sett falla inom begreppet ”transportmedel”.

56 I likhet med vad som anförts beträffande fordonet är reklamen på takboxen i sin helhet återhållsamt framställd då den inte visar annat än Jägermeisters kännetecken. Takboxens framställning består uteslutande av Jägermeisters logotyp.

57 Takboxen väcker ingen uppmärksamhet hos gemene man och är således inte uppseendeväckande eller på annat sätt iögonfallande.

58 Takboxens utformning och förekomst är måttfull.

Statistik

59 Det är faktorer som pris, plats, distribution och unikheter som ligger bakom alkoholdrycken Jägermeisters försäljningsstatistik snarare än den påtalade marknadsföringen. Förklaringen till de ökade försäljningssiffrorna för Jägermeister har sin grund i utompåverkande konsumentmakt och hur konsumenternas preferenser och trender har

utvecklats över tiden. Därtill är Jägermeister en unik produkt vars smak svårligen låter sig kopieras av konkurrenter. Detta har medfört att produkten närmast måste ingå i utbudet hos praktiskt taget varje serveringsställe. Då det inte heller finns något egentligt substitut för Jägermeister (jämför t.ex. med den mängd vodkaprodukter som finns) väljer konsumenterna uttryckligen denna särpräglade produkt. Försäljningsökningen för Jägermeister beror således på andra betydligt tyngre parametrar än den påtalade marknadsföringen.

KO

- 60 De nu gällande svenska reglerna i 7 kap. 1 § alkohollagen jämfört med 5 § MFL överensstämmer med EU-rätten.
- 61 Yrkade förbud är inte handelshindrande över huvud taget. Om någon form av handelshindrande effekt skulle gå att finna måste det i vart fall vara i det närmaste omöjligt att hitta ett mindre handelshindrande förbud än de yrkade.
- 62 Yrkade förbud är inte diskriminerande. Källor som Konsumentverkets allmänna råd utgör enbart tolkningsunderlag vid domstolens prövning i ett enskilt fall och är inte bindande. Dessutom innebär Konsumentverkets allmänna råd enbart att undantag görs för ”distributionsfordon och liknande transportmedel”. Det finns alltså inga tvingande regler och inte heller någon regel om tillåten respektive otillåten storlek på fordon som skulle kunna bära alkoholreklam. Det avgörande är utseendet på reklamen och inte storleken på fordonet/takboxen i det enskilda fallet. Bedömningen ska ske utifrån om reklamen är måttfull och hänsyn tas då bl.a. till om den utgör ett dominerande inslag. En sådan bedömning som eventuellt leder till ett förbud kan aldrig på ett otillåtet sätt drabba utländska aktörer hårdare än inhemska.
- 63 Det saknas behov av att göra någon proportionalitetsbedömning. För det fall Marknadsdomstolen ändå skulle komma fram till att en proportionalitetsprövning motsvarande den som gjordes i Gourmet-målet ska göras så är yrkade förbud avseende fordon och takbox ändamålsenliga, nödvändiga och proportionella för att uppnå syftet med den svenska alkoholpolitiken, dvs. att bidra till folkhälsan genom att minska alkoholkonsumtionen och därmed alkoholmissbruket.

Banderollerna

- 64 Bilden i domsbilaga 3 är fotograferad uppifrån. Bedömningen ska utgå från hur banderollerna uppfattas av personer som befinner sig på gatunivå (jfr domsbilaga 1).
- 65 Att, som Berntson, påstå att två bredvid varandra uppsatta Jägermeister-banderoller ska ses som separata marknadsföringsåtgärder ter sig motsägelsefullt eftersom Berntson själva anser att 16 separat uppsatta Rockbaren-logotyper runt hela restaurangen ska betraktas som en enda marknadsföringsåtgärd.
- 66 KO har byggt sin uppskattning av storleken på banderollerna (2 gånger 3 meter) mot bakgrund av en jämförelse med en flagga som syns på en återopad bild och som har en uppgiven storlek på ca 2 gånger 3 meter samt på en jämförelse mot personer och föremål på bilderna.
- 67 KO kan inte vitsorda att den av Berntson uppgivna storleken (1,5 x 2,5 m) är korrekt.
- 68 Om banderollerna verkligen varit 0,5 meter smalare och lägre ska detta ändå inte ha någon avgörande betydelse vid Marknadsdomstolens bedömning av banderollernas tillbörlighet eftersom dessa likväl utgjort ett dominerande inslag i miljön.

Fordon

- 69 Alkoholreklam på ett fordon, oavsett fordonskategori, får inte strida mot alkoholagens regler om särskild måttfullhet. Alkoholagens 7 kap. 5 § är inte heller tillämplig på aktuell reklamåtgärd.
- 70 Att fordonet Chevrolet Caprice använts även vid flera andra Jägermeister-event, förutom det utanför Rockbaren i Göteborg, torde vara ostridigt.

Takboxen

- 71 En takbox är direkt olämplig att frakta (alkohol)flaskor i, både ur ett användarperspektiv och ur ett trafiksäkerhetsperspektiv. Hur den aktuella takboxen använts har inte redogjorts för. Om en takbox kan definieras som ett "liknande transportmedel" eller

inte är av underordnad betydelse. Det avgörande är – på samma sätt som för ett fordon – om reklamen på takboxen, husvagnen eller släpkärran strider mot alkohollagens regler om särskild måttfullhet.

Statistik

- 72 Berntsons uppgift om att ”pris, plats, distribution och unikheter” skulle förklara Jägermeisters försäljningsökning på 72,6 procent och att Jägermeister klättrat från trettonde till sjätte plats på försäljningslistan över de 50 mest sålda spritmärkena på bara sex år, medan den totala spritkonsumtionen i Sverige under samma tid gått ner, förefaller vara en efterhandskonstruktion. Enligt Berntsons försäljningschef, G. E., var de viktigaste skälen till framgångarna när det gäller att Jägermeister utsetts till ett av Sveriges 300 Superbrands 2009-2011 marknadsföring genom satsningar på fjällen, hårdrock och studenter. Den största försäljningsökningen skedde innan Berntson, enligt egen uppgift, införde en mer restriktiv marknadsföringspolicy i slutet av 2009.

BEVISNING

- 73 Båda parter har åberopat viss skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

- 74 Målet rör marknadsföring av alkoholdrycker till konsumenter och bl.a. frågan om kravet på särskild måttfullhet iakttagits.

Allmänna utgångspunkter

- 75 I 7 kap. 1 § alkohollagen (2010:1622) stadgas att vid marknadsföring av alkoholdrycker till konsumenter ska särskild måttfullhet iakttas. Reklam- eller annan marknadsföringsåtgärd får 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.

- 76 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 §§ marknadsföringslagen (2008:486), MFL, anses vara otillbörlig mot konsumenter.
- 77 Av grundläggande betydelse för utformningen och tillämpningen av de svenska nationella bestämmelserna om marknadsföring av alkoholdrycker mot konsumenter är regleringen av fri rörlighet för varor i fördraget om Europeiska unionens funktions-sätt (EUF-fördraget). En utgångspunkt för dessa bestämmelser är att en vara som lagligen saluförs i en medlemsstat också ska få säljas i övriga. Av särskild betydelse i detta sammanhang är bestämmelserna i artikel 34 och artikel 36 i fördraget.
- 78 I artikel 34 i EUF-fördraget anges att kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder av motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna. EU-domstolen har i sin praxis uttalat att alla åtgärder direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan utgöra ett hinder för handeln inom gemenskapen ska anses som åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner (se bl.a. domstolens dom i mål 8/74, Dassonville, och i de förenade målen C-267/97 och C-268/91, Keck och Mithouard, punkt 16).
- 79 Av artikel 36 framgår emellertid att vissa undantag från bestämmelsen i artikel 34 får göras, bl.a. för åtgärder som motiveras av hänsyn till människors hälsa. Med avseende på marknadsföring av alkoholhaltiga drycker har EU-domstolen anfört att bestämmelser som begränsar möjligheterna att göra reklam för alkoholhaltiga drycker i syfte att motverka alkoholmissbruk bidrar till att skydda folkhälsan (se bl.a. domstolens dom i mål 152/78, kommissionen mot Frankrike, punkt 17).
- 80 Enligt EU-domstolens praxis måste dock undantag av detta slag vara nödvändiga för att det aktuella skyddsändamålet ska kunna uppnås och proportionerliga i det att de inte får ha större handelshindrande verkan än vad som krävs för att tillgodose skyddsändamålet (se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivia, punkt 16, och i mål C-76/90, Säger, punkt 15).

- 81 Vidare har domstolen uttalat att det inte kan uteslutas att ett totalförbud i en medlemsstat mot en viss form av marknadsföring av en produkt, som säljs lagligen, i högre grad påverkar produkter från andra medlemsstater än inhemska produkter (se domstolens dom i mål C-34/95, De Agostini och TV-shop, punkt 42, och jfr domstolens dom i mål C-405/98, Gourmet International Products, punkt 21).
- 82 Av det anförda följer, att bedömningen av om en viss marknadsföring uppfyller kravet på särskild måttfullhet ska grundas på bl.a. en proportionalitetsbedömning.
- 83 Beträffande kravet på särskild måttfullhet vid marknadsföring av alkoholdrycker har Marknadsdomstolen tidigare särskilt framhållit att syftet bakom kravet – som utan sakliga ändringar överförts från 4 kap. 8 § alkohollagen (1994:1738) – är 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 (se MD 2009:16). Även om konsumenter måste få tillgång till relevant produktinformation, bör det av näringsidkare krävas en stark begränsning och en stark återhållsamhet både när det gäller reklamens spridningsvägar och innehåll och när det gäller andra marknadsföringsmetoder (se MD 2009:16 med hänvisning till prop. 1998/1999:134 s. 117). I anslutning härtill konstaterade Marknadsdomstolen att även om det skett en viss modifiering av bestämmelserna rörande alkoholreklam på senare år så är de ramar inom vilka alkohol kan marknadsföras fortfarande snäva.
- 84 I det ovan nämnda avgörandet har Marknadsdomstolen pekat särskilt på att utomhusreklam i förarbetena har nämnts som ett exempel på reklammedel som inte uppfyller kravet på särskild måttfullhet (se prop. 1998/99 s. 117). Domstolen uttalade dock att sådan reklam kan vara tillåten om den är placerad i eller i direkt anslutning till restauranger eller andra lokaler där alkoholdrycker säljs. Vid sådana platser är det dock inte tillåtet med märkesreklam som utgör ett dominerande inslag i miljön. Bildmässigt bör reklamen inskränkas till att visa själva varan och vad som på ett naturligt sätt hänger samman med den. Också budskapets utförlighet, typografi och layout ska bedömas i belysning av måttfullhetskravet.
- 85 Att det anses vara tillåtet att i direkt anslutning till ett säljställe ha utomhusreklam om denna är måttfull har bekräftats av Marknadsdomstolen i MD 2009:19 där domstolen

även konstaterat att vad som utgör utomhusreklam inte är entydigt definierat i vare sig lagstiftning eller domstolspraxis och att begreppet kan omfatta ett stort antal, sinsemellan tämligen olika, marknadsföringsåtgärder i utomhusmiljö.

- 86 Av vad som anförts ovan följer att det vid prövningen av måttfullhetskravet beträffande utomhusreklam är av avgörande betydelse huruvida reklamen utgör ett dominerande inslag i miljön och därmed är påträngande.

Yrkande a

- 87 Berntson har medgett KO:s yrkande i denna del och vitsordat riktigheten av de omständigheter som KO åberopat samt har anført att bolaget inte anser att den aktuella marknadsföringen varit förenlig med alkohollagens krav på särskild måttfullhet. Det är alltså ostridigt i målet att ett uppträdande med bl.a. en eldshow har ägt rum på trottoaren framför Rockbarens utomhusservering den 21 juni 2009.
- 88 Marknadsdomstolen konstaterar, utifrån den utredning i form av fotografier som förebringats i målet beträffande den aktuella marknadsföringsåtgärden, att det är uppenbart att marknadsföringen med hänsyn till hur den utformats, inte varit förenlig med kravet på särskild måttfullhet. Vid denna bedömning har domstolen beaktat den lagstiftning som var ikraft vid tidpunkten för uppträdandet, dvs. 4 kap. 8 § alkohollagen (1994:1738), som hade samma sakliga innehåll som den nu gällande 7 kap. 1 § alkohollagen. Därmed har marknadsföringen varit otillbörlig och ska förbjudas.

Yrkande b

- 89 Det är ostridigt i målet att Berntson i sin marknadsföring använt två banderoller med orange bakgrundsfärg innehållande Mast Jägermeister AG:s figurvarumärke bestående av märkesordet Jägermeister i frakturstil mot orange bakgrund och dess figurvarumärke innehållande bl.a. ett hjorthuvud, vilka hängt på fasaden vid Rockbarens uteservering. Mot Berntsons bestridande är inte visat att banderollernas storlek varit större än 1,5 gånger 2,5 meter (3,75 m²), vilket har vitsordats av bolaget.

- 90 Marknadsdomstolen konstaterar att det är fråga om sådan utomhusreklam som kan vara tillåten i anslutning till ett försäljningsställe om den uppfyller måttfullhetskravet (se punkt 83-85 ovan). Vid måttfullhetsbedömningen har domstolen att bedöma bl.a. banderollernas placering, storlek och utformning och om de utgjort ett dominerande inslag i miljön (jfr MD 2009:16).
- 91 En förutsättning för att domstolen ska kunna bifalla ett förbudsyrkande så som det nu aktuella är att det finns tillräcklig utredning om hur marknadsföringen gestaltat sig på den aktuella platsen och det intryck den varit ägnad att ge dem till vilka den riktats, i detta fall kroggäster och förbipasserande. Vid denna bedömning har det stor betydelse hur väl synliga banderollerna har varit.
- 92 Till styrkande av sitt påstående har KO åberopat två olika fotografier. Det ena fotografiet, som är taget på natten, är mycket mörkt och oskarpt. Även om Rockbarens uteservering kan skimras i bakgrunden på fotografiet går det knappt att urskilja banderollerna. Det andra fotografiet är taget i dagsljus. Det är dock taget i en sådan vinkel, snett uppifrån, och på ett sådant avstånd att banderollerna inte syns särskilt väl. Dessutom är banderollerna delvis skymda av både markiser och personer som befinner sig på uteserveringen.
- 93 Med hänsyn till de oklarheter som utredningen i denna del uppvisar har KO, mot Berntsons bestridande, inte visat vare sig att banderollerna utgjort ett dominerande inslag i den miljö där de förekommit och därmed varit påträngande eller att användningen av dem på annat sätt stått i strid mot kravet på särskild måttfullhet. KO:s yrkande om förbud kan därför inte bifallas i denna del.

Yrkande c och d

- 94 Det är ostridigt i målet att Berntson under bl.a. 2011 använt två fordon i sin verksamhet, en Chevrolet Caprice och en Dodge Ram 1500, som båda varit hellackerade i orange färg och som haft såväl märkesordet Jägermeister i frakturstil som figurvarumärket innehållande ett hjorthuvud på sidan och på motorhuven.

- 95 KO har bestämt sitt yrkande om förbud till att avse marknadsföring av alkoholdryck på fordon på det ”sätt” som framgår av fotografierna i domsbilaga 4 respektive 5-6. Frågan är därmed om användning av fordon, försedda med de aktuella kännetecknen för alkoholdrycker på det sätt som framgår av fotografierna, i en verksamhet som den som Berntson bedriver, strider mot alkohollagens krav på särskild måttfullhet.
- 96 Bestämmelser som begränsar möjligheterna att göra reklam för alkoholhaltiga drycker i syfte att motverka alkoholmissbruk bidrar, som ovan anförts, till att skydda folkhälsan (se ovan punkt 79). KO har dock i detta mål inte lagt fram någon särskild utredning om den verkan som ett förbud mot användning av varu- och näringskännetecken på fordon skulle ha för att motverka alkoholmissbruk. Inte heller i övrigt har framkommit att ett förbud mot användning av kännetecken på fordon i sig skulle vara effektivt i detta syfte (jfr MD 2003:5).
- 97 Förbud mot ett visst slag av reklam kan, som ovan anförts (punkt 81) medföra att marknadstillträdet för varor från andra medlemsstater försvåras i större utsträckning än vad som är fallet för inhemska varor. En förutsättning för att de som marknadsför alkoholdrycker med ursprung i andra medlemsstater ska kunna konkurrera med dem som marknadsför svenska produkter av detta slag är därför, att de har tillgång till fungerande kanaler för marknadskommunikation.
- 98 Av grundläggande betydelse för kommunikation med en omsättningskrets eller målgrupp är, oavsett vilka varor eller tjänster som marknadsföringen avser, att kunna använda varu- och näringskännetecken (angående varumärkens kommunikationsfunktion, jfr EU-domstolens dom i mål C-487/07 L’Oréal punkt 63 och 65, mål C-236/08–C-238/08, Google France och Google, punkt 77 och 79 samt i mål C-323/09, Interflora, punkt 38).
- 99 Även den som marknadsför alkoholdrycker har följaktligen ett berättigat intresse av att kunna använda kännetecken i sin marknadskommunikation. Den som marknadsför varor av detta slag från andra medlemsstater kan bl.a. ha ett behov av att över landsgränserna använda inte bara fordon för distribution utan också fordon för annan verksamhet som är ändamålsenlig för rörelsen. Det kan därför inte anses finnas sakliga

skäl att i detta hänseende skilja mellan t.ex. distributionsfordon och fordon som används av säljare.

- 100 Vid dessa förhållanden finner Marknadsdomstolen, att ett allmänt förbud mot användning av kännetecken på fordon av det slag som Berntson brukat och som är nödvändiga i en verksamhet som inbegriper marknadsföring av alkoholdrycker inte skulle vara proportionerligt när syftet att skydda folkhälsan ställs mot betydelsen av fri rörlighet för varor.
- 101 Även beträffande sådan marknadsföring som den nu aktuella bör prövningen av om kravet på särskild måttfullhet är uppfyllt ske utifrån en individuell bedömning av varje reklamenhet för sig, där omständigheter såsom reklamens storlek, utformning och placering samt det intryck som den ger i den miljö där den förekommer ska beaktas. Med avseende på fordon är det även av betydelse för bedömningen hur fordonet används och i vilket sammanhang det förekommer.
- 102 Enbart det förhållandet att Berntsons bilar varit lackerade i en orange färg och försedda med Jägermeisters varumärken på det i målet aktuella sättet innebär enligt Marknadsdomstolens mening inte att en användning av dem kan anses ha varit påträngande, uppsökande eller uppmanat till bruk av alkohol. Därmed är det inte visat att den aktuella marknadsföringen stått i strid mot kravet på särskild måttfullhet.
- 103 På grund av det anförda kan KO:s yrkanden inte vinna bifall i denna del.

Yrkande e

- 104 Berntson har vitsordat att bolaget använt takboxen i sin verksamhet, men har invänt att en takbox närmast utgör en integrerad del av ett fordon och typiskt sett måste falla inom begreppet ”transportmedel” samt att den därmed är tillåten. I vart fall har bolaget menat att takboxens utformning och förekomst är måttfull.
- 105 KO har bestämt sitt yrkande om förbud till att avse marknadsföring av alkoholdryck på takbox, eller på annan anordning avsedd att fästas på fordon, på det ”sätt” som framgår av fotografiet i domsbilaga 7. Frågan är därmed om användning av en takbox med de aktuella kännetecknen för alkoholdrycker på det sätt som framgår av foto-

grafiet, i en verksamhet som den som Berntson bedriver, strider mot alkohollagens krav på särskild måttfullhet.

- 106 Marknadsdomstolen konstaterar till att börja med att även en takbox kan vara ändamålsenlig för rörelsen i en verksamhet som den som Berntson bedriver. Av i huvudsak samma skäl som dem som Marknadsdomstolen anfört ovan (se punkt 99 och 100) skulle ett allmänt förbud mot användning av kännetecknen på en takbox av det slag som Berntson brukat inte vara proportionerligt när syftet att skydda folkhälsan ställs mot betydelsen av fri rörlighet för varor.
- 107 Det förhållandet att takboxen varit lackerad i en orange färg och försedd med Jägermeisters varumärken på det i målet aktuella sättet medför enligt domstolens mening inte att en användning av den kan anses ha varit påträngande, uppsökande eller uppmanat till bruk av alkohol. Inte heller när det gäller takboxen är det därmed visat att den aktuella marknadsföringen stått i strid mot kravet på särskild måttfullhet.

Förbudens utformning

- 108 Av det ovan anförda framgår att KO:s yrkande under a ska bifallas. Förbudet bör utformas på det sätt som framgår av domslutet.

Vite

- 109 Enligt 26 § MFL ska ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Sådana särskilda skäl föreligger inte i målet. Det föreligger inte heller skäl att frångå rådande praxis beträffande vitesbeloppets storlek.

Rättegångskostnader

- 110 KO har endast vunnit framgång med sin talan såvitt avser yrkande a, som bara utgjort en ringa del av målet. Enligt vad som framkommit hade Berntson redan innan talan väcktes förklarat sig villigt att godta ett förbudsföreläggande enligt 28 § första stycket 1 MFL avseende marknadsföringen enligt detta yrkande. KO ska därför ersätta Berntson för dess rättegångskostnader i målet.

- 111 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. Ersättningen för rättegångskostnad innefattar följaktligen bl.a. de kostnader parten haft för att analysera de rättsfrågor som aktualiseras.
- 112 I fall där tvisten rör en svårbedömd rättsfråga kan det finnas skäl för part att inhämta ett rättsutlåtande (se Per Olof Ekelöf m.fl., Rättegång, Femte häftet, 8 uppl. s. 21). Kostnaden för ett sådant rättsutlåtande är en ersättningsgill rättegångskostnad, under förutsättning att den skäligen varit påkallad (jfr Per Olof Ekelöf m.fl., Rättegång, Fjärde häftet, 7 uppl. s. 306 och not 148).
- 113 Det ligger i sakens natur att en part som inhämtar ett rättsutlåtande inte själv eller genom sitt ombud behöver lägga ned samma tid på de rättsfrågor som utlåtandet avser. Vid bedömning av bl.a. vad som utgör skäligt ombudsarvode bör i förekommande fall hänsyn tas till vad som utgjort skälig kostnad för inhämtande av rättsutlåtande.
- 114 Berntson har yrkat ersättning för rättegångskostnader med sammanlagt 1 589 015 kr, varav 1 491 015 kr för ombudsarvode och 98 000 kr för ett rättsutlåtande avgivet av Ulf Bernitz.
- 115 KO har vitsordat ett belopp som motsvarar hälften av den av Berntson fordrade ersättningen för ombudsarvode som skäligt i och för sig. KO har invänt att rättsutlåtandet inte skäligen varit påkallat och inte vitsordat något belopp som skäligt för utlägg avseende detta.
- 116 Med hänsyn till de rättsfrågor med anknytning till EU-rätten som varit av central betydelse i målet kan det inte anses ha varit opåkallat att inhämta ett rättsutlåtande. Den av Berntson fordrade ersättningen för utlägg för utlåtandet får anses ha varit skälig.

- 117 Med hänsyn till målets art och omfattning och till att de centrala rättsfrågorna analyserats i rättsutlåtande framstår dock den av Berntson fordrade ersättningen avseende ombudsarvode som alltför hög. Marknadsdomstolen finner vid en samlad bedömning att 750 000 kr utgör skälig ersättning för ombudsarvode.

På Marknadsdomstolens vägnar



Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande, Christer Fallenius, Lars Hallén och Jonas Häckner. Enhälligt

Sekreterare: Helene Karlsson