

TOBAKSBOLAGEN RISKERAR ÄN HÅRDARE LAGSTIFTNING



I Sverige är tobaksreklam idag förbjuden i de flesta kommunikationskanaler. Formgivning av cigarettpaket och andra tobaksvaror är således en av få möjligheter som finns kvar för att marknadsföra tobak.

2012 införde Australien som första land i världen lagstiftning om neutrala tobaksförpackningar (plain packaging) och införande av neutrala förpackningar har sedan dess debatterats flitigt i många länder. I Sverige utreds frågan och ska redovisas senast 1 mars 2016.

Ett antal länder anser att Australien har brutit mot World Trade Organizations (WTO) TRIPS-avtal (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). Frågan är under prövning hos WTO och ett beslut kan komma under 2016.

Av Lena Seratelius

Ett nytt tobaksproduktdirektiv (2014/40/EU) ska införas i alla EU-länder senast våren 2016. Direktivet innehåller inte någon bestämmelse om obligatoriska neutrala förpackningar, men inte heller något förbud mot det. Istället är det upp till varje medlemsland att bestämma hur detta ska regleras.

Direktivet innehåller obligatoriska text- och bildvarningar som ska täcka 65% av cigarettförpackningens yta på fram- och baksida och förpackningarna ska vara enhetligt utformade och endast platta och rätblocksformade paket tillåts.

I mars månad röstade det brittiska parlamentet igenom lagförslaget att införa neutrala tobaksförpackningar. Förslaget innebär att varumärken på förpackningarna förbjuds och namn och information kommer istället att återges i diskret typsnitt. Avskräckande bilder kommer också att tryckas på förpackningarna. Även Irland har lagt ett lagförslag om neutrala förpackningar och det finns också långt gångna planer i bl a Nya Zeeland, Sydafrika och Uruguay. I Norge har lagts lagförslag som går längre än i övriga länder genom att det föreslås att neutrala tobaksförpackningar även ska omfatta snusdosor.

WTO OCH TRIPS-AVTALET

Australiens regler har som sagt aktualiserat frågan om hur långt ett enskilt land får gå i sina strävanden att förbättra folkhälsan genom att hindra varumärkesanvändning. Det som diskuteras är hur lagstiftning om neutrala förpackningar förhåller sig till TRIPS. I avtalet finns minimiregler som alla medlemsländer i WTO måste följa och där finns bl a regler om rättsligt skydd för varumärken. Avtalet ger dock enskilda länder möjlighet att vidta nödvändiga åtgärder för att skydda

folkhälsan, om de är i enlighet med WTO:s regler. Frågan ställs på sin spets genom artikel 20 i TRIPS, där det anges att använd-

ningen av ett varumärke inte oberättigat får hindras genom uppställande av specifika krav som kan skada varumärkets förmåga att särskilja varor och tjänster från andras varor och tjänster. I Australien kan tobaksförpackningarna endast särskiljas genom namnet på respektive varumärke.

Det får alltså inte förekomma föreskrifter i nationell lagstiftning som försvårar i och för sig tillåten användning av varumärken. Jag kommer inte att gå in närmare på denna fråga, utan hänvisar härvid till BrandNews 2/15 där Felix Reimers och Siw Lysell Dølvik på Advokatfirman Grette har skrivit en

utmärkt och utförlig artikel om detta.

Att neutrala förpackningar införs just för cigaretter kanske kan vara lätt att acceptera eftersom rökning bevisligen är farligt för hälsan. Men jag anser att man ändå måste stanna upp och fundera lite över konsekvenserna i Sverige i ett vidare perspektiv om neutrala förpackningar införs. En viktig fråga är om Sverige är berett att göra ytterligare inskränkningar i yttrandefriheten för att kunna kräva neutrala förpackningar. En annan är hur neutrala förpackningar förhåller sig till varumärkesrätten. Jag kommer att återkomma till dessa frågor nedan.

REGLERNA FÖR TOBAKSREKLAM

Sedan 1970-talet har regleringen av tobaksreklam gradvis blivit allt strängare. 1974 genomfördes en ändring i Tryckfrihetsförordningen (TF). Enligt TF 1 kap 9§ p 1 ska, utan hinder av TF, gälla vad i lag är stadgat om förbud mot kommersiell annons, om annonsen används vid marknadsföring av alkoholhaltiga drycker eller tobaksvaror. Grundlagsstöd för sådan lagstiftning ansågs nödvändigt eftersom det var tvivelaktigt om ett totalförbud mot reklam för viss vara skulle vara förenligt med TF 1 kap 2§ där bl a anges

att någon granskning av skrift som föregår tryckningen eller något förbud mot tryckning av den inte får förekomma.

Utanför reklamförbudet, som gäller kommersiella annonser, faller däremot reklam-broschyrer, etiketter, förpacknings- och emballagetryck, prislister och liknande.

Enligt TF 1 kap 9§ p 2 gäller, utan hinder av TF, vad i lag är stadgat om förbud mot kommersiell annons som meddelats till skydd för hälsa eller miljö enligt förpliktelse som följer av anslutning till Europeiska gemenskaperna.

Ovannämnda undantag från TF:s exklusiva tillämpningsområde möjliggör således regler om marknadsföring i tobakslagen.

Huvudregeln i 14§ tobakslagen är att marknadsföring av tobak till konsumenter är förbjuden.

I 14§ andra stycket anges tre undantagsfall där marknadsföring är tillåten. Det första gäller tryckta skrifter på vilka tryckfrihetsförordningen är tillämplig, det andra är överföringar eller tekniska upptagningar på vilka yttrandefrihetsgrundlagen är tillämplig och det tredje marknadsföring som endast består i att tillhandahålla tobaksvaror för försäljning, eller kommersiella meddelanden inne på försäljningsställen som inte är påträngande, uppsökande eller uppmanar till bruk av tobak. Näringsidkaren måste med andra ord vara särskilt måttfull i sin marknadsföring. Beträffande detta tredje undantag anges också att sådana kommersiella meddelanden ska placeras så att de inte är synliga från utsidan av försäljningsstället, i den omfattning det är möjligt.

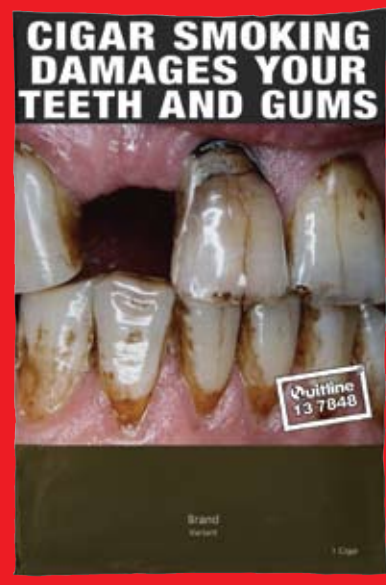
Tobakslagen har inte ett eget sanktions-system för marknadsföring som strider mot denna paragraf; istället ska sådant handlande anses som otillbörlig marknadsföring med tillämpning av marknadsföringslagen.

I 9§ tobakslagen anges bl a att tobaksförpackning ska innehålla varningstexter och innehållsdeklaration.

I propositionen 2001/02:162, angående implementeringen av märkningsdirektivet för tobaksvaror yttrade lagrådet (2001/02:162s. 53) bl a att en förpackning som är försedd med varningstexter och innehållsdeklaration är att betrakta som tryckt skrift enligt TF. Vidare att en bestämmelse som påbjuder att en skrift ska ha ett visst innehåll i princip torde komma i konflikt med TF, närmare bestämt med förbudet i 1kap 2§ andra stycket mot hindrande åtgärder. Lagrådet fann dock att det torde finnas ett visst utrymme för ålägganden i vanlig lag att förse en skrift med varningstexter; i vart fall sådana som inte var av åsiktspåverkande eller opinionsbildande karaktär och som inte hade kunnat tolereras från tryckfrihetsrättslig synpunkt. Lagrådet hade synpunkter på några

FAKTA

I Australien ska varningsbilder täcka 75 procent av framsidan och 90 procent av baksidan av tobaksförpackningarna. Förutom varningar i bild och text får namnet på varumärket endast anges i svart, neutralt typsnitt i 11 punkter. På baksidan ska namnet på tillverkare/importör anges i ännu mindre typsnittsgrad. Förpackningen måste ha en brun-grön matt färg i de delar som inte innehåller hälsovarningar.



TOBAKSFÖRPACKNINGAR

av varningstexterna, eftersom de var formulerade i imperativ form och ifrågasatte om samtliga varningstexter verkligen hade den sakliga inriktning som krävs för att inte gränser mot TF:s skyddsområde ska överskridas.

Det är intressant att notera att lagrådet även fann det tveksamt att kraven på texter skulle bli så omfattande att de alltför mycket skulle beskära möjligheten för näringsidkaren att förse förpackningar med egen text.

Även i samband med antagandet av det reviderade tobaksproduktsdirektivet (2014/40/EU), har Sverige framfört att redan hälsovarningarnas storlek kan strida mot svenska grundlagar, eftersom varningarna begränsar näringsidkarens möjlighet att förse förpackningarna med egen text. Det har således redan ett par gånger tidigare konstaterats att även partiella förbud mot viss reklam innebär begränsningar i möjligheterna att kommersiellt använda varumärken och att detta kan strida mot grundlagarna.

I 9 b § tobakslagen anges att texter, namn, varumärken och figurativa eller andra märken som ger intryck av att en viss tobaksvara är mindre skadlig än andra inte får användas på förpackningar till tobaksvaror, dvs som kan anses vilseledande. Även denna paragraf infördes för att kunna genomföra märkningsdirektivet.

Av lagrådets yttrande (Prop 2001/02:162) framgår att ovannämnda reglering inte kunde stödjas på undantaget för förbud mot tobaksreklam i 1 kap. 9 § 1 TF, eftersom detta avgränsas av innehållet i "kommersiell annons" som knappast passar på en förpackning. Lagrådet uttalade: "Den ansluter emellertid ganska väl till de begränsningar av den kommersiella marknadsföringen i tryckt skrift som enligt en vid det här laget tämligen väl utbildad praxis har ansetts kunna göras i vanlig lag, utanför TF:s tillämpningsområde".

Enligt min tolkning hänvisar lagrådet härvid till det särskilda måttfullhetskravet, dvs. att marknadsföringen inte får vara påträngande, uppsökande eller uppmana till bruk av tobak. Lagrådet ansåg alltså inte att bestämmelsen stod i konflikt med TF.

VÅRA GRUNDLAGAR

Beträffande förhållandet till egendomsskyddet i 2 kap 18§ RF om skyddet för äganderätten anges uttryckligen att rådhetsinskränkningar (ägarens rätt att förfoga över sin egendom beskärs) avseende mark och byggnader utgör sådana ingrepp i äganderätten som omfattas av egendomsskyddet i RF. Rådighetsinskränkningar som gäller annan egendom än mark och byggnader faller utanför bestämmelsens tillämpningsområde, se prop 2004/05: 188 s. 27 ff. Rätten att använda

ett varukännetecken innebär därför inte ett sådant tvångsövertagande av förmögenhetsrätt som är förutsättningen för att konstituera rätt till ersättning.

Neutrala förpackningar bör istället kunna jämföras med sådana inskränkningar i äganderätten enligt annan lagstiftning som ansetts utgöra rena rådhetsinskränkningar och som inte omfattas av skyddet i 2 kap 18§ RF.

Eftersom man fortfarande får använda ordmärket, torde införande av neutrala förpackningar vara förenligt med bestämmelsen om egendomsskyddet i RF, även om det är en begränsning i rätten att förfoga över kännetecknet i vissa avseenden.

Ensamrätten till ett varukännetecken omfattas dock även av egendomsskyddet i Europakonventionen. Genom att Europakonventionen är inkorporerad i svensk rätt gäller en principiell regel om att den enskildes rätt till sin egendom ska lämnas okränk.



Europakonventionen gäller som lag i Sverige. Enligt 2 kap 23§ RF får lagar eller andra föreskrifter inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen.

Skyddet för egendom finns i artikel 1 tilläggsprotokollet till Europakonventionen, i vilken föreskrivs att varje fysisk eller juridisk person ska ha rätt till respekt för sin egendom, vilket även omfattar immaterialrätten och att ingen får berövas den annat än bl a i det allmännas intresse. Det anges att en stat har rätt att genomföra sådan lagstiftning som befinns nödvändig bl a för att reglera nyttjandet av viss egendom i enlighet med det allmännas intresse.

Intresset av att skydda folkhälsan ska vägas mot egendomsskyddet och intresset varumärkesinnehavaren har att fritt få förfoga över det.

Bestämmelser om yttrandefrihet finns i artikel 10 i Europakonventionen. Enligt punkt 1 i denna artikel har var och en rätt till yttrandefrihet. Rätten innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser. Skyddet för yttrandefriheten är dock inte undantagslöst. I artikel 10 punkt 2 föreskrivs att eftersom utövandet av de nämnda friheterna medför ansvar och skyldigheter, får de underkastas sådana formföreskrifter, villkor, inskränkningar eller straffpåföljder som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till en rad i punkten angivna intressen. Bland dessa intressen anges skyddet för hälsan. Kravet på nödvändighet är uppfyllt om inskränkningen i yttrandefriheten föranleds av ett samhällsintresse som är angeläget och om den står i rimlig proportion till det ändamål som skall tillgodoses.

Om inskränkning i yttrandefriheten bl a föranleds av skyddet för hälsa, är detta förenligt med artikel 10, förutsatt att den står i rimlig proportion till det ändamål som ska uppnås.

Enligt bestämmelsen i 2 kap. 13 § RF anges särskilt att friheten att yttra sig i näringsverksamhet får begränsas, vilket bl a innebär att det är möjligt att ingripa mot yttranden i kommersiell reklam.

OTILLÅTEN CENSUR?

Som jag påpekat ovan, kan det av principiella skäl ifrågasättas hur lämpligt det är att vidga möjligheten till begränsningar av yttrandefriheten och ytterligare ingrepp i möjligheten att kommersiellt marknadsföra varor och tjänster. I vart fall om det inte är absolut nödvändigt för att t ex skydda folkhälsan; man kanske kan uppnå samma mål på andra sätt än genom neutrala förpackningar.

Även kommersiell reklam har ett visst yttrandefrihets- och tryckfrihetsrättsligt skydd enligt grundlagarna, låt vara att det är mer begränsat jämfört med andra icke-kommersiella yttranden.

Men vissa delar i yttrandefriheten är i princip undantagslösa. Ett sådant är censurförbudet – själva kärnan i det rättsliga skyddet för den svenska yttrandefriheten – som gäller fullt ut även beträffande den kommersiella reklamen. Som framgår ovan, stadgas i 1 kap 2§ TF att någon granskning av skriften inte får föregå tryckningen av den och att förbud mot tryckning av skriften inte får förekomma. Vidare anges i andra stycket att det inte heller är tillåtet för myndighet eller annat allmänt organ att på grund av skrifts innehåll, genom åtgärd som inte har stöd i TF, hindra tryck-

ning eller utgivning av skriften eller dess spridning till allmänheten.

Tidigare utredningar om begränsningar i tobaksreklam och indirekt tobaksreklam har bedömt att inskränkningarna är förenliga med bestämmelserna om skyddet för yttrandefriheten i RF, TF och Europakonventionen. Med de ytterligare inskränkningar som neutrala förpackningar innebär, kan med fog ifrågasättas om inte yttrandefrihetsskyddet överträds.

Skulle ett införande av neutrala förpackningar i Sverige kunna jämföras med att myndigheter i förväg granskar en näringsidkares planerade marknadsföring? Tidigare inskränkningar har gällt reklamförbud i olika kommunikationskanaler. Neutrala förpackningar är något helt annat, eftersom man faktiskt går in och helt bestämmer hur företaget ska utforma sin förpackningsdesign. Detta borde kunna ses som en sådan förhandsgranskning som censurförbudet är till för att skydda. Dessutom är det fråga om censur av information till konsumenterna. En av huvudtankarna bakom ett förbud mot censur är att det lägger hinder i vägen på just kommunikationen.

Censurförbudet innebär att ett statligt eller kommunalt organ inte kan hindra någon från att utge en skrift; frågan om ett tryckfrihetsbrott har förekommit bedöms sålunda i efterhand. Att ingripa mot en text i förväg av någon anledning strider mot TF om det inte uteslutande görs för att upprätthålla allmän ordning.

Att införa neutrala förpackningar torde kräva att TF ändras. Jag har svårt att se hur införande av neutrala förpackningar ska kunna ske utan grundlagsändring.

VARUMÄRKESLAGENS REGLER

Det har framförts i debatten och i utredningar att varumärkeslagen (VmL) inte ger någon ovillkorlig rätt för innehavaren av ett varumärke att använda ett registrerat eller inarbetat kännetecken. Den ensamrätt som ges i och med registreringen eller inarbetningen är endast ett skydd mot att någon annan använder ett med varukännetecknet förväxlingsbart kännetecken.

Det känns dock krystat att syftet med VmL inte skulle vara att även ge varumärkesinnehavaren en rätt att använda sitt eget varumärke, även om detta inte uttryckligen anges i förarbeten och lagtext. Om ett varumärke registreras, har innehavaren normalt planer på att det också ska få användas.

Frågan är då om neutrala förpackningar kan hindra varumärkesinnehavaren att efterleva kravet på att göra verkligt bruk av märket enligt 3 kap 2§ VmL (användnings-

"...fältet fritt för att införa neutrala förpackningar även för andra mer eller mindre ohälsosamma produkter som läsk..."

tvånget) och därmed riskera att förlora sin ensamrätt till det på grund av att registreringen hävs.

Av proposition angående vissa tobaksfrågor (prop 2001/02:64 s. 39) framgår att en begränsning i rätten att använda ett registrerat varumärke förmodligen inte skulle kunna sträckas längre än att det fortfarande finns utrymme för varumärkesinnehavaren att göra "verkligt bruk" av märket, t ex genom användning av märket vid passivt saluhållande av varan.

Om neutrala förpackningar blir verklighet får ju ordmärket fortfarande användas. Frågan är då om passivt saluhållande av tobaksförpackningen med ordmärket i neutralt typsnitt är tillräckligt för att uppfylla kravet på "verkligt bruk" av märket.

Det framgår dock även i 3 kap 2§ att registreringen inte får hävas på grund av underlåten användning om det finns giltiga skäl till att varumärket inte har använts. Bestämmelser om neutrala förpackningar torde utgöra just ett sådant giltigt skäl till att varumärket inte har använts.

Bestämmelser om neutrala förpackningar lär allvarligt försvåra möjligheten att inarbeta en logotyp, i de fall detta skulle kunna aktualiseras. Även inarbetning av ett ordmärke måste bli svårt att visa, eftersom passivt saluhållande i princip är det enda som står till buds.

UPPHOVSRÄTTEN

Utformningen av en tobaksförpackning kan i vissa fall vara upphovsrättsligt skyddad.

I 1 kap 2§ första stycket upphovsrättslagen anges: "Upphovsrätt innefattar, med de inskränkningar som föreskrivs i det följande, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur eller konst eller i annan teknik".

När det gäller införandet av neutrala förpackningar och hur detta förhåller sig till upphovsrätten, kan jag inte se annat än att en ändring i upphovsrättslagen måste göras som möjliggör sådana inskränkningar i upphovsmannens rätt.



LÄSK ÄR OCKSÅ HÄLSOVÅDLIGT

Denna artikel har handlat om neutrala tobaksförpackningar. Tänk nu läsk. Det har kommit rapporter om att ett dagligt läskintag inte bara skadar tänderna utan också levern. Inte särskilt hälsosamt med andra ord. Tänk nu Coca-Cola där redan flaskans välkända design berättar om vad du köper. Tänk att den nu måste se ut som t.ex. RIGELLO-flaskan, men i grönbrun färg. Hela butikshyllan är fylld med läskedrycksflaskor som är i stort sett identiska; det är bara ordmärket i neutralt typsnitt som skiljer dem åt.

Om man accepterar neutrala förpackningar för cigaretter, måste man nog också vara beredd att acceptera att detta lämnar fältet fritt för att införa neutrala förpackningar även för andra mer eller mindre ohälsosamma produkter som läsk, produkter som innehåller farligt fett, alkohol och varför inte bilar?



Advokat Lena Seratelius är specialist inom områdena immaterial- och marknadsrätt och driver Advokatfirman ReklamJuridik.