

Patent- och marknadsöverdomstolen

Socialdepartementet

Hårdare regler för nya nikotinprodukter (SOU 2021:22) (S2021/02982)

Sammanfattning

I utredningen lämnas förslag till en helt ny lag om tobaksfria nikotinprodukter samt ändringar i bl.a. tobakslagen. De senare är i huvudsak föranledda av EU-kommissionens synpunkter på Sveriges genomförande av vissa bestämmelser i tobaksproduktdirektivet. Svea hovrätt (Patent- och marknadsöverdomstolen) har, utifrån de intressen som domstolen har att bevaka, granskat betänkandet och begränsar sitt yttrande till de delar som rör regleringen av marknadsföring av aktuella produkter.

Patent- och marknadsöverdomstolen ställer sig tveksam till utredningens förslag och bedömning i fråga om att begreppet marknadsföring i tobakslagen inte längre ska ha en koppling till det allmänna marknadsföringsbegreppet och utformningen av bestämmelserna i denna del. Enligt domstolens mening är det svårt att överblicka vilka konsekvenser olika marknadsföringsbegrepp kan få, varför dessa frågor bör göras till föremål för en fördjupad analys.

Patent- och marknadsöverdomstolen har inget att erinra mot förslaget att införa ett krav på särskild måttfullhet eller utredningens bedömning av det s.k. YGL-undantagets förenlighet med tobaksproduktdirektivet.

Begreppet marknadsföring m.m.

Kommissionens synpunkter

I sitt detaljerade utlåtande (jfr s. 96 f. i betänkandet), som Patent- och marknadsöverdomstolen tagit del av, synes kommissionen främst ha riktat in sig på vissa bestämmelser i Konsumentverkets allmänna råd för marknadsföring av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare till konsumenter. Kommissionen har därvid anfört att bestämmelserna skapar oklarhet om vilken information och vilka bilder som är tillåtna, till följd av att tillämpningsområdet för de relevanta bestämmelserna i dessa avsnitt inte är tillräckligt specifikt och att de kan bli föremål för tolkning i varje enskilt fall.

Vidare har kommissionen anfört att denna brist på säkerhet är förenad med det faktum att tobakslagen tillåter marknadsföring av elektroniska

cigaretter och påfyllningsbehållare och att begreppet marknadsföring i det anmälda utkastet tillåter kommersiella meddelanden vars syfte eller direkta eller indirekta effekt är att främja avsättningen av elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare i strid med artikel bl.a. 20.5 a, b och e i tobaksproduktdirektivet. Synpunkterna måste därmed också anses avse den bakomliggande lagstiftningen och, som utredningen konstaterat (s. 138), omfatta även bestämmelserna om tobaksvaror eftersom dessa är utformade på ett liknande sätt.

Begreppet marknadsföring omfattar i svensk rätt alla åtgärder som främjar avsättning av varor eller tjänster. Hit hör således bl.a. användning av ett varumärke vid saluföring av en vara, t.ex. en tobaksvara. Sakligt sett utgör användningen av ett varumärke vid tillhandahållandet av en tobaksvara också ett kommersiellt meddelande i det att märket ger ett besked om varans kommersiella ursprung i avsättningsfrämjande syfte. Enligt (den svenska språkversionen av) artikel 2 d) i direktivet om otillbörliga affärsmetoder (2005/29/EG) utgör för övrigt ”saluföring” en form av kommersiellt meddelande.

Den marknadsföring av tobaksvaror respektive elektroniska cigaretter som enligt 4 kap. 2 § och 4 § tobakslagen i praktiken är tillåten omfattar bl.a. tillhandahållande av produkterna med användning av deras varumärken. Att begreppet marknadsföring används innebär dock inte att det enligt tobakslagen finns ett större utrymme att främja avsättning av produkterna i fråga än det som finns enligt tobaksproduktdirektivet.

Tobaksproduktdirektivet är, i likhet med andra EU-direktiv, utformat på ett sätt som innebär att dess närmare innebörd kan fastställas först vid en tolkning av bestämmelserna och i sista hand genom ett förhandsbesked från EU-domstolen. Huruvida ett tillhandahållande eller ett kommersiellt meddelande avseende produkterna är förenligt med tobakslagen tolkad i ljuset av tobaksproduktdirektivet måste avgöras vid en prövning i varje enskilt fall. Något hinder mot att tolka de nu aktuella bestämmelserna i tobakslagen direktivkonformt föreligger inte enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening.

Mot denna bakgrund saknas det enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening sakliga skäl för kommissionens synpunkt att den gällande svenska lagregleringen skulle innebära att tobakslagen tillåter kommersiella meddelanden vars syfte eller direkta eller indirekta effekt är att främja avsättningen av tobaksvaror eller elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare i strid med tobaksproduktdirektivet. I detta sammanhang vill domstolen erinra om att det vid bedömningen av om en nationell bestämmelse i lag är förenlig med EU-rätten måste beaktas hur de nationella domstolarna tillämpar bestämmelsen (jfr EU-domstolens dom den 4 oktober 2018, kommissionen mot Frankrike, C-416/17, EU:C:2018:811).

Utredningens förslag m.m.

I betänkandet föreslås att undantaget för s.k. passivt saluhållande i 4 kap. 2 § andra stycket 2 och 4 § andra stycket 1 tobakslagen ska upphöra att gälla samt att nuvarande marknadsföringsbegrepp ska få sitt innehåll endast genom tolkning av relevanta EU-direktiv (jfr s. 143 och 463 i betänkandet). Kommitténs förslag i denna del innebär därmed att

begreppet marknadsföring i tobakslagen inte längre ska ha en koppling till det allmänna marknadsföringsbegreppet (jfr s. 136 f. i betänkandet).

Det innebär med andra ord att marknadsföringsbegreppet kommer att ha ett annat innehåll än i marknadsföringslagen och annan central lagstiftning inom marknadsrätten. Med hänsyn till att det är svårt att överblicka vilka konsekvenser olika marknadsföringsbegrepp kan få, ställer sig Patent- och marknadsöverdomstolen tveksam till förslaget i denna del. Enligt domstolens mening bör dessa frågor därför göras till föremål för en fördjupad analys.

Inom ramen för en sådan analys kan övervägas att utforma bestämmelserna i närmare anslutning till direktiven genom att använda begreppen ”reklam” och ”kommersiellt meddelande”. Det kan exempelvis göras genom att utforma 4 kap. 2 § och 4 § tobakslagen på liknande sätt som förslaget till ny lydelse av 4 kap. 3 § tobakslagen, som bygger på marknadsföring ”genom kommersiella meddelanden”.

Ett annat alternativ som kan övervägas vid en sådan analys är att behålla marknadsföringsbegreppet, men att i 4 kap. 2 § och 4 § tobakslagen införa självständiga bestämmelser om att det är tillåtet att tillhandahålla tobaksvaror respektive elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare för försäljning.

Beträffande utredningens bedömning av det s.k. YGL-undantagets förenlighet med tobaksproduktdirektivet (se s. 144 i betänkandet), har Patent- och marknadsöverdomstolen inget att erinra. I likhet med utredningen bedömer domstolen att bestämmelserna om marknadsföring i tobaksproduktdirektivet inte bör inkräkta på den grundlagsskyddade yttrandefriheten och att det alltså finns ett behov av att i den svenska lagstiftningen undanta företeelser som omfattas av den.

Kravet på särskild måttfullhet vid marknadsföring

Förslaget om att införa ett generellt krav på särskild måttfullhet vid marknadsföring av tobaksfria nikotinprodukter (se s. 316 f. i betänkandet) utgör en inskränkning i näringsidkares yttrandefrihet och rätt att marknadsföra sina produkter. Ett krav på måttfullhet vid marknadsföring av spel till konsumenter har emellertid ansetts förenligt med TF och YGL, trots att någon reglering av avseende spel inte finns i dessa lagar (jfr Ds 2015:46 s. 39 och prop. 2016/17:8 s. 39). Förslaget kan därför inte anses inkräkta på den grundlagsskyddade yttrandefriheten.

I handläggningen av detta ärende har deltagit hovrättspresidenten Anders Perklev, hovrättslagmannen Per Carlson, hovrättsrådet Annika Malm och tf. hovrättsassessorn Mirjam Gordan, föredragande.

Anders Perklev

Mirjam Gordan