

Tupakkatuotteiden mainonnan rajoitukset tavaramerkkioikeuden näkökulmasta

Teemu Oksanen
72122

ON-opinnäyte
Immateriaalioikeus

Turun yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta

Toukokuu 2010

OKSANEN, TEEMU: Tupakkatuotteiden mainonnan rajoitukset tavaramerkki-
oikeuden näkökulmasta

ON-opinnäyte, 30 s.
Immateriaalioikeus
Toukokuu 2010

Suomen tupakkalainsäädäntö kieltää suoran tupakkamainonnan lisäksi tupakkatuotteiden epäsuoran mainonnan ja myynninedistämisen. Epäsuoralla tupakkamainonnalla viitataan erityisesti ns. tuoteperhemainontaan, jossa tupakkatuotteelle rekisteröity tavaramerkki on lisensoitu käytettäväksi muille tuotteille kuten kelloille, kosmetiikalle tai vaatteille.

Tupakkatuotteisiin liittyy suuri terveystieteellinen intressi, ja lainsäädännöllä pyritäänkin vähentämään tupakointia ja sen myötä edistämään kansanterveyttä. Oikeuskäytännössä ja ajoittain myös oikeuskirjallisuudessa on otettu erittäin tiukka linja tupakkatavaramerkkeihin pohjautuvaan tuoteperhemainontaan. Markkinatuomioistuimien on esimerkiksi useita kertoja kieltänyt *Camel Boots* -jalkineiden mainonnan tupakkalain vastaisena.

Tupakkatuotteiden mainonnan rajoitukset puuttuvat kuitenkin merkittäväällä tavalla tavaramerkkien haltijoiden tavaramerkkioikeudelliseen suojaan ja jopa näiden perusoikeuksiin, erityisesti omaisuudensuojaan ja sananvapauteen. Kun terveystieteellisten näkökohtien lisäksi huomioidaan edellä mainitut näkökulmat, tulisi tupakkalain mainonnanrajoitussäätelyä nykykäytännöstä poiketen tulkita niin, että kiellettyinä epäsuorana mainontana pidettäisiin tilanteita, joissa selvästi edistettäisiin tupakkatuotteen myyntiä. Käytännössä mainonta voitaisiin katsoa kiellettyksi, mikäli siitä selvästi välittyy mielikuva tietystä tupakkatuotteesta.

Aihe on erityisen ajankohtainen hallituksen annettua lokakuussa 2009 eduskunnalle esityksen, jossa tupakkalain mainonnanrajoitussäätelyä tiukennettaisiin edelleen esim. kieltämällä tupakkatuotteiden esilläpito vähittäismyynnissä. Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmä on esittänyt myös, että tulevaisuudessa tupakkatuotteet pitäisi pakata ns. geneerisiin tuotepakkauksiin, joihin ei saisi painaa kuvamerkkejä ja joissa tuotenimi olisi painettu vakiokirjasimella. Mikäli molemmat ehdotukset tulisivat voimaan, vesittäisivät ne käytännössä kokonaan tupakkatuottajien omistamien tavaramerkkioikeuksien sisällön. Esitys onkin saanut kritiikkiä siitä, että siinä ei ole riittävästi huomioitu sinänsä laillista elinkeinoa harjoittavien tupakkatuottajien oikeuksia taikka kuluttajien oikeutta saada tietoa tuotteista.

Tutkielmassa arvioidaan tupakkalakia tavaramerkkioikeudellisesta näkökulmasta. Kyseinen näkökulma on jäänyt varsin vähälle huomiolle lainsäädäntövaiheessa, mistä syystä tupakkalain mainonnanrajoitussäätely on jäänyt osin epäselväksi.

Avainsanat

Immateriaalioikeus; Kansainvälinen teollisoikeus; Mainonta; Tavaramerkit; TRIPS; Tupakka.

Sisällys

TIIVISTELMÄ.....	II
SISÄLLYSLUETTELO	III
LÄHTEET.....	IV
LYHENTEET.....	VII
1 Johdanto.....	1
2 Mitä on tuoteperhemarkkinointi?.....	2
3 Tupakkatuotteiden mainonnan rajoitukset.....	3
3.1 Suomen tupakkalain historia	3
3.2 Ensimmäisen tupakkalain ongelmat ja vuoden 1995 lakimuutos	4
3.3 Suomen nykyisen tupakkalain mainonnanrajoitussäännös.....	6
3.4 EU:n tupakkatuotteita ja niiden markkinointia koskeva sääntely.....	7
3.5 Tupakoinnin torjuntaa koskeva WHO:n puitesopimus	8
4 Tavaramerkkioikeudellinen sääntely.....	9
4.1 Kansainvälinen sääntely	9
4.1.1 Pariisin konventio.....	9
4.1.2 TRIPs-sopimus	10
4.2 Suomen tavaramerkkilaki.....	11
5 Tavaramerkin rekisteröinti- ja käyttöoikeus käytännössä	12
5.1 Tavaramerkin rekisteröintioikeus.....	12
5.2 Laajaa käyttöoikeutta puolustavia näkökohtia.....	13
5.3 Käyttöoikeuden rajoituksia puolustavia näkemyksiä.....	15
5.4 Palmin näkemys käyttöoikeudesta kahden ääripään välissä	17
5.5 Nykyisen tupakkalain aikainen oikeuskäytäntö.....	18
6 Mainonnan rajoitusten suhde perusoikeuksiin	20
6.1 Mainonnan rajoitukset ja sananvapaus.....	20
6.2 Mainonnan rajoitukset ja omaisuudensuoja	21
7 Nykyisen tupakkalainsäädännön arviointia	23
8 Tupakkalain tulevaisuus - Uusia kiristyksiä tulossa	24
8.1 Uuden tupakkalain valmistelu ja ehdotetut toimenpiteet	24
8.2 Esilläpitokiellosta esitetyjä näkökulmia	26
8.3 Ehdotusten arviointia.....	28
9 Lopuksi.....	29

Lähteet

Bernitz, Ulf: Logo Licensing of Tobacco Products – Can it be prohibited?. EIPR 1990, 12(4), s. 137–139.

Bernitz, Ulf: Indirekt tobaksreklam som juridiskt problem. Juridisk Tidskrift 5/1994–95, s. 893–904.

Blakeney, Michael: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Concise Guide to the TRIPs Agreement. Sweet & Maxwell, London 1996.

Bodenhausen, G.H.C.: Guide to the application of the Paris Convention for the protection of industrial property, as revised at Stockholm in 1967. United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property, Geneva, 1968.

Castrén, Martti: Tobacco Advertising and Trade Mark Law in Finland. EIPR 1995, 17(2), s. 87–90.

Castrén, Martti: EU-Suomen markkinaoikeus. Helsinki 1997.

Karnell, Gunnar: Some comments on the article 'Logo Licensing of Tobacco Products – Can it be prohibited?' by professor Ulf Bernitz in (1990) 4 European Intellectual Property Review at 137 to 139. EIPR 1990, 12(8), s. 305.

Karnell, Gunnar: Förbud mot indirekt tobaksreklam medelst varukännetecken?. Juridisk Tidskrift 1/1994–95, s. 31–44.

Kur, Annette: Restrictions Under Trademark Law as Flanking Maneuvers to Support Advertising Bans. Convention Law Aspects. IIC 1992, s. 31–45.

Kur, Annette: The Right to Use One's Own Trade Mark: A Self-evident Issue or a New Concept in German, European and International Trade Mark Law? EIPR 1996, 18(4), s. 198–203.

Ladas, Stephen P.: Patents, Trademarks, and Related Rights. National and International Protection. Cambridge 1975.

McGrady, Benn: TRIPs and trademarks: the case of tobacco. World Trade Review 2004, vol. 3:1, s. 53–82.

Ollila, Riitta: Sananvapaus ja sopimattoman markkinoinnin sääntely. Defensor Legis 2/2009, s. 276–291.

Palm, Jukka: Tupakkatuotteiden tuoteperhemainonnan sääntelyn kehitys Suomessa sekä sen suhde tavaramerkkioikeuteen ja sanan- ja ilmaisuvapauteen. Lakimies 1/1996, s. 49–72.

Palm, Jukka: Tupakkatuotteiden tuoteperhemainonnasta markkina- ja tavaramerkkioikeudellisena ongelmakompleksina. Helsinki 1997.

Rissanen, Kirsti – Tiili, Virpi – Mäkinen, Pentti: Markkinaoikeuden perusteet. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 1990.

Salmi, Harri – Häkkänen, Petteri – Oesch, Rainer – Tommila, Marja: Tavaramerkki. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 2008.

Vadi, Valentina S.: Trade Mark Protection, Public Health and International Investment Law: Strains and Paradoxes. EJIL 2009, vol. 20, s. 773–803.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoittaminen. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Helsinki 1999. Saatavilla osoitteessa: <http://www.wsoypro.fi>, viitattu 11.4.2010.

Virallislähteet

HE 116/1993 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi annetun lain ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.

HE 106/2004 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle tupakoinnin torjuntaa koskevan Maailman terveysjärjestön (WHO) puitesopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.

HE 180/2009 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi annetun lain ja lääkelain 54 a ja 54 e §:n muuttamisesta.

PeVM 25/1994: Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

PeVL 38/1998 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto ympäristövaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 101/1998 vp) rakennuslainsäädännön uudistamiseksi.

PeVL 19/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 46/2002 vp) laeiksi lääkelain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta.

PeVL 21/2010 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto sosiaali- ja terveysvaliokunnalle hallituksen esityksestä (HE 180/2009 vp) laeiksi toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi annetun lain ja lääkelain 54 a ja 54 e §:n muuttamisesta.

StVM 5/1994: Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 116/1993 vp) laeiksi toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi annetun lain ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.

STM 2009:15: Tupakkapoliittisia lakimuutoksia valmisteleavan työryhmän loppu- ja väliraportit. Ehdotukset tupakkalain ja tupakkaverolain muutoksiksi. Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä.

TaVL 3/1994: Talousvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 116/1993 vp) laeiksi toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi annetun lain ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.

Oikeustapaukset

Euroopan unionin tuomioistuin / Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

C-376/98: Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto.

C-405/98: Ennakkoratkaisu Tukholman käräjäoikeuden asiassa Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products AB (GIP).

Korkein oikeus

KKO 2004:26.

Korkein hallinto-oikeus

KHO 1981 A II 82.

KHO 1990 A 90.

Markkinaoikeus / Markkinatuomioistuin

MT 1998:1.

MT 2000:10.

Muut lähteet

BusinessWeek – 100 Best Global Brands. Saatavilla osoitteessa: http://bwnt.businessweek.com/interactive_reports/best_global_brands_2009/, viitattu 23.2.2010.

Philip Morris Finland Oy: Lausunto tupakkapoliittisia lakimuutoksia ja toimia valmistelevan työryhmän loppuraportista. 16.2.2009. (Philip Morris Finland 2009a)

Philip Morris Finland Oy: Kantelu valtioneuvoston oikeuskanslerille. 23.11.2009. (Philip Morris Finland 2009b)

Lyhenteet

EIPR	European Intellectual Property Review
EJIL	The European Journal of International Law
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisöt
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
MD	Marknadsdomstolen (Ruotsi)
MT	Markkinatuomioistuin
OM	Oikeusministeriö
Pariisin konventio	Teollisoikeuden suojelemista koskeva Pariisin yleissopimus (Paris Convention for the Protection of Industrial Property, SopS 43/1975)
STM	Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriö
TRIPs	Sopimus teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, SopS 5/1995)
Tupakkalaki	Laki toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi (693/1976)
WHO	Maailman terveysjärjestö (World Health Organisation)
WTO	Maailman kauppajärjestö (World Trade Organization)
Ään.	Äänestyspäätös

1 Johdanto

Tavaramerkkioikeuksien suojeleminen on perinteisesti yhdistetty vahvaan kuluttajansuojaan. Viime vuosisadan lopulla keskusteluun nousivat kuitenkin myös vahvan tavaramerkkisuojan mahdolliset negatiiviset vaikutukset esimerkiksi kansanterveyden suojelemaan. Erityisesti 1990-luvulla tämän keskustelun keskiössä olivat tupakkatuotemerkit ja se, kuinka tupakkayhtiöt pyrkivät tavaramerkkioikeuksiinsa vedoten kiertämään kansanterveyden suojelemaan perustunutta tupakkatuotteiden mainonnanrajoitussääntelyä.¹

Juuri tupakkatavaramerkit ovatkin erityisen kiinnostava kohde, kun pohditaan markkinoinnin rajoitusten suhdetta tavaramerkkioikeuteen. Tämä johtuu pitkälti siitä, että tupakointiin ja tupakkatuotteisiin liittyy suuri poliittinen intressi niiden aiheuttamien terveysongelmien ja yhteiskunnallisten kustannusten takia. Toisaalta tupakkatuotteet ovat erityisen kiinnostavia myös tavaramerkkioikeuden sisällä. Koska eri valmistajien tupakkatuotteet ovat monilta osin varsin homogeenisia, ovat tupakkatuottajat pyrkineet erottumaan markkinoilla luomalla tuotteilleen globaaleja ja vetovoimaisia brändejä.²

Tupakkabrändeillä on myös suuri taloudellinen arvo: esimerkiksi Marlboro on mitattu maailman 17. arvokkaimmaksi brändiksi 19 miljardin dollarin arvolla.³ Näin ollen ei ole yllätys, että sekä tupakkayhtiöt että muut elinkeinonharjoittajat pyrkivät hyötymään tupakkabrändien tunnettuudesta esim. tavaramerkkilisensoinnin avulla. Tavaramerkki onkin muuttunut pelkästä tuotteen valmistajan osoittajasta myös merkittäväksi kauppatavaraksi. Samaan aikaan lainsäätäjät ovat pyrkineet voimakkaasti rajoittamaan tupakkatuotemerkkien käyttöä mainonnassa. Voidaankin sanoa, että kiristyvät mainonnanrajoitukset ja niiden vastustaminen ovat tupakkateollisuudelle ”elämän ja kuoleman kysymyksiä”.

¹ Vadi 2009, s. 773.

² Kur 1992, s. 32.

³ *BusinessWeek – 100 Best Global Brands.*

Käsittelen tutkielmassani mainonnanrajoitusten ja tavaramerkkisuojan välistä suhdetta aluksi lähinnä ns. tuoteperhemarkkinoinnin kannalta. Tämä rajaa käsittelyn tilanteisiin, joissa eri tuotteissaan tavaramerkkiä käyttävät yritykset ovat käytännössä joko omistus- tai (lisenssi)sopimussuhteessa toisiinsa. Sen sijaan tarkastelun ulkopuolelle jäävät sellaiset tilanteet, joissa tupakkayhtiö ja tästä yhtiöstä kaupallisesti täysin riippumaton elinkeinonharjoittaja sattumalta käyttävät samaa tavaramerkkiä eri tavaraluokkien tuotteilleen. Samoin tarkastelun ulkopuolelle jäävät suurelta osin tupakkalainsäädännön perusteet, kuten sinänsä ihmisoikeuksiinkin luettava oikeus terveyteen. Näitä teemoja käsitellään vain siinä määrin kuin on tarpeen tavaramerkkioikeuden näkökulmasta. Tutkielman loppupuolella pohdin lisäksi sitä, miten Suomen tupakkalakiin ehdotettuja muutoksia olisi arvioitava tavaramerkkioikeuden kannalta. Tällöin näkökulma ei rajoitu enää ainoastaan tuoteperhemarkkinointiin.

Tutkielman alussa määrittelen, mitä tarkoitan tuoteperhemarkkinoinnilla, sekä selvitän tupakoinnin rajoittamiseen ja tavaramerkkioikeuteen liittyvää lainsäädäntöä. Tämän jälkeen esittelen aiheeseen liittyvää oikeuskirjallisuutta ja -käytäntöä erityisesti siltä kannalta, miten niissä on tulkittu tavaramerkin rekisteröinti- ja käyttöoikeuden suhdetta. Kiinnitän huomiota myös siihen, miten mainonnan rajoituksia pitäisi tarkastella perusoikeuksien, kuten sananvapauden ja omaisuudensuojan, kannalta. Tältä pohjalta esitän näkemykseni Suomen nykyisen tupakkalainsäädännön ja tavaramerkkioikeuden välisestä suhteesta. Lopuksi esittelen vielä, mitä uutta suunniteltu tupakkalain muutos toisi tavaramerkkioikeuden näkökulmasta, ja teen joitakin kokoavia johtopäätöksiä teemasta.

Kun puhun tekstissä *tupakkatuotteista*, viitataan tällä tupakkalain tapaan myös tupakkaan, tupakkajäljitelmiin ja tupakointivälineisiin.

2 Mitä on tuoteperhemarkkinointi?

Puhuttaessa tupakkatuotteiden piilomainonnasta viitataan usein ns. tuoteperhemarkkinointiin. Tällä tarkoitetaan markkinointia, jossa tupakkatuotteen tavaramerkkiä tai muuta kaupallista tunnusta ja visuaalista ilmettä käytetään muiden tuotteiden – esimerkiksi vaatteiden, kenkien tai

kosmetiikan – mainonnassa ja myynnin edistämisessä.⁴ Myös useat tupakkateollisuuden ulkopuoliset suuryritykset käyttävät tavaramerkkejään taloudellisesti hyväksi antamalla muille toimijoille käyttölisenssejä merkkeihinsä. Näin merkkejä voidaan käyttää tuotteissa, joita tavaramerkin alkuperäinen haltija ei itse valmista.⁵ Esimerkkeinä voidaan mainita *Ferrari*-aurinkolasit ja *Porsche*-kellot. Tupakan tuoteperhemainonnassa tunnetuimpia lisensoituja tavaramerkkejä lienevät *Camel Boots* -kengät ja *Marlboro Classics* -vaatteet.

Lisensoimalla ja käyttämällä tunnettua tavaramerkkiä tavaroiden valmistaja pyrkii yleensä ensisijaisesti hyötymään lisensoimansa merkin goodwill-arvosta. Lisenssinantaja taas hyötyy saamalla käytöstä mahdollisesti merkittäviäkin tuloja lisenssimaksuina.⁶ Lisenssinantaja, esim. tupakkayhtiö, voi kuitenkin hyötyä – ja usein hyöttyäkin – lisenssituotteista ja niiden markkinoinnista myös itse. Kuluttaja saattaa yhdistää samalla kaupallisella tunnuksella tapahtuvan mainonnan sekä varsinaisesti mainostettuun tuotteeseen että lisenssinantajan tuotteeseen, esim. tupakkatuotteeseen.⁷

Tilanne voi tupakkatuotteiden kohdalla olla toki myös päinvastainen. Tavaramerkki voi olla tunnettu ensisijaisesti tai lähes kokonaan muiden kuin tupakkatuotteiden tunnuksena, mutta se on otettu käyttöön myös tupakkatuotteille.⁸ Tällaisesta asetelmasta on kyse mm. sellaisissa tupakkamerkeissä kuin *Pierre Cardin* (alun perin vaatemerkki) ja *Cartier* (alun perin koru- ja kellomerkki).

3 Tupakkatuotteiden mainonnan rajoitukset

3.1 Suomen tupakkalain historia

Varsinaisen tupakkalainsäädännön Suomi loi vuonna 1977 ensimmäisten valtioiden joukossa, kun laki toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi (tupakkalaki, 693/1976) säädettiin. Ennen lain voimaantuloa tupakan mainonnan

⁴ Palm 1996, s. 49.

⁵ Bernitz 1990, s. 137.

⁶ Bernitz 1990, s. 137.

⁷ Palm 1997, s. 3.

⁸ Bernitz 1994–95, s. 894.

rajoitukset perustuivat vapaaehtoisuuteen, lähinnä valtion ja tupakkateollisuuden välisiin rajoittamissopimuksiin.⁹ Mainonnan lakisääteinen valvonta perustui ainoastaan yleisiin elintarvikeasetuksen säännöksiin ja vilpillistä kilpailua koskevaan lainsäädäntöön.¹⁰

Tupakkalain mainontaa koskeneella 8 §:llä pyrittiin rajoittamaan tupakan myynnin edistämistä varsin kattavasti.¹¹ Säännöksen mukaan sekä *tupakkatuotteiden mainonta* ja kuluttajiin kohdistuva myynninedistämistoiminta että *niiden liittäminen muiden tuotteiden mainontaan* tai myynnin edistämiseen oli kiellettyä. Näin ollen jo alkuperäisen tupakkalain sanamuodon voidaan katsoa pyrkineen kieltämään tupakan tuoteperhemainonta.¹² Säädös oli kuitenkin melko yleisluonteinen ja epäselvä, eikä sen sisältöä juuri täsmennetty myöskään lain esitöissä. Näin ollen tarkempi määrittely jäi oikeuskäytännön varaan.¹³

3.2 Ensimmäisen tupakkalain ongelmat ja vuoden 1995 lakimuutos

Tupakan mainontaa rajoittaneesta lainsäädännöstä huolimatta tupakkamarkkinointi ei kuitenkaan vähentynyt odotetusti, vaan perinteisestä tupakkamainonnasta siirryttiin uusiin mainonnan muotoihin, joissa liikuttiin tupakkalain soveltamisalan rajoilla. Tällaista markkinointia olivat mm. yrityskuvamainonta, tuoteperhemainonta sekä urheilijoiden ja tapahtumien sponsorointi. Tupakkalain näkökulmasta ongelmallisimmaksi kysymykseksi nousi tuoteperhemainonta.¹⁴ Myös korkein hallinto-oikeus otti kantaa tuoteperhemainontaan mm. seuraavissa tapauksissa:

KHO 1981 II 82. *Colt Racing Team* -tapauksessa lääkintöhallitus oli kieltänyt yritystä käyttämästä myynnissä olleissa ulkoilutakeissaan Colt-tupakkatuotteen nimeä ja tunnuskuviota sekä kieltänyt mainostamasta kyseisiä takkeja. KHO:n mielestä takkeja mainostaneessa lehtimainoksessa käytetyt nimet, iskulauseet ja tunnuskuviot sekä tunnuskuvioiden värit samaistuivat niin selkeästi tupakkatuotteiden mainontaan, että mainos oli tulkittavissa tupakkatuotteiden myynnin edistämiseksi. Näin ollen KHO pysytti lääkintöhallituksen päätöksen.

⁹ Palm 1996, s. 50.

¹⁰ Rissanen – Tiili – Mäkinen 1990, s. 221.

¹¹ Palm 1997, s. 9.

¹² Palm 1997, s. 10.

¹³ Palm 1996, s. 52.

¹⁴ Palm 1997, s. 16–18.

KHO 1990 II 90. Niin sanotussa *Marlboro Classics* -tapauksessa KHO sen sijaan kumosi lääkintöhallituksen tekemän päätöksen, jolla kiellettiin tekstiilituotteiden kauppaa harjoittavaa yritystä mainostamasta myymiään Marlboro Classics -vaatteita. Tuomioistuimen mukaan kyseisten miesten asusteiden mainontaa ei voitu pitää kiellettyinä tupakkatuotteen markkinointina, vaikka Marlboro oli yleisesti tunnettu savukemerkin nimi. Pelkkä sana ”Marlboro” ei ollut riittävä viittaus tupakkatuotteeseen tai tupakointiin.¹⁵ (Ään.)

Jälkimmäinen tuomioistuimen päätös käynnisti Suomessa tupakkalain uudistamisen.¹⁶ Vuonna 1993 hallitus teki valtiopäiville esityksen (HE 116/1993 vp) tupakkalain kiristämisestä. Hallitus katsoi, että tupakkatuotteiden markkinoinnissa oli ryhdytty käyttämään hyväksi muiden tuotteiden markkinointia niin, että kuluttajat mielsivät tällaisen muun tuotteen mainonnan samalla tupakkatuotteen mainostamiseksi.¹⁷ Esityksessä ehdotettiin 8 §:ään muutosta, jolla olisi kielletty tupakkatuotteen tavaramerkkien tai muiden tuotemerkkien liittäminen muiden tuotteiden mainontaan tai myynnin edistämiseen. Samoin olisi kielletty yleisesti käytetyn muun tuotteen tavaramerkin tai muun tunnusmerkin käyttäminen tupakkatuotteen markkinoinnissa.¹⁸ Palm mukaan jälkimmäinen kiello olisi merkinnyt mm. sitä, ettei tupakkatuotteiden mainonnassa olisi saanut käyttää sellaisia tunnettuja tavaramerkkejä kuin esim. *Levi's* tai *Adidas*.¹⁹ Huomattavaa on kuitenkin se, ettei ehdotetuilla säännöksillä olisi kielletty tupakkatuotteen tavara- tai tunnusmerkin käyttöä sinänsä muussa tuotteessa tai päinvastoin, vaan kiello olisi nimenomaisesti koskenut ainoastaan merkin käyttöä mainonnassa.²⁰

Esitettyä tiukennusta kuitenkin lievennettiin hieman eduskuntakäsittelyssä. Talousvaliokunnan mielestä ehdotettu 8 §:n muutos olisi puuttunut turhan voimakkaasti muuhun elinkeinotoimintaan kuin tupakan myyntiin. Sen mukaan ehdotetut tiukennukset olisivat johtaneet entistä tulkinnanvaraisempiin ja hankalampiin tilanteisiin, vaikka esityksen tarkoitus oli juuri päinvastainen.²¹ Sosiaali- ja terveystalvaliokunta ei täysin yhtynyt talousvaliokunnan kantoihin, vaan

¹⁵ Ruotsin markkinatuomioistuin oli tehnyt samansuuntaisen päätöksen vuotta aikaisemmin ns. *Camel Adventures* -tapauksessa (MD 1989:10). Kyseisestä tapauksesta tarkemmin, ks. *Palm* 1997, s. 21–25.

¹⁶ *Palm* 1997, s. 3.

¹⁷ HE 116/1993 vp, s. 13.

¹⁸ HE 116/1993 vp, s. 15–16.

¹⁹ *Palm* 1997, s. 62.

²⁰ HE 116/1993 vp, s. 21, ja TaVL 3/1994, s. 1.

²¹ TaVL 3/1994, s. 2.

piti hallituksen esityksen tavoitteita kannatettavina. Se kuitenkin poisti lakiesityksestä sanan "tavaramerkki" ja esitti ehdotettuun pykälään täsmennyksiä, joilla oli tarkoitus selventää epäsuoran mainonnan ja myynnin edistämisen määritelmiä.²² Muutoksilla säännöksen soveltamisala haluttiin kohdistaa selvästi tupakkateollisuudesta lähtöisin oleviin markkinointistrategioihin.²³ Eduskunta hyväksyi 8 §:n muutokset sosiaali- ja terveystieteiden esityksen mukaisesti. Tupakkalain muutokset tulivat voimaan maaliskuussa 1995, minkä jälkeen mainonnanrajoitussäätelyyn ei ole tehty muutoksia lukuun ottamatta 8 §:n 2 momenttiin lisättyä poikkeussäännöstä koskien EU:n ulkopuolelta tuotuja julkaisuja.²⁴

3.3 Suomen nykyisen tupakkalain mainonnanrajoitussäännös

Lähtökohtana Suomessa on, muutoksista huolimatta, edelleen mahdollisimman täydellinen suoran ja epäsuoran mainonnan kieltäminen. Voimassa olevan tupakkalain 8 §:n 1 momentti kuuluu seuraavasti:

Tupakkatuotteen mainonta ja epäsuora mainonta on kielletty. Epäsuorana mainontana pidetään erityisesti tupakkatuotteen myynnin edistämistä muun hyödykkeen mainonnan yhteydessä siten, että muun hyödykkeen tunnuksena käytetään sellaisenaan tai tunnistettavasti muunnettuna tupakkatuotteelle vakiintunutta tunnusta tai että siitä muutoin välittyy mielikuva tietyistä tupakkatuotteista. Mitä edellä säädetään tupakkatuotteesta, koskee myös tupakkaa, tupakkajäljitelmiä ja tupakointivälinettä. Mitä edellä säädetään mainonnasta, koskee myös muuta myynninedistämistoimintaa.

Vaikka tavaramerkkiä sanana ei nimenomaisesti mainita lakitekstissä, olisi tupakkatavaramerkin käyttö muiden tuotteiden mainonnassa Suomessa melko riskialtista, sillä kiellon soveltamiseen riittäisi jo se, että välittyy mielikuva tupakkatuotteesta.²⁵ Kiellettyinä tunnuksina voidaan lisäksi hallituksen esitystä soveltaen pitää kuvien, kuvioiden, värien, kirjaimien ja sanojen eri yhdistelmin luotuja kokonaisuuksia.²⁶ Tämä määrittely kattaisi useimmissa tapauksissa myös tupakkatuotteille rekisteröidyt tavaramerkit. Muutoinkin on hyvä huomata, että 8 §:n määritelmä epäsuorasta mainonnasta on ainoastaan esimerkinomainen.

²² *StVM 5/1994*, s. 3.

²³ *Palm 1997*, s. 62.

²⁴ Vuoden 1995 jälkeen tupakkalakiin on toki tehty myös useita muita osittaismuutoksia, mutta näillä muutoksilla ei ole merkitystä käsiteltävän aiheen kannalta.

²⁵ *Castrén 1995*, s. 88.

²⁶ *HE 116/1993 vp*, s. 21.

3.4 EU:n tupakkatuotteita ja niiden markkinointia koskeva sääntely

Tupakkatuotteita ja niiden markkinointia säädellään kolmessa eri EU-direktiivissä. *TV-direktiivin*²⁷ 3 e artikla kieltää kaikenlaisen tupakkatuotteiden mainonnan televisiossa. Alkuperäisen direktiivin perusteluiden mukaan kiellon on tarkoitus kattaa myös epäsuora mainonta, jossa ”yritetään kiertää mainoskielto käyttämällä sellaisten tupakkatuotteiden tai yritysten tuotenimiä, tunnuksia tai muita tunnistettavia piirteitä, joiden tunnettuun tai pääasialliseen toimintaan kuuluu kyseisten tuotteiden tuotanto tai myynti”.²⁸

*Tupakkatuotedirektiivin*²⁹ 7 artikla viittaa suoraan tavaramerkkienkin käyttöön. Artiklan mukaan tupakkatuotteiden pakkauksissa ei saa käyttää sellaisia ilmaisuja, nimityksiä, tavaramerkkejä eikä kuvallisia tai muita merkkejä, jotka luovat vaikutelman, että kyseinen tupakkatuote on vähemmän haitallinen kuin muut. Perusteluiden mukaan tällä viitataan mm. sellaisiin tupakkatuotteiden pakkauksissa käytettyihin ilmaisiin kuin ”low tar”, ”light” ja ”mild”.³⁰

*Tupakkamainontadirektiivi*³¹ kieltää tupakkamainonnan painetuissa tiedotusvälineissä, radiossa ja Internetissä. Direktiivin 2 artiklan mukaan mainonnalla tarkoitetaan ”kaikenlaista kaupallista viestintää, jonka tavoitteena taikka suorana tai epäsuorana vaikutuksena on tupakkatuotteen myynnin edistäminen”. On kuitenkin hyvä huomata, etteivät muut mainonnan muodot (esim. epäsuora mainonta) kuulu direktiivin soveltamisalaan.³² Jäsenvaltioilla on silti oikeus säädellä myös epäsuoraa mainontaa, mikäli se on tarpeen ihmisten terveyden suojelun kannalta eikä sääntely loukkaa EU:n perussopimuksia.³³

²⁷ Neuvoston direktiivi 89/552/ETY televisiotoimintaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (myöhempine muutoksineen, joista merkittävin ns. AV-direktiivi 2007/65/EY siirsi tupakkatuotteiden mainontakiellon 13 artiklasta osaksi 3 e artiklaa).

²⁸ Direktiivin 89/552/ETY perustelut, kohta 29.

²⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2001/37/EY tupakkatuotteiden valmistamista, esittämistapaa ja myyntiä koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä.

³⁰ Direktiivin 2001/37/EY perustelut, kohta 27.

³¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2003/33/EY tupakkatuotteiden mainontaa ja sponsorointia koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä.

³² Direktiivin 2003/33/EY perustelut, kohta 12.

³³ Direktiivin 2003/33/EY perustelut, kohta 12.

Jo nykyistä tupakkamainontadirektiiviä ennen EU sääteli tupakkamainontaa direktiivillä 98/43/EY³⁴, joka oli osittain huomattavasti nykyistä tiukempi, sillä siinä kiellettiin esim. tuoteperhemainonta.³⁵ EY-tuomioistuin kuitenkin kumosi direktiivin vuonna 1998, koska sen mukaan EU:lla ei ollut toimivaltaa antaa kyseistä direktiiviä sisämarkkinoiden luomista koskevien määräysten perusteella.³⁶

3.5 Tupakoinnin torjuntaa koskeva WHO:n puitesopimus

Yli 100 valtiota, näiden mukana Suomi sekä alueellisena toimijana EU, hyväksyi vuonna 2003 Maailman terveysjärjestön (WHO) johdolla laaditun tupakoinnin torjuntaa koskevan puitesopimuksen (SopS 26/2005).

Sopimuksen 13 artikla koskee nimenomaisesti tupakan mainontaa, myynnin edistämistä ja tupakkasponsorointia. Artiklan mukaan sopimusvaltioiden on *kielletävä* kokonaan edellä mainitut toimet. Mikäli kielto olisi vastoin valtion perustuslakia, on valtion kuitenkin *rajoitettava* edellä mainittuja toimia. Kyseisen artiklan 4 kohdassa on lista kielto- tai rajoitustoimista, joihin valtioiden tulee – perustuslaillisten periaatteidensa puitteissa – vähintään ryhtyä. Näihin kuuluu edellä mainitun mainontakiellon lisäksi mm. sellaisten suorien tai epäsuorien kannustimien käytön kielto, jotka yllyttävät yleisöä ostamaan tupakkatuotteita. Valtioita kannustetaan ryhtymään myös 4 kohdan velvoitteita tiukempiin toimiin.

Suomen tupakkalaki täytti jo ennen ratifiointia puitesopimuksen määräykset, joten sopimuksella ei ratifiointinsa yhteydessä ollut suoraa vaikutuksia kansalliseen lainsäädäntöömme.³⁷ Vuonna 2008 sopimusosapuolet kuitenkin hyväksyivät jäsenvaltioita oikeudellisesti sitomattomat toimeenpano-ohjeet, jotka koskivat mm. 13 artiklaa, ja mm. nämä ohjeet käynnistivät myös Suomessa tupakkalain osittaisuudistuksen.³⁸

³⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 98/43/EY tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsorointia koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä.

³⁵ Direktiivin 98/43/EY 2 artiklan 2. kohta.

³⁶ C-376/98.

³⁷ HE 106/2004 vp, s. 4.

³⁸ HE 180/2009 vp s. 7. Suunnitelluista muutoksista tarkemmin, ks. luku 8.

4 Tavaramerkkioikeudellinen sääntely

4.1 Kansainvälinen sääntely

4.1.1 Pariisin konventio

Teollisoikeuden suojelemista koskeva Pariisin yleissopimus (Pariisin konventio, SopS 43/1975) on ensimmäisiä ja edelleen merkittävimpiä kansainvälisiä sopimuksia immateriaalioikeuden alalla. Se solmittiin jo vuonna 1883, ja vaikka sopimusta on laatimisen jälkeen tarkistettu useita kertoja, sen peruselementit ovat pysyneet samoina alusta asti.³⁹ Suomi liittyi konventioon vuonna 1921, ja nykyään Suomea sitoo vuonna 1967 tarkistettu ns. Tukholman teksti.

Tärkein periaate Pariisin konventiossa on ns. *kansallinen kohtelu*, jonka mukaan sopimusvaltiot sitoutuvat turvaamaan jokaisen muun sopimusvaltion kansalaisille saman teollisoikeudellisen suojan kuin omille kansalaisilleen.⁴⁰ Tämän lisäksi sopimus asettaa kansalliselle lainsäädännölle tiettyjä minimivelvoitteita, jotka koskevat teollisoikeuksien suojaa. Näistä velvoitteista tupakkamainonnan rajoitukseen on katsottu liittyvän erityisesti konvention 7 ja 6^{quinques} artikla.⁴¹ Konvention 7 artikla kuuluu seuraavasti:

Sen tavaran laatu, jossa tehtaan- tai kauppamerkki on aiottu käytettäväksi ei missään tapauksessa saa olla merkin rekisteröimisen esteenä.

6^{quinques} artiklassa taas määritellään ns. *telle quelle* -sääntö⁴², josta seuraavat kohdat liittyvät käsiteltävään aiheeseen:

A. - 1. Jokainen alkuperämaassa asianmukaisesti rekisteröity tehtaan- tai kauppamerkki on sellaisenaan tässä artiklassa ilmoitetuin varauksin hyväksyttävä rekisteröitäväksi ja suojattava toisissa liittomaissa. – –

B. - Tässä artiklassa tarkoitettujen tehtaan- tai kauppamerkkien rekisteröintiä ei voida evätä eikä julistaa mitättömäksi muissa kuin seuraavissa tapauksissa: – –

3) jos ne ovat hyvän tavan tai yleisen järjestyksen vastaiset ja varsinkin jos ne ovat omiaan johtamaan yleisöä harhaan. Merkkiä ei kuitenkaan ole pidettävä yleisen järjestyksen vastaisena yksistään siitä syystä, ettei se ole sopuinnussa jonkin

³⁹ Palm 1997, s. 43. Ks. myös Blakeney 1996, s. 23.

⁴⁰ Pariisin konvention 2 artiklan 1 kappale.

⁴¹ Palm 1997, s. 47–55.

⁴² *Telle quelle* on ranskaa ja tarkoittaa ”sellaisena kuin se on” (engl. ”as is”).

tavaramerkkilainsäädäntöön sisältyvän säännöksen kanssa, ellei tämä säännös ole juuri yleistä järjestystä koskeva. – –

4.1.2 TRIPs-sopimus

TRIPs-sopimus eli maailman kauppajärjestön perustamissopimuksen liitesopimus teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista (liite 1C, SopS 5/1995) tuli voimaan vuonna 1995. Se täydentää Pariisin konvention mukaista tavaramerkkien sääntelyä. Pariisin konvention 6^{quinques} ja 7 artiklan säännökset sisältyvät lähes sellaisenaan tai viittauksina myös TRIPs-sopimukseen.⁴³

Nimenomaisesti tavaramerkkien käyttöön viittaa ainoastaan TRIPs-sopimuksen 20 artikla. Sen mukaan tavaramerkin käyttöä ”ei saa rajoittaa epäoikeudenmukaisesti erityisvaatimuksilla, kuten että merkkiä tulee käyttää toisen merkin kanssa, tietyssä muodossa tai tavalla, joka heikentää sen kykyä erottaa yrityksen tavarat tai palvelut toisen yrityksen tavaroista tai palveluista”.

Artiklan täsmällisestä tulkinnasta on ajoittain oltu eri mieltä. Laajasti tulkittuna artikla voisi estää jäsenvaltioita säätämästä minkäänlaisia kieltoja tai rajoituksia tavaramerkin käytölle. Suppeasti tulkittuna artikla taas estää jäsenvaltioita ainoastaan asettamasta erityisvaatimuksia tavaramerkin käytölle silloin, kun sen käyttö on ylipäättään sallittu. Suppeasti tulkittuna tavaramerkin käyttöä sinänsä siis voitaisiin rajoittaa tai käyttö voitaisiin jopa kieltää TRIPs-sopimuksen estämättä.⁴⁴

Suppealle tulkinnalle esimerkiksi tupakkatavaramerkkien käytön osalta on saatavissa ainakin jonkinasteista tukea sopimuksen 8 artiklasta.⁴⁵ Sen mukaan jäsenvaltiot voivat ryhtyä tarpeellisiksi katsomiinsa toimenpiteisiin yleisen terveyden suojelemiseksi kuitenkin edellyttäen, että toimenpiteet ovat yhdenmukaisia sopimuksen muiden määräysten kanssa.

⁴³ *McGrady* 2004, s. 58–59. Ks. myös *Blakeney* 1996, s. 53–55.

⁴⁴ *McGrady* 2004, s. 60.

⁴⁵ *Vadi* 2009, s. 793–794.

4.2 Suomen tavaramerkkilaki

On hyvä huomata, että tavaramerkkioikeus on leimallisesti kansallisiin lainsäädäntöihin pohjautuva oikeudenala. Pariisin konventiolla ja TRIPs-sopimuksella ei ole luotu ylikansallista suojajärjestelmää, vaan niiden tarkoituksena on harmonisoida kansallisia lainsäädäntöjä. Sopimusvaltioiden on toki ristiriitatilanteessa tulkittava kansallista lainsäädäntöään sopimusten mukaisesti.⁴⁶

Suomen kansallinen tavaramerkkioikeus noudattaa edellä mainittuja kansainvälisiä velvoitteita. Esimerkiksi Pariisin konvention 6^{quinquies} artiklan *telle quelle* -sääntö on sisällytetty pääosin tavaramerkkilain (7/1964) 29 pykälään. Pariisin konvention 7 artiklan sisältöä ei nimenomaisesti mainita tavaramerkkilaisissa, mutta lain 20 §:n mukaan rekisteriviranomaisen on rekisteröitävä tavaramerkki, jos hakemus täyttää sille asetetut vaatimukset eikä laissa mainittuja rekisteröintiesteitä ole. Tavaralan laatu ei milloinkaan yksin muodosta tavaramerkkilaisissa mainittua rekisteröintiestettä.

Edellä mainituilla kansainvälisillä sopimuksilla on kuitenkin vaikutusta kansalliseen lainsäädäntöön myös silloin, kun sopimusten säännöksiä ei ole nimenomaisesti mainittu kansallisessa lainsäädännössä. Yleisestä valtiosopimusoikeudesta nimittäin seuraa, ettei valtio voi vedota omaan sisäiseen oikeuteensa perusteena valtiosopimuksen velvoitteiden täyttämättä jättämiselle.⁴⁷ Pariisin konvention ja TRIPs-sopimuksen tarkoituksena on ollut nimenomaan lähentää eri valtioiden kansallisia tavaramerkkilainsäädäntöjä, joten tupakkatuotteiden mainonnan rajoituksia onkin mielekästä tarkastella ennen kaikkea näiden sopimusten säännösten kautta.

⁴⁶ Blakeney 1996, s. 40.

⁴⁷ Valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen (SopS 32-33/1980) 27 artikla.

5 Tavaramerkin rekisteröinti- ja käyttöoikeus käytännössä

5.1 Tavaramerkin rekisteröintioikeus

Pariisin konvention 6^{quinques} ja 7 artikla – samoin kuin vastaavat TRIPS-sopimuksen säännökset – rajoittavat sopimusvaltioiden mahdollisuuksia kieltää erilaisten tavaramerkkien rekisteröinti.⁴⁸ 7 artiklan säännöksen tarkoituksena on taata tavaramerkin rekisteröintioikeus esim. niissäkin tilanteissa, joissa kyseessä olevan tuotteen myynti olisi kielletty tai sen myyntioikeuksia olisi rajoitettu. Tavaramerkin hakijan tulee saada suojaa merkilleen tästä huolimatta, sillä myyntirajoituksia saatetaan aina lieventää tulevaisuudessa.⁴⁹

6^{quinques} artiklan perusteella tavaramerkin rekisteröinti voitaisiin kieltää tai hylätä, mikäli tavaramerkin katsottaisiin olevan hyvän tavan tai yleisen järjestyksen (*”ordre public”*) vastainen. Käsitteet ”hyvä tapa” ja ”yleinen järjestys” ovat kuitenkin sisällöltään melko epämääräisiä. Niiden sisältö vaihtelee arvostelijasta riippuen, ja sisältöön vaikuttavat mm. poliittiset, moraaliset ja uskonnolliset arvostukset.⁵⁰ Hyvän tavan ja yleisen järjestyksen mukaisuudelle ei siis ole universaalia määritelmää, vaan se saa tarkemman sisältönsä aina siinä valtiossa, jossa rekisteröintiä haetaan.⁵¹ Yleisesti ottaen esim. yleisen järjestyksen vastaisuutta tulisi kuitenkin tulkita suppeasti niin, että se viittaa lähinnä laillisen yhteiskuntajärjestelmän ja oikeusvaltion perusteiden vastaisuuteen.⁵² Tavaramerkin rekisteröintiä ei voidakaan kieltää hyvän tavan tai yleisen järjestyksen vastaisena vain sillä perusteella, että sen käyttö mainonnassa on kielletty tupakkalainsäädännössä, eikä myöskään siksi, että se on käytössä sinänsä terveydelle vaarallisessa tupakkatuotteessa.⁵³

Näin ollen kansainvälisten sopimusten voidaan katsoa edellyttävän sitä, että tupakkatuotteille rekisteröity tavaramerkki on rekisteröitävissä myös muille tavaraluokille. Suomen tupakkalaki onkin ainakin tältä osin konvention

⁴⁸ Bernitz 1990, s. 139.

⁴⁹ Bodenhausen 1968, s. 128.

⁵⁰ Salmi – Häkkänen – Oesch – Tommila 2008, s. 258.

⁵¹ Bodenhausen 1968, s. 116.

⁵² Salmi – Häkkänen – Oesch – Tommila 2008, s. 259, ja Bodenhausen 1968, s. 116.

⁵³ Bernitz 1990, s. 139.

vaatimusten mukainen, sillä siinä ei kielletä tupakkatuotemerkin *rekisteröintiä* muulle tuotteelle.⁵⁴

5.2 Laajaa käyttöoikeutta puolustavia näkökohtia

Tupakkatuotteiden mainonnan rajoitukset eivät kuitenkaan kohdistu tupakkatavaramerkkien rekisteröintiin, vaan niiden kaupalliseen käyttöön. Pariisin konvention sanamuoto viittaa kuitenkin ainoastaan tavaramerkkien rekisteröintiin. Tästä huolimatta oikeuskirjallisuudessa on ajoittain katsottu, että Pariisin konvention aiemmin mainitut artiklat rajoittavat – sanamuodoistaan huolimatta – myös sopimusvaltioiden mahdollisuuksia kieltää tai rajoittaa tavaramerkkien *käyttöä*. Tulkinta perustuu erityisesti valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen (SopS 32-33/1980) 31 artiklaan, jonka mukaan "[v]altiosopimusta on tulkittava vilpittömässä mielessä – – sekä valtiosopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa”.

Tällaisia näkökulmia on esittänyt ennen muuta ruotsalainen Ulf Bernitz, joka on saanut tukea suomalaiselta Martti Castrénilta ja saksalaiselta Annette Kurilta. Heidän mukaansa tavaramerkin käytön suoja seuraa Pariisin konvention tarkoituksesta, hengestä ja kokonaisuudesta sekä laajemmin tavaramerkkioikeuden perusperiaatteista.⁵⁵ Periaatteet ja tarkoitus edellyttävät heidän mukaansa, että tavaramerkin rekisteröintioikeuden lisäksi haltijalla on oltava myös mahdollisuus käyttää rekisteröimäänsä merkkiä kaupallisesti hyödykseen.

Pariisin konvention historiallisena tarkoituksena oli maailmankaupan kehittäminen, esim. mahdollistamalla tuotteiden myynti eri maissa saman tavaramerkin alla. Mikäli kansallisissa lainsäädännöissä olisi huomattavia eroja, pitäisi tavaramerkin haltijan rekisteröidä erilaisia tavaramerkkejä eri puolilla maailmaa, mikä aiheuttaisi ongelmia tavaramerkkien haltijoiden lisäksi myös kuluttajille.⁵⁶ *Telle quelle* -säännöllä pyrittiin vastaamaan juuri tähän ongelmaan: jokainen alkuperämaassa rekisteröity tavaramerkki on lähtökohtaisesti hyväksyttävä rekisteröitäväksi kaikissa sopimusvaltioissa. Vaikka *telle quelle*

⁵⁴ HE 116/1993 vp, s. 21. Ks. myös Castrén 1995, s. 88.

⁵⁵ Bernitz 1990, s. 139. Ks. myös Castrén 1995, s. 89, ja Kur 1992, s. 43–44.

⁵⁶ Kur 1992, s. 43–33. Ks. myös Bodenhausen 1968, s. 108.

-säännön sanamuodolla viitataan tavaramerkkien rekisteröintimahdollisuuteen eri maissa, voidaan maailmankaupan näkökulmasta katsoa, että sillä pyrittiin mahdollistamaan juuri tavaramerkkien maailmanlaajuinen kaupallinen hyödyntäminen. Näin ollen Pariisin konventio turvaisi ainakin välillisesti myös tavaramerkin käyttöoikeuden.

Bernitzin mielestä ajatus siitä, että tavaramerkkioikeudessa olisi kysymys ainoastaan tai edes ensisijaisesti tavaramerkin rekisteröinnin mahdollistamisesta, onkin auttamattoman vanhentunut. Hänen mielestään tavaramerkkilainsäädännön pyrkimys on nimenomaan mahdollistaa tavaramerkin käyttö liiketoiminnassa.⁵⁷ Myös Castrénin mukaan Pariisin konventiolla oli jo alun alkujaan tarkoitus luoda ”eläväinen tavaramerkkioikeus” eikä ainoastaan rekisteröintimahdollisuuteen perustuvaa ”paperioikeutta”. Hänen mukaansa myös rekisteröidyn tavaramerkin haltijalle kuuluva oikeus kieltää muita käyttämästä tavaramerkkiään (ns. kielto-oikeus) olisi merkityksetön, ellei haltijalla itselläänkään olisi oikeutta käyttää merkkiään.⁵⁸

Kurin mukaan on olemassa hyviä perusteita tulkita erityisesti 6^{quinqüies} artiklaa siten, että se edellyttää rekisteröintioikeuden ohella myös mahdollisuutta käyttää tavaramerkkiä. Haltijan intressinä on nimenomaan merkin käyttö, ja tämän oikeuden poistaminen olisi Kurin mielestä selvästi vastoin Pariisin konvention tarkoittamaa tavaramerkin haltijan suojaa.⁵⁹ Kur perustelee tällaista sopimuksen tarkoitukseen perustuvaa tulkintaansa myös Pariisin konvention yli 100 vuoden iällä: laatimisvaiheessa sopimuksen kirjoitusasussa ei ole voitu huomioida myöhemmän kehityksen esiin nostamia soveltamisongelmia.⁶⁰

Myöhemmin Kur on vielä tarkentanut tulkintaansa. Hänen mukaansa immateriaalioikeudellisten suojamuotojen ideana on kannustaa taloudellisia toimijoita kilpailemaan keskenään turvaamalla oikeudenhaltijoille saamiensa oikeuksien käyttömonopoli. Pariisin konventiossa säädettyjä rajoituksiakin tulisi tästä syystä tulkita niin, että ne ensisijaisesti turvaavat juuri sääntelyn ytimenä ja

⁵⁷ Bern 1994–95, s. 899. Samoin Kur 1996, s. 200.

⁵⁸ Castrén 1995, s. 89.

⁵⁹ Kur 1992, s. 43.

⁶⁰ Kur 1992, s. 39.

päämääränä olevaa tavaramerkin käyttöoikeutta.⁶¹ Yhteenvetonaan Kur onkin todennut, että tupakkatavaramerkkien käytön kieltäminen muissa tuotteissa (ja päinvastoin) olisi aivan yhtä suuressa määrin vastoin kansainvälisiä tavaramerkki-oikeudellisia sopimuksia kuin tupakkatavaramerkkien rekisteröintikielto.⁶²

Kuten edellä todettiin, ei valtio voi vedota omaan sisäiseen oikeuteensa perusteena valtiosopimuksen velvoitteiden täyttämättä jättämiselle.⁶³ Koska Pariisin konventio edellä mainittujen tulkintojen mukaan velvoittaisi valtiot suojaamaan myös tavaramerkin käyttöoikeutta, olisi kansallisen lainsäätäjän esimerkiksi Bernitzin mielestä varsin vaikeaa säätää laki, joka esimerkiksi kieltäisi tupakkatuotteen tavaramerkin lisensoinnin käytettäväksi muissa tuotteissa tai niiden mainonnassa.⁶⁴ Castrénin mielestä tupakkalakia olisikin tulkittava supistavasti niin, että kielletyksi epäsuoraksi tupakkamainonnaksi katsottaisiin ainoastaan sellainen mainonta, joka on suunnattu erityisesti nuorille tai jossa tupakkamainonta on yleisön silmissä selvästi havaittavissa.⁶⁵ Selvästi havaittavaa tupakkamainonta on, mikäli muun hyödykkeen tunnuksena käytetty tupakkatuotteelle vakiintunut tavaramerkki tunnistuu kuluttajalle tai mikäli mainonnasta muutoin selvästi välittyy mielikuva tupakkatuotteesta.⁶⁶ Edellä mainitun tyyppinen mainonta voitaisiin katsoa olevan yleisen järjestyksen vastaista, jolloin mainontakielto olisi perusteltu ja kansainvälisten tavaramerkkisopimusten hengen mukainen.⁶⁷

5.3 Käyttöoikeuden rajoituksia puolustavia näkemyksiä

Täysin vastakkaista näkökulmaa oikeuskirjallisuudessa on edustanut ruotsalainen Gunnar Karnell. Hänen mukaansa tavaramerkin rekisteröinti- ja käyttöoikeus ovat kaksi toisistaan täysin erillistä asiaa. Karnell korostaa, että Pariisin konvention 6^{quinquies} ja 7 artiklan tekstissä puhutaan ainoastaan tavaramerkin rekisteröimisen

⁶¹ Kur 1996, s. 199.

⁶² Kur 1996, s. 203. Tässä kohdin Kur viittaa tosin tupakkatavaramerkkien käytön kieltämiseen muissa tuotteissa kokonaan. Suomen tupakkalaki kieltää käytön ainoastaan muiden tuotteiden mainonnassa ja myynninedistämässä.

⁶³ Valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen (SopS 32-33/1980) 27 artikla.

⁶⁴ Bernitz 1990, s. 139.

⁶⁵ Castrén 1995, s. 90.

⁶⁶ Castrén 1997, s. 263.

⁶⁷ Castrén 1995, s. 90.

mahdollisuudesta, ei sen käyttöoikeudesta.⁶⁸ Koska sopimuksen sanamuodosta täysin yksiselitteisesti käy ilmi, että se koskee rekisteröintioikeutta, ei sen soveltamisalaa voida Wienin konvention mukaisella tulkinnalla laajentaa.⁶⁹

Karnellin mukaan konvention 7 artiklan tulkintaa ei tule laajentaa sen kirjoitusasun ulkopuolelle. Hän perustaa käsityksensä konvention historialliseen taustaan ja hakee tukea myös hollantilaisen Georg Bodenhausenin Pariisin konventiota koskevasta kommentaarista: 7 artiklahan oli tämän mukaan säädetty juuri varmistamaan tavaramerkin rekisteröintioikeus myös silloin, kun kyseessä olevalle tuotteelle on säädetty esim. myyntirajoituksia.⁷⁰ Lisäksi artiklan sovellusalan laajentaminen tyrmättiin Karnellin mukaan nimenomaisesti, kun konventiota tarkistettiin Lissabonin konferenssissa vuonna 1958.⁷¹ Lissabonissa Kansainvälinen kauppakamari olisi halunnut 7 artiklaan lisättäväksi toisen kappaleen, joka olisi taannut oikeudenhaltijalle tavaramerkkinsä käyttöoikeuden silloin, kun kyseessä olevan tuotteen myynti oli laillista. Lisäsehdotus sai konferenssissa varsin riitaisen vastaanoton, eikä lisäystä lopulta siis tehty.⁷²

Myös 6^{quinquies} artiklaa tulisi Karnellin mukaan tulkita suppeasti sen sanamuodon mukaisesti: artikla koskee ainoastaan tavaramerkin rekisteröinnin suojaamista, ei sen käytön suojaamista. Tavaramerkkioikeudessa jo rekisteröintisuojalla ja mahdollisuudella kieltää loukkaavien tavaramerkkien käyttö on Karnellin mielestä oma arvonsa, joka ei ole riippuvainen haltijan mahdollisuudesta itse käyttää rekisteröimäänsä merkkiä.⁷³ Australialaisen Benn McGradyn mukaan tilannetta voi verrata patenttioikeuteen; patentinhaltijalle annetaan oikeus kieltää muilta keksintönsä ammattimainen hyväksikäyttö, mutta ei suoraan oikeutta esimerkiksi itse valmistaa patenttia hyödyntäviä tuotteita.⁷⁴

Yllä mainituilla perusteilla kansalliset lainsäätäjät voivat siis Karnellin mukaan rajoittaa tavaramerkkien käyttöä Pariisin konvention sitä estämättä, kunhan

⁶⁸ Karnell 1990, s. 305.

⁶⁹ Karnell 1994–95, s. 40–41.

⁷⁰ Ks. edellä luku 5.1.

⁷¹ Karnell 1990, s. 305. Lissabonin tekstistä tarkemmin, ks. *Bodenhausen* 1968, s. 128.

⁷² *Ladas* 1975, s. 1249–1250.

⁷³ Karnell 1994–95, s. 39–40.

⁷⁴ *McGrady* 2004, s. 64–65.

säätely ei riko esim. perusoikeuksia tai sopimusvaltion muita kansainvälisiä velvoitteita.⁷⁵ Jukka Palmin mukaan myös Suomen patentti- ja rekisterihallitus on katsonut tavaramerkin rekisteröimisen ja käyttämisen olevan toisistaan erillisiä kysymyksiä: kansainväliset tavaramerkkioikeutta koskevat sopimukset tai Suomen tavaramerkkilaki eivät puutu tavaramerkin käyttämiseen.⁷⁶

McGrady on tulkinnut Pariisin konventiota pääosin samalla tavoin kuin Karnell.⁷⁷ McGrady on tarkastellut tupakkatavaramerkkejä ja niiden käyttöön kohdistuvia rajoituksia myös TRIPs-sopimuksen valossa. Esimerkiksi sopimuksen 20 artikla, jonka mukaan tavaramerkin käyttöä ei saa rajoittaa epäoikeudenmukaisesti erityisvaatimuksilla, ei McGradyn mukaan estä valtioita säätelemästä sitä, milloin ja missä tavaramerkkiä käytetään tai saako tavaramerkkiä ylipäänsä käyttää. Kyseisellä artiklalla estetään valtioita säättämästä vaatimuksia vain sille, miten tavaramerkkiä käytetään. Näin ollen 20 artikla soveltuisi ainoastaan tilanteisiin, joissa tavaramerkin käyttö on yleisesti ottaen sallittu. Mikäli tavaramerkin käyttö on muulla kuin tavaramerkkilainsäädännöllä – esimerkiksi juuri tupakkalainsäädännöllä – kielletty, ei 20 artiklaa voida soveltaa.⁷⁸

Näin ollen myöskään TRIPs-sopimus ei loisi tavaramerkin haltijalle yksiselitteistä käyttöoikeutta. McGrady hakee lisätukea tälle tulkinnalleen valtiokäytännöstä: yli 100 Maailman kauppajärjestö WTO:n 146 jäsenmaasta on asettanut eriasteisia rajoituksia erilaisten tavaramerkkien käytölle mainonnassa.⁷⁹ Vaikkakin esimerkiksi Kur tulkitsee TRIPs-sopimuksen 20 artiklaa toisin kuin McGrady, myöntää hänkin, ettei 20 artiklan sanamuoto sinänsä estä säättämästä käyttökieltoa tavaramerkeille eikä tällaiselle lainsäädännölle ole löydettävissä estettä myöskään TRIPs-sopimuksen esitöistä.⁸⁰

5.4 Palmin näkemys käyttöoikeudesta kahden ääripään välissä

Suomessa Jukka Palm on ottanut jonkinasteisen välittävän kannan kahden edellä mainitun ääripään välillä. Tupakka- ja tavaramerkkilainsäädännön

⁷⁵ Karnell 1990, s. 305.

⁷⁶ Palm 1997, s. 55.

⁷⁷ McGrady 2004, s. 64–66.

⁷⁸ McGrady 2004, s. 62.

⁷⁹ McGrady 2004, s. 61–62.

⁸⁰ Kur 1996, s. 202.

sääntelytavoitteet ovat hänen mukaansa täysin erilaisia, eivätkä Bernitz, Kur ja Castrén ole ottaneet tätä asiaa riittävästi huomioon. Toisaalta Karnellin käsitys asiasta on Palmin mielestä liian muodollinen, eikä siinä juurikaan huomioida sitä, että tavaramerkkioikeudellisen suojan ydinsisältö on tosiasiallisesti sen käytössä erityisesti mainonnassa.⁸¹

Palm korostaa, että pohdittaessa erityisesti tuoteperhemarkkinointiin liittyviä kysymyksiä, on tehtävä ero tavaramerkkioikeuden sisäisen ja ulkoisen järjestelmän välillä. Tavaramerkkilaki sääntelee tavaramerkin käyttöä sen omassa sisäisessä järjestelmässä, jolloin sääntelyn kohteena on lähinnä elinkeinonharjoittajien keskinäinen kilpailusuhde. Tupakkalainsäädäntö taas on esimerkki tavaramerkkioikeuden ulkopuolisesta järjestelmästä, jossa säännellään elinkeinonharjoittajan suhdetta valtioon ja kuluttajiin. Tavaramerkkioikeus ei voi *tyhjentävästi* ulottaa vaikutuksiaan näihin ulkopuolisiin sääntelyintresseihin. Koska tavaramerkki- ja tupakkalainsäädännön tavoitteet ovat toisistaan erillisiä, on tehtävä punninta sen osalta, kumman tavoitteet asetetaan etusijalle. Onko siis tupakkalain takana oleva terveystaloudellinen intressi niin voimakas ja tupakkatuotteiden mainonnan rajoittaminen niin tarpeellista, että tavaramerkin haltijan oikeutta on perusteltua rajoittaa?⁸²

Palmin mukaan Pariisin konventio sallii siis sinänsä tavaramerkkioikeuden ulkopuolisella sääntelyllä toteutetut rajoitukset. Palmin näkemyksen mukaan tällaisia rajoituksia tulee arvioida pitkälti samalla tavoin kuin perusoikeuksien rajoituksia: rajoitukset tulee perustella, niiden on oltava tarpeellisia ja niiden tulee puuttua mahdollisimman vähän teollisoikeuksien normaaliin käyttöön (ns. suhteellisuusperiaate).⁸³

5.5 Nykyisen tupakkalain aikainen oikeuskäytäntö

Myös markkinatuomioistuimien on ottanut kantaa tupakkatavaramerkkien tuoteperhemarkkinointiin uuden tupakkalain voimassaoloaikana:

⁸¹ Palm 1997, s. 76–78.

⁸² Palm 1997, s. 78–79.

⁸³ Palm 1997, s. 77–79.

MT 1998:1. Elinkeinonharjoittajaa kiellettiin käyttämässä *Camel Boots* -jalkineiden mainonnassa sellaista Camel-sanan sisältävää tunnusta, jossa kyseinen sana on kirjoitettu kaarevassa muodossa ja samaa kirjainlajia käyttäen kuin Camel-merkkisen savukkeen tunnuksessa, sekä käyttämästä sanotunlaisen tunnuksen yhteydessä Camel-savukkeen tunnuksena käytettävää kamelin kuvaa. (Ään.)

MT 2000:10. Yllä mainitun ratkaisun jälkeen Camel-tunnusta oli muutettu kirjoittamalla se suoraan linjaan aiemman kaarevan muodon asemesta. Myös yksittäisten kirjainten kirjoitustapaa oli hieman muutettu. Vastaavanlaista muuntelua oli esiintynyt myös Camel-savukkeiden tunnuksessa. Sanat *Camel Boots* oli lisäksi kirjoitettu keskitetysti allekkain siten, että Camel oli kirjoitettu suuremmilla kirjaimilla kuin Boots. Myös tällainen muunneltu Camel-savukkeen tunnuksen sisällyttäminen muun tuotteen mainontaan oli tupakkalain 8 §:n vastaista. (Ään.)

Markkinatuomioistuin tulkitsevi tupakkalain 8 §:n 1 momenttia niin, että vakiintuneen tupakkatuotteen tunnuksen käyttäminen sellaisenaan tai tunnistettavasti muunnettuna muun tuotteen mainonnassa välittää samalla automaattisesti mielikuvan kyseisestä tupakkatuotteesta. Vaikka mainoksissa oli tavanomaiseen tapaan mainostettu jalkineita, mainonnasta oli tuomioistuimen mielestä kuitenkin välittynyt samalla mielikuva myös Camel-tupakkatuotteesta.

Molemmat tapaukset ratkaistiin äänestämällä. Vähemmistöön jääneiden tuomioistuimen jäsenten mukaan Camel Boots oli kyseessä olevana aikana yksi tunnetuimmista miesten jalkinemerkeistä Suomessa. Päätöksessä MT 1998:1 vähemmistöön jääneet katsoivat jopa, että Camel-tuotemerkki tunnetaan Suomessa nykyisin paremmin nimenomaan jalkine- kuin savukemerkinä. Camel Boots -jalkineiden mainonta oli heidän mukaansa niin vakiintunutta, ettei se ollut enää yleisesti yhdistettävissä Camel-merkkiseen tupakkaan. Päätöksessä MT 2000:10 vähemmistöön jääneet katsoivat vielä, että Boots-sana oli kirjoitettu mainokseen niin selkeästi, että se viimeistään yksilöi sen, että kyseessä oli normaali jalkinemainos, joka ei ollut tupakkalain tarkoittamalla tavalla yhdistettävissä tupakkatuotteiden mainontaan.⁸⁴

⁸⁴ Sittemmin valmistajat ovat tietoisesti pyrkinneet etäännyttämään sekä Camel Boots- että Marlboro Classics -tuotteiden tavaramerkkejä Camel- ja Marlboro-tupakkatavaramerkeistä. Esimerkiksi Camel Boots -kenkiä myydään Suomessa nykyään Camel Active -tavaramerkillä, jonka typografia poikkeaa täysin Camel-tupakkatavaramerkin typografiasta.

Itse olisin taipuvainen katsomaan tilannetta samansuuntaisesti kuin markkinatuomioistuimen jäsenten vähemmistö. Tupakkalain sanamuodon mukaan tupakkatuotteelle vakiintuneen tunnuksen käyttö muun tuotteen mainonnassa on katsottava epäsuoraksi mainonaksi niissä tapauksissa, joissa mainonta edistää tupakkatuotteen myyntiä. Näin ollen tupakkalaki ei mielestäni kiellä tupakkatuotteen tunnusta vastaavan tunnuksen käyttöä muiden tuotteiden mainonnassa, ellei mainonnasta samalla välity mielikuvaa tupakkatuotteesta.

Vaikkakin Camel Boots -tuotemerkki on aikoinaan syntynyt Camel-tupakkatuotemerkin pohjalta, on se nykyään saavuttanut siinä määrin oman, tupakkatuotemerkestä riippumattoman asemansa, ettei sen enää voida katsoa automaattisesti välittävän mielikuvaa tupakkatuotteesta. Camel Boots on siis vakiintunut omaksi tuotemerkikseen, eikä yhteyttä tupakkatuotteeseen enää synny. Kun vielä markkinatuomioistuinkin katsoi, että kyseessä olleissa mainoksissa mainostettiin sinänsä tavanomaiseen tapaan jalkineita, venytti tuomioistuin tupakkalain tulkintaa mielestäni kohtuuttoman pitkälle.

6 Mainonnan rajoitusten suhde perusoikeuksiin

6.1 Mainonnan rajoitukset ja sananvapaus

Mainonnan sääntelyllä on selviä yhtymäkohtia perustuslain (731/1999) 12 §:ssä määriteltyyn sananvapauden suojaan. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on kehittynyt tulkinta, jonka mukaan sananvapauden suoja kattaa lähtökohtaisesti myös mainonnan ja markkinoinnin, joskaan nämä eivät kuulu sananvapauden ydinalueeseen. Myös mainonnan ja markkinoinnin rajoittamista koskevan sääntelyn tulee siis täyttää perusoikeutta rajoittavalta lailta vaadittavat yleiset edellytykset.⁸⁵

Eduskunnan perustuslakivaliokunta on määritellyt mietinnössään PeVM 25/1994 perusoikeusrajoitusten sallittavuuden arvioinnissa käytettävän yleisen testin, joka voidaan tiivistää seuraaviin vaatimuksiin: 1) lailla säätämisen vaatimus, 2) täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus, 3) hyväksyttävyyysvaatimus, 4) ydinalueen koskemattomuuden vaatimus, 5) suhteellisuusvaatimus, 6)

⁸⁵ *PeVL 19/2002 vp.*

oikeusturvavaatimus ja 7) ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimus.⁸⁶ Perusoikeutta rajoittavan lain tulee täyttää kaikki nämä vaatimukset.

Kaupallisen viestinnän osalta sananvapaus sisältää markkinoijan oikeuksien lisäksi vastaanottajien oikeuden saada tietoa markkinoilla tarjottavista hyödykkeistä. Tupakkatuotteiden totaalisessa mainoskiellossa on näin ollen kyse varsin pitkälle menevästä rajoituksesta, koska yritykset eivät voi sääntelyn takia mainonnan keinoin kertoa tuotteistaan eivätkä kuluttajat voi saada tietoja tarjottujen tavaroiden ominaisuuksista.⁸⁷

Tupakkamainonnan rajoitukset perustuvat kansanterveyden edistämiseen. Tällä perusteella mainonnan täyskielto on katsottu suhteellisuusvaatimuksen mukaiseksi ja hyväksyttäväksi sananvapauden rajoitukseksi.⁸⁸ Samalla tavoin esimerkiksi EY:n tuomioistuin on katsonut, ettei Ruotsissa säädetty alkoholimainonnan täyskielto ole ristiriidassa tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden vaatimusten kanssa, mikäli kansanterveyttä ei pystytä suojelemaan alkoholin aiheuttamilta haitoilta vähemmän yhteisön sisäiseen kauppaan vaikuttavin toimenpitein.⁸⁹

6.2 Mainonnan rajoitukset ja omaisuudensuoja

Tavaramerkit ovat haltijansa aineetonta pääomaa, jota elinkeinonharjoittaja voi eri tavoin kaupallisesti hyödyntää.⁹⁰ Immateriaalioikeudet yleensäkin on täysin vakiintuneesti katsottu kuuluvan perustuslain 15 §:n mukaisen omaisuudensuojan piiriin⁹¹, ja kyseisen säännöksen on todettu suojaavaan nimenomaan mm. omistajan oikeutta käyttää omaisuuttaan hyödykseen eli ns. käyttövapautta. Tästä syystä tupakkamainonnan rajoituksia voidaan tarkastella myös omaisuudensuojan kannalta.

⁸⁶ *PeVM* 25/1994, s. 4–5. Rajoitusedellytyksistä tarkemmin, ks. *Viljanen* 1999.

⁸⁷ *Ollila* 2009, s. 276–278.

⁸⁸ *Ollila* 2009, s. 277.

⁸⁹ *C-405/98*.

⁹⁰ *Salmi – Häkkänen – Oesch – Tommila* 2008, s. 56.

⁹¹ Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on tapauksessa 73049/01, *Anheuser Busch Inc. V. Portugal*, todennut: "Intellectual property as such undeniably attracts the protection of Art. 1 of Protocol No. 1."

Tupakkalainsäädännön tiukennuksia koskevissa lausunnoissa ja oikeuskirjallisuudessa onkin ajoittain viitattu siihen, että tupakkatuotemerkkien käytön rajoittaminen vertautuisi omaisuuden pakkolunastukseen.⁹² Perustuslain 15 § 2 momentin mukaan omaisuuden pakkolunastuksesta yleiseen tarpeeseen täyttää korvausta vastaan säädetään lailla.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön mukaan säännöksen 2 momentti koskee kuitenkin ainoastaan ns. aitoja pakkolunastustilanteita. Yleisen omaisuudensuojan turvaavasta 1 momentista ei vielä yksin seuraa vaatimusta korvata omistajalle mitä tahansa käyttörajoitusta. Omaisuuden käyttörajoitustenkin osalta tulee siis lähtökohtaisesti soveltaa perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä.⁹³

Toisaalta tapauksessa **KKO 2004:26** tuomioistuin ulotti pakkolunastussäännöksen koskemaan myös erästä omaisuuden käytön rajoitustilannetta. Ympäristökeskuksen asettaman väliaikaisen toimenpidekiellon takia asunto-osakeyhtiö ei voinut vuokrata omistamaansa asuntoa eteenpäin. Huoneiston vuokraaminen oli yhtiön pääasiallinen tulonlähde. Rakennussuojelulain mukaan valtion oli maksettava täysi korvaus suojelupäätöksestä aiheutuvasta vahingosta, mutta väliaikaisesta toimenpidekiellosta aiheutuvasta vahingosta ei ollut oikeutta saada korvausta. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, että väliaikaisesta toimenpidekiellosta johtuvan vahingon jääminen korvaamatta olisi loukannut PL 15 §:ssä turvattua omaisuuden suojaa, sillä kielto esti kohteen tavanomaisen, kohtuullista hyötyä tuottavan hyväksikäyttämisen. Tästä syystä yhtiöllä oli PL 15 §:n nojalla oikeus saada täysi korvaus aiheutuneesta vahingosta, vaikkei kyseessä ollut ns. aito pakkolunastustilanne.

Vaikka korkein oikeus yllä selostetussa yksittäistapauksessa laajensikin pakkolunastussäännöksen koskemaan myös erästä käyttöoikeuden rajoitustilannetta, siitä tuskin voidaan saada tukea näkemykselle, jonka mukaan tupakkatavaramerkkien haltijat olisivat oikeutettuja saamaan valtiolta ”lunaustuskorvausta” nykyisen tupakkalain mainontaa rajoittavien säännösten johdosta. Tupakkatuotteiden markkinointiin nykyisellään kohdistuvat rajoitukset eivät nimittäin estä tavaramerkkien käyttöä kokonaan. Ne asettavat merkin käytölle ainoastaan osittaisia rajoituksia. Tupakkalaki ei sinänsä kiellä tupakkatavaramerkkien käyttöä tupakka- tai muissa tuotteissa, vaan rajoitukset kohdistuvat tavaramerkkien käyttöön erilaisten tuotteiden mainonnassa. Koska

⁹² Ks. *Palm* 1997, s. 80–82, sekä *Philip Morris Finland* 2009a, s. 8–9.

⁹³ *PeVL* 38/1998 vp, s. 3.

tupakkatavaramerkkien haltijat voivat rajoituksista huolimatta edelleen käyttää merkkejään ja saada niistä kohtuullista hyötyä, ei nykyisen tupakkalain mainonnanrajoitussäännöksiä mielestäni voida tulkita omaisuuden pakkolunastukseksi, vaikka ne epäilemättä puuttuvatkin omaisuudensuojaan.

7 Nykyisen tupakkalainsäädännön arviointia

Aluksi on huomautettava, että edellä käsiteltyyn keskusteluun osallistuneet osapuolet vaikuttavat ajoittain unohtaneen eron sen välillä, onko kyse tupakkatuotemerkkien käytön kieltämisestä muissa tuotteissa kokonaan vai ainoastaan merkkien käytön osittaisesta kieltämisestä esimerkiksi tuotteiden mainonnassa.⁹⁴

Oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä näyttäisi joka tapauksessa olevan vallalla kanta, jonka mukaan tavaramerkin rekisteröinti ei vielä automaattisesti tuottaisi tavaramerkin haltijalle yksiselitteistä oikeutta käyttää merkkiään. Tavaramerkin rekisteröinnin keskeisimmäksi oikeusvaikutukseksi jäisi siis haltijan kiello-oikeus muita elinkeinonharjoittajia kohtaan. Oikeuskäytäntö sekä valtiokäytäntö osoittavat, että suoran tupakkamainonnan kiellon lisäksi myös epäsuoran tupakkatuotteiden mainonnan ja myynnin edistämisen kiello on laajalti hyväksytty toimenpide. Samaa osoittaa WHO:n tupakan torjuntaa koskeva puitesopimus, johon on sitoutunut tähän päivään mennessä jo 168 valtiota.⁹⁵

Tämä hyväksyntä ei tee kuitenkaan tyhjäksi tupakan mainonnan rajoituksia kritisoinuttakaan oikeuskirjallisuutta. Enää ei tosin ole kysymys siitä, voidaanko tavaramerkkien käyttöä rajoittaa. Tärkeämpi kysymys on, miten laajasti niiden käyttöä voidaan rajoittaa. Tätä kysymystä ei voida ratkaista puhtaasti tupakkapolitiikan tai tavaramerkkioikeuden näkökulmasta, vaan huomioon on otettava molempien osa-alueiden tavoitteet. Lisäksi tulee huomioida perusoikeuksien suoja.

⁹⁴ Esimerkiksi Kur viittaa artikkelissaan (*Kur* 1996) useissa kohdin säännökseen, jolla kielletäisiin tupakkatuotemerkkien käyttö muissa tuotteissa. Tällaista kielloa ei tuolloin ollut Suomen, Saksan tai EU:n lainsäädännössä. Toki Kur on saattanut viitata keskustelussa mahdollisesti esiintyneeseen säännösehdotukseen ja torjunut tällaiset ehdotukset etukäteen.

⁹⁵ Ajantasainen lista sopimusosapuolista löytyy WHO:n sivuilta osoitteesta http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/. Tilanne tarkistettu 14.5.2010.

Eri näkökulmat huomioon ottaen tupakkalain 8 §:n 1 momenttia tulisi mielestäni tulkita niin, että kielletynä epäsuorana mainontana pidettäisiin tilanteita, joissa selvästi edistetään tupakkatuotteen myyntiä. Yleensä tämän edellytyksenä voitaisiin pitää sitä, että mainonnasta jollakin tavalla välittyy mielikuva tietystä tupakkatuotteesta. Mielikuva voi toki välittyä erityisesti silloin, kun mainonnassa käytetään tupakkatuotteelle rekisteröityä tai vakiintunutta tavaramerkkiä, mutta tällöin merkin on tunnistauduttava kuluttajille ainoastaan tai ainakin ensisijaisesti juuri tupakkatuotteen tuotemerkkinä. Mikäli merkki on kuitenkin siinä määrin vakiintunut myös muun tuotteen kuin tupakan tunnukseksi, ettei siitä kuluttajalle tule ensimmäisen mieleen tupakkatuote, ei vaadittavaa yhteyttä tupakkatuotteeseen synny eikä mainontaa näin ollen voitaisi pitää kielletynä tupakkatuotteen epäsuorana mainontana. Tällaisen mainonnan kieltäminen tupakkalain perusteella olisi mielestäni kyseenalaista esim. perusoikeusrajoituksia koskevan suhteellisuusvaatimuksen valossa.

Nykyinen tupakkalaki on säädetty pitkälti tupakkapoliittisiin tavoitteisiin nojaten ottamatta huomioon perus- tai tavaramerkkioikeudellista näkökulmaa. Valitettavasti tällainen laajempi näkökulma on tullut esille vasta oikeuskirjallisuudessa eikä jo lainsäädäntövaiheessa, kuten olisi ollut syytä. Näiden näkökulmien huomioiminen olisi ollut tärkeää – ja niiden huomiointi olisi edelleen tärkeää esim. oikeuskäytännössä – siitäkin syystä, että tuoteperhemainontaa rajoittavalla sääntelyllä on merkitystä muidenkin kuin tupakkayritysten liiketoiminnan ja kilpailuedellytysten kannalta.

8 Tupakkalain tulevaisuus – Uusia kiristyksiä tulossa

8.1 Uuden tupakkalain valmistelu ja ehdotetut toimenpiteet

Sosiaali- ja terveysministeriö (STM) asetti vuoden 2007 lopulla työryhmän valmistelemaan tupakkapoliittisia lakimuutoksia ja toimia. Työryhmä jätti loppuraporttinsa⁹⁶ vuoden 2008 lopulla. Tavaramerkkioikeudellisesti kiinnostavia

⁹⁶ Tupakkapoliittisia lakimuutoksia valmistelevan työryhmän loppu- ja väliraportit. Ehdotukset tupakkalain ja tupakkaverolain muutoksiksi. Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä, STM 2009:15.

ovat työryhmän ehdotukset tupakkatuotteiden esilläpitokiellosta vähittäismyynnissä sekä ns. geneeristen tupakkapakkausten käyttöönottoa koskevan aloitteen tekemisestä Euroopan komissiolle. Tupakkalain tulkinnan kannalta mielenkiintoinen on myös lain 1 §:ään esitetty muutos, jossa lain tavoitteeksi määriteltäisiin tupakkatuotteiden käytön lopettaminen⁹⁷. Nykyisen tupakkalain tavoitteena on terveyshaittojen syntymisen ehkäisy tupakointia ainoastaan vähentämällä.

Tupakkatuotteiden esilläpitokielto. Nykyisin tupakkatuotteiden mainontakielto ei koske tilanteita, joissa tupakkatuotteita ja -jäljitelmiä sekä tupakointivälineitä asetetaan esille ainoastaan myytävänä olevan tavaravalikoiman osoittamiseksi.⁹⁸ Työryhmän mukaan tupakkatuotteiden mainontakiellon säätämisen jälkeen tuotteiden tärkeimmäksi markkinointikeinoksi onkin muodostunut tuotteiden pakkaukset ja niiden esillepano vähittäismyymintapaikoissa. Asiakkaiden huomio pyritään herättämään mm. asettamalla pakkaukset laajoiksi, värikkäiksi ja tupakkatuotemerkkejä toistavaksi seinämäksi.⁹⁹

Esilläpitokielto sisältyy hallituksen esitykseen¹⁰⁰. Esityksen mukaan tupakkatuotteita tai niiden tavaramerkkejä ei saisi enää pitää asiakkaiden nähtävillä vähittäismyynnissä. Myyjä voisi pyynnöstä esittää asiakkaalle pelkistetyn listan myynnissä olevien tupakkatuotteiden nimistä, pakkauskooista ja hinnoista. Kuvamerkkejä listassa ei saisi olla. Asiakas ei saisi ottaa listaa mukaansa esim. kotiin tutkittavaksi, vaan se pitäisi aina palauttaa myyjälle.¹⁰¹

Geneeriset tupakkapakkaukset. Esilläpitokiellon lisäksi työryhmä ehdotti STM:lle, että se tekisi Euroopan komissiolle aloitteen ns. geneeristen tupakkatuotepakkausten käyttöönotosta. Tällä tarkoitetaan ehdotusta tupakkatuotedirektiivin muuttamisesta niin, että tupakkatuotteet olisi jatkossa pakattava keskenään yhteneväisiin valkoisiin vähittäismyymintapakkauksiin, jonka yhdelle puolelle määrättyyn kohtaan painettaisiin tuotteen myyntinimi säädetyn

⁹⁷ HE 180/2009 vp, s. 18.

⁹⁸ Rissanen – Tiili – Mäkinen 1990, s. 222.

⁹⁹ STM 2009:15, s. 22.

¹⁰⁰ Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi annetun lain ja lääkelain 54 a ja 54 e §:n muuttamisesta (HE 180/2009 vp).

¹⁰¹ HE 180/2009 vp, s. 18–19.

kokoisin, tyyllisin ja värisin kirjaimin. Lisäksi pakkauksissa olisi muut säädetyt tiedot kuten varoitusmerkinnät. Näin saataisiin lähes kokonaan estettyä tupakkatuotteiden tuotemainonta.¹⁰²

Hallituksen esityksessä ei suoraan oteta kantaa geneeristen pakkausten käyttöönottoon. Varovaisen myönteinen suhtautuminen kuitenkin näkyy esityksen perusteluissa, joiden mukaan on vielä tarpeen arvioida, tulisiko geneerisiä pakkauksia koskeva esitys toteuttaa EU-oikeuden tasolla vai kansallisella lainsäädännöllä.¹⁰³ Tässä vaiheessa varsinaista esitystä ei siis kuitenkaan ole tehty.

8.2 Esilläpitokiellosta esitettyjä näkökulmia

STM:n työryhmän lisäksi mm. McGrady on katsonut, että tuotepakkaukset itsessään ovat nykyisin merkittävä tupakkamainonnan muoto. Säädetyt mainontakiellot ovat aiheuttaneet sen, että kuluttajien huomio pyritään kiinnittämään avoimen mainonnan sijaan itse tuotepakkauksilla ja niiden ulkonäöllä. Tupakkatuotteiden kysyntää pyritään lisäämään panostamalla niiden pakkausten suunnitteluun. Tupakkatuotepakkaukset noudattavatkin usein tarkasti vahvojen, globaalien tupakkatuotemerkkien brändiohjeita, jotta kuluttajat tunnistaisivat pakkaukset mahdollisimman helposti. Tupakkabrändien vahva asema näkyy myös tupakoitsijoiden merkkioskollisuudessa: pitkään tupakoineet kuluttajat harvoin vaihtavat käyttämäänsä tupakkamerkkiä. Tupakoitsijoiden brändivalinnoilla on myös sosiaalinen ulottuvuutensa, sillä tietyn tupakkamerkin polttaminen saattaa saada kuluttajan tuntemaan itsensä tietyn ihmisryhmän jäseneksi.¹⁰⁴ Ei siis voida kieltää, etteikö tupakkatuotepakkauksilla olisi vahvaa mainosarvoa.

Tupakkateollisuuden mukaan ehdotettu esilläpitokielto riistäisi valmistajilta mahdollisuuden teollisoikeuksiensa kaupalliseen käyttöön. Kuluttajalla ei olisi enää mahdollisuutta nähdä kilpailevia tuotteita tai aidosti tarkastella myytävänä olevia tuotemerkkejä. Näin ollen tavaramerkkioikeuden yksi ydintehtävä, ns. kilpailufunktio¹⁰⁵, vaarantuisi, koska merkin normaali käyttö ei olisi enää

¹⁰² STM 2009:15, s. 49–50.

¹⁰³ HE 180/2009 vp, s. 19.

¹⁰⁴ McGrady 2004, s. 57–58.

¹⁰⁵ Kilpailufunktiosta tarkemmin, ks. Salmi – Häkkänen – Oesch – Tommila 2008, s. 54.

mahdollista. Ehdotettu kieltö ei tupakkateollisuuden mielestä myöskn ainoastaan rajoittaisi tavaramerkin käyttö, vaan myös poistaisi tavaramerkin tärkeimmän tarkoituksen, ns. erottamisfunktion¹⁰⁶. Kaupallisen käytön estäminen merkitsisi tupakkateollisuuden mukaan siis omaisuuden lunastusta, jolloin teollisuuden mielestä nykyisten tupakkatavaramerkkien omistajilla olisi oikeus myös valtion maksamaan lunastuskorvaukseen.¹⁰⁷

Hallituksen esityksen perustelujen mukaan sen ehdotuksilla ei kuitenkaan rajoitettaisi tavaramerkkien käyttö tavaroiden tunnuksena, vaan ainoastaan niiden esittämistä ihmisten arkiympäristössä.¹⁰⁸ Toisaalta hallituksen esityksessäkin tunnustetaan, etteivät nykyisen tupakkalain snnökset ole vähentäneet tupakointia lain tavoitteiden esittämällä tavalla: vuodesta 1996 vuoteen 2007 suomalaismiesten tupakointi on vähentynyt vain 2 prosenttiyksikköä 25 %:iin.¹⁰⁹ Esityksessä todetaan myös, että tupakkatuotteiden mainonnan ja niiden esillpidon kieltämisen vaikutuksia väestön tupakointiin on vaikea todentaa.¹¹⁰ Oikeuskirjallisuudessa on myös katsottu, että tupakkatuotteiden mainonnan ja myynnin edistämisen rajoittaminen on tupakkapolitiikan kokonaisuuden kannalta melko vähämerkityksellinen tekijä. Nykyinen mainontakieltö on esimerkiksi Palmin mukaan suhteettoman voimakas keino puuttua tupakointiin, kun otetaan huomioon tupakkapolitiikan yleinen tehottomuus.¹¹¹

Eduskunnan perustuslakivaliokunta on lausunut kantansa hallituksen esityksestä. Valiokunnan mukaan tupakkatuotteiden esillpitokieltö ei suoranaisesti puutu tavaramerkkien omistusoikeuteen, mutta rajoittaa voimakkaasti tavaramerkkien haltijoiden oikeutta hyödyntää tavaramerkkejään elinkeinotoiminnassa. Sen mielestä tupakoinnin vähentämistä koskevat toimenpiteet ovat kuitenkin kansanterveyden kannalta niin painavia ja yleisen edun vaatimia, että tavaramerkin haltijoiden omistusoikeuteen kohdistuva rajoitus on

¹⁰⁶ Erottamisfunktiolla tarkoitetaan sitä, että tavaramerkillä tuote voidaan yksilöidä ja erottaa muista tuotteista. Erottamisfunktiosta tarkemmin, ks. *Salmi – Häkkänen – Oesch – Tommila* 2008, s. 50.

¹⁰⁷ *Philip Morris Finland* 2009a, s. 8–11.

¹⁰⁸ *HE 180/2009 vp*, s. 38.

¹⁰⁹ *HE 180/2009 vp*, s. 4 ja 9.

¹¹⁰ *HE 180/2009 vp*, s. 18.

¹¹¹ *Palm* 1997, s. 80 ja 134.

tarkoitukseltaan hyväksyttävä ja suhteellisuusvaatimuksen mukainen. Sen sijaan sananvapauden kannalta valiokunta katsoo ehdotettujen rajoitusten olevan tarpeettoman ankaria, koska tupakka on kaikesta huolimatta laillisesti kaupan oleva nautintoaine. Jotta kansanterveyden edistämiseksi säädettäväksi ehdotettu esilläpitokielto täyttäisi perusoikeutta rajoittavalta lailta vaadittavan suhteellisuusvaatimuksen, olisi ehdotettua esilläpitokieltosäännöstä muutettava esim. niin, että asiakkaalla olisi mahdollisuus tutustua myynnissä oleviin tuotteisiin pelkistetyn listan sijasta tavaramerkit sisältävän kuvaston avulla. Asiakkaalla tulisi olla myös mahdollisuus saada mukaansa luettelo myynnissä olevista tupakkatuotteista.¹¹²

Hallituksen esittämien muutosten tulenarkuudesta kertoo hyvin se, että tupakkayhtiö Philip Morris lähetti marraskuussa 2009 – eduskuntakäsittelyn ollessa vielä täysin kesken – oikeuskanslerille kantelun STM:n menettelystä lain valmistelussa. Yhtiö kritisoi erityisesti sitä, ettei hallituksen esityksen olennaisia tavoitteita (esim. tupakkatuotteiden käytön lopettaminen kokonaan) mainittu ollenkaan siinä lakiuudistuksen pohjana olleessa STM:n loppuraportissa, josta intressiryhmiltä pyydettiin lausuntoa. Yhtiön mukaan lakiesitys on lisäksi perusoikeuksia rajoittavalta lailta vaaditun suhteellisuusvaatimuksen sekä EU-oikeuden mukaisen tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen vastainen.¹¹³ Yhtiö pyysi oikeuskansleria myös esittämään, ettei tasavallan presidentti vahvistaisi uutta tupakkalakia, mikäli eduskunta hyväksyy sen ehdotetussa muodossaan.¹¹⁴

8.3 Ehdotusten arviointia

Pelkästään tupakka- tai terveystalitiikan näkökulmasta katsottuna ehdotetut kiristykset ovat perusteltuja, kun otetaan huomioon erityisesti lakiehdotuksen taustalla olevat painavat kansanterveydelliset perusteet. Ehdotukset kuitenkin puuttuvat hyvin voimakkaasti tavaramerkkioikeudelliseen suojaan sekä erityisesti tupakanvalmistajien elinkeinovapauteen, sananvapauteen ja äärimmilleen vietyinä myös omaisuudensuojaan. Ainakin sellaisessa tilanteessa, jossa sekä tupakkatuotteiden esilläpitokieltota että geneeristen tupakkatuotepakkausten

¹¹² *PeVL 21/2010 vp*, s. 2-3.

¹¹³ *Philip Morris Finland 2009b*, s. 1-2.

¹¹⁴ *Philip Morris Finland 2009b*, s. 13.

käyttöönottoa koskevat suunnitelmat astuisivat voimaan, tupakkayhtiöiltä vietäisiin käytännössä kaikki normaalit mahdollisuudet käyttää rekisteröimiään tavaramerkkejä. Näiden tavaramerkkioikeuksien sisältö vesittyisi siis käytännössä kokonaan.

Kun otetaan vielä huomioon esitetty 1 §:n tavoitesäännöksen muutos, jonka mukaan lain tavoitteena olisi tupakkatuotteiden käytön lopettaminen kokonaan, on tupakkayhtiöiden huoli luonnollisestikin varsin perusteltu. Koska edellä mainittua uutta tavoitesäännöstä voitaisiin lisäksi käyttää muiden tupakkalain säännösten tulkinnan tukena¹¹⁵, on olemassa vaara, että tupakkalain osin epäselvän ja ei-tyhjentävästi esitetyn sisällön tulkinta jäisi jälleen suurelta osin oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden varaan.

Perustuslakivaliokunnan mielestä kyseinen tavoitepykälä tulisikin poistaa tai sitä tulisi ainakin muuttaa vastaamaan paremmin lain ehdotettua sisältöä. Valiokunnan mukaan tupakkalaki taikka siihen ehdotetut muutokset eivät nimittäin sisällä säännöksiä, jotka mahdollistaisivat ehdotetun tavoitteen toteutumisen. Valiokunta pelkää myös, että tavoitesäännöstä käytettäisiin ongelmatilanteissa perusoikeuksia rajoittavien tulkintojen tukena sen sijaan, että turvauduttaisiin perusoikeusmyönteiseen tulkintaan.¹¹⁶

9 Lopuksi

Tupakkalainsäädännön tarkoitus on edistää kansanterveyttä. Kansanterveyden edistäminen perustuu pohjimmiltaan perustuslain 19 §:n 3 momenttiin, jonka mukaan julkisen vallan on edistettävä väestön terveyttä. Tällainen lainsäädäntötausta muodostaa epäilemättä hyväksyttävän ja painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatiman perusteen melko pitkällekin meneviin rajoitustoimiin, jotka koskevat esim. juuri tupakkatuotteiden mainontaa.

Tupakkatuotteiden mainonnan rajoituksilla puututaan kuitenkin selvästi tavaramerkin haltijan tavaramerkkioikeudelliseen suojaan. Tavaramerkit ovat nyky-yhteiskunnassa modernin markkinatalouden ja yritysten välisen kilpailun

¹¹⁵ HE 180/2009 vp, s. 18.

¹¹⁶ PeVL 21/2010 vp, s. 6.

peruselementtejä¹¹⁷, joten mainonnan rajoituksia on tärkeää pohtia myös tavaramerkkioikeuden ja tavaramerkin haltijoiden näkökulmasta. Markkinointitoimiin kohdistuvat rajoitukset puuttuvat voimakkaasti myös perusoikeuksiin, erityisesti sananvapauteen, omaisuuden suojaan ja elinkeinovapauteen. Tupakkatuotteiden tavaramerkkien haltijoina ovat toki useimmiten huomattavan varallisuusmassan omaavat ylikansalliset yritykset, jolloin lainsäätäjän liikkumavaran esim. omaisuuden suojan osalta voidaan katsoa olevan normaalia suurempi.¹¹⁸ Näissäkin tilanteissa perusoikeuksien rajoitukset tulee kuitenkin olla perusteltuja ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Sananvapauden sekä tavaramerkki-oikeudellisen kilpailufunktion osalta on huomioitava myös kuluttajien oikeus saada tietoa markkinoilla olevista tuotteista.

Kun otetaan huomioon tavaramerkkioikeudellinen näkökulma ja pyritään turvaamaan myös perusoikeuksien toteutuminen, olisi tupakkalakia perusteltua tulkita nykykäytännöstä poiketen niin, että kiellettyinä tupakkatuotteen epäsuorana mainontana pidettäisiin tilanteita, joissa selvästi pyrittäisiin kiertämään mainonnanrajoitussääntelyä ja näin edistettäisiin tupakkatuotteen myyntiä. Käytännössä mainonta voitaisiin tällöin katsoa kielletyksi lähinnä, mikäli siitä selvästi välittyy mielikuva tietystä tupakkatuotteesta. Vaikka jonkin tuotteen tavaramerkki alkujaan pohjautuisikin tupakkatuotteen tavaramerkkiin, saattaa se ajan kuluessa ikään kuin irtautua tästä syntypohjastaan ja saada oman, tupakkatavaramerkistä täysin erillisen merkityssisältönsä. Tällöin kyseinen tavaramerkki enää tuskin välittäisi mielikuvaa tupakkatuotteesta, eikä kyseisen tavaramerkin mainontakiellolle täten olisi enää terveystieteellisiä perusteita.

Eduskunnan käsittelyssä tällä hetkellä oleva tupakkalakiuudistus puuttuu uudella tavalla tupakkatuottajien tavaramerkkien käyttövapauteen. Tällä kertaa perustuslakivaliokunta on arvioinut esitystä selvästi myös tavaramerkin haltijoiden näkökulmasta. Valiokunta onkin edellyttänyt muutoksia ehdotettuun esilläpitokieltoon, jotta se voitaisiin hyväksyä normaalissa lainsäätämisyjärjestyksessä. Lakiesityksen käsittely eduskunnassa on kuitenkin kesken, joten vielä on liian aikaista arvioida sitä, millaiseksi uusi tupakkalaki lopulta muodostuu.

¹¹⁷ Salmi – Häkkänen – Oesch – Tommila 2008, s. 43.

¹¹⁸ PeVL 21/2010 vp, s. 2.