



EKONOMI  
HÖGSKOLAN  
Lunds universitet

Institutionen för handelsrätt  
HAR333 handel och marknad  
Kandidatuppsats

VT07

# Ett steg framåt, två steg bakåt?

Direktiv 2005/29/EG:s effekt på det svenska  
konsumentskyddet inom marknadsrätten

Handledare: Boel Flodgren

Författare: Johan Långberg

# Sammanfattning

På EU:s inre marknad ska fri rörlighet råda. Trots det tvekar konsumenter inför att handla över gränserna. Många konsumenter känner en osäkerhet inför andra länders lagar och oroas över att skyddet mot ohederliga näringsidkare inte är det samma som i deras eget land. Denna osäkerhet undergräver den inre marknaden. För att motverka denna osäkerhet har EU antagit direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder. Direktivet syftar till att göra konsumenternas rättigheter tydligare och enhetligare vilket ska stärka deras självförtroende vid gränsöverskridande handel. Direktivet bygger på principen om fullständig harmonisering och ska ersätta de olika nationella reglerna om otillbörliga affärsmetoder med en gemensam uppsättning regler. Detta ska förstärka konsumenternas rättigheter och få den inre marknaden att fungera bättre.

Denna uppsats analyserar direktiv 2005/29/EG:s effekter på den svenska marknadsföringslagen. Eftersom direktivet bygger på principen om fullständig harmonisering får medlemsländerna varken tillämpa striktare eller mildare regler utan måste lägga sig på den nivå som direktivet föreskriver. Detta är en nyhet inom gemenskapslagstiftningen. Vilka regler kan då användas för att ingripa mot otillbörliga affärsmetoder efter det att direktivet införlivats i svensk lag?

Syftet med uppsatsen är att undersöka huruvida direktiv 2005/29/EG, som bygger på principen om fullständig harmonisering, kommer att försvaga det svenska konsumentskyddet.

*Nyckelord: otillbörliga affärsmetoder, konsumentskydd, fullständig harmonisering, direktiv 2005/29/EG, marknadsföringslagen.*

# Summary

Free movement shall prevail in the internal market of the European Union. In spite of that, consumers hesitate to make cross-border transactions. Many consumers feel insecure about laws in other countries and are worried that the protection against dishonest businessmen is not the same as in their own country. The lack of consumer confidence is undermining the internal market. To counteract the insecurity, the European Union has adopted directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practice. The directive intends to clarify and standardize consumer rights, which shall strengthen consumers' confidence when cross-border transactions take place. The directive is based on the principle of full harmonization, and the different national laws concerning unfair commercial practice is replaced by one common set of rules. This will strengthen the consumers' rights and contribute to the completion of the internal market.

This thesis analyses the impact of directive 2005/29/EC on the Swedish Marketing Practice Act. Since the directive is based on the principle of full harmonization, members of the European Union may not apply rules that are neither more rigorous nor indulgent, but have to adopt the certain level of protection which is prescribed in the directive. This is a novelty in Community legislation. Which set of rules can then be used to intervene against unfair commercial practice after the directive has been incorporated in Swedish legislation?

The purpose of this thesis is to examine whether directive 2005/29/EC, which is based on the principle of full harmonization, weakens the Swedish consumer protection.

*Key words: unfair commercial practice, consumer protection, full harmonization, directive 2005/29/EC, Marketing Practice Act.*

# Innehållsförteckning

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Förkortningar</b> .....                                | <b>1</b>  |
| <b>1 Inledning</b> .....                                  | <b>2</b>  |
| 1.1 Bakgrund .....  | 2         |
| 1.2 Problemområde .....                                   | 2         |
| 1.3 Syfte och frågeställning.....                         | 3         |
| 1.4 Metod .....   | 3         |
| 1.5 Material och källkritik.....                          | 4         |
| 1.5.1 Kommentar till det använda materialet .....         | 4         |
| 1.6 Avgränsningar .....                                   | 5         |
| 1.7 Disposition .....                                     | 5         |
| <b>2 OAD och MFL – en översikt</b> .....                  | <b>6</b>  |
| 2.1 Hur långt har genomförandet av OAD kommit?.....       | 6         |
| 2.2 Varför jämförs OAD och MFL?.....                      | 6         |
| 2.3 Direktiv 2005/29/EG .....                             | 7         |
| 2.3.1 Vad handlar direktivet om? .....                    | 7         |
| 2.3.2 Varför behövs OAD? .....                            | 7         |
| 2.3.3 Vad syftar OAD till? .....                          | 8         |
| 2.3.4 Vem berörs och vem skyddas?.....                    | 8         |
| 2.3.5 Tillvägagångssätt för harmonisering.....            | 9         |
| 2.3.6 Förhållande till övrig gemenskapslagstiftning ..... | 9         |
| 2.3.7 En inre marknadsprincip .....                       | 9         |
| 2.3.8 OAD:s rättsliga grund .....                         | 10        |
| 2.4 Den svenska marknadsföringslagen .....                | 10        |
| 2.4.1 Syfte och skyddsobjekt.....                         | 10        |
| 2.4.2 Struktur.....                                       | 11        |
| 2.5 Analys av syfte, struktur och skyddsobjekt.....       | 11        |
| <b>3 Jämförelse av OAD och MFL</b> .....                  | <b>13</b> |
| 3.1 Generalklausulerna.....                               | 13        |
| 3.1.1 Generalklausulen – OAD:s kärna.....                 | 13        |
| 3.1.2 Generalklausulen MFL.....                           | 13        |
| 3.1.3 Analys.....   | 14        |

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| 3.2      | God yrkessed eller god marknadsföringssed? .....                   | 15        |
| 3.2.1    | God yrkessed i OAD .....   | 15        |
| 3.2.2    | God marknadsföringssed i MFL .....                                 | 15        |
| 3.2.3    | Analys.....  | 16        |
| 3.3      | Affärsmetoden måste påverka konsumentens ekonomiska beteende ..... | 16        |
| 3.3.1    | Avsevärd snedvridning i OAD .....                                  | 16        |
| 3.3.2    | Risk för påverkan på konsumentens köpbeslut i MFL.....             | 17        |
| 3.3.3    | Analys.....  | 17        |
| 3.4      | Bedömning utifrån genomsnittskonsumentens perspektiv.....          | 18        |
| 3.4.1    | Genomsnittskonsumenten i OAD.....                                  | 18        |
| 3.4.2    | Genomsnittskonsumenten i MFL .....                                 | 19        |
| 3.4.3    | Analys.....  | 19        |
| 3.5      | Förbjudna affärsmetoder .....                                      | 20        |
| 3.5.1    | Vilseledande handlingar i OAD .....                                | 20        |
| 3.5.2    | Vilseledande marknadsföring i MFL .....                            | 21        |
| 3.5.3    | Analys.....  | 21        |
| 3.5.4    | Vilseledande underlåtenhet i OAD .....                             | 22        |
| 3.5.5    | Informationsplikt i MFL.....                                       | 22        |
| 3.5.6    | Analys.....  | 23        |
| 3.5.7    | Aggressiva affärsmetoder i OAD .....                               | 24        |
| 3.5.8    | Aggressiva affärsmetoder i MFL .....                               | 24        |
| 3.5.9    | Analys.....  | 25        |
| 3.6      | En svart lista på otillbörliga affärsmetoder .....                 | 25        |
| 3.6.1    | Den svarta listan i OAD .....                                      | 25        |
| 3.6.2    | En svart lista i MFL? .....  | 26        |
| 3.6.3    | Analys.....  | 26        |
| 3.7      | Uppförandekoder.....   | 27        |
| 3.7.1    | Uppförandekoder i OAD .....  | 27        |
| 3.7.2    | Uppförandekoder i MFL .....  | 27        |
| 3.7.3    | Analys.....  | 28        |
| <b>4</b> | <b>Slutsatser.....</b>   | <b>29</b> |
| 4.1      | Avslutande kommentarer .....                                       | 30        |
| <b>5</b> | <b>Referenser.....</b>   | <b>32</b> |

# Förkortningar

|            |  |
|------------|--|
| <b>EEG</b> | Europeiska ekonomiska gemenskapen  |
| <b>ICC</b> | Internationella handelskammaren, International Chamber of Commerce   |
| <b>MD</b>  | Marknadsdomstolen  |
| <b>MFL</b> | Marknadsföringslagen (1995:450)  |
| <b>OAD</b> | Rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden. OAD står för Otillbörliga Affärsmetoder Direktivet. Den engelska förkortningen är UCPD Unfair Commercial Practice Directive |
| <b>REG</b> | Rättfallssamling från Europeiska gemenskapens domstol  |
| <b>SOU</b> | Statens offentliga utredningar   |

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den europeiska unionen bygger på tanken om fri rörlighet för människor, varor, kapital och tjänster på sin inre marknad. Trots detta tvekar både näringsidkare och konsumenter inför gränsöverskridande handel. Den bild som målas upp av EU är att konsumenter och näringsidkare känner osäkerhet inför andra länders lagar och oroas över att de inte garanteras samma skydd som i sitt eget land. För att råda bot på denna osäkerhet och för att få den inre marknaden att fungera bättre har EU antagit direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden, förkortat OAD.

En affärsmetod innebär aktiviteter vid marknadsföring, försäljning och leverans av en produkt till en konsument. Detta omfattar varje handling, beteende, underlåtenhet, kommersiellt meddelande eller företrädande som utförs av en näringsidkare. Om en affärsmetod bedöms vara otillbörlig, enligt kriterierna i OAD, betyder det att den är oacceptabel gentemot konsumenten.

Direktivets syfte är att klargöra konsumenternas rättigheter och underlätta gränsöverskridande handel. Tanken är att de olika nationella reglerna som finns i dagsläget ska ersättas med en gemensam uppsättning regler inom EU. Gemensamma europeiska regler ska förenkla processen med att definiera en otillbörlig affärsmetod och klargöra vilka affärsmetoder som är tillåtna. Enhetlighet och tydlighet ska stärka konsumenters förtroende inför gränsöverskridande handel.

OAD innehåller ett allmänt förbud mot otillbörliga affärsmetoder, en s.k. generalklausul. Vid sidan av denna finns två huvudkategorier av otillbörliga affärsmetoder - vilseledande och aggressiva. Affärsmetoderna bedöms efter vilken effekt de har på genomsnittskonsumenten. Direktivet avslutas med en s.k. svart lista. Denna lista innehåller affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga, oberoende av dess effekt på genomsnittskonsumenten.

## 1.2 Problemområde

Direktiv 2005/29/EG är en milstolpe inom EU:s gemenskapslagstiftning. Genom innovativa metoder och höga ambitioner gällande användningsområde spås direktivet få stor rättslig genomslagskraft. Den största nyheten är att direktivet

bygger på principen om fullständig harmonisering. Tidigare EG-direktiv har endast ålagt medlemsländerna att anta en miniminivå av skyddsåtgärder, s.k. minimiharmonisering. Utöver dessa miniminivåer har medlemsländerna åtnjutit frihet att tillämpa striktare regler. Det har inneburit att medlemsländernas regler dragit iväg åt olika håll och skillnaderna mellan länder har blivit påtagliga. En annan orsak till att tidigare direktiv har fått begränsad genomslagskraft är att de varit bundna till en viss bransch. I OAD byter EU strategi och prövar ett nytt grepp, nämligen bransch- och teknikneutrala bestämmelser som bygger på principen om fullständig harmonisering. Detta innebär att medlemsländer inte får tillämpa mindre omfattande regler än vad OAD föreskriver, men å andra sidan får de inte heller tillämpa striktare regler. Detta kan ses som positivt för t.ex. konsumenter i länder med lågt konsumentskydd. Men innebär då direktivet positiva förändringar för alla medlemsländer? Vissa medlemsländer, däribland de nordiska, har genom lagstiftning och praxis byggt upp ett omfattande och starkt konsumentskydd. För deras del kan OAD innebära att vissa etablerade bestämmelser måste frångås. Kan dessa länder, däribland Sverige, bibehålla samma höga nivå av konsumentskydd, eller kommer OAD rent av att försvaga dessa länders konsumentskydd?

### 1.3 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att undersöka direktiv 2005/29/EG:s effekter på den svenska lagstiftningen. Jag ämnar jämföra den svenska marknadsföringslagen med OAD för att åskådliggöra likheter och skillnader. Detta görs för att utröna OAD:s konsekvenser för det svenska konsumentskyddet. För att belysa likheter och skillnader kommer marknadsföringslagens syfte, struktur och terminologi jämföras med OAD:s. Om syfte, struktur eller terminologi skiljer sig åt, vad får det för följder?

Min frågeställning i uppsatsen är:

*Kommer direktiv 2005/29/EG att medföra en försvagning av det svenska konsumentskyddet inom marknadsrätten?*

### 1.4 Metod

Jag har i arbetet valt att använda mig av traditionell juridisk metod. Detta sker i form av ett rättsdogmatiskt arbetssätt där gällande rätt undersöks och analyseras.

Min ambition är att framställningen ska vara deskriptiv och analytisk. Det material som har använts i framställningen kan på ett enkelt sätt kontrolleras.



Genomgående i arbetet har vägledning hämtats från befintliga källor.<sup>1</sup> Utredandet av gällande rätt utgör grunden i uppsatsen.

## 1.5 Material och källkritik

Jag har använt mig av de traditionella rättskällorna. I analysen av svensk rätt består materialet av lagtext, förarbeten och praxis. Det material som har använts för att fastställa EG-rätt är Grönböcker från Kommissionen, direktiv från Europaparlamentet och rådet och praxis från EG-domstolen.

Som komplement till dessa källor har jag haft nytta av doktrin. I den mån det har varit möjligt har publikationer från ledande forskare använts, vilket kan fungera som en garant för dess tillförlitlighet. Jag har arbetat kumulativt och tagit del av tidigare forskares slutsatser i doktrin.

En viktig del i uppsatsprocessen har varit att kritiskt granska och värdera de använda källorna, främst böcker och artiklar. Materialets tillförlitlighet har bedömts genom att jämföra flera källor.<sup>2</sup>

### 1.5.1 Kommentar till det använda materialet

Det har hittills inte skrivits mycket om OAD:s effekter på nationell lagstiftning. En viktig källa i uppsatsen har varit Antonina Bakardjieva Engelbrekts publikationer, framför allt den rapport hon sammanställt till det nordiska ministerrådet.<sup>3</sup> Bakardjieva Engelbrekt har även skrivit en artikel i *Europarättslig Tidskrift* som bygger på denna rapport.<sup>4</sup> Publikationerna överensstämmer i stort och kan vid första anblicken verka identiska. De finns skillnader, framförallt gällande formuleringar, vilket läsaren kan ha i åtanke när referens till de olika artiklarna har gjorts.

En annan viktig källa som har använts är betänkandet SOU 2006:76, ”otillbörliga affärsmetoder”, i vilken OAD:s effekter på den svenska lagstiftningen undersöks. I denna utredning anses att OAD och MFL visserligen har flera likheter, men genomförandet kommer ändå att innebära så djupgående ändringar och tillägg att en ny lag föreslås. Huruvida en sådan bör införas faller utanför min frågeställning. Utredningen redogör däremot på ett bra sätt för OAD och MFL, vilket har gjort den mycket användbar i min undersökning.

---

<sup>1</sup> J Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen, 2001, s. 118, 125.

<sup>2</sup> P Esaiasson et al, Metodpraktikan, 2004, s. 304f.

<sup>3</sup> A Bakardjieva Engelbrekt, EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices, 2005.

<sup>4</sup> A Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? Europarättslig Tidskrift, nr. 2, 2005.

## 1.6 Avgränsningar

Jag har valt att koncentrera mig på huvudreglerna i direktivet, dvs. bestämmelserna gällande generalklausulen, vilseledande och aggressiva affärsmetoder samt den svarta listan. Jag har inte fokuserat på OAD:s sanktioner, översyn, ändringar av innehåll eller processuella och institutionella bestämmelser. Dessa bestämmelser återfinns i artiklarna 11-21 i direktivet.

## 1.7 Disposition

I *kapitel 2* ges en allmän bild av OAD:s och MFL:s struktur, syfte och skyddsobjekt. *Kapitel 3* jämför OAD och MFL. I kapitlet analyseras dessutom OAD:s effekter på MFL. I *Kapitel 4* presenteras slutsatser. Kapitlet innehåller också avslutande kommentarer om OAD.

## 2 OAD och MFL – en översikt

### 2.1 Hur långt har genomförandet av OAD kommit?

Hittills har betänkande SOU 2006:76, ”otillbörliga affärsmetoder”, lagts fram i frågan, vilken innehåller förslag till en ny lag. Synpunkterna som läggs fram i betänkandet behöver inte nödvändigtvis resultera i lagtext. Beslut har tagits att en ny lag ska införas för att införliva OAD i svensk rätt. Direktivet handläggs av Konsumentenheten inom Integrations- och Jämställdhetsdepartementet. Vid samtal med en tjänsteman på Konsumentenheten<sup>5</sup> framkom att det just nu utarbetas en lagrådsremiss. Lagrådsremissen kommer att presenteras i början av september, och är ett första utkast till den kommande lagen. Den nya lagen kommer att bestå av en kombination av MFL och OAD. Rådande MFL kommer i fortsättningen att reglera förhållandet mellan näringsidkare, medan OAD kommer att reglera förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter. Det harmoniserade området är alltså otillbörliga affärsmetoder vidtagna av näringsidkare riktade mot konsumenter. Enligt departementets tidsplan ska en proposition läggas fram under hösten och en ny lag ska förhoppningsvis träda i kraft i december 2007.<sup>6</sup>

### 2.2 Varför jämförs OAD och MFL?

Idag regleras otillbörliga affärsmetoder inom svensk rätt i marknadsföringslagen, förkortat MFL. Det är i denna lag direktiv 2005/29/EG:s effekter främst kommer att märkas. OAD kommer så småningom att bli lag i Sverige. Varför är det då intressant att göra en jämförelse med MFL? Genom att studera MFL går det att fastställa hur konsumentskyddet inom marknadsrätten ser ut idag. Resultatet blir en referenspunkt mot vilken OAD kan jämföras. På så sätt går det att undersöka OAD:s effekter på det svenska konsumentskyddet.

---

<sup>5</sup> Uppgifterna grundar sig på ett telefonsamtal med en tjänsteman på Konsumentenheten inom Integrations- och Jämställdhetsdepartementet. Enligt departementets policy får tjänstemannens namn inte framkomma i texten.

<sup>6</sup> Se not 5.

## 2.3 Direktiv 2005/29/EG

OAD är ett av de hittills mest ambitiösa försöken att harmonisera medlemsländernas bestämmelser inom marknadsrätten.<sup>7</sup> Direktivet beskrivs av forskare som en av de mest intresseväckande händelser som inträffat inom gemenskapslagstiftningen.<sup>8</sup> Användningsområdet är vidsträckt, metoderna innovativa och den juridiska genomslagskraften spås vara massiv.

Efter omfattande lagstiftningsarbete och politiska förhandlingar antogs OAD formellt i maj 2005. Medlemsländerna måste senast i juni 2007 anta och offentliggöra de bestämmelser som är nödvändiga för att följa OAD, och senast i december 2007 ska OAD tillämpas i medlemsländerna.<sup>9</sup>

### 2.3.1 Vad handlar direktivet om?

OAD avser att motverka otillbörliga affärsmetoder. Med affärsmetod menas en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i samband med marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument.<sup>10</sup> Det spelar ingen roll om affärsmetoden äger rum före, under eller efter den kommersiella transaktionen. Reglerna kan också tillämpas oberoende av produktens eller tjänstens art och vilket kommunikationsmedium som används.<sup>11</sup> Det krävs en närhet mellan näringsidkarens agerande och marknadsföringen, försäljningen och leveransen. Affärsmetoder som inte uppvisar denna närhet, dvs. inte är vidtagna i marknadsföringssyfte, omfattas inte av OAD.<sup>12</sup> Att en affärsmetod är otillbörlig betyder att den bedöms vara oacceptabel mot konsumenten.

### 2.3.2 Varför behövs OAD?

Enligt EU känner många konsumenter en osäkerhet inför lagar i andra länder och tvekar att handla över gränserna.<sup>13</sup> Osäkerheten minskar konsumenternas förtroende för EU:s inre marknad och undergräver fri rörlighet på denna. OAD har antagits för att motverka osäkerheten vid gränsöverskridande transaktioner. Fram

---

<sup>7</sup> A Bakardjieva Engelbrekt, EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices, 2005, s. 5.

<sup>8</sup> J Styck, E Terry, T Van Dyck, Confidence through Fairness? The New Directive on Business-to-consumer Commercial Practice in the Internal Market, 2006, s. 107.

<sup>9</sup> Direktiv 2005/29/EG, artikel 19.

<sup>10</sup> A.a. Artikel 2.d.

<sup>11</sup> A.a. Artikel 2.c, 3.1. Se också KOM 531, slutlig, punkt 3.4; B De Groote, K De Wulder, Commercial Practices: Analysis of Directive 2005/29, 2007, s. 24.

<sup>12</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 7.

<sup>13</sup> A.a. Skäl 4.

tills det att OAD antogs har varje medlemsland haft egna regler om otillbörliga affärsmetoder, vilka har varierat från land till land. Genom att ersätta nationella regler med gemensamma blir marknadsrätten mer enhetlig och tydligare.<sup>14</sup>

### 2.3.3 Vad syftar OAD till?

OAD tjänar två syften. Det ena är att förbättra den inre marknads funktion och det andra är att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå.<sup>15</sup> OAD avser att klargöra konsumenternas rättigheter och underlätta gränsöverskridande handel. Gemensamma regler kommer att ge konsumenterna samma skydd mot otillbörliga affärsmetoder och oseriösa näringsidkare oavsett om de handlar i affären där de bor eller via en webbsida i ett annat medlemsland.<sup>16</sup>

### 2.3.4 Vem berörs och vem skyddas?

OAD avser att förhindra otillbörliga affärsmetoder, vidtagna av näringsidkare, riktade mot konsumenter. OAD omfattar inte affärsmetoder som är vidtagna av näringsidkare, riktade mot andra näringsidkare, vare sig på det horisontella (t.ex. renommésnyltning eller jämförande reklam) eller det vertikala planet (vilseledande eller aggressiv marknadsföring riktad mot företag i nästa säljled). OAD reglerar inte heller förhållanden konsumenter emellan.<sup>17</sup>

Direktivet är både bransch- och teknikneutralt, vilket gör reglerna om otillbörliga affärsmetoder tillämpliga i nästan alla branscher oavsett vilket medium som används.<sup>18</sup> En konsument är en fysisk person som handlar för ändamål utanför dennes näringsverksamhet, medan näringsidkare är en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål inom dennes näringsverksamhet.<sup>19</sup> Konsumenter berörs genom att samma regler tillförsäkrar dem samma skydd i hela unionen. Näringsidkare berörs genom att de nu, istället för 25 olika nationella bestämmelser, endast behöver följa en uppsättning regler, oavsett vilket land marknadsföringen avser att nå. Näringsidkare kan efter att direktivet införlivats nå samtliga konsumenter inom unionen på samma villkor. OAD ska på så sätt minska näringsidkarnas transaktionskostnader, t.ex. juridisk rådgivning, och motverka snedvridning av konkurrensen dem emellan. Detta ska stimulera den fria rörligheten på den inre marknaden och få den att fungera bättre.

---

<sup>14</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 11-13.

<sup>15</sup> A.a. Skäl 23.

<sup>16</sup> Pressmeddelande IP/03/857, Bryssel 18.06.2003.

<sup>17</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 6, artikel 3.

<sup>18</sup> A.a. Skäl 10.

<sup>19</sup> A.a. Artikel 2.a, 2.b.

### 2.3.5 Tillvägagångssätt för harmonisering

OAD karaktäriseras av ett blandat tillvägagångssätt.<sup>20</sup> Direktivet består av en vid generalklausul som kompletteras med specifika förbud, s.k. katalogregler. Det är ett försök att finna en rättslig lösning som är både flexibel och förutsägbar. OAD:s blandade tillvägagångssätt uppvisar drag av vad som kan kallas en skandinavisk modell.<sup>21</sup> Denna modell karaktäriseras av en flexibel generalklausul som kompletteras av specifika bestämmelser. OAD är ett industri- och teknikneutralt EU-ramverk som ska ha bred tillämpning. Direktivet går inte före annan sektorspecifik lagstiftning utan fungerar som ett säkerhetsnät som fångar upp otillbörliga affärsmetoder som faller utanför specialregleringar.<sup>22</sup>

Tillvägagångssättet i OAD grundar sig på principen om fullständig harmonisering. Den innebär att medlemsländer inte får lägga till eller ta bort bestämmelser från OAD. Ett medlemsland måste lägga sig på den skyddsnivå som fastslås i OAD, och konsumenter är inte berättigade till varken mer eller mindre än vad direktivet föreskriver. Utanför det område som OAD reglerar behåller medlemsländerna friheten att bestämma skyddsnivåer, med hänsyn till gällande gemenskapslagstiftning.<sup>23</sup> Medlemsländerna får under en period på sex år tillämpa regler som är striktare, och medför ett högre konsumentskydd, än de som följer av direktivet. Reglerna måste vara betydelsefulla för konsumentskyddet, och meddelas till kommissionen.<sup>24</sup>

### 2.3.6 Förhållande till övrig gemenskapslagstiftning

Vid konflikt mellan OAD och ett direktiv som reglerar specifika marknadsföringsmetoder ska det senare ha företräde. OAD ska tillämpas när det saknas gemenskapslagstiftning gällande otillbörliga affärsmetoder.<sup>25</sup> Endast gemenskapsbestämmelser ges företräde. Nationella regler som är baserade på minimiregler i andra direktiv ges inte företräde framför OAD.<sup>26</sup>

### 2.3.7 En inre marknadsprincip

Artikel 4 OAD innehåller en s.k. inre marknadsprincip. Denna innebär att medlemsländerna varken får begränsa friheten att tillhandahålla tjänster eller den

---

<sup>20</sup> KOM (2001) 531, slutlig, artikel 3.2, 3.4.

<sup>21</sup> A Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s 238; A-D Bruun Nielsen, Harmonisation of EU Marketing Law 2002, s. 118-119.

<sup>22</sup> B De Groote, K De Wulder, Commercial Practices: Analysis of Directive 2005/29, 2007, s. 24.

<sup>23</sup> Styck, E Terryn, T Van Dyck, Confidence through Fairness? The New Directive on Business-to-consumer Commercial Practice in the Internal Market, 2006, s. 115f.

<sup>24</sup> Direktiv 2005/29/EG, artikel 3.5, 3.6.

<sup>25</sup> A.a. Skäl 10, artikel 3.4.

<sup>26</sup> KOM (2003) 356, slutlig, artikel 30, punkt. 3.

fria rörligheten för varor inom det område som OAD avser. Den inre marknadsprincipen består av kontroll i hemlandet och ömsesidigt erkännande. Blir en produkt, efter kontroll i hemlandet, godkänd för försäljning i det EU-landet, ska varan också vara godkänd för försäljning i övriga EU-länder.<sup>27</sup> Marknadsprincipen medför en inskränkning av medlemsländernas regleringsmöjlighet.<sup>28</sup>

### 2.3.8 OAD:s rättsliga grund

OAD:s rättsliga grund är artikel 95 i EG-fördraget. Den syftar till att genomföra åtgärder som avser att upprätthålla den inre marknaden och få den att fungera. OAD bygger också på artikel 153.1 och 153.3a, vilka syftar till att tillgodose konsumenternas intressen och främja en hög konsumentskyddsnivå.<sup>29</sup>

## 2.4 Den svenska marknadsföringslagen

Den 1 januari 1996 trädde den nuvarande marknadsföringslagen (1995:450) ikraft.<sup>30</sup> Den nya MFL sammanförde direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam och praxis från MD, som speglar utvecklingen på marknaden, till lagtext. År 2000 kompletterades MFL med specifika regler för jämförande reklam och i april 2004 infördes bestämmelser om obeställd reklam via e-post, automatiska uppringningsanordningar och telefax.<sup>31</sup>

### 2.4.1 Syfte och skyddsobjekt

Enligt 1 § är MFL:s syfte att gynna konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att hindra otillbörlig marknadsföring mot konsumenter och näringsidkare. Med näringsidkare avses en juridisk eller fysisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk natur. Verksamheten behöver inte vara vinstgivande, vilket medför att offentliga organ kan vara näringsidkare.<sup>32</sup> Konsumenter är främst privatpersoner, men omfattar

---

<sup>27</sup> EU-upplysningen, [http://www.eu-upplysningen.se/templates/EUU/standardRightMenuTemplate\\_1708.aspx](http://www.eu-upplysningen.se/templates/EUU/standardRightMenuTemplate_1708.aspx)

<sup>28</sup> A Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s. 242f.

<sup>29</sup> Artikel 95 p.1; 153.1, 153.3a i EG-fördraget.

<sup>30</sup> Prop. 1994/95:123. Till grund för MFL låg även Marknadsföringsutredningens delbetänkande SOU 1992:49 och slutbetänkande SOU 1993:59.

<sup>31</sup> Prop. 1999/2000:40; Prop. 2003/04:43.

<sup>32</sup> Se t.ex. MD 2000:22.

också personer som förvärvar en produkt för slutlig konsumtion.<sup>33</sup> MFL har ett brett tillämpningsområde och omfattar all kommersiell marknadsföring, oavsett vem den riktar sig till.<sup>34</sup>

Diskriminerande eller anstötlig marknadsföring faller utanför MFL:s tillämpningsområde.<sup>35</sup> För att inte hamna i konflikt med tryckfrihetsförordningen får MFL endast användas för att ingripa mot framställningar som är av kommersiell natur och gjorda för att tjäna ett kommersiellt syfte.<sup>36</sup> Lagen skyddar alltså en person i egenskap av konsument eller näringsidkare, inte som privatperson.

## 2.4.2 Struktur

I MFL tillämpas ett blandat tillvägagångssätt. MFL innehåller en generalklausul i 4 § som i första stycket ställer krav på godtagbar marknadsföring och i andra stycket reglerar näringsidkarens informationsplikt. Bestämmelserna är allmänt hållna för att ge utrymme för ett nyanserat normsystem och för att de skall kunna möta nya former av otillbörliga affärsmetoder.<sup>37</sup> Generalklausulen kompletteras med specifika bestämmelser för olika affärsmetoder, s.k. katalogregler, i 5 – 13 d §§ MFL.

MFL bygger på den s.k. effektlandsprincipen. Det betyder att MFL är tillämplig vid marknadsföring som riktar sig helt eller delvis mot den svenska marknaden. Det gäller oavsett om marknadsföringen har sitt ursprung i Sverige eller något annat land.<sup>38</sup> EU:s regler baseras på principer om sändarland och ursprungsland, vilket har lett till att effektlandsprincipen fått mindre betydelse. Enligt dessa principer omfattas företag av regler i sitt hemland och inte av lagarna i det land som marknadsföringen når.<sup>39</sup>

## 2.5 Analys av syfte, struktur och skyddsobjekt

Både OAD:s och MFL:s regler syftar till att säkerställa ett högt konsumentskydd. Reglerna avser att skydda konsumenterna mot otillbörliga affärsmetoder, oberoende av tillvägagångssätt, kommunikationsmedium, tillfälle och produkt.

OAD och MFL har liknande strukturer. Båda tillämpar ett blandat tillvägagångssätt med en flexibel generalklausul som kompletteras av mer specifika bestämmelser, s.k. katalogregler.

---

<sup>33</sup> Prop. 1994/95:123 s. 163.

<sup>34</sup> SOU 2006:76, s. 98.

<sup>35</sup> Prop. 1994/95:123 s. 82 f; MD 1976:8.

<sup>36</sup> A-D Bruun Nielsen, Harmonisation of EU Marketing Law 2002, s. 54f.

<sup>37</sup> SOU 2006:76, s. 99.

<sup>38</sup> Prop. 1970:57, s. 93.

<sup>39</sup> SOU 2006:76, s. 98f.



OAD:s och MFL:s skyddsobjekt skiljer sig åt. MFL skyddar *både* konsumenter och näringsidkare. MFL går att tillämpa både på marknadsföring riktad från näringsidkare mot konsumenter och på marknadsföring mellan näringsidkare. OAD:s går endast att använda på marknadsföring vidtagen av näringsidkare riktad mot konsumenter. OAD går inte att använda vid t.ex. misskreditering, renommésnyltning eller annan otillbörlig marknadsföring mellan näringsidkare.

## 3 Jämförelse av OAD och MFL

I detta stycke kommer OAD:s innehåll att jämföras med MFL:s. Efter varje punkt som jämförs följer en analys.

### 3.1 Generalklausulerna

#### 3.1.1 Generalklausulen – OAD:s kärna

Artikel 5 OAD innehåller en generalklausul som föreskriver ett allmänt förbud mot otillbörliga affärsmetoder. Formuleringen i artikel 5 OAD är avsiktligt öppen för att göra regeln flexibel och användbar inom ett stort område. Bestämmelsen stadgar att näringsidkarens affärsmetod måste följa god marknadsföringssed. Generalklausulen ska ersätta liknande nationella regleringar på området, och motverka osäkerhet genom att endast en uppsättning bestämmelser ska gälla. Kriterierna för dessa bestämmelser kommer att bli tydligare än de existerande nationella.<sup>40</sup>

Artikel 5 ställer upp två rekvisit för att generalklausulen ska kunna tillämpas:

- Metoden måste strida mot *god yrkessed*,
- Metoden måste innebära, eller sannolikt komma att innebära, en *avsevärd snedvridning* av det ekonomiska beteendet hos genomsnittskonsumenten

Regeln är kumulativ, vilket innebär att båda rekvisiten måste vara uppfyllda för att affärsmetoden ska anses som otillbörlig. Enligt artikel 5 OAD ska bedömningen göras utifrån *genomsnittskonsumentens perspektiv*.

#### 3.1.2 Generalklausulen MFL

4 § 1 st. MFL innehåller en generalklausul som stadgar att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot

---

<sup>40</sup> KOM (2003) 356, slutlig, artikel 49; direktiv 2005/29/EG, skäl 11, 12.

konsumenter och näringsidkare. 3 § MFL redogör för innehållet av begreppet god marknadsföringssed, och behandlas i uppsatsen under 3.2.2. Generalklausulen i 4 § 1 st. MFL är flexibel med ett brett tillämpningsområde, vilket ger ett generellt skydd mot otillbörliga affärsmetoder. Generalklausulen kan användas i enlighet med den s.k. lagstridighetsprincipen för att ingripa mot marknadsföringsframställningar som strider mot annan lag eller leder till lagöverträdelser.<sup>41</sup> 4 § 1 st. MFL kan också användas vid otillbörlig marknadsföring mellan näringsidkare. Detta har främst betydelse vid misskreditering eller renommésnyltning.<sup>42</sup>

För att generalklausulen ska kunna användas måste affärsmetoden strida mot god marknadsföringssed och i övrigt vara otillbörlig. I förarbetena framhålls ytterligare ett krav. En affärsmetod måste, utöver att den måste strida mot god marknadsföringssed, ha kommersiell effekt för att vara otillbörlig.<sup>43</sup> Med kommersiell effekt menas att handlingen påverkar efterfrågan på produkten och konsumentens köpbeslut.<sup>44</sup> Förarbetena är inte bindande vid rättstillämpningen, men kan tas i beaktning vid domstolsavgörande. Otillbörlighetsbedömningen ska göras utifrån genomsnittskonsumentens perspektiv.

### 3.1.3 Analys

MFL innehåller en flexibel generalklausul som påbjuder näringsidkare att följa en viss norm, god marknadsföringssed, och att i övrigt bruka marknadsföring som är tillbörlig. Generalklausulen i OAD förbjuder näringsidkare att tillämpa otillbörliga affärsmetoder. Skillnaden i formulering är oväsentlig, då båda syftar till att förhindra otillbörliga affärsmetoder genom normskapning och beteendestyrning. Näringsidkarens metoder måste hålla en viss standard. Följer inte affärsmetoderna denna standard kan näringsidkaren åläggas förbud. Tekniken med ett allmänt förbud mot otillbörliga affärsmetoder, en s.k. generalklausul, innebär ingen nyhet för svensk del.

För att identifiera en otillbörlig affärsmetod används två kriterier. En affärsmetod anses vara otillbörlig och förbjuden om den uppfyller två rekvisit. Affärsmetoden måste strida mot god yrkessed och innebära, eller sannolikt komma att innebära, en avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet hos genomsnittskonsumenten. Konsumentens ekonomiska beteende snedvrids när metoden påverkar affärsbeslutet. Är dessa krav uppfyllda är generalklausulen tillämplig. Både OAD:s och MFL:s generalklausuler innehåller dessa två kumulativa rekvisit. Nästa steg blir att jämföra dem.

---

<sup>41</sup> M Levin, Kommentar till marknadsföringslagen (i Karnov – svensk lagsamling med kommentarer), not 14. Se också SOU 2006:76, s. 207.

<sup>42</sup> Se t.ex MD 2001:28, MD 2003:33.

<sup>43</sup> Bakardjieva Engelbrekt, EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices, 2005, s. 32; Prop. 1970:57, s. 33, 67-68.

<sup>44</sup> Prop. 1970:57, s. 33, 67-68.

## 3.2 God yrkessed eller god marknadsföringssed?

### 3.2.1 God yrkessed i OAD

Begreppet god yrkessed definieras i artikel 2.h OAD som ”[...] *den nivå av fackmässighet och aktsamhet som en näringsidkare skäligen kan förväntas visa gentemot konsumenterna motsvarande hederlig marknadspraxis och/eller den allmänna principen om god tro i näringsidkarens bransch.*”. I den svenska översättningen av direktivet används begreppet god tro (i den engelska versionen används uttrycket ”good faith”), vilket har en speciell innebörd i svensk rätt. Den åsyftade betydelsen av god tro i det här avseende bör lämpligen vara god sed.<sup>45</sup> Generalklausulen avser att styra näringsidkares beteende genom att ålägga dem att agera enligt vedertagna normer inom respektive bransch. Innebörden av god yrkessed består både av etablerad branschpraxis och av vad en konsument rimligen kan förvänta sig av en näringsidkare. Vedertagna normer och sedvänjor kan t.ex. vara gemensamt utarbetade uppförandekoder från branschorganisationer. En annan viktig normkälla som näringsidkare uppmuntras att följa, vid marknadsföring, är ICC:s Grundregler för reklam.

Etablerad branschpraxis är inte alltid godtagbar ur konsumentsynpunkt. I de fallen ska istället kriterierna för god yrkessed i OAD följas, även då det innebär en avvikelse från etablerad branschpraxis.<sup>46</sup> En affärsmetod som varken följer branschens sedvänja eller uppfyller kraven på god yrkessed i direktivet är (om kravet på avsevärd snedvridning också är uppfyllt) otillbörlig gentemot konsumenten.

### 3.2.2 God marknadsföringssed i MFL

Näringsidkares affärsmetoder måste i Sverige stämma överens med god marknadsföringssed. I MFL 3 § definieras god marknadsföringssed som ”[...] *god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter.*”. Begreppet god marknadsföringssed introducerades i den nuvarande marknadsföringslagen. Begreppets innehåll bestäms av lagstadgade regler, praxis från MD samt ”andra vedertagna normer”.<sup>47</sup> Med det sistnämnda avses utomrättsliga normer, t.ex. konsumentverkets riktlinjer och ICC:s uppförandekoder och dess Grundregler för reklam. Utomrättsliga normer har haft och har fortfarande stort inflytande vid

---

<sup>45</sup> SOU 2006:76, s. 210.

<sup>46</sup> Bakardjieva Engelbrekt, EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices, 2005, s. 25.

<sup>47</sup> SOU 2006:76, s. 100, 207.

fastställandet av god marknadsföringssed.<sup>48</sup> Uppfyller en affärsmetod inte kraven på god marknadsföringssed är den otillbörlig, under förutsättning att metoden även påverkar konsumentens affärsbeslut.

### 3.2.3 Analys

I OAD används uttrycket god yrkessed, som är ett försök att säkerställa en miniminivå för näringsidkares beteende. I OAD har god yrkessed en vidsträckt betydelse och täcker in affärsmetoder såväl före som efter avtalsslutet.

I MFL används begreppet god marknadsföringssed, som också avser att upprätthålla en viss standard på näringsidkares beteende. Innebörden bestäms på motsvarande sätt som i OAD. MFL och OAD:s begrepp stämmer överens gällande syfte och hur innebörden bestäms. Skillnaden mellan begreppen är att OAD täcker in affärsmetoder såväl före som efter avtalsslutet, medan MFL endast avser aktiviteter vid avtalsslutet. När OAD överförs till svensk lag kommer, oavsett om begreppet god yrkessed eller god marknadsföringssed används, begreppet att utvidgas till att täcka in affärsmetoder såväl före som efter avtalsslutet. Att begreppet omfattar ett större område kan vara positivt för konsumenter. Den utvidgade innebörden av begreppet kan medföra ett bättre konsumentskydd genom att garantera skydd oavsett när under transaktionen som den otillbörliga affärsmetoden äger rum.

## 3.3 Affärsmetoden måste påverka konsumentens ekonomiska beteende

### 3.3.1 Avsevärd snedvridning i OAD

Enligt OAD är en affärsmetod otillbörlig om den innebär, eller sannolikt kommer att innebära, en avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet hos genomsnittskonsumenten. Enligt artikel 2.e OAD innebär avsevärd snedvridning att: ”[...] i märkbar mån försämra konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut och därmed få konsumenten att fatta ett annat affärsbeslut än vad som annars skulle ha varit fallet”. Affärsmetoden måste enligt skäl 13 OAD ha kommersiell effekt och medföra en effektiv förändring av konsumentens

---

<sup>48</sup> Prop. 1994/95:123, s. 164; A-D Bruun Nielsen, Harmonisation of EU Marketing Law 2002, s. 56.

affärsbeslut.<sup>49</sup> För att falla inom OAD:s ramar måste alltså affärsmetoden ha medfört att konsumenten fattat ett beslut som varit till hans eller hennes nackdel. Kravet på kommersiell effekt har sitt ursprung i direktiv 84/450/EEG. Enligt det direktivet ses reklamen som vilseledande om den ”sannolikt kommer att påverka” det ekonomiska beteendet hos de personer den riktar sig till.<sup>50</sup> OAD går ett steg längre och stadgar att affärsmetoden hädanefter tydligt måste snedvrida konsumentens beteende för att vara otillbörlig.

Kravet på att affärsmetoden måste påverka konsumentens ekonomiska beteende medför att andra intressen lämnas utanför OAD:s tillämpningsområde. Det gäller t.ex. hälsa, säkerhet, smak och anständighet.<sup>51</sup>

### 3.3.2 Risk att affärsmetoden påverkar konsumentens beslut i MFL

Förarbetena till MFL klargör att en marknadsföringsåtgärd, för att vara otillbörlig, måste ha kommersiell effekt.<sup>52</sup> Med kommersiell effekt avses att näringsidkarens handlande påverkar konsumenternas ekonomiska beteende. När konsumenten fattar ett affärsbeslut, som han eller hon annars inte skulle ha gjort, har det ekonomiska beteendet påverkats. Kravet på kommersiell effekt anses uppfyllt om det finns en verklig risk att konsumenten i sitt handlande påverkas av marknadsföringen, t.ex. genom att benägenheten att köpa förändras.<sup>53</sup> Alltså måste näringsidkarens handlande leda till att konsumenten tar ett annat beslut än som först var tänkt, och detta måste vara till konsumentens nackdel.

Direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam har överförts till svensk rätt, och återfinns i 6 § MFL. Däremot finns inte kravet på att reklamen ”sannolikt kommer att påverka” konsumentens ekonomiska beteende uttryckligen infört i MFL. Således borde samma krav på kommersiell effekt gälla för vilseledande reklam som i övriga MFL.

### 3.3.3 Analys

Rekvisitet att affärsmetoden måste ha kommersiell effekt för att falla inom OAD:s ramar innebär i sig ingen nyhet för svensk marknadsrätt. Däremot är kraven olika ifråga om när en affärsmetod skall anses påverka konsumentens handlande.

Kravet på kommersiell effekt i MFL är att det finns risk att innehållet i marknadsföringen kommer att påverka konsumentens beteende.

---

<sup>49</sup> A Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s 250.

<sup>50</sup> Direktiv 84/450/EEG, om vilseledande reklam, artikel 2.2.

<sup>51</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 7, 9.

<sup>52</sup> Prop. 1970:57, s. 33, 67-68; Bakardjieva Engelbrekt, EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices, 2005, s. 32.

<sup>53</sup> Prop. 1970:57, s. 33, 67-68.

Otillbörlighetskravet blir i OAD snävare. I framtiden måste en affärsmetod ha tydlig kommersiell effekt för att vara otillbörlig, då den avsevärt måste snedvrída konsumentens beteende. Affärsmetoden måste alltså medföra en betydande förändring av konsumentens agerande för att generalklausulen ska bli tillämplig.

Begreppet *avsevärt* kan medföra att gränsen för en otillbörlig affärsmetod höjs. Detta ordval kan ge utrymme för strängare krav på när generalklausulen kan användas. För det svenska konsumentskyddet kan detta innebära en försvagning.

MFL:s och OAD:s generalklausuler stämmer överens gällande syfte, struktur och till viss del terminologi. De två kraven på att en otillbörlig affärsmetod måste strida mot god yrkessed och påverka konsumentens handlade återfinns redan i svensk lag. Däremot ställs ytterligare krav i OAD på när affärsmetoden anses påverka konsumenten på ett otillbörligt sätt. Skillnaden i begreppen kan leda till att en högre tröskel införs för när generalklausulen i OAD ska bli tillämplig.

## 3.4 Bedömning utifrån genomsnittskonsumentens perspektiv

### 3.4.1 Genomsnittskonsumenten i OAD

Huruvida en affärsmetod är otillbörlig ska bedömas mot bakgrund av den effekt den har, eller sannolikt kommer att ha, på genomsnittskonsumenten. Enligt OAD är genomsnittskonsumenten en person som är ”[...] normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst, med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer [...]”.<sup>54</sup> Innebörden av begreppet genomsnittskonsument har slagits fast av EG-domstolen.<sup>55</sup> Om en affärsmetod riktas mot en viss grupp av konsumenter ska en bedömning göras ur ett perspektiv som är representativt för genomsnittskonsumenten i denna grupp.<sup>56</sup> OAD avser också att speciellt skydda utsatta grupper av konsumenter, t.ex. barn, mentalt eller fysiskt funktionshindrade och lättrogn personer. Affärsmetoden bedöms då utifrån perspektivet hos en genomsnittskonsument i den sårbara gruppen.<sup>57</sup> Riktas affärsmetoden t.ex. mot barn ska bedömning göras utifrån ett barns perspektiv.

Genomsnittskonsumenten är inte ett statiskt begrepp utan hänsyn måste tas till omständigheterna i det enskilda fallet. Dessa omständigheter kan vara typen av vara eller tjänst som marknadsförs, mot vem marknadsföringen riktas sig och

---

<sup>54</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 18.

<sup>55</sup> Mål C-210/96 *Gut Sprinchenheide*, REG 1999, s. I-4657, mål C-228/98 *Estée Lauder*, REG 2000, s. I-117, mål C-313/94 *Graffione*, REG 1996, s. I-06039.

<sup>56</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 18, artikel 5.2.b.

<sup>57</sup> A.a. Artikel 5.3.

vilket medium som används vid marknadsföringen. De nationella domstolarna och myndigheterna uppmanas att använda sitt eget omdöme, med beaktande av rättspraxis från EG-domstolen, för att fastställa genomsnittskonsumentens reaktion.<sup>58</sup>

### 3.4.2 Genomsnittskonsumenten i MFL

I propositionen till 1970 års lag mot otillbörlig marknadsföring framhölls det att vid avgörandet av om marknadsföringen är otillbörlig ska hänsyn tas till vilken krets åtgärden riktar sig till.<sup>59</sup> Är marknadsföringen riktad till allmänheten är utgångspunkten reaktionen hos en genomsnittskonsumert med normal fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap, men utan närmare kännedom om den vara som marknadsförs. Riktad sig marknadsföringen till en speciell grupp är det genomsnittskonsumerten i denna grupp som utgör riktmärket. Bedömning ska utgå ifrån genomsnittskonsumertens helhetsintryck vid en flyktig betraktelse av framställningen, inte en noggrann genomläsning där detaljer analyseras.<sup>60</sup> Det är alltså en konsumentens uppfattning av marknadsföringen efter en övergripande och oengagerad läsning som avgör om metoden är otillbörlig. Denna definition av genomsnittskonsumerten används fortfarande för att avgöra om en affärsmetod är otillåten.<sup>61</sup> Det finns ännu striktare krav på marknadsföring som riktar sig mot utsatta grupper, t.ex. barn eller sjuka.<sup>62</sup>

### 3.4.3 Analys

OAD och MFL ställer olika krav på genomsnittskonsumertens egenskaper. Enligt EG-domstolen ska en affärsmetod bedömas utifrån reaktionerna hos en ”normalt informerad och skäligen uppmärksam och upplyst konsument”.<sup>63</sup> Att en konsument ska vara normalt informerad och skäligen uppmärksam antyder att denne bör ha viss förkunskap om varan som marknadsförs och lägga märke till nyanser i framställningen. Enligt svensk rätt ska bedömningen göras utifrån genomsnittskonsumertens reaktioner vid en flyktig betraktning av marknadsföringen. OAD:s definition av genomsnittskonsumerten ställer inte lika höga krav på innehållet i och utformningen av marknadsföringen som MFL:s definition. Eftersom EG-domstolen slagit fast innebörden av begreppet genomsnittskonsumert, och definitionen därav finns med i OAD, måste MD i

---

<sup>58</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 18.

<sup>59</sup> Prop. 1970:57, s. 33, 68.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Bestämning av begreppet genomsnittskonsumert har på senare tid förekommit i bl.a. MD 2003:31.

<sup>62</sup> M Levin, Kommentar till marknadsföringslagen (i Karnov – svensk lagsamling med kommentarer), not 135; prop. 1994/95:123, s. 177, 204.

<sup>63</sup> Se t.ex. Mål C-210/96 *Gut Sprinenheide*, REG 1999, s. I-4657.



fortsättningen tillämpa den bedömningen. Den mildare prövningen av affärsmetoder kan leda till en minskning av det svenska konsumentskyddet och ett större ansvar läggs på den enskilde konsumenten.

Däremot ställer både OAD och MFL upp stränga krav på affärsmetoder riktade mot sårbara grupper. I det avseendet kommer OAD inte att begränsa skyddet.

## 3.5 Förbjudna affärsmetoder

### 3.5.1 Vilseledande handlingar i OAD

Handlingar är näringsidkares aktiviteter vid marknadsföring och försäljning av sina produkter. Enligt artikel 6.1 OAD anses en handling vara vilseledande om:

”[...] den inbegriper oriktig information och således är falsk eller om den på något sätt, även genom den allmänna utformningen – även om informationen är korrekt i sak – vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda genomsnittskonsumenten [...] samt i endera fallet medför eller sannolikt kommer att medföra att denne fattar ett affärsbeslut som han annars inte skulle ha fattat [...]”

Näringsidkarens affärsmetod är vilseledande om den innehåller uppgifter som innebär oriktiga eller falska påståenden. Den information som nyttjas i affärsmetoden kan i och för sig vara riktig, men det hjälper inte om metodens utformning gör att konsumenten blir vilseledd. För att metoden ska ses som otillåten måste näringsidkarens vilseledande handling påverka konsumentens affärsbeslut, dvs. ha kommersiell effekt. Det behöver inte bevisas att konsumenten blivit vilseledd, utan det räcker att visa att konsumenten sannolikt kan komma att bli vilseledd. Artikel 6.1 OAD motsvarar i stort bestämmelserna i artikel 2.2 och 3 i direktiv 84/450/EEG om vilseledande och jämförande reklam.

I Artikel 6.1.a-g OAD finns en lista på faktorer som kan vilseleda konsumenten. Denna lista är uttömmande och affärsmetoder som faller utanför denna uppräknings täcks av generalklausulen i artikel 5 OAD. Om affärsmetoden är vilseledande bedöms efter dess sammanhang. Ett exempel på när en affärsmetod kan vara vilseledande är att jämförande reklam, vid marknadsföring, kan orsaka förväxling.<sup>64</sup>

Exempel på faktorer som regleras i listan och inte får innehålla information som kan vilseleda konsumenten är uppgifter som näringsidkaren lämnar om hur priset beräknas eller vilka åtagande denne har gjort. Är så ändå fallet och

---

<sup>64</sup> Direktiv 2005/29/EG, artikel 6.2.a.

konsumenten vilseleds genom att fatta ett beslut baserat på den oriktiga informationen ska affärsmetoden bedömas som otillbörlig.

### 3.5.2 Vilseledande marknadsföring i MFL

6 § MFL innehåller bestämmelser om vilseledande reklam. En näringsidkare får vid marknadsföringen av en produkt inte nyttja påstående eller andra uttryck som är vilseledande i fråga om sin egen eller någon annan näringsidkares näringsverksamhet. Det kan vara falska påstående om t.ex. vilken ställning en näringsidkare har på marknaden eller konkurrerande näringsidkares produkter. Marknadsföring som innehållit överdrifter har bedömts strängt av MD, då dessa inte har behövt påverka konsumentens affärsbeslut för att vara otillåtna.<sup>65</sup> Regeln omfattar både skriftlig och muntlig marknadsföring, och är inte beroende av vilket medium som används. För att avgöra om reklamen är vilseledande görs en bedömning utifrån genomsnittskonsumentens helhetsintryck.<sup>66</sup>

I 6 § 2 st. finns en icke uttömmande lista med exempel på framställningar som inte får vara vilseledande. Listan är vägledande vid tillämpning av paragrafen. Denna är starkt influerad av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam.<sup>67</sup>

Påstående och andra framställningar som vilseleder konsumenten är den vanligaste formen av otillbörlig marknadsföring i Sverige.<sup>68</sup>

### 3.5.3 Analys

Både OAD:s och MFL:s bestämmelser om vilseledande handlingar har sitt ursprung i direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam. Det leder till att genomförandet av OAD, på denna punkt, inte kommer få så stora konsekvenser för svensk marknadsrätt.

Det kommer dock att medföra några förändringar. Listan på framställningar som inte får vara vilseledande kommer att vara uttömmande men i gengäld kommer generalklausulen att täcka upp framställningar som faller utanför listan. En annan förändring är att vilseledande handlingar i fortsättningen kommer att innefatta efterköpsituationer. Detta innebär en positiv förändring för konsumenter och kan medföra ett starkare konsumentskydd.

Kraven på kommersiell effekt finns även i denna paragraf i OAD och kan leda till att MD:s bedömning av vilseledande marknadsföring blir mildare gentemot näringsidkaren.

---

<sup>65</sup> SOU 2006:76, s. 236.

<sup>66</sup> Prop. 1970:57, s. 93f; Prop. 1994/95:123 s. 166.

<sup>67</sup> M Levin, kommentar till marknadsföringslagen (i Karnov – svensk lagsamling med kommentarer), not 25.

<sup>68</sup> A.a. Not 21.

### 3.5.4 Vilsedande underlåtenhet i OAD

Underlåtenhet är kopplat till att konsumenter behöver information för att göra ett välgrundat affärsbeslut. En näringsidkare måste lämna väsentlig information som konsumenten behöver. Artikel 7 reglerar näringsidkarens informationsplikt.

Enligt artikel 7.1 OAD är en affärsmetod vilsedande om den i sitt sammanhang innebär att näringsidkaren underlåter att utlämna väsentlig information som genomsnittskonsumenten behöver för att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Frånvaron av informationen måste leda till att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.

Näringsidkaren gör sig skyldig till vilsedande underlåtenhet, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, då denne undanhåller väsentlig information, återger det på ett tvetydigt, oklart eller olämpligt sätt, eller inte anger affärsmetodens kommersiella syfte, enligt artikel 7.2 OAD. Underlåtenheten måste också här leda till att konsumenten fattar ett annat affärsbeslut för att bestämmelsen ska gå att tillämpa.

Vid bedömningen av den underlåtande handlingen beaktas bl.a. effekten av affärsmetoden i sin helhet, hur tydlig utformningen är samt kommunikationsmediets begränsningar. Innehåller kommunikationsmediet begränsningar i utrymme eller tid ska de övriga handlingar näringsidkaren vidtagit för att delge konsumenterna information beaktas för att avgöra om denne har agerat vilsedande. Fastställandet av vilken information som är väsentlig för konsumenten ska göras från fall till fall med hänsyn till situationens särdrag.<sup>69</sup> Artikel 7.4 och Bilaga 2 OAD anger information som anses väsentlig.

### 3.5.5 Informationsplikt i MFL

Näringsidkarens informationsplikt finns reglerad i 4 § 2 st. MFL. Den innebär en generell skyldighet för näringsidkare att lämna information som är av särskild betydelse ur konsumentens synvinkel. Regeln bygger på att näringsidkaren själv måste åta sig att lämna tillräcklig information om det som marknadsförs. Informationspliktens utformning avser att skydda konsumenter mot vilsedande marknadsföring och ge dem möjlighet att ta del av nödvändig information för ett välgrundat affärsbeslut. För att en näringsidkare ska ha brutit mot informationsplikten måste den undanhållna informationen ha haft inverkan på ett stort antal konsumenter eller speciellt riktat sig till en konsumentgrupp, vilken är i behov av särskilt skydd. Informationen som undanhålls måste vara av en viss dignitet. Det ska röra sig om ett inte helt oansenligt behov av information för genomsnittskonsumenten.<sup>70</sup> Att en enskild konsument anser sig vara i behov av viss information, kring en vara, gör inte regeln tillämplig.

---

<sup>69</sup> Direktiv 2005/29/EG, artikel 7.1, 7.2.

<sup>70</sup> Prop. 1975/76:34, s. 100, 126; prop. 1994/95:123, s. 44f.

Informationsplikten i 4 § 2 st. MFL har använts för att ålägga näringsidkare att lämna information som inte har haft direkt inverkan på konsumentens affärsbeslut.<sup>71</sup> Informationsplikten har heller inte begränsats av marknadsföringsmetodens sammanhang eller vilket kommunikationsmedium som har använts.<sup>72</sup> Marknadsdomstolen har etablerat praxis på området gällande information av särskild betydelse ur konsumentsynpunkt och hur näringsidkare ska förmedla denna.<sup>73</sup>

### 3.5.6 Analys

Vilseledande underlåtenhet i artikel 7 OAD består av förbud mot att t.ex. information döljs eller återges på ett förvirrande sätt. 4 § 2 st. MFL är en allmän, positiv förpliktelse för näringsidkare att lämna information som är av särskild betydelse för konsumenten. Bestämmelsernas utformning är ovidkommande då avsikten är densamma. Både OAD och MFL avser att säkerställa ett högt konsumentskydd genom att konsumenter ska ges möjlighet att ta del av information som är av betydelse för det affärsbeslut de ska fatta. Både MFL och OAD har samma syfte med informationsplikten, och direktivet medför inte några nyheter.

OAD och MFL skiljer sig däremot åt gällande vilken information näringsidkare måste lämna till konsumenten. OAD ålägger näringsidkare att lämna väsentlig information till konsumenten rörande affärsbeslutet. MFL förpliktigar näringsidkare att lämna information av särskild betydelse ur konsumentsynpunkt. Denna definition ålägger näringsidkare en informationsplikt som sträcker sig längre än motsvarande definition i OAD. De olika begreppen kan ha betydelse för vilken information näringsidkare måste lämna och konsumenter anses ha rätt att ta del av. Följden kan bli att artikel 7 OAD inte ålägger näringsidkare en lika långtgående informationsplikt som i MFL. Det kan sänka kraven på hur en marknadsföring ska vara utformad för att inte anses vilseleda konsumenten.

Informationsplikten i MFL har använts till att bl.a. ålägga näringsidkare att lämna information som inte har haft direkt inverkan på konsumentens affärsbeslut. Informationsplikten i OAD fokuserar endast på information som har inverkan på affärsbeslutet. Införlivandet av OAD kan alltså medföra att MFL:s vidare informationsplikt kan komma att inskränkas.

---

<sup>71</sup> SOU 2006:76, s. 221.

<sup>72</sup> A Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s 252.

<sup>73</sup> Se t.ex. MD 1990:27, MD 1983:16.

### 3.5.7 Aggressiva affärsmetoder i OAD

Enligt artikel 8 OAD, bedöms affärsmetoder som aggressiva om de:

”[...] genom trakasseri, tvång, inbegripet fysiskt våld, eller otillbörlig påverkan avsevärt inskränker [...] genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande avseende produkten och därigenom medför [...] att konsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.”

Bedömning om metoden är aggressiv ska göras med hänsyn till dess sammanhang, särdrag och omständigheterna kring den. Av begreppen finns endast otillbörlig påverkan definierat i OAD. Enligt artikel 2.j OAD innebär otillbörlig påverkan att en näringsidkare utnyttjar en maktställning i förhållande till konsumenten för att utöva påtryckning. Påtryckning måste leda till att konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut inskränks. Tyngdpunkten i artikel 8 OAD är att konsumentens valfrihet eller handlande avsevärt reduceras, vilket gör affärsmetoden aggressiv.

Direktivet innehåller i artikel 9.a-e en lista på kriterier ska underlätta avgörandet av huruvida en affärsmetod innefattar trakasseri, tvång, inbegripet fysiskt våld eller otillbörlig påverkan. De kriterier som ska beaktas är:

- Tidpunkt, plats, art, varaktighet;
- Användande av hotfullt eller kränkande språk eller beteende;
- Utnyttjande av speciellt missöde eller omständigheter som näringsidkaren känner till som försämrar konsumentens omdöme;
- Betungande eller oproportionerliga hinder som inte följer av avtalet och vidtas när konsumenten vill utnyttja sina rättigheter enligt avtalet;
- Hot om att vidta åtgärder som inte lagligen kan genomföras.

### 3.5.8 Aggressiva affärsmetoder i MFL

Aggressiva affärsmetoder finns inte särskilt reglerade i MFL. I förarbetena till nuvarande MFL diskuterades ett förslag till paragraf.<sup>74</sup> Förslaget innebar ”[...] *ett förbud mot att använda säljmetoder som överrumplar konsumenter eller som på ett aggressivt sätt utsätter dem för tidspress eller särskilt köptryck på ett sätt som är ägnat att leda till oöverlagda köp- eller säljbeslut.*”. Förslaget kritiserades för att vara vagt och kunde inte införas i lagtexten, och istället ska generalklausulen i 4 § 1 st. MFL användas för att ingripa mot aggressiv marknadsföring.<sup>75</sup> År 2000

---

<sup>74</sup> Prop. 1994/95:123, s. 77f.

<sup>75</sup> Ibid. Se också t.ex. MD 1994:30.

föreslogs ett tillägg till 4 § MFL rörande särskilt påträngande marknadsföring, men det ansågs att lagtext tillsammans med praxis tillgodosåg skyddsbehovet och skälen var inte tillräckligt starka för att en särbestämmelse skulle införas.<sup>76</sup>

Trakasseri, tvång och otillbörlig påverkan återfinns inte heller uttryckligen reglerade i MFL, utan har bedömts enligt generalklausulen i 4 § 1 st.<sup>77</sup>

### 3.5.9 Analys

En specialreglering av aggressiva affärsmetoder saknas i MFL. Den återkommande debatten, som behandlades ovan, om behovet av ett uttryckligt förbud kan indikera att en lagbestämmelse behövs. Överförandet av OAD till svensk lagstiftning kan bana väg för en paragraf om aggressiva affärsmetoder. En uttrycklig bestämmelse och tydlig definition av aggressiva affärsmetoder kan förenkla och förtydliga rättstillämpningen. För svensk del bidrar OAD i det här fallet till tydlighet och enhetlighet gällande bestämmelserna kring aggressiva affärsmetoder. En uttrycklig reglering av dessa kan ses som en fördel för konsumenterna.

En nackdel är att innebörden av aggressiva affärsmetoder inte närmare har definierats i OAD. OAD redogör endast för begreppet otillbörlig påverkan. Denna definition kan dock fungera som ett riktmärke när övriga begrepp ska definieras. Det återstår att se vad EG-domstolen tolkar som aggressiva affärsmetoder.

Sammanfattningsvis kan sägas att inte heller trakasserier, tvång och otillbörlig påverkan uttryckligen tas upp i MFL. Metoderna har istället bedömts med stöd av generalklausulen i MFL. Däremot behandlas dessa metoder i artikel 9 OAD, där en lista på faktorer som kan vägas in vid bedömningen av huruvida en affärsmetod är aggressiv ingår. Denna artikel kan skapa förutsättning för en uttrycklig bestämmelse om trakasseri, tvång och otillbörlig påverkan i svensk lag, vilket i sig kan förenkla bedömningen av vad som ska anses vara aggressiva affärsmetoder.

## 3.6 En svart lista på otillbörliga affärsmetoder

### 3.6.1 Den svarta listan i OAD

Enligt OAD är vissa affärsmetoder helt och hållet förbjudna. För att säkerställa att näringsidkare och konsumenterna känner till vad som är förbjudet har en svart lista

---

<sup>76</sup> Prop. 1999/2000:40, s. 30f.

<sup>77</sup> Se t.ex. MD 2001:17.

över otillbörliga affärsmetoder upprättats. Dessa 31 detaljrikt beskrivna affärsmetoder återfinns i Bilaga 1 OAD och är under alla omständigheter otillbörliga. Meningen är att de listade affärsmetoderna ska kunna bedömas som otillbörliga utan att behöva prövas gentemot bestämmelserna, i artikel 5-9 OAD, från fall till fall.<sup>78</sup> Den svarta listan är en motvikt till generalklausulens öppenhet och konkretiserar direktivets tillämpningsområde. Listan fungerar som ett verktyg för att uppnå säkerhet, förutsägbarhet och enighet i tillämpningen.<sup>79</sup> Det ska betonas att Bilaga 1 endast är en exemplifiering av otillbörliga affärsmetoder. Bilagan är inte en checklista för näringsidkare, gentemot vilken de kan kontrollera om deras affärsmetod är tillåten. Finns inte en affärsmetod med i den svarta listan kan den bedömas otillbörlig enligt någon av de övriga bestämmelserna i direktivet.<sup>80</sup>

En ändring av listan, och direktivet i sin helhet, kan bara göras på EU-nivå. Det sker genom beslut från Europaparlamentet och rådet, där medlemsländerna är representerade.<sup>81</sup> Kritik har riktats mot listan för att den är för lång och svår att överblicka. Metoderna är specifikt beskrivna och avsaknaden av en inbördes kategorisering gör listan svår att överskåda.<sup>82</sup>

### 3.6.2 En svart lista i MFL?

I marknadsföringslagen finns det inte någon lista på affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga. Utspritt i MFL finns däremot specifika affärsmetoder reglerade. Ett exempel är 8 § MFL om vilseledande efterbildningar. Ett annat exempel är 12 § MFL om obeställda produkter. Första stycket i denna paragraf reglerar negativ avtalsbindning vilket ska hindrar näringsidkare att utnyttja konsumentens okunnighet om rättsreglerna, för att ge intryck att avtal slutits. Andra stycket reglerar falska fakturor, s.k. fakturaskojeri.<sup>83</sup>

### 3.6.3 Analys

I MFL finns ingen lista motsvarande den svarta listan i OAD. Fördelen med listan i OAD är att affärsmetoderna under alla omständigheter är otillbörliga utan att en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet. I svensk lag har varje affärsmetoden bedömts efter dess effekt i det enskilda fallet.

Målet med listan på otillbörliga affärsmetoder i Bilaga 1 OAD är att göra reglerna överskådliga, åstadkomma högre rättssäkerhet och underlätta en

---

<sup>78</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 17.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> A Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s. 253.

<sup>83</sup> Se t.ex. MD 2002:3 om negativ avtalsbindning, MD 2004:5 om fakturaskojeri.

fullständig harmonisering. I linje med ambitionen om full harmonisering får medlemsländer inte lägga till eller dra bort affärsmetoder från listan. För att göra reglerna tydliga för konsumenter och näringsidkare, och för ett effektivt genomförande av direktivet, kommer listan troligen att återfinnas i svensk lagtext. Att tillämpa en svart lista är en nyhet i MFL. För konsumenternas del kan listan underlätta identifiering av otillbörliga affärsmetoder och tydliggöra konsumenternas rättigheter. Genom att studera den svarta listan kan konsumenter snabb upptäcka om en vidtagen affärsmetod vid deras transaktion är tillåten. I Bilaga 1 framgår det tydligt vilka affärsmetoder som är otillåtna och denna förutsägbarhet kan göra att konsumenter känner sig säkrare vid gränsöverskridande handel.

## 3.7 Uppförandekoder

### 3.7.1 Uppförandekoder i OAD

Varje bransch har uppförandekoder som är upprättade av respektive branschorganisation. Gällande marknadsrätt är inkluderad i dessa uppförandekoder. I artikel 10 i OAD uppmanas medlemsländerna att uppmuntra kodutfärdare att, i enlighet med uppförandekoderna, kontrollera direktivets efterlevnad. Det finns två anledningar till att kodutfärdare, och deras uppförandekoder, tillskrivs stort inflytande. Den första är att principerna i OAD på ett effektivt sätt överförs till näringslivet och kan tillämpas i olika branscher. Den andra anledningen är att efterlevnaden av uppförandekoderna, inkluderat direktivet, kontrolleras av dem som upprättat dem. Det innebär att juridiska åtgärder inte måste vidtas i samma utsträckning.<sup>84</sup>

Enligt artikel 10 OAD medför anlitaandet av ett kontrollorgan inte att rätten att vidta juridiska eller andra förvaltningsrättsliga åtgärder går förlorade. Uppförandekoder kommer att ha stort inflytande vid fastställandet av god yrkessed vilket ligger till grund för tillämpningen av generalklausulen i artikel 5 OAD.

### 3.7.2 Uppförandekoder i MFL

I Sverige ansvarar främst myndigheterna och rättsväsendet för kontrollen av standarden på marknadsföringen. Vid sidan av denna kontroll granskar också utomrättsliga organisationer, t.ex. branschorgan och ICC, att marknadsföring

---

<sup>84</sup> Direktiv 2005/29/EG, skäl 20 och artikel 10.



håller god standard. Utomrättsliga normkällor, t.ex. näringslivets uppförandekoder, fyller en viktig funktion i svensk rätt. De vägs ofta in i bedömningen av vad som är god marknadsföringssed. Tvister om en affärsmetod följer god marknadsföringssed behöver inte alltid gå till domstol, utan kan lösas av näringslivets egeninrättade råd. En prövning av näringslivets egna råd medför inte att rättsliga åtgärder utesluts.<sup>85</sup>

### 3.7.3 Analys

Det svenska tillvägagångssättet stämmer överens med det som föreskrivs i artikel 10 OAD. Kombinationen av kontroll både från myndigheter och rättsväsende och från näringslivet är fast rotat i svensk rätt. Uppförandekoder har länge haft stort inflytande i svensk lagstiftning. Dessa är också starkt uppmuntrade i OAD och kommer att ha fortsatt stor betydelse vid avgörandet av huruvida en affärsmetod är otillbörlig. Att uppförandekoder redan har ett stort inflytande i Sverige kan underlätta överföringen av OAD:s normer till näringslivet. Att tillmäta uppförandekoder stort betydelse innebär för svensk del inga förändringar utan bekräftar snarare den linje som valts i svensk marknadsrätt.

---

<sup>85</sup> SOU 2006:76, s. 293f.

## 4 Slutsatser

Hur den svensk marknadsföringslagstiftning kommer att se ut efter att OAD har genomförts är givetvis svårt att förutse. Jämförelsen av OAD och MFL visade på stora likheter. Den svenska lagstiftningen verkar vara väl anpassad för OAD och därför kan införlivandet av bestämmelserna ske smidigt. Konsumentskyddet kommer i stort att förbli oförändrat.

Att OAD och MFL uppvisar många likheter kan bero på att OAD:s bestämmelser till stora delar baseras på regler i tidigare direktiv. I Sverige har EG-direktiv ett stort utrymme och är en betydelsefull rättskälla. Därför innebär många av OAD:s krav inga nyheter. Det kan också bero på att OAD uppvisar drag av vad som kallas en skandinavisk modell (se 2.3.5 ovan). Karaktäristiskt för den skandinaviska modellen är ett blandat tillvägagångssätt bestående av ett allmänt förbud mot otillbörliga affärsmetoder, en s.k. generalklausul, som är öppen och flexibel. Generalklausulen kompletteras av mer preciserade förbud, s.k. katalogregler vilka tillgodoser kraven på tydlighet och förutsägbarhet. Enligt vissa författare är de nordiska länder, däribland Sverige, därför i bra stånd att uppfylla OAD:s harmoniseringskrav.<sup>86</sup>

Det finns trots allt skillnader mellan OAD och MFL och dessa kan leda till att det svenska konsumentskyddet försvagas. En skillnad är synen på när en affärsmetod har kommersiell effekt. Detta får betydelse för när rekvisitet anses uppfyllt och de marknadsrättsliga reglerna går att använda. OAD kräver att en otillbörlig affärsmetod tydligt måste påverka konsumentens affärsbeslut, genom att avsevärt snedvrida hans eller hennes ekonomiska beteende. Detta krav är återkommande i direktivets paragrafer. I framtiden måste en affärsmetod alltså ha större inverkan på konsumentens beteende för att reglerna ska kunna användas.

Ytterligare en skillnad är vilka krav OAD och MFL ställer vid en definition av genomsnittskonsumenten. Bedömningen ska i fortsättningen utgå ifrån reaktionen hos en konsument som är normalt informerad och skäligen upplyst. Det innebär att det ställs högre krav på genomsnittskonsumentens kunskaper jämfört med vad MFL föreskriver. Skillnaden i synen på genomsnittskonsumentens egenskaper kan medföra att näringsidkares affärsmetoder bedöms mildare och att dessa inte är tvungna att vara lika tydligt utformade som nuvarande svensk lag föreskriver.

Informationsplikten som åläggs en näringsidkare skiljer sig åt mellan OAD och MFL. Den information näringsidkare i fortsättningen föreskrivs lämna ska vara väsentlig för konsumentens affärsbeslut. Information som är väsentlig är information som anses ha en direkt påverkan på konsumentens affärsbeslut.

---

<sup>86</sup> Bakardjieva Engelbrekt, EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices, 2005, s. 6.

Kravet i MFL är att näringsidkaren ska lämna information av särskild betydelse från konsumentsynpunkt. Denna definition ställer inte samma krav på att informationen måste ha en omedelbar påverkan på affärsbeslutet. I framtiden behöver näringsidkare endast lämna information som är väsentlig för affärsbeslutet. Det ställer inte samma krav på vilken information marknadsföringen ska innehålla. Informationsplikten i OAD är begränsad jämfört med den vidare i MFL.

De faktorer i OAD, vilka det redogörs för ovan - kommersiell effekt, genomsnittskonsumenten och informationsplikt - tyder på att en högre tröskel måste klivas över för att generalklausulen och de specifika förbuden ska kunna tillgripas mot otillbörliga affärsmetoder.

Men OAD medför också förbättringar av konsumentskyddet. En av fördelarna är att reglerna om otillbörliga affärsmetoder kan användas oavsett när den äger rum - före, under och efter avtalsslutet. För svensk del innebär detta en utvidgning av konsumentskyddet till att även täcka in efterköpssituationer.

Upprättandet av en svart lista kan också ses som en förbättring ur konsumentsynpunkt. I listan framgår det tydligt vilka affärsmetoder som är otillbörliga, vilket underlättar för konsumenter att identifiera dessa. Den svarta listan bidrar till förutsägbarhet, enhetlighet och tydlighet, vilket kan motverka konsumenternas osäkerhet och stärka deras rättigheter.

Det svenska konsumentskyddet kommer, efter OAD:s införande, på det stora hela att vara oförändrat omfattande. Emellertid anser jag att de snävare kraven på kommersiell effekt, de högre kraven på genomsnittskonsumentens egenskaper och den begränsade informationsplikten kan ha negativ inverkan på det svenska konsumentskyddet. Frågeställningen i uppsatsen får alltså besvaras som så att införandet av direktiv 2005/29/EG till viss del kommer att försvaga det svenska konsumentskyddet inom marknadsföringsrätten. Det återstår dock att se hur EG-domstolen mer precist definierar centrala begrepp.

## 4.1 Avslutande kommentarer

Hur långt kan EU gå för att för att uppnå en mer enhetlig lagstiftning? Går det att motivera att alla länder ska ha samma konsumentskydd? Är det moraliskt försvarbart att föreskriva länder med starkt konsumentskydd att begränsa detta i syfte att uppnå en samstämmig gemenskapslagstiftning. Det finns många frågor runt OAD och inställningen till OAD, och principen om fullständig harmonisering, beror mycket på ens egna värderingar.

Vill EU sammanföra medlemsländernas lagstiftningar och få en mer enhetlig och tydlig lagstiftning är förmodligen direktiv som bygger på principen om fullständig harmonisering den bästa lösningen. Tanken med att alla konsumenter inom EU ska åtnjuta samma skydd, ”[...] oavsett om de handlar i butiken runt

*hörnet eller via nätet från annan medlemsstat*<sup>87</sup> är god. Däremot kan direktiv som bygger på fullständig harmonisering motverka sitt eget syfte. För att få så många medlemsländer som möjligt att sluta upp bakom ett direktiv är kompromisser nästan ofrånkomliga. Kompromisserna kan i sin tur medföra krystade lösningar och halvmesyrer som inte alls är flexibla eller har det tillämpningsområde som först var tänkt. Kompromisserna kan också göra direktivets bestämmelser alldeles för vaga, vilket gör en samstämd och homogen tolkning komplicerad.

Det kan vara befogat att studera OAD:s effekter på kort och lång sikt. På kort sikt kan en viss förvirring och osäkerhet uppstå i och med införandet. Framförallt kan vissa av OAD:s centrala begrepp, vars innebörd mer precist måste fastställas av EG-domstolen, och avsaknaden av praxis vara osäkerhetsmoment. Direktivet föreskriver en sexårig övergångsperiod då striktare regler, under vissa förutsättningar, får tillämpas, vilket innebär att två uppsättningar regler kommer att existera. Detta kan förvirra både konsumenter, näringsidkare och det nationella rättsväsendet och motverka direktivets syfte. På längre sikt har direktivet potential att medföra väsentliga fördelar ut integrationssynpunkt och underlätta både rättstillämpning och den inre marknadens funktion. Konsumenternas rättigheter kommer också att bli tydligare och enhetligare, vilket kan minska den osäkerhet som råder inför gränsöverskridande handel.

Det går kanske att motivera principen om fullständig harmonisering, som OAD bygger på, genom att peka på att den totala vinsten är större än den totala förlusten. Vinsten i det här fallet är att ett flertal länder med svagt konsumentskydd genomför stora reformer och får ett högre konsumentskydd. Lägstanivån inom unionen höjs och samstämmigheten kommer att bli större. Förlusten är att ett fåtal länder får göra mindre justeringar av sitt konsumentskydd, i negativ riktning, för att möta motsvarande harmoniseringskrav. Minoriteten får i integrationsfrämjande syfte stryka på foten för en mer koherent gemenskapslagstiftning.

Det finns också en risk att direktivet cementerar en viss rättsordning, då ändringar av direktivet endast får göras på EU-nivå. Denna process kan vara mycket omständlig och ta lång tid. Att medlemsländer varken får lägga till eller ta bort delar från direktivet är en förskjutning av regleringskompetens från nationell nivå till gemenskapsnivå.

Ett direktiv som bygger på full harmonisering och inför samma bestämmelser i samtliga medlemsländer behöver inte råda bot på konsumenternas osäkerhet inför gränsöverskridande handel. Att konsumenter känner till sina rättigheter och att dessa är de samma i hela Europa behöver inte betyda att konsumenterna mer ofta kommer att handla över gränserna. Orsakerna till konsumenternas osäkerhet, eller valet att inte handla varor från ett annat land, kan mycket väl bero på t.ex. sociala, kulturella eller psykologiska faktorer, något lagstiftningsåtgärder har svårt att påverka.

---

<sup>87</sup> Pressmeddelande IP/03/857, Bryssel 18.06.2003.

## 5 Referenser

### Offentligt tryck

SOU 1992:49 EES-anpassning av marknadsföringslagstiftningen

SOU 1993:59 Ny marknadsföringslag

SOU 2006:76 Otillbörliga affärsmetoder

Prop. 1970:57 Förslag till lag om otillbörlig marknadsföring, m.m

Prop. 1975/76:34, Förslag till en ny marknadsföringslag, m.m

Prop. 1994/95:123 Ny marknadsföringslag

Prop. 1999/2000:40 Obeställd reklam

Prop. 2003/04:43 Obeställd e-postreklam

Marknadsföringslagen (SFS 1995:450)

KOM (2001) 531, slutlig. Grönbok om konsumentskyddet inom Europeiska union. Bryssel 2.10.2001

KOM (2003) 356, slutlig. Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder. Bryssel 18.6.2003

Rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984, om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam

Rådets direktiv 2005/29/EG, av den 11 maj 2005, om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden

### Rättspraxis

MD 1976:8

MD 1983:16

MD 1990:27

MD 1994:30

MD 2000:22

MD 2001:17

MD 2001:28

MD 2002:3

MD 2003:31

MD 2003:33

MD 2004:5

## EG-domstolen

Mål C-313/94 *Graffione*. REG 1996, s. I-06039  
Mål C-210/96 *Gut Sprinenheide*. REG 1999, s. I-4657  
Mål C-228/98 *Estée Lauder*. REG 2000, s. I-117

## Litteratur

- Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, 2005. *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices*. Report for the Nordic Council, Committee on Consumer Affairs.
- Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, 2005. ”EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?”. s. 236 – 262 i *Europarättslig tidskrift*. Nr. 2/2005.
- Bruun Nielsen, Anne.Dorte, 2002. *Harmonisation of EU Marketing Law. Analysis of Advantages and Disadvantages Regarding a Regulation of EU Marketing Law*. TemaNord 2002:509.
- De Groote, Bertel; De Wulder, Kristof, 2007. ”Commercial Practices: Analysis of Directive 2005/29”. S. 16 – 42 I *Journal of Business Law*. January Issue.
- Esaiasson, Peter; Gilljam, Mikael; Oscarsson, Henrik; Wängnerud, Lena, 2004. *Metodpraktikan. Konsten att studera samhälle, individ och marknad*. Andra upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.
- Hellner, Jan, 2001. *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögensrätt*. Lund: Gotab.
- Styck, Jules; Terryn, Evelyne; Van Dyck, Tom, 2006. ”Confidence through fairness? The new directive on business-to-consumer commercial practice in the internal market” s. 107 – 152 I *Common Market Law Review*. Feb 2006; 43; 1.

## Internet

Pressmeddelande IP/03/857, Bryssel 18.06.2003, om direktiv 2005/29/EG  
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/857&format=HTML&aged=1&language=SW&guiLanguage=en> den 8 maj 2007

EG-fördraget – Romfördraget. Konsoliderad version, från Europeiska unionens officiella tidning C 321E av den 29 december 2006

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/oj/2006/ce321/ce32120061229sv00010331.pdf>  
Den 8 maj 2007

En bra överblick över vägen fram till direktiv 2005/29/EEG

[http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=sv&DosId=183711#363768](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=sv&DosId=183711#363768) den 16 april 2007

Information från [www.eu-upplysningen.se](http://www.eu-upplysningen.se) om ömsesidigt erkännande  
[http://www.eu-upplysningen.se/templates/EUU/standardRightMenuTemplate\\_1708.aspx](http://www.eu-upplysningen.se/templates/EUU/standardRightMenuTemplate_1708.aspx)  
den 24 april 2007

Internationella handelskammaren  
<http://www.icc.se/> den 2 maj 2007

Internationella handelskammarens Grundregler för reklam  
<http://www.icc.se/policy/marknad/koder/svenska/grundregler.pdf>  
den 2 maj 2007

Marianne Levin, kommentar till marknadsföringslagen i Karnov – svensk  
lagsamling med kommentarer. [www.westlaw.se](http://www.westlaw.se)

### **Övriga källor**

Telefonsamtal med en tjänsteman på Konsumentenheten inom Integrations- och Jämställdhetsdepartementet, den 14 maj 2007. Enligt departementets policy får tjänstemannens namn inte framgå i texten, således har detta också utelämnats.