



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sophia Lagerholm
Cecilia Tholse

.com – en analys av
domännamn med bakgrund av
amerikansk varumärkesrätt

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Lennart Svensäter

Ämnesområde
Immaterialrätt

Termin
VT 1998

Innehåll

FÖRKORTNINGAR	1
INLEDNING	2
Presentation av ämnet.....	2
Frågeställningar och syfte.....	2
Forskningsläge och metod.....	3
Den fortsatta framställningen	3
VAD ÄR INTERNET?.....	5
Bakgrund	5
Teknisk Uppbyggnad.....	6
Användningsområden.....	7
Internetkulturen	9
MARKNADSFÖRING VIA INTERNET	10
Internet som marknadsplats och marknadsföringsforum.....	10
Marknadsföring via WWW	11
Marknadsföring via e-post/elektroniska konferenser	13
PRESENTATION AV MARKNADSRÄTTEN	15
Vad är marknadsrätt?.....	15
Marknadsföring och reklam.....	15
Regler om marknadsföring	16
MARKNADSFÖRINGSLAGEN - och dess tillämpningsområde.....	18
Marknadsföringslagens syfte, uppbyggnad och sanktioner.	18
Marknadsföringslagens tillämpningsområde.....	19
Allmänna principer.....	19
Gränsdragning till yttrandefriheten.....	20
Marknadsföringslagens territoriella begränsning	21
Marknadsföringslagens tillämpning på Internet	22
Generella konstateranden	22
Yttrandefrihet på Internet	23
Reklam riktad mot den svenska marknaden ?.....	24
Sammanfattning och slutsatser	25
MATERIELLA KRAV PÅ MARKNADSFÖRINGEN	27
Allmänt om marknadsföringslagens materiella bestämmelser	27
Förbudskatalogen	27
Generalklausulen - renommésnyltning och misskreditering	28
Otillbörlig marknadsföring via Internet.....	30
Generella konstateranden	30
Det normativa bedömningsunderlaget - ICC:s riktlinjer	30
Internet som medium	32
Med fokus på Webben.....	33
Allmänt.....	33
Marknadsföring av marknadsföringen.....	33
Infomercials	35
Särskilt om reklam via e-post och elektroniska.....	35
konferenser	36

Sammanfattning och slutsatser	36
ANSVAR FÖR OTILLBÖRLIG REKLAM	38
Det marknadsrättsliga ansvaret.....	38
Ansvar för marknadsföring via Internet	40
Vem ansvarar på Internet?	40
Lagförslag om ansvar för elektroniska anslagstavlor	41
Marknadsföringens aktörer	42
Frågan om medverkandeansvar	43
Sammanfattning och slutsatser	45
JURISDIKTION	47
Huvuddragen i svensk internationell privat- och processrätt	47
Internationell privat- och processrätt	47
Svensk Domsrätt.....	47
Lagval	48
Verkställande	49
Svensk jurisdiktion över marknadsföring via Internet	49
Marknadsdomstolens jurisdiktion	49
Internet och jurisdiktionsproblematiken.....	51
Sammanfattning och slutsatser	53
INTERNATIONELLA ASPEKTER	54
Internet - ett ”överreglerat” medium?.....	54
Sändarlandets princip	54
Sammanfattning och slutsatser	55
SAMMANFATTNING OCH AVSLUTANDE SYNPUNKTER.....	57
LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING	60

FÖRKORTNINGAR

ARPAnet	Advanced Research Projects Agency Network
Art	Artikel
BBS	Bullitin Board System
DNS	Domain Name System
EG	Europeiska Gemenskapen
EES	Europeiskt Ekonomiskt Samarbetsområde
E-post	Elektronisk Post
EU	Europeiska Unionen
FTP	File Transfer Protocol
GD	Gemenskapsdomstolen
ICC	International Chamber of Commerce
INTERNET	Interconnected Computer Networks
IT	Informationsteknologi
IRC	Internet Relay Chat
KO	Konsumentombudsmannen
KV	Konsumentverket
HD	Högsta Domstolen
HTML	Hypertext Markup Language
HTTP	Hypertext Transfer Protocol
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv del II
Prop.	Proposition
TCI/IP	Transmission Control/Internet Protocol
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SOU	Statens Offentliga Utredningar
STR	Stockholms Tingsrätt
SUNET	Sweden University Network
SvJT	Svensk Juridisk Tidskrift
TF	Tryckfrihetsförordningen
URL	Uniform Resource Locator
YGL	Yttrandefrihetsförordningen
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WWW	World Wide Web

INLEDNING

Presentation av ämnet

Internet är ett världsomspännande nät av datorer som öppnar möjligheter till snabb kommunikation över hela världen. De senaste åren har Internet utvecklats i en kommersiell riktning och utgör idag en betydelsefull marknadsföringskanal för många företag. Traditionell annonsering har kompletterats eller ersatts med informationsspridning via World Wide Web, elektroniska konferenser och e-post. Via Internet kan företagen nå ut med en global marknadsföring till ett lågt pris, utan att behöva gå via traditionella kanaler som tidningar, radio- och TV-företag. Den nya tekniken gör det möjligt för företagen att anpassa marknadsföringen till olika målgrupper, och får potentiella kunder till att aktivt söka efter information istället för att enbart passivt ta emot ett visst budskap.

Denna uppsats skall behandla några rättsliga aspekter på marknadsföring via Internet med beaktande av den befintliga svenska lagstiftningen.

Frågeställningar och syfte

Uppsatsen behandlar flera olika juridiska områden. De övergripande frågeställningarna kan sammanfattas enligt följande:

- Marknadsföringslagens tillämplighet på marknadsföringsåtgärder som vidtas via Internet.
- Internets inverkan på den materiella tillämpningen av marknadsföringslagens bestämmelser.
- Ansvar för en otillbörlig marknadsföring via Internet.
- Marknadsdomstolens jurisdiktion över Internet.

Syftet med uppsatsen är alltså, att belysa och diskutera några av de frågor som kan uppkomma i samband med en framtida domstolsprövning av marknadsföring på Internet. Analysen koncentreras kring de marknadsföringsåtgärder som sker via World Wide Web, men kommer även att i viss mån behandla användande av e-post och elektroniska konferenser i marknadsföringssyfte. Arbetet begränsas till den offentlighetsrättsliga delen av marknadsrätten och fokuserar på marknadsföringslagens bestämmelser. Utanför arbetet faller de avtals- och köprättsliga aspekter av marknadsföringen som tillhör civilrätten.

Forskningsläge och metod

IT-utvecklingen har medfört att många områden inom den traditionella juridiken måste ses över. Den internationella dimensionen gör det viktigt att eventuella omarbetningar av lagstiftningen sker i ett globalt perspektiv med beaktande av såväl ekonomiska som yttrandefrihetsrättsliga aspekter. Den juridiska debatten beträffande Internet har i synnerhet kretsat kring straffrättsliga och civilrättsliga frågor medan den marknadsrättsliga problematiken till viss del har hamnat i skymundan. De senaste årens kommersiella utveckling har emellertid gjort det angeläget att även utreda vilka marknadsrättsliga aspekter på verksamheten via Internet som kan bli aktuella i en framtida domstolsprövning.

Uppsatsen grundas på studier av lagtext, juridisk och ekonomisk litteratur, samt tidskrifter. Inget mål rörande marknadsföring via Internet har ännu varit föremål för Marknadsdomstolens prövning. Inom ramen för detta arbete har emellertid, i den mån det varit intressant för analysen, paralleller gjorts till den praxis som anses vägledande för bedömningen av marknadsföringsåtgärder via andra medier än Internet. Visst utrymme har även ägnats åt de förslag och utredningar som, trots sin provisoriska form, ger en god bild av den fortsatta rättsutvecklingen.

Den fortsatta framställningen

De inledande kapitlen är i huvudsak deskriptiva till sin karaktär och utgör en nödvändig grund för den fortsatta analysen. Kapitel 2 är ägnat åt en beskrivning vad Internet är och i kapitel 3 belyses hur en marknadsföring med användande av de olika Internetfunktionerna kan ta sig uttryck. Kapitel 4 syftar till att ge läsaren en kortfattad presentation av marknadsrätten.

Med kapitel 5 inleds den mer analytiska delen av mitt arbete. För att göra framställningen överskådlig har jag valt att inleda varje kapitel med en deskriptiv redogörelse av den materiella lagstiftningen och därtill anknyttande praxis. Därefter behandlas de frågeställningar som kan uppkomma beträffande den marknadsföring som sker via Internet. Varje kapitel avslutas med en sammanfattning av dragna slutsatser.

Efter en allmän beskrivning av marknadsföringslagen och dess tillämpningsområde behandlas i kapitel 5 frågan om marknadsföringslagens tillämplighet på Internet. I kapitel 6 redogörs i korthet för marknadsföringslagens materiella krav, varefter särskild uppmärksamhet ägnas åt några materiella aspekter på marknadsföring via Internet som kan bli aktuella i en framtida domstolsprövning. Kapitel 7 inleds med en allmän redogörelse av det marknadsrättsliga ansvaret. Därefter belyses frågan om ansvar över Internet samt den proposition om ansvar för elektroniska anslagstavlur som kommer att läggas fram i riksdagen under våren 1998. Kapitlet avslutas med en diskussion om vilka aktörer som kan ställas till

ansvar för medverkan till en otillbörlig marknadsföring via Internet. Kapitel 8 och 9 är ägnade åt vissa internationella aspekter. I Kapitel 8 diskuteras frågan om Marknadsdomstolens jurisdiktion och i kapitel 9 uppmärksammas problemet med att en åtgärd som vidtas via Internet samtidigt kan vara underkastad flera länders lagstiftning. Kapitel 10 innehåller en sammanfattning och avslutande synpunkter.

VAD ÄR INTERNET?

Bakgrund

Det globala nätverk¹ av nätverk som kallas för Internet² har sina rötter i ett internt kommunikationssystem som utvecklades av det amerikanska försvarsdepartementet år 1969. Systemet kallades för ARPAnet.³

Bakgrunden till projektet var rädslan att en kärnvapenattack skulle kunna slå ut försvarets huvuddator och därigenom larmslå all kommunikation. Genom att bygga upp ett "nätverk av nätverk", där alla datorer kommunicerar med varandra istället för via en stordator, skulle det alltid finnas alternativa vägar för kommunikationen att ta sig fram.

På 1970-talet spreds detta kommunikationssystem till universitetsvärlden under namnet Internet. Trafiken på Nätet ökade nu kraftigt och systemet fick en allt mer akademisk prägel. De första internationella kopplingarna ägde rum med England och Norge år 1973. Sverige anslöt sig i slutet av 80-talet via universitetens nätverk SUNET.⁴

År 1993 introducerades World Wide Web (WWW) på Internet, vilket gjorde att informationen blev mer lättillgänglig och användarvänlig. Samtidigt började den tidigare så negativa inställningen till kommersiell verksamhet på Internet att luckras upp.

Internet beräknades år 1996 bestå av över 150 000 sammankopplade nätverk i över 90 länder.⁵ Det totala antalet användare anses uppgå till ca 80 miljoner, fördelade på drygt 55 % i USA, ca 30 % i Europa och övriga 15 % i resten av världen, företrädesvis Asien⁶. I slutet av år 1996 beräknades ca 1 miljon svenskar ha tillgång till Internet, en siffra som beräknas fördubblas under år 1997.⁷ Idag är det de kommersiella delarna av Internet som står för den största tillväxten.⁸

¹ Ett nätverk är ett system av sammankopplade datorer, Thorell, J, IT&Datalexikon, 1997, s. 154.

² Internet står för INTERconnected computer NETworks. En ofta använd synonym till Internet är "Nätet".

³ ARPAnet står för Advanced Research Projects Agency Network.

⁴ SUNET står för Swedish University Network.

⁵ Siffrorna presenteras i SOU 1997:49 s. 137 och är hämtade från Comerford, Lindskog "Elektronisk Publicering" Stockholms Universitet 1996, s.26.

⁶ Rindforth P, Internet - risker och möjligheter, Kungsbacka 1997, s. 8.

⁷ Siffrorna är hämtade från regeringens skrivelse 1997/98:19, "Utvecklingen i informationssamhället". Enligt tidskriften Råd och Rön nr 4/97 s.12 har var fjärde svensk idag tillgång till Internet.

⁸ Den kommersiella utvecklingen har oroat många amerikanska forskare som menar att Internet snart kommer att bli överbelastat. Ett Internet 2 därför är under utveckling.

Jakobsson P, Internet i marknadsföringen & marknadskommunikationen, Lund 1995, s. 71.

Teknisk Uppbyggnad

Internet utgör ett världsomspännande nät av lokala nätverk. Det som binder samman de olika nätverken är ett kommunikationsprogram kallat TCP/IP-protokoll standard⁹ och ett enhetligt adresssystem kallat DNS-systemet.¹⁰ Protokollet transporterar data och information mellan de olika nätverken. Kommunikationen sker genom digitala impulser som, omvandlade till analog form, skickas ut på nätet via de nationella telefonnäten. DNS-systemet gör det möjligt för "Internet" att hålla reda på var en adressat befinner sig samt dirigera de digitala strömmarna dit.¹¹

De lokala nätverk som är anslutna till Internet består vanligen av en värddator (server)¹² och ett antal persondatorer. Det finns i huvudsak två sätt att ansluta sin dator till Internet, via en fast eller en uppringd förbindelse. Den förra innebär att användaren har en ständig uppkoppling till sin värddator och Internet, medan den senare innebär att användaren vid varje uppkopplingstillfälle kommunicerar med värddatorn via det allmänna telenätet med hjälp av ett modem.¹³ Tillgång till en uppringd anslutning förmedlas av en Internetleverantör som själv har en fast förbindelse till Internet.

Varje dator som är uppkopplad till Internet har en numerisk adress (ett IP-nummer). Denna sifferkombination kan registreras om till en alfabetisk Internetadress, ett sk domännamn. Ett domännamn består av två delar, den första delen kallas för topdomän och den andra delen för andradomän¹⁴. Topdomänen anger var andradomänen är registrerad.¹⁵ Topdomänerna kan utgöras av en geografisk förkortning, som "se" för Sverige, eller vara allmänna, som "com", "net" m fl. Andradomänen är den särskiljande delen av Internetadressen och väljs av användaren. Ofta väljs ett företags- eller organisationsnamn som andradomän, men detta kan även utgöras av något annat ord som är att förknippa med innehavaren. Förutsättningarna för att registrera ett domännamn skiljer sig från land till land. I Sverige krävs det normalt sett att det är en organisation som ansöker om registrering.¹⁶ En privatperson får därför ofta sin Internetleverantörs domännamn.

⁹ TCP/IP står för Transmission Control Protocol/Internet Protocol.

¹⁰ DNS står för Domain Name System.

¹¹ Thorell J, Aa, s. 110.

¹² En värddator är en dator som utför vissa uppgifter åt andra datorer eller användare. En värddator som är ansluten till ett nätverk brukar kallas för server. jfr Thorell J, s.195 ,s. 229.

¹³ Ett modem är en enhet som används för att ansluta en dator (digital utrustning) till en telefonlinje (analog förbindelse) jfr Thorell J, Aa, s. 114.

¹⁴ Topdomän och andradomän utgör kärnan i såväl web-adresser som e-post adresser. Se nedan avsnitt 2.3.

¹⁵ Registrering av domännamn sker hos Internet Network Information Center (InterNIC) i USA. InterNIC har delegerat ansvaret till regionala och nationella register. I Sverige sköts registreringen under . se av en organisation som heter NIC-SE.

¹⁶ Om registreringskraven se: ([http:// www.nic.se](http://www.nic.se)).

Användningsområden

Via Internet kan användaren få tillgång till olika IT-tjänster.¹⁷ Till de mest använda tjänsterna hör elektronisk post, informationssystemet WWW och konferenssystemet Usenet-News. Förutom dessa finns bl a protokollet FTP som överför filer, dialogsystemet IRC samt Telnet som erbjuder användarna möjligheten att fjärrstyra datorer vid databassökning.

Elektronisk post (e-post) är den mest använda kommunikationsformen på Internet. E-post gör det möjligt för användarna att skicka elektroniska meddelanden till varandra, vilket går både fortare och är billigare än att skicka vanliga brev. Varje e-postanvändare har en unik adress, som vanligen är uppbyggd på följande sätt: namn @ företag.land.¹⁸ En viktig tilläggfunktion till e-postfunktionen är de sk mailinglistorna. Dessa utgör en form av gruppkommunikation där meddelanden istället för att skickas till uppräknade e-postadressater sänds till en lista med prenumeranternas adresser. När ett meddelande sänds iväg till listans e-postadress skickas det automatiskt iväg till alla som prenumererar på listan.

World Wide Web (WWW eller Webben) är ett system av sammanlänkade websidor. En websida kan beskrivas som ett multimedialt utrymme på Internet som kan fyllas med text, bild eller ljud.¹⁹ Websidorna är sammankopplade via hypertextdokument som innehåller vissa markerade ord eller bilder som utgör länkar till andra dokument. Genom att ”klicka” på de markerade avsnitten kan användaren förflytta sig runt på websidorna och ta del av information oberoende av var i världen servern, som informationen är upplagd på, är belägen.

Varje användare kan skapa en egen websida och fylla det med i princip valfritt innehåll. En websida skapas med en särskild kod som kallas HTML. Denna kod, som är osynlig för användaren, innehåller en samling kommandon som talar om hur texten skall utformas och var bilder skall placeras.²⁰ Sidan läggs upp på en webserver.²¹ Om användaren inte har en fast uppkoppling kan han hyra en plats på annans server. De personer eller företag som yrkesmässigt hyr ut plats på en webserver brukar kallas för *webhotell*.²²

¹⁷ IT-tjänster är teletjänster som utvecklats utifrån informationsteknologin och som först användes internt i lokala nätverk men som senare spritts till globala nätverk som Internet. Som exempel kan nämnas databassökning, filöverföring, datorpost samt elektroniska anslagstavlor. Brinnen M, Ansvar och yttrandefrihet i telemedier, IRI-rapport 1995:2, s. 34 ff.

¹⁸ Det som står före @ talar om *vem* man är och det som står efter talar om *var* man är, dvs domänen. Jfr ovan avsnitt 2.2.

¹⁹ Den sida som utgör huvudsidan till ett företags samlade websidor kallas för *hemsida* och man brukar kalla ett företags samlade websidor för en *site*.

²⁰ Rindforth P, Aa, s.35 ff.

²¹ Det som gör en dator till en webserver är att den kör ett speciellt webserverprogram som kan hantera de ”språk” eller protokoll som är speciella för Webben. Thorell, J, s. 239.

²² Exempel på några välkända webhotell i Sverige är Telia, Tele2 och Algonet.

För att hitta rätt bland de stora informationsmängder som finns på Webben krävs att användaren har tillgång till olika sökverktyg. Netscape Navigator är ett av de vanligare läsprogrammen som läser av information på Nätet. Yahoo och Lycos är exempel på söktjänster som letar reda på information. Genom att skriva in ett sökord på tjänstens hemsida får användaren sökverktygen att läsa av webserverna och att indexera antalet träffar. Om användaren klickar på dessa träffar kommer han till den önskade sidan. Ett annat sätt att söka information på WWW är att använda sig av en websidas unika adress, den sk URL-adressen.²³ En sådan kan se ut på följande sätt: <http://www.lu.se.html>. Genom att skriva in en adress kan användaren ta sig direkt till en önskad websida.

*Usenet-News*²⁴ är samlingsnamnet på de elektroniska konferenser som finns på Internet. En elektronisk konferens (även kallad elektronisk anslagstavla) kan beskrivas som en databas av elektroniska meddelanden.²⁵ I somliga konferenser kan användarna debattera i realtid, i andra tar deltagarna del av materialet och skriver sina inlägg vid olika tidpunkter. Konferenserna är indelade efter ämne i olika sk ”nyhetsgrupper”. En del grupper är modererade, dvs inläggen hamnar hos en person som läser igenom det innan han låter det gå ut i gruppen. De flesta är emellertid omodererade vilket innebär att inläggen, utan kontroll, går rakt ut i gruppen.²⁶ Att skapa en nyhetsgrupp som distribueras över hela Internet är en komplicerad process. Först måste gruppen innehas på prov en tid varefter medlemmarna röstar om gruppen skall finnas kvar och om vilka regler som skall gälla.²⁷ En person som tillhandahåller en nyhetsgrupp/ elektronisk konferens kallas för *systemoperatör*.

De flesta av dagens IT-tjänster har utvecklats i lokala nätverk och har först senare spritts till globala nätverk som Internet. Även om Internet är världens i särklass största nätverk, är det långt ifrån det enda. Det är viktigt att komma ihåg att flera av de tjänster som användaren kan få tillgång till genom Internet också kan erbjudas via andra system.²⁸

²³ URL är adressbenämningen på WWW och står för Uniform Resource Locator. I Sverige registreras webadresser hos SUNET. jfr Thorell, J, A.a, s.229.

²⁴ Usenet är namnet på det nät där de elektroniska konferenserna uppstod. Usenet har numera vuxit ihop med Internet. Städje, J m fl., Stora guiden om Internet, 1995 s. 42.

²⁵ En databas kan beskrivas som ett system i vilket man lagrar stora informationsmängder (datafiler) Thorell J, Aa s.48.

²⁶ Städje, J m fl., Aa, s 42-43.

²⁷ Jacobsson P, Aa, s. 103.

²⁸ BBS:er (Bulletin Board Systems) är exempel på system som erbjuder samma typ av tjänster som finns att tillgå på Internet: e-post, elektroniska konferenser och databassökning. Till skillnad från Internet ingår en BBS emellertid inte i ett nätverk utan är lokalt förankrad. Ursprungligen användes BBS som en generell beteckning datorer med konferenssystem som var tillgängliga via modemuppkopplingar på telefonnätet. Detta har gjort att man idag ibland använder BBS som en synonym till ett konferenssystem /elektronisk anslagstavla. Brinnen M, Aa, s. 36f. samt Thorell J, Aa, s. 22.

Internetkulturen

Internet varken ägs eller kontrolleras av något land eller av någon organisation.²⁹ Utvecklingen av Internet har styrts av användarna själva, dvs från botten och upp snarare än från toppen och ner.³⁰ Den kultur som skapats kring Internet karaktäriseras av att det är ett *interaktivt* medium, vilket innebär att systemet är uppbyggt av en tvåvägskommunikation mellan sändare och mottagare. Istället för att mottagarna, som vid användandet av flera traditionella medier, passivt tar del av information, kan en Internet-användare genom sitt ”klickande” själv avgöra vilken information han vill ta del av samt även till viss del påverka dess innehåll.

Även om det inte finns något centralstyrt regelverk för Internet har det av användarna själva utarbetats vissa regler för uppförandet på Nätet. Dessa regler brukar med en samlad beteckning kallas för *Netikett*.³¹ Netiketten kan beskrivas som en form av underförstådd etik mellan användarna. Det är exempelvis inte tillåtet att förstöra information, göra intrång i andra användares privatliv eller att förolämpa eller förtala andra användare.³² Det finns emellertid inte någon officiell nedteckning av reglernas innehåll, utan dessa kan variera på vilken Internetfunktion som tas i bruk. Det finns inte heller någon ”Internetpolis” som övervakar Netikettens efterlevnad, utan systemet framstår snarare som en form av självreglering, där ett förkastligt beteende vanligtvis sanktioneras av ett bombardemang av protestbrev från andra användare, vilket på Internetspråk kallas för ”flamming”. I fall då det regelstridiga beteendet har gått väldigt långt, riskerar användaren även att bli avstängd från Nätet av sin Internetleverantör.³³

Internets militära och akademiska bakgrund har till stor del kommit att prägla den kultur som vuxit upp kring Nätet. De senare årens kommersiella utveckling har, i kombination med det växande antalet användare, skapat nya förutsättningar för verksamheten. Det tilltagande användandet av Internet som marknadsplats och marknadsföringsforum har medfört att den lojalitet och hjälpsamhet som tidigare karaktäriserade förhållandet mellan användarna har minskat, en omständighet som kan medföra en ökad risk för konflikter rörande verksamheten på Nätet.

²⁹ Det närmaste man kommer till en allomfattande organisation är Internet Society, som är ett frivilligt samarbetsorgan av tekniker som arbetar på Internets utveckling.

³⁰ SOU 1996:40 s. 145.

³¹ Om Netikett se: Rinaldi A, ”User guidelines and Netiquette” (<http://www.fau.edu/rinaldi/net/index/htm>) samt Kronman U, ”Vett och Netikett” (<http://www.it.ki.se/it/handbok/rules.htm>).

³² Kronman U, ”Vett och Netikett” (<http://www.it.ki.se/it/handbok/rules.htm>).

³³ Städje, J mfl., A.a, s.16.

MARKNADSFÖRING VIA INTERNET

Internet som marknadsplats och marknadsföringsforum

De senaste åren har Internet, från att ha varit ett icke-kommersiellt nätverk som i huvudsak användes till att skicka filer och e-post, utvecklats till ett betydelsefullt informationsmedium och en viktig marknadsplats. Den kommersiella utvecklingen av Internet har gått mycket fort. År 1993 ansågs reklam fortfarande "förbjuden" av användarna på Nätet, men inom loppet av tre år omsattes i USA mer pengar på nätreklam än på radioreklam.³⁴ Det är i synnerhet World Wide Web som används som marknadsplats och marknadsföringsforum för företagens produkter. I takt med kommersialismens utbredning ser man emellertid allt oftare att även andra Internetfunktioner tas i bruk för spridande av kommersiella budskap.

Den handel som bedrivs via Internet kan beskrivas som en form av elektronisk postorderförsäljning. I konsekvens härmed är det företag som redan bedriver postorderförsäljning som varit snabbast med att etablera försäljningsverksamhet via Nätet. Försäljning av varor sker till största delen på Webben, där företag utformar en websida som ett beställningsformulär för kunderna att fylla i. En del varor, som viss datautrustning och CD-skivor, kan distribueras direkt över nätet, medan andra produkter måste distribueras via traditionella kanaler. I dag står böcker, resor och elektronikvaror för en stor del av den elektroniska handeln, men det finns även exempel på försäljning av andra produkter som matvaror, aktier etc. Beträffande försäljning av tjänster via Internet utmärker sig finansiella tjänster och olika former av konsultverksamhet.³⁵

Utvecklingen av en fungerande handel via Internet har försvårats av diverse tekniska problem. De viktigaste frågorna har varit hur kunderna, i det hav av information som finns på Webben, skall kunna hitta fram till de önskade produkterna samt hur de skall kunna genomföra säkra betalningar direkt över Nätet. Även om problemen till viss del har funnit sina lösningar i upprättandet av särskilda marknadsplatser och i utarbetandet av olika krypteringssystem för kontokortnummer, ställer sig många företagare fortfarande avvaktande inför att starta en regelrätt elektronisk försäljning via Internet.³⁶

³⁴ Rindforth P, Aa , s. 38.

³⁵ Lagergren M, Internet- världens största varuhus, Råd och Rön 4/97 s. 12-14, Vedin, B A "Elektroniska marknader - dagligvara och vision" Teldok info nr 15, 1995 s.7.

³⁶ En undersökning som utfördes på beställning av Computer Sweden år 1996 visade att av 800 svenska företagschefer trodde 61% på ett användande av Internet i marknadsföringen

I takt med att Internet får större genomslagskraft är det troligt att det tekniska motståndet i samhället kommer att minska, vilket kan få som konsekvens att den elektroniska handeln via Nätet får ökad utbredning. I dagsläget är emellertid den kommersiella aktiviteten på Internet dominerad av olika reklam- och marknadsföringsåtgärder. I närmast följande avsnitt skall redogöras för hur en marknadsföringssatsning med utnyttjande av de olika Internetfunktionerna kan ta sig uttryck.

Marknadsföring via WWW

Ett vanligt sätt för företag att använda Internet i marknadsföringen är att presentera sin verksamhet och sina produkter på en websida. På websidan har företaget möjlighet att lägga ut stora mängder information. Materialet kan indexeras i en meny så att varje användare som besöker sidan lätt skall kunna "klicka" sig fram till den information han söker. Interaktiviteten skapar på så sätt möjlighet att, till skillnad från vid användande av traditionella medier, anpassa marknadsföringen efter den enskilda individens önskemål och behov.³⁷ Genom att utnyttja den multimediala teknik som Webben erbjuder kan de marknadsförda produkterna med användande av text, bild och ljud, presenteras på ett för kunden intressant sätt. Då Internet är "öppet" dygnet runt kan ett företag uppdatera materialet på kontinuerlig basis och därmed alltid erbjuda sina kunder färsk information.

Via Webben kan företag nå sina kunder direkt utan att behöva utnyttja dyrbara mellanhänder som tidningar, radio eller TV. Kostnaderna för produktkataloger och annan annonsering kan krympas avsevärt genom att denna information läggs upp på företagets hemsida. För ett företag som satsar på den internationella marknaden är det globala Internet även ett smidigt och billigt sätt att nå ut till en internationell kundkrets. Informationen når i princip lika enkelt en användare i New York som en användare i mörkaste Småland. En marknadsföringssatsning via Webben minskar på så sätt företagets geografiska begränsningar, något som kan få en utjämnande inverkan på konkurrensen mellan små och stora företag.³⁸

Samtidigt som en marknadsföringssatsning via Webben kan erbjuda stora möjligheter för ett företag, innebär ett användande av denna marknadsföringskanal att det ställs höga krav på marknadsföringens utformning och innehåll. På Webben är det användarna som bestämmer vilken information de skall ta del av och företagets investering blir bortkastad om ingen besöker sidorna. För att locka användare är det vanligt att företag, förutom den information som är direkt relaterad till de marknadsförda produkterna, även lägger in annan information på websidan,

varav endast 41% kunde tänka sig att starta upp en försäljning på Internet inom de närmaste 5 åren. Nilsson Å, "Internet är och förblir reklampelare" *Computer Sweden/WWW* nr16, 1996 (<http://www.idg.se/cs/artiklar/1996/16/cscs/a05/a05.htm>).

³⁷ Jakobsson P, Aa, s. 23.

³⁸ Jäger J, Allt du skulle vilja veta om marknadsföring på Internet, Värnamo 1996, s.60ff.

t ex rörande företagets sammansättning, framtida produktutveckling eller allmänna branschnyheter. Denna blandform av reklam och övrig information brukar av marknadsförare kallas för *infomercials*.³⁹ Andra sätt för företag att göra sin sida välbesökt är att lägga in olika moment av underhållande karaktär som tävlingar och olika former av ”övertäckningar”. Det är även vanligt att lägga in listor med länkar till andras websidor, sk hotlists.

För att genomföra en framgångsrik marknadsföringssatsning räcker det emellertid inte med att utforma en spännande websida, denna måste också marknadsföras på ett effektivt sätt. Marknadsföringen kan ske via traditionella medier eller på Webben, dvs i samma medium som används till att marknadsföra själva produkten. Att genomföra en separat reklamkampanj för en website i traditionella medier, som exempelvis tidningar eller TV, torde vara mycket sällsynt. Snarare är det så att företag väljer att komplettera en kampanj, som ändå skulle produceras, med webadressen och en hänvisning till att det där finns mer information att hämta.

Ett vanligt sätt för företag att marknadsföra sin sida på Webben är att köpa annonsplats på annans websida. Priset för en sådan annons varierar beroende på vilket företag det är som upplåter annonsplatsen samt på hur välbesökt sidan är.⁴⁰ Webannonserna består vanligtvis av en sk *banner*, dvs en liten ruta med enkel text eller illustration (vanligen en logotype eller ett varumärke), som användaren kan klicka på för att komma direkt till företagets websida. För att marknadsföringen skall bli verkningsfull rekommenderas företagare att placera ut annonsen på en sida som är välbesökt av den kategori av användare som de försöker nå med sin reklam samt att välja en ”värdsida” som i sig representerar något värde som företaget gärna vill få förknippat med sin produkt.⁴¹ Många av de företag som bedriver handel via Internet väljer även att köpa annonsplats på en av Webbens många marknadsplatser. Dessa fyller samma funktion som ett varuhus, dvs att underlätta för konsumenterna genom att saluföra olika produkter under ”ett tak”.⁴² Många marknadsplatser utgör samtidigt webhotell, dvs hyr ut webplats till företag på sin server.

Ett annat sätt för företag att göra sin websida synlig på Webben är att anmäla webadressen till ett företagsindex eller till en söktjänst. Skillnaden mellan ett index och en söktjänst kan liknas vid nummerupplysning och gula sidorna. Nummerupplysningen (söktjänsten) ringer man då namnet på företaget är känt. Gula sidorna (indexet) används för att skaffa mer

³⁹ Ordet ”infomercials” utgör en kombination av de engelska orden information och commercials. Jakobsson P, Aa, s.72.

⁴⁰ En av de mest välbesökta sidorna på Webben är Time Warners hemsida (<http://www.pathfinder.com>) Enligt uppgift kostar det runt 30 000 dollar i månaden för att ha en annons på denna sida. Jakobsson, P, Aa, s. 97.

⁴¹ Jakobsson P, Aa, s. 97 samt Jäger J, Aa, s. 80.

⁴² Två svenska marknadsplatser är Telias ”passagen” (<http://www.passagen.se>) och postens ”torget” (<http://www.torget.se>).

information om företag inom ett visst verksamhetsområde.⁴³ Till söktjänsterna kan företaget, förutom webadressen, även anmäla vissa nyckelord. Dessa ord kan antingen representera befintlig text på sidan eller ”gömmas” i HTML-koden. Varje gång som en användare skriver in ett sökord som passar in på den anmälda adressen eller nyckelordet kommer företagets sida upp i listan på träffar. Genom att klicka på träffarna tar sig sedan användaren direkt till företagets sida. Valet av särskiljande andradomän i webadressen och valet av nyckelord är sålunda ett viktigt led i marknadsföring via Webben och kan, om de utnyttjas rätt, få samma värde för ett företag som ett varumärke.⁴⁴

Marknadsföring via e-post/elektroniska konferenser

Även andra Internetfunktioner än World Wide Web kan användas i marknadsföringen. Först och främst kan de användas i kombination med en reklamsatsning via Webben, exempelvis genom att företaget utrustar sin hemsida med e-postfunktion och på så sätt etablerar en direktkontakt med användarna. Företagsrepresentanter kan även hålla sig à jour med användarnas önskemål och behov genom att följa debatter i nyhetsgrupperna och kan eventuellt själv skriva inlägg som undertecknas med angivande av e-post- eller webadress. Genom att använda sig av mailinglistor, kan företag på kontinuerlig basis skicka ut information om produktutvecklingen till prenumererande kunder.

I takt med Internets kommersialisering har emellertid e-post och de elektroniska konferenserna även börjat användas av företag för att sprida renodlade reklammeddelanden. Då dessa funktioner ofta tas i bruk av användare i ett icke-kommersiellt syfte, kan ett dylikt förfarande möta både omedelbara och hårda protester.

Ett mycket omstritt sätt att använda e-postfunktionen i marknadsföringen är att skicka ut massreklam via e-post. Detta kallas i Internetsammanhang för ”spamming”. Reklamföretag dammsuger de elektroniska konferenserna på e-postadresser och säljer dem till företag som sedan använder dem för att massdistribuera reklam. För några hundralappar om dagen kan företag på detta sätt pumpa ut reklammeddelanden till miljontals av användare runt om i världen, en reklamsatsning som via traditionella kanaler skulle ha kostat flera hundratusentals kronor.⁴⁵ Till skillnad från den information som sprids via mailinglistor har användarna beträffande massreklamen inte anmält något intresse av att ta emot informationen och har heller inte någon möjlighet att tacka nej. Förfarandet anses ofta strida mot Netikettens regler om gott uppförande på Nätet och de företagare som marknadsför sig på detta sätt riskerar att bli utsatta för användarnas protestbrev i form av ”flaming”.

⁴³ Jäger J, Aa, s.80 ff. Att delta i söktjänster och index är ofta gratis.

⁴⁴ Om varumärken se t ex: Heveus E, Varumärken i globala nätverk, Stockholm 1997.

⁴⁵ Pedersen H, ”Reklam dränker Internet” Sds 14/9 1995
(<http://www.Sds/red/internet/net96/dataavd37.html>).

Hittills har massreklam via e-post i synnerhet varit ett problem för Internetanvändare i USA. Det senaste året har man emellertid kunnat notera en kraftig ökning även i Europa.⁴⁶

Vissa företag väljer även att skicka reklammeddelanden till elektroniska konferenser. I stort sett vem som helst kan skriva ett inlägg till en nyhetsgrupp och den rörliga kostnaden för en reklamåtgärd via denna kanal är i princip lika med noll. Netikettreglerna beträffande kommersiella inlägg till nyhetsgrupper varierar i olika grupper. I somliga nyhetsgrupper är reklam förbjuden, i andra är den tolererad. Rent ”försäljningssnack” uppskattas emellertid sällan utan kan, precis som beträffade massreklam via e-post, leda till omedelbara och hårda protester från andra användare.⁴⁷ De reklaminlägg som skickas till elektroniska konferenser på Internet utformas därför ofta på ett mycket kortfattat, sakligt och informativt sätt.⁴⁸

⁴⁶ Karlsén K, ”Reklamterror hotar användare av e-post” *Computer Sweden* /WWW (<http://www.idg.se/cs/artiklar/1996/74/cscs/al4a/al4a.htm>) samt Stjernström M, ”Skräpposten på väg hit”, *Dagens IT*, 17 juni 1997.

⁴⁷ Som ett klassiskt exempel kan nämnas den amerikanske advokaten Laurence Cantor som sände ett tvivelaktigt reklamerbjudande till samtliga grupper på Usenet. Internetleverantören, som försåg Cantor med sin förbindelse, dränktes i protester. Efter några tusen brev stängde bolaget av Cantor, men ytterligare 20 000 brev kom vilket till slut ledde till att servern kraschade.

⁴⁸ Andreasson T, ”Reklam eller massbrev” (<http://www.tyreso.se/infobas/forening/andra/indebatt/massbrev.html>).

PRESENTATION AV MARKNADSRÄTTEN

Vad är marknadsrätt?

I den svenska rättsordningen finns en samling rättsregler som har till uppgift att dra upp rättsliga gränser för företagens verksamhet på marknaden genom ramregler för företags etablering, konkurrens, marknadsföring och konsumentskydd. Det är denna samling ramregler som med en gemensam beteckning utgör marknadsrätten.⁴⁹ Inom den ram som de marknadsrättsliga reglerna drar upp vidtas en mängd enskilda transaktioner som köp, uthyrning etc. Dessa transaktioner regleras av den civilrättsliga lagstiftningen.

Marknadsföring och reklam

I ekonomisk litteratur används termen ”marknadsföring” ofta i en mycket vidsträckt betydelse, inbegripande i princip all verksamhet i den långa processen från produktframtagning fram till de åtgärder som vidtas efter slutlig försäljning.⁵⁰ I juridiska sammanhang brukar begreppet användas i en snävare bemärkelse, endast omfattande de åtgärder som sker i ett avsättningsfrämjande syfte.⁵¹ I den nya marknadsföringslagen från 1995 anges att som marknadsföring skall anses ”reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter” (3 § MFL). Denna definition omfattar således även den annonsering som sker i inköpssyfte, vilket är en nyhet i förhållande till den äldre lagen från 1975.

Reklam utgör en form av marknadsföring.⁵² Vanligtvis brukar begreppet reklam förstås som ”kommersiella, betalda budskap som sprids via medier av olika slag i avsättningsfrämjande syfte och som härrör från en identifierbar sändare”.⁵³ Viktiga former av reklam som inbegrips i denna definition är bl a: annonsering i tidskrifter, direktreklam till hushåll, TV-reklam och olika former av utomhusskyltning. Däremot klassas inte muntlig säljargumentering till en viss kund eller andra säljfrämjande åtgärder som pristävlingar eller erbjudanden, som reklam. Dylika åtgärder omfattas emellertid av det vidare begreppet marknadsföring. I detta arbete kommer begreppen reklam och marknadsföring i viss utsträckning att användas som synonymer.

⁴⁹ Bernitz, Svensk marknadsrätt, Stockholm 1991 s. 3.

⁵⁰ Bernitz U, Aa, s. 88.

⁵¹ Termen marknadsföring infördes i juridiken via marknadsföringslagen (1975:1418).

⁵² Om avgränsningen av begreppet reklam se t ex: Levin M, Satellitreklam och konsumentskydd, Kristianstad 1987, s.17ff.

⁵³ Bernitz U, Aa, s. 88ff.

Regler om marknadsföring

I Sverige finns den övergripande och generella regleringen av marknadsföring och reklam i marknadsföringslagen (1995:450).⁵⁴ Marknadsföringslagen kompletteras dels av produktspecifika lagar för marknadsföring av läkemedel, alkohol, tobak m fl, dels av mediespecifika regler för marknadsföring i vissa medier (radio, TV m fl). Därutöver finns speciallagstiftning som prisinformationslagen och lagen om namn och bild i reklam. I den mån dessa lagar inte innehåller egna sanktionssystem anknyter de till marknadsföringslagens bestämmelser.

Förutom den marknadsrättsliga regleringen erbjuder även den civilrättsliga lagstiftningen ett visst skydd mot otillbörlig marknadsföring. Enligt allmänna köprättsliga principer (se Köplagen, Konsumentköplagen m fl) är en vara, som inte stämmer överens med de uppgifter som lämnats vid marknadsföringen, behäftad med fel, vilket ger köparen rätt att göra gällande civilrättsliga påföljder (innehållande av betalning, avhjälpande, omleverans, hävning, skadestånd etc).

Vid tolkning och tillämpning av den svenska marknadsrätten måste även den EG rättsliga lagstiftningen och Gemenskapsdomstolens (GD) praxis tas i beaktande. I Maastrichtfördragets art 129a har införts ett målstadgande om en hög konsumentskyddsnivå inom Gemenskapen.⁵⁵ Enligt p.3 i detta stadgande hindrar inte eventuella Gemenskapsrättsliga åtgärder att medlemsstaterna upprätthåller eller inför strängare regler under förutsättning att de är förenliga med fördraget. Av central betydelse är härvid art. 30 samt art. 59 som förbjuder medlemsstaterna att införa kvantitativa importrestriktioner eller ”åtgärder med motsvarande verkan” på varor respektive tjänster om inte annat föreskrivs i fördraget. Artiklarna 36 och 56 möjliggör vissa undantag, exempelvis av hänsyn till allmän moral och säkerhet eller för att skydda människors liv och hälsa.

Medlemsstaterna har antagit två minimidirektiv om reklam: direktivet om vilseledande reklam (84/450/EEG) och det sk TV-direktivet (89/552/EEG), som bl a innehåller regler för reklam i gränsöverskridande TV-sändningar via satellit.⁵⁶ Det finns även ett direktiv om oskäliga villkor i konsumentavtal (93/13/EEG) som innefattar såväl marknadsrättsliga som civilrättsliga skyddsregler. Generellt sett går harmoniseringen av den marknadsrättsliga lagstiftningen relativt långsamt inom EU. Detta förhållande har förklarats

⁵⁴ 1995 års marknadsföringslag (MFL) ersätter den tidigare gällande lagen från 1975 (1975:1418). De stora förändringarna ligger i sanktionssystemet och i införandet av en marknadsföringsavgift istället för straff. De förändringar som skett i de materiella bestämmelserna innebär att marknadsdomstolens praxis under 25 år lagfästs och preciserats i vad som brukar kallas för ”förbudskatalogen”.

⁵⁵ Fördraget om den Europeiska Unionen, Maastricht den 7 februari 1992

⁵⁶ Direktiven har inkorporerats i svensk lag via 6 § resp. 2 § MFL.

med att marknadsrätten i flera Gemenskapsstater inte är ”fristående” utan utgör en del av konkurrensrätten.⁵⁷

⁵⁷ Svensson, CA m fl. Praktisk marknadsrätt, Stockholm 1996 s. 582ff. En tendens till en materiell EG-rättslig marknadsrätt kan enligt Bogdan utläsas ur Gemenskapsdomstolens senare praxis. Bogdan M, Marknadsföringslagen i EES-rättslig belysning, SvJT 1994: s.277ff.

MARKNADSFÖRINGSLAGEN - och dess tillämpningsområde

Marknadsföringslagens syfte, uppbyggnad och sanktioner.

Den centrala regleringen av hur marknadsföring får gå till i Sverige regleras av marknadsföringslagen. Syftet med lagen är att skydda konsumenters och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter samt att motverka sådan marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare (1§ MFL).

Marknadsföringslagens i materiellt hänseende centrala bestämmelser utgörs av en generalklausul i 4 § MFL samt av en sk förbudskatalog som innehåller mer preciserade krav och förbud (5-13§§ MFL). All marknadsföring som sker i strid mot dessa regler är enligt lagen att betrakta som *otillbörlig*.

De sanktioner som kan drabba en marknadsföringsåtgärd med stöd av marknadsföringslagen beror på vilken bestämmelse i lagen som den ifrågasatta åtgärden anses strida emot. På grund av generalklausulens generella karaktär har det inte ansetts möjligt att knyta strängare sanktion till denna bestämmelse än ett *förbud*, normalt förenat med vite, mot att fortsätta med åtgärden (15§ MFL). Rör det sig om en överträdelse av informationsskyldigheten i 4§ 2 st MFL kan näringsidkaren även åläggas att komplettera reklamen med ytterligare information, ett sk *informationsföreläggande* (15 § MFL).

Bestämmelserna i förbudskatalogen är kopplade till strängare sanktioner än generalklausulen och kan, förutom förbud och åläggande, även leda till utdömmande av en marknadsstöringsavgift och/eller skadestånd.

Marknadsstöringsavgiften är en direktverkande ekonomisk påföljd som i 1995 års marknadsföringslag ersätter de tidigare gällande straffstadgadena. För att en marknadsstöringsavgift skall utdömas krävs att överträdelsen *stör* marknads funktion samt att åtgärden vidtagits med uppsåt eller av oaktsamhet. Marknadsstöringsavgiften skall fastställas till lägst 5000 kronor och högst 5 miljoner kronor. Beloppet tillfaller staten (22-28§§ MFL).

Utdömmande av *skadestånd* kan enligt marknadsföringslagen aktualiseras i två fall, dels vid överträdande av meddelat förbud eller åläggande, dels vid en kränkning av någon av katalogbestämmelserna i 5-13§§. I båda fallen krävs att överträdelsen begåtts med uppsåt eller av oaktsamhet. Såväl en konsument som annan näringsidkare som blivit ekonomiskt lidande på grund av en otillbörlig marknadsföringsåtgärd har möjlighet att begära

skadestånd.⁵⁸ En nyhet i 1995 års marknadsföringslag är att skadestånd även kan erhållas av en näringsidkare som inte står i konkurrensförhållande till upphovsmannen, under förutsättning att adekvat kausalitet mellan åtgärd och skada föreligger i det enskilda fallet.(29-30§§MFL).

Talan mot en otillbörlig marknadsföringsåtgärd väcks vid Stockholms tingsrätt och kan överklagas till Marknadsdomstolen.⁵⁹ Talan om utdömmande av vite och skadestånd kan även väckas i allmän domstol enligt reglerna i 10 kap. RB (40-41§§).

Talan om förbud och åläggande kan väckas av Konsumentombudsmannen (KO), en näringsidkare som berörs av marknadsföringen eller en sammanslutning av konsumenter, näringsidkare eller löntagare (38 §MFL). Talan om marknadsstörningsavgift väcks av KO, men enskild näringsidkare och sammanslutning av näringsidkare har subsidiär talerätt (39§ MFL).

Konsumentombudsmannen kan ta upp ett mål på eget initiativ eller efter anmälan. Finner KO att åtgärden strider mot MFL tar han kontakt med näringsidkaren, meddelar denne sin ståndpunkt och begär ett yttrande. Kan en rättelse inte nås på frivillig väg har KO möjlighet att föra talan vidare till domstol. I fall av mindre vikt kan KO istället för att gå till domstol, själv meddela näringsidkaren ett förbuds- eller informationsföreläggande.⁶⁰

Marknadsföringslagens tillämpningsområde.

Allmänna principer

Som inledningsvis påpekades har marknadsföringslagen ett dubbelt syfte, dels att skydda konsumenternas intresse av en tillbörlig reklam, dels att skydda näringsidkares intresse av att konkurrensen inte bedrivs på ett ohederligt sätt. Lagen är tillämplig då näringsidkare marknadsför eller själv efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet och är även tillämplig på sådana televisionssändningar som omfattas av TV-direktivet (2 § MFL).⁶¹

Begreppen näringsidkare och konsument definieras inte i marknadsföringslagen, men enligt förarbetena skall näringsidkare förstås i

⁵⁸ Konsumenten kan till exempel ha lockats till ett säljställe genom vilseledande reklam (6§ MFL) och bör kunna erhålla skadestånd för sina kostnader att komma i kontakt med säljaren samt för ev. tidsförlust . Prop.1994/95:123 s.179.

⁵⁹ Detta är en nyhet i 1995 års MFL. Tidigare var Marknadsdomstolen första och sista instans i marknadsrättsliga mål.

⁶⁰ För en mer ingående behandling av marknadsföringslagen hänvisas till den allmänna marknadsrättsliga litteraturen, t ex : Svensson CA m fl. Praktisk marknadsrätt, Stockholm 1996.

⁶¹ Lag 1992:1356 om satellitprogram till allmänheten och som kan tas emot endast i något annat land som är bundet av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet) jfr Direktiv 89/552/EEG.

vidsträckt bemärkelse, inbegripande både fysiska och juridiska personer som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art.⁶² Ordet konsument syftar i första hand på privatpersoner men innefattar även andra som skall förvärva en produkt för slutlig konsumtion.⁶³

Marknadsföring definieras i marknadsföringslagen som ”reklam och andra åtgärder som är ägande att främja avsättningen av och tillgången till produkter”. Ordet produkt utgör en samlingsbeteckning för allt som kan omsättas på marknaden (3 § MFL). Enligt förarbetena är marknadsföringslagen avsedd att kunna tillämpas på marknadsföringsåtgärder *i alla medier*, även på åtgärder som riktas direkt mot en enskild individ.⁶⁴

Marknadsföringslagens till synes vida tillämpningsområde är föremål för två viktiga begränsningar. Utanför lagens tillämpningsområde faller dels sådana marknadsföringsåtgärder som skyddas av den yttrandefrihets-rättsliga lagstiftningen dels, sådana åtgärder som ej är riktade mot den svenska marknaden (territoriell begränsning).

Gränsdragning till yttrandefriheten

Att valet av framställningssätt är utan betydelse för marknadsföringslagens tillämplighet är en sanning som kräver viss modifikation. I Sverige finns det ett särskilt grundlagsstadgat skydd för yttranden i vissa medieformer. I Tryckfrihetsförordningen (TF) finns ett skydd för yttranden i tryckta skrifter, och sedan 1992 tillförsäkrar Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) ett likartat skydd för yttranden i bl a radio, TV och film. Lagarna bygger på vissa gemensamma principer som censurförbud, etableringsfrihet, ensamansvar för ansvarig utgivare etc.

Enligt etablerad praxis är marknadsföringslagens tillämplighet på marknadsföringsåtgärder som vidtas via dessa skyddade medieformer, utan särskilt stöd i grundlag, begränsad till yttranden av *rent kommersiell natur*, dvs som har ett rent kommersiellt syfte och rena kommersiella förhållanden till föremål.⁶⁵ Detta innebär bland annat, att politisk marknadsföring helt faller utanför lagens tillämpningsområde.

Beträffande yttranden som är av blandad karaktär, dvs som samtidigt innehåller reklam- och opinionsbildande inslag, kan det i vissa fall bli fråga om att pröva *en del* av åtgärden enligt den marknadsrättsliga lagstiftningen och *en del* med stöd av de yttrandefrihetsrättsliga reglerna. För de fall då det är svårt att avgöra vad som utgör ett kommersiellt- respektive icke-

⁶² Prop. 1970:57 s. 64.

⁶³ Prop. 1970:57 s. 88.

⁶⁴ Prop. 1994/1995:123 s. 48.

⁶⁵ Frågan om gränsdragning mellan tryckfrihet och reklam har belysts närmare av Högsta Domstolen i två avgöranden (NJA 1971 s. 589 och 1977 s. 751), båda meddelade med anledning av ansökan om resning av Marknadsdomstolens beslut. Se även t ex MD 1987:21 samt Svensson C A m fl., Aa, s. 31.

kommersiellt yttrande, bör enligt förarbetena till den äldre marknadsföringslagen, det grundlagsstadgade skyddet alltid ges företräde framför de marknadsrättsliga reglerna.⁶⁶

Marknadsföringslagens territoriella begränsning

Utgångspunkten är, att marknadsföringslagen är en svensk lag som reglerar marknadsföringsåtgärder vidtagna inom Sveriges gränser. Lagen är vad man brukar kalla *territoriellt begränsad*. Denna begränsning innebär emellertid inte att alla marknadsföringsåtgärder som vidtagits i utlandet automatiskt faller utanför lagens tillämpningsområde. I propositionen till den äldre marknadsföringslagen uttalades beträffande lagens tillämplighet på åtgärder med internationell anknytning bl a följande:

”Huvudsyftet med den föreslagna lagen är att sörja för att vissa normer iakttas (sic!) inom reklam och marknadsföring på den svenska marknaden. Avgörande för om generalklausulen skall tillämpas på en viss åtgärd bör därför vara om åtgärden är inriktad på en svensk publik. Var åtgärden har företagits är däremot i princip utan betydelse. Generalklausulen bör sålunda kunna tillämpas på reklammaterial som har producerats i utlandet och därefter distribuerats till mottagare i Sverige. Detta bör gälla vare sig om reklamen är särskilt inriktad på Sverige eller vänder sig till en internationell publik, däribland den svenska. Om reklamen i och för sig avser bara en viss utländsk marknad bör generalklausulen inte vara tillämplig. Det bör således inte vara möjligt att ingripa mot en utländsk tidning, vilken primärt är avsedd för spridning i andra länder, även om vissa exemplar av tidningen skulle förekomma här i landet. Det sagda gäller även åtgärder som vidtas av svenska företag”⁶⁷

Med stöd av detta uttalande kan man således konstatera att marknadsföringslagens tillämplighet är oberoende av reklamens geografiska ursprung. Den territoriella begränsningen utgörs istället av ett krav på att åtgärden är riktad *mot svensk publik och den svenska marknaden*. Beroende på om så är fallet kan en utländsk reklamåtgärd falla inom lagens tillämpningsområde, medan en marknadsföringsåtgärd som vidtagits inom Sveriges gränser faller utanför. Vilka kriterier som skall avgöra *när* en marknadsföringsåtgärd är att anse som riktad mot den svenska marknaden anges inte närmare i förarbetena, utan svaren får istället sökas i praxis.

Frågan om marknadsföringslagens tillämplighet på reklam med internationell anknytning har endast i begränsad omfattning varit föremål för prövning i svensk domstol. Vissa vägledande principer för tillämpningen av kriteriet ”riktat till den svenska marknaden” kan emellertid hämtas från Marknadsdomstolens domskäl i det sk *Scanorama-målet* (MD 1989:6).

Scanorama-målet rörde de svenska reglernas tillämplighet på tobak- och alkoholreklam i SAS tidskrift Scanorama. Tidningen är av internationell karaktär och förekommer i synnerhet på SAS internationella flygningar. Den figurerar emellertid även på vissa inrikesflygningar i Sverige, vilket föranledde KO att väcka en förbudstalan i Marknadsdomstolen. Fråga

⁶⁶ Prop. 1970:57 s.65 ff.

⁶⁷ Prop. 1970:57 s. 93. I propositionen till nya marknadsföringslagen finns inget som tyder på att detta förhållande inte fortfarande skulle gälla.

uppkom om reklamen, med tanke på tidningens internationella karaktär, kunde prövas med stöd av de svenska reglerna.⁶⁸

Marknadsdomstolen betonade, att ett avgörande i frågan om en utländsk reklam är riktad på en svensk publik och den svenska marknaden, måste grundas på en *helhetsbedömning* i varje enskilt fall. Beträffande Scanorama tog Domstolen följande omständigheter i beaktande:

”Scanorama är en tidning för passagerare på flygplan. Tidningar av samma typ förekommer allmänt inom flygtrafiken runt om i världen och har en påtagligt internationell karaktär. Scanorama är avsedd för spridning huvudsakligen på flygplan i internationell trafik och endast en mindre del av upplagan sprids inom Sverige. SAS har gjort gällande att även den del av upplagan som sprids i Sverige är inriktad på utländska resenärer. Att så inte skulle vara fallet har inte ifrågasatts av KO och det saknas anledning att ifrågasätta riktigheten härav. Tidningen är helt engelskspråkig, vilket i sig talar emot att den är riktad till en svensk publik. Tidningens innehåll måste också bedömas vara avsett väsentligen för utländska läsare. De påtalade annonserna är inte heller utformade med särskild inriktning på svensk publik eller den svenska marknaden.”

Marknadsdomstolen kom fram till att annonserna inte var riktade mot den svenska marknaden och att reklamen följaktligen inte föll inom marknadsföringslagens tillämpningsområde. Avgörande för Domstolens bedömning tycks ha varit att tidningen till språk och innehåll var avsett för utländska resenärer samt, att annonserna i sig inte kunde sägas vara utformade för svensk publik eller den svenska marknaden.

Marknadsföringslagens tillämpning på Internet

Generella konstateranden

Beträffande frågan om marknadsföringslagens tillämplighet på Internet, kan först och främst konstateras, att marknadsföringslagen är en lag med generell räckvidd som är avsedd att kunna tillämpas på alla medier. Marknadsföringslagen bör därmed även gå att tillämpa på de marknadsföringsåtgärder som vidtas på Internet. Inom lagens tillämpningsområde faller såväl reklam riktad till allmänheten som till enskilda, vilket gör att marknadsföringslagen förutom att vara tillämplig på de marknadsföringsåtgärder som vidtas via Webben och de elektroniska konferenserna, även kan tillämpas på den reklam som sänds till bestämda adressater via e-post.

För att lagen skall gå att tillämpa i det enskilda fallet krävs emellertid även att marknadsföringsåtgärden i sig uppfyller vissa krav. Endast åtgärder som vidtas i näringsverksamhet, i kommersiellt syfte samt är riktade mot den svenska marknaden faller inom marknadsföringslagens tillämpningsområde. Dessa krav bör även vara tillämpliga på de åtgärder som vidtas via Internet.

⁶⁸ Alkoholreklamlagen (1978:763) och Tobakslagen (1993:581) innehåller inte något eget sanktionssystem. Åtgärder som strider mot reglerna i dessa lagar är enligt 3 § resp 14 § att anse som otillbörliga enligt marknadsföringslagen 4 § 1.

Yttrandefrihet på Internet

I tidigare avsnitt har uppmärksammats, att utanför marknadsföringslagens tillämpningsområde faller sådana icke kommersiella yttranden som vidtas via särskilt skyddade medier. För att på ett så heltäckande sätt som möjligt redogöra för marknadsföringslagens tillämplighet på de åtgärder som vidtas via Internet, är det därför på sin plats att kortfattat uppmärksamma frågan om de yttrandefrihetsrättsliga grundlagarnas tillämplighet på Internet.

Under våren 1997 presenterades en utredning rörande det yttrandefrihetsrättsliga skyddets omfattning på nya elektroniska medier.⁶⁹ Två grupper av tekniker var föremål för granskning : fysiska databärare (CD-ROM) och ”nya medier med hjälp av elektromagnetiska vågor” (e-post, elektroniska anslagstavlor, informationsdatabaser etc).

Utredarna ställer sig avvisande till en teknikberoende grundlagstiftning och till en utvidgning av de i grundlagarna skyddade medieformerna till att omfatta de ovan nämnda teknikerna. Lagens terminologi ändras emellertid något till att omfatta ” ljudupptagningar och andra tekniska upptagningar ,” en ändring som endast torde omfatta de fysiska databärarna. De ”nya medierna med hjälp av elektromagnetiska vågor” får därmed även fortsättningsvis passas in i den nuvarande lagtexten, i huvudsak genom en extensiv tolkning av reglerna om radiosändningar i 1:6 samt 1:9 YGL.

Beträffande Internet konstaterar utredarna, att Internet ännu ej funnit sina former på ett sådant sätt att det kan anses utgöra ett nytt medium i sig . I väntan på en framtida utveckling får frågan om yttrandefrihetens omfattning på Internet därmed avgöras med beaktande av varje tillämpning för sig.⁷⁰ Konsekvensen av utredarnas ställningstagande blir, att yttrandefrihetens omfattning på Internet kan variera beroende på vilken Internetfunktion (Webben, e-post, elektroniska konferenser) som tas i bruk för att förmedla yttrandet.⁷¹ Då det är vanligt att Internetfunktionerna används i kombination kan detta synsätt vara förenat med stora praktiska svårigheter och skapar ett osäkert rättsläge för användarna. Samtidigt är det emellertid svårt att se hur man skulle kunna införa en särskild lagstiftningslösning beträffande de yttranden som äger rum via Internet. Flera av de kommunikationsformer som erbjuds via Internet finns även att tillgå via andra system, och de juridiska lösningarna måste gå att tillämpa på samtliga av dessa. Ur marknadsrättslig synvinkel torde det oklara rättsläget rörande yttrandefrihetens omfattning på Internet, öka risken för besvärliga gränsdragningsproblem mellan marknadsföringslagens och yttrandefrihetsgrundlagarnas tillämpningsområde.

⁶⁹ SOU 1997:49 ”Grundlagsskydd för nya medieformer”.

⁷⁰ SOU 1997:49 s.21.

⁷¹ Se ovan i avsnittet beträffande ”nya medier med hjälp av elektromagnetiska vågor ”, samt SOU 1997:49 s.31-78.

Reklam riktad mot den svenska marknaden ?

Marknadsföringslagens territoriella begränsning innebär att lagen endast är tillämplig på företeelser som förekommer på den svenska marknaden. Det är med andra ord en *nödvändig* förutsättning för lagens tillämpning att den ifrågasvarande marknadsföringen sprids inom landets gränser. Denna omständighet är emellertid inte *tillräcklig*. För att en marknadsföringsåtgärd som vidtagits via Internet skall falla under marknadsföringslagens tillämpningsområde, räcker således inte att marknadsföringen de facto kommer att kunna nås av svenska användare. För att lagen skall kunna tillämpas krävs dessutom att marknadsföringen är riktad mot den svenska marknaden.

Ur förarbetena kan utläsas att marknadsföringslagens tillämplighet är oberoende av såväl näringsidkarens nationalitet som reklamens geografiska ursprung. Frågan om när en reklamåtgärd via Internet är att anse som riktad till den svenska marknaden kan därmed bli aktuell vid såväl en svenskproducerad reklamsatsning som i fråga om en reklamåtgärd som sänds via en dator belägen i utlandet. Ur den svenske näringsidkarens synvinkel innebär detta, att det inte går att undandra sig den svenska lagstiftningen genom att flytta lägga upp en websida på en server i utlandet.

Det är svårt att göra några säkra uttalanden om vad som krävs för att en reklam som läggs upp på en websida skall anses riktad till den svenska marknaden. Enligt Marknadsdomstolens domskäl i Scanorama-målet skall en helhetsbedömning av föreliggande anknytningsfakta göras i varje enskilt fall. En faktor som kan få betydelse i en framtida domstolsbedömning, är marknadsföringens språkliga utformning. En på svenska utformad webbreklam bör vara att anse som riktad mot svensk publik och den svenska marknaden. Utformas reklamen på ett annat språk, t ex engelska, krävs det troligen andra kopplingar till Sverige för att åtgärden skall falla under marknadsföringslagens tillämpningsområde. I litteraturen anges som exempel ett angivande av pris i svenska kronor eller en hänvisning till en svensk återförsäljare.⁷² Andra omständigheter som kan tänkas få betydelse är att den marknadsförda produkten finns för försäljning i Sverige, eller att näringsidkaren bedriver stadigvarande näringsverksamhet i landet. Det är även möjligt att websidans placering och val av söktjänst eller index skulle kunna tillmätas viss betydelse vid en helhetsbedömning. Ett utnyttjande av en svensk marknadsplats och svenska söktjänster eller index skulle med denna utgångspunkt anses tala för att reklamen var riktad mot svensk publik och den svenska marknaden.

Samma principer som tillämpas i fråga om Webben borde även kunna tillämpas i fråga om reklamintägg till elektroniska konferenser. Väljer näringsidkaren att göra ett inlägg till en internationellt baserad nyhetsgrupp, får meddelandets utformning och innehållsmässiga anknytningar till Sverige

⁷² Lindberg A, Praktisk IT-rätt, Stockholm 1997, s.52 samt Rindforth P, Aa, s.38.

avgöra om reklamen är riktad mot svenska konsumenter. Ett val av en svenskbaserad nyhetsgrupp torde emellertid, precis som i fråga om användandet av svenska marknadsplatser på Webben, vid en helhetsbedömning anses tala för att reklamen är riktad mot den svenska marknaden.

Massreklam via e-post skiljer sig från de två andra Internetfunktionerna i det att det här rör sig om en direktsänd reklam till bestämda, svenska adressater. Även om samma utskick samtidigt görs till användare i andra delar av världen torde åtgärden redan på grund av valet av spridningssätt anses riktad till svenska konsumenter och den svenska marknaden.

Sammanfattning och slutsatser

Marknadsföringslagen är tillämplig på marknadsföring oberoende av medium, och kan således även tillämpas på sådan reklam som sprids via Internet. Lagens territoriella begränsning innebär, att lagen endast kan tillämpas på marknadsföring som spritts i Sverige och som är riktad mot en svensk publik och den svenska marknaden. Av förarbetena framgår, att marknadsföringslagens tillämplighet i princip är oberoende av såväl näringsidkarens nationalitet som reklamens geografiska ursprung. Marknadsföringslagen kan även tillämpas på utländsk reklam som sänds via en dator i utlandet, under förutsättning att reklamen är riktad mot den svenska marknaden. På motsvarande sätt bör en marknadsföringsåtgärd som vidtas av en svensk näringsidkare på Webben, falla utanför marknadsföringslagens tillämpningsområde, då näringsidkaren enbart riktar sin reklam mot en viss utländsk marknad.

Vid avgörande om en marknadsföring är riktad mot den svenska marknaden skall man, enligt de principer som slogs fast i Scanorama-målet, göra en helhetsbedömning av reklamens anknytning till Sverige. Samma typ av kriterier bör användas vid en i från utlandet härrörande reklam som vid en svenskproducerad reklamsatsning, t ex språk, hänvisning till svenska återförsäljare, användande av svenska marknadsplatser etc.

Även om det principiellt sett är möjligt att med stöd av marknadsföringslagen ingripa mot den utländska reklam som når svenska konsumenter via Internet, tycks det emellertid som att de praktiska möjligheterna till ett ingripande i många fall kommer att vara relativt begränsade. Språket på Internet är klart dominerat av engelskan, och försäljningen sker ofta, utan utnyttjande av svenska mellanhänder, direkt från de utländska producenterna. I synnerhet på de områden där de svenska marknadsrättsliga reglerna är strängare än sina utländska motsvarigheter, t ex beträffande alkoholreklam eller reklam riktad mot barn, kan detta förhållande medföra stora nackdelar för svenska konsumenter och näringsidkare. Även om en marknadsföringsåtgärd inte, på grund av bristande anknytningsmoment, juridiskt sett är att anse som riktad mot den svenska marknaden, så kommer reklamen att nå hundratusentals svenska användare, som inte har möjlighet att åberopa de svenska reglerna till skydd. Ur näringsidkarnas synvinkel kan

det därmed uppstå en ojämlig konkurrenssituation där olika näringsidkare, vars marknadsföring de facto kommer att kunna nås av samma svenska konsumenter, inte alltid är skyldiga att följa identiska regler. I en framtid där den elektroniska handeln har fått större utbredning och större värden står på spel, är det möjligt att de svårigheter som är förknippade med att ingripa mot en ”internationellt utformad” marknadsföringsåtgärd på Internet kan få negativa ekonomiska konsekvenser för de näringsidkare som direkt riktar sin marknadsföring till svenska konsumenter, och som därmed kan bli skyldiga att anpassa sin marknadsföring efter strängare regler än sina konkurrenter.

Hur skall man då kunna motarbeta denna utveckling? En lösning vore att man, istället för att göra en helhetsbedömning av reklamens utformning och innehållsmässiga anknytning till Sverige i varje enskilt fall, anser att all reklam som sprids till svenska konsumenter via Internet automatiskt uppfyller kravet på att vara riktad mot den svenska marknaden. Detta skulle innebära, att all marknadsföring som når svenska konsumenter via Nätet måste anpassas efter marknadsföringslagens regler om tillbörlig reklam. Frågan är om detta förslag är praktiskt genomförbart. Är det verkligen rimligt att kräva att en näringsidkare i USA eller i Japan, som inte avser sina produkter för den svenska marknaden, har kännedom om och anpassar sin marknadsföring efter svenska regler? Förslaget skulle vidare innebära att Sverige tog på sig rollen av en ”Internetpolis” vilket, förutom att innebära en enorm arbetsbörda för svenska myndigheter, även kan ifrågasättas ur folkrättslig synpunkt. En annan tänkbar lösning är därför, att Sverige, i samarbete med andra länder, utarbetar särskilda internationella bestämmelser för marknadsföring via Internet, så att all reklam, oberoende av ursprung, utformning och innehåll måste anpassas efter samma regler. Vilken form ett sådant samarbete kan och bör ta, kommer att diskuteras närmare i kapitel 9.

MATERIELLA KRAV PÅ MARKNADSFÖRINGEN

Allmänt om marknadsföringslagens materiella bestämmelser

Marknadsföringslagens i materiellt hänseende centrala bestämmelse är generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 4 § MFL. Lagtextens första stycke lyder:

”Marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare”

I paragrafens andra stycke finns en regel om informationsskyldighet i konsumentrelationer.

” Vid marknadsföringen skall näringsidkare lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentens synpunkt”

Med begreppet god marknadsföringssed avses enligt 3 § MFL att marknadsföringen skall stämma överens med god affärssed samt andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter. I Marknadsdomstolens praxis har härvid särskilt stor vikt tillmätts de riktlinjer som ges ut av Internationella Handelskammaren (ICC).⁷³

Förutom de två allmänna reglerna i 4§ MFL innehåller marknadsföringslagen ett antal bestämmelser som preciserar vad som utgör otillbörlig marknadsföring och hur informationsskyldigheten skall fullgöras (5-13 §§ MFL). Denna sk förbudskatalog utgör en kodifiering av Marknadsdomstolens praxis av vad som kan uppfattas som otillbörlig marknadsföring och har skapats för att göra rättsläget mer överskådligt.⁷⁴

Förbudskatalogen

Vissa former av otillbörlig marknadsföring har plockats ut ur generalklausulen för att forma en katalog av exempel på vad som är att anse som otillbörlig marknadsföring. De i sammanhanget viktigaste bestämmelserna omfattar:

⁷³ Domstolen har i synnerhet fäst vikt vid ICC:s ”Grundregler för reklam”, ICC-dokument 432-2.

⁷⁴ Prop.1994/95:123 s. 44.

* *Krav på reklamidentifiering och sändarangivelse (5 §)*: En grundläggande princip är att all marknadsföring skall utformats och presenteras på ett sätt att det tydligt framgår att det är fråga om en sådan (reklamidentifiering). En kommersiell annons får inte ge intryck av att vara redaktionell text och av en direktadresserad försändelse skall det tydligt framgå att den innehåller reklam.⁷⁵ En annan grundläggande princip är att det av marknadsföringen tydligt skall framgå vem det är som är ansvarig för denna (sändarangivelse). Mottagaren skall lätt kunna identifiera och nå den som står bakom det kommersiella budskapet.⁷⁶

**Förbud mot vilseledande reklam (6 §)*: En näringsidkare får vid marknadsföringen inte använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares verksamhet. Som utgångspunkt för bedömningen för vad som är vilseledande används ofta det helhetsintryck som framställningen ger en konsument vid en flyktig kontakt. Regeln är utformad med en icke uttömmande exemplifiering av på vilket sätt en framställning inte får vara vilseledande, t e x beträffande produktens art, kvalitet, ursprung och pris. Exempelen bygger på EG:s direktiv (84/450/EEG) om vilseledande reklam.

**Förbud mot vilseledande efterbildningar (8 §)*: Bestämmelsen förbjuder en näringsidkare att i sin marknadsföring använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med en annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. En marknadsföring får inte utformas på ett sådant sätt att konsumenterna vilseleds i fråga om produktens kommersiella ursprung.⁷⁷

Därutöver omfattar katalogen regler som behandlar vilseledande förpackningsstorlekar (7§), konkursutförsäljningar (9§), utförsäljningar (10§), realisationer (11§), obeställda produkter (12§), och förmåns-erbjudanden (13§).

Generalklausulen - renommésnyltning och misskreditering

Generalklausulen omfattar alla marknadsföringsåtgärder som är att anse som otillbörliga mot konsumenter eller näringsidkare. Den ”täcker” även bestämmelserna i förbudskatalogen. För att en marknadsföringsåtgärd skall vara att anse som oförenlig med generalklausulen krävs att åtgärden

⁷⁵ Se t e x : MD 1993:28 resp. MD 1972:14.

⁷⁶ Vanligtvis skall identifieringen göras genom att annonsörens firma eller namn anges i annonsen, men även ett etablerat varumärke kan i vissa fall godtas som tillräckligt identifierande. Prop. 1995/96:123 s.47.

⁷⁷ Prop. 1994/95:123 s.58. En förutsättning för att förväxling skall ske är att det efterbildade objektet är särpräglat och känt på marknaden. Det krävs emellertid inte att den efterbildade varan är skyddad av den immaterialrättsliga lagstiftningen.

”objektivt sett ” är otillbörlig.⁷⁸ Detta innebär att det inte finns något krav på uppsåt eller oaktsamhet för att åtgärden skall anses strida mot generalklausulen.

Bedömningen av vad som är att anse som otillbörligt enligt generalklausulen ligger på det etiska planet. Huvudprincipen är att all reklam skall vara vederhäftig, dvs den får ej vara osann, otydlig eller ägnad att vilseleda. Utgångspunkt för bedömningen är det helhetsintryck som marknadsföringen ger en konsument vid en flyktig kontakt. Hänsyn tas även till det medium som reklamen presenteras i samt till vilken målgrupp som reklamen riktar sig. En annan viktig princip som kommit till uttryck i praxis är den sk lagstridighetsprincipen som innebär att en marknadsföring som strider mot annan lag, som uppmanar till brott eller som skapar risk för olagligt beteende är att anse som otillbörlig.⁷⁹

Utöver de förfaranden som plockats ut i katalogbestämmelserna har generalklausulens förbud mot otillbörlig marknadsföring i praxis även ansetts innefatta ett förbud mot bl a renommésnyltning och misskreditering.

Förbudet mot renommésnyltning innebär, att en näringsidkare inte får utforma sin marknadsföring på ett sådant sätt att det goda anseende som är förknippat med ett annat företag utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Det kan exempelvis röra sig om en situation där en konsument på grund av förknippandet med det andra företaget kommer att överskatta en varas värde eller där näringsidkaren på ett i övrigt stötande sätt drar nytta av ett annat företags goodwill för att sälja sina produkter.

Misskreditering anses föreligga då en näringsidkare i sin marknadsföring beskriver en konkurrent på ett kränkande sätt. Vid en misskreditering som innehåller oriktig eller vilseledande uppgifter kan även 6§ MFL användas för att ingripa mot reklamen. Är informationen i sak riktig men är utformad på ett sätt som onödigtvis misskrediterar den utpekade kan en talan endast stödjas på generalklausulen.

I utredningen till den nya marknadsföringslagen föreslogs att misskrediterande och renommésnyltande reklam skulle tas med bland katalogbestämmelserna. Förslaget togs emellertid aldrig med in i propositionen, då Marknadsdomstolens praxis på området inte ansågs tillräckligt klar och det inte ansågs möjligt att generellt beskriva var gränsen går för vad som skall anses otillbörligt. Det ansågs vara bättre att låta handlingssätten förbli kvar under generalklausulen och istället göra en helhetsbedömning i varje enskilt fall.⁸⁰

⁷⁸ Prop. 1994/95:123 s. 91.

⁷⁹ Prop. 1994/95:123 s. 41 samt Svensson C A mfl., Aa, s. 87.

⁸⁰ Prop. 1994/95:123 s. 74ff.

Otillbörlig marknadsföring via Internet

Generella konstateranden

Att en marknadsföringsåtgärd som vidtas via Internet faller under marknadsföringslagens tillämpningsområde innebär, att marknadsföringen skall stämma överens med lagens materiella bestämmelser om vad som utgör en tillbörlig marknadsföring. Med andra ord skall en marknadsföringsåtgärd via Internet, precis som i fråga om marknadsföring via traditionella kanaler, ske i enlighet med god marknadsföringssed och får inte heller i övrigt vara otillbörlig mot konsument eller näringsidkare. Reklamen skall vara vederhäftig och inte vilseleda konsumenterna i fråga om ursprung, pris, kvalitet etc.

Det är inte möjligt att inom ramen för detta arbete göra en uttömmande uppräkningslista av alla typer av marknadsföringsåtgärder via Internet som kan tänkas strida mot marknadsföringslagens bestämmelser. (Intresset av en sådan utredning kan för övrigt ifrågasättas då resultatet i mångt och mycket skulle vara det samma som vid användandet av en traditionell marknadsföringskanal.) I detta avsnitt har jag därför valt att belysa några materiella aspekter som kan sägas ha ett nära samband med Internets uppbyggnad och struktur. Framställningen gör inte på något sätt anspråk på att vara heltäckande utan begränsar sig till några av de materiella aspekter som kan tänkas bli aktuella vid en framtida domstolsprövning.

Det normativa bedömningsunderlaget - ICC:s riktlinjer

Marknadsföringslagens generalklausul stadgar, att marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed. Enligt 3 § MFL innefattar detta begrepp god affärssed samt andra vedertagna normer med syfte att skydda konsumenter och näringsidkare. Detta innebär emellertid inte att de riktlinjer, råd och rekommendationer som utfärdas av olika statliga myndigheter och organisationer är att anse som bindande i sig. Reglerna utgör snarare ett tolkningsunderlag för vad som är att anse som tillbörlig marknadsföring.

Internationella Handelskammaren (ICC) är näringslivets internationella huvudorgan, som sedan början av 1900-talet givit ut riktlinjer för marknadsföring och reklam. Den 11 juni 1996 gav ICC ut riktlinjer för interaktiv marknadskommunikation.⁸¹ Reglerna kan sammanfattas enligt följande:

⁸¹ ”ICCs riktlinjer för interaktiv marknadskommunikation” ICC-dokument 240-44/4 rev 5.

Den som marknadsför något via ett interaktivt medium måste alltid ange sin sändaridentitet (1p) och mottagaren skall ges möjlighet att avvisa ”icke önskvärda kommersiella meddelanden”.(2p) Eventuellt pris för en tjänst eller för en vara skall alltid uppges och kunden skall ges en tidsfrist att gå igenom bekräftelsens innehåll innan köpet anses fullbordat (3p).

Vid marknadsföring till särskilda nyhetsgrupper och elektroniska anslagstavlor skall det respekteras att vissa av dessa kan ha särskilda standarder för vad som är ett acceptabelt kommersiellt beteende. Kommersiella meddelanden får i princip endast skickas till ett forum av klar kommersiell natur, eller som på tydligt sätt -implicit eller explicit- visat att sådana budskap godtas. Kommersiella budskap som helt avviker från ämnet på en icke-kommersiell hemsida är inte tillåtna utan ett uttryckligt medgivande från systemoperatören (4p).

Den som ägnar sig åt marknadsföring via interaktiva medier uppmanas vidare att vara särskilt uppmärksam på Nätets globala karaktär samt på riskerna med att ett budskap i en annan kultur kan uppfattas som ”pornografiskt, våldsamt, rasistiskt, eller könsdiskriminerande” (6p).

Avslutningsvis påpekar ICC att riktlinjerna utgör en form av självreglering som skall betraktas som underordnad varje existerande, tillämplig lag och poängterar att man inte tagit ställning till den känsliga frågan om jurisdiktion.

ICC:s riktlinjer för interaktiv marknadsföring är tämligen vaga och ger i mångt och mycket uttryck för den Netikett som användarna utarbetat för uppförandet på Nätet. Det är svårt att göra några säkra uttalanden om vilken betydelse dessa bestämmelser kan tänkas få i en framtida domstolsprövning. Generellt sett kan man emellertid konstatera att ICC:s riktlinjer ofta tas i beaktande av svenska domstolar vid fastställandet av vad som utgör en tillbörlig marknadsföring. Reglerna ses som en form av kodifierad god affärssed, en särställning som även har bekräftats i propositionen till nya marknadsföringslagen.⁸² Med denna utgångspunkt får det anses troligt att riktlinjerna för interaktiv marknadsföring, vid sidan av marknadsföringslagens materiella bestämmelser, kommer att tas i beaktande i ett framtida mål rörande marknadsföring via Internet.

Beträffande Netiketten i sig, är den juridiska ställningen betydligt mer oklar. Till skillnad från ICC:s regler har Netiketten har inte författats av något enhetligt organ och det finns inte någon officiell nedteckning av reglernas innehåll. Netiketten utgör i stort sett endast en form av social kontroll mellan användarna, som svårligen kan jämföras med normer i juridisk mening. Samtidigt bör uppmärksammas, att dessa etiska regler av Internetanvändarna ofta uppfattas som varande av tvingande karaktär, låt vara att den enda sanktionen består av protester från andra användare i form

⁸² Prop. 1994/95:123 s.42.

av ”flaming”. Det är inte uteslutet att Netiketten, åtminstone i en framtid då systemet blivit mer homogent, kan få en stor betydelse även inom den juridiska världen.

Internet som medium

Vid avgörandet om en marknadsföringsåtgärd är att klassa som otillbörlig är det inte ovanligt att Marknadsdomstolen tar såväl valet av framställningssätt som avsedd målgrupp i beaktande. Åtgärden kan bedömas svårare om den vidtas i ett medium som har stor genomslagskraft eller om den riktar sig mot en särskilt utsatt grupp konsumenter i en oskyddad situation, t ex barn eller sjuka. I framställningar där kunden saknar möjlighet att i förväg besiktiga varan, som t ex vid postorderförsäljning, ställs särskilt höga krav på reklamens vederhäftighet.⁸³

Var fjärde svensk beräknas idag ha tillgång till Internet, vilket får anses innebära att Internet är ett medium med relativt stor genomslagskraft. Användarprofilen domineras av unga, högutbildade män som bor i tätorter.⁸⁴ Då ett mediums demografiska spridningsgrad och marknadsföringens målgrupp vanligen sammanfaller, torde denna kategori av användare på Internet ofta utgöra marknadsföringens primära målgrupp. En dylik målgrupp bör generellt sett inte föranleda några särskilda skyddsöverväganden vid en materiell prövning. Med Internets fortsatta spridning är det emellertid troligt att antalet användare inom olika samhällsgrupper ökar. Detta kan medföra att en större andel marknadsföringsåtgärder på Nätet riktas mot känsliga målgrupper som äldre, sjuka och barn.

Den multimediala teknik som finns att tillgå på Internet erbjuder näringsidkaren att genomföra sin reklamkampanj med användande av rörliga bilder, text, bild och ljud. Dylika kombinationsmöjligheter kan medföra en ökad risk för reklambudskap av suggestiv karaktär som har en stark påverkan på användarens sinnesstämning. Reklamen kan vidare betraktas som särskilt påträngande då den når Internetanvändaren i en hemmiljö. Även om framställningen i sig inte är av vilseledande karaktär är det därmed möjligt att valet av framställningssätt kan göra det svårare för konsumenten att bedöma reklamens värde. Det bör också uppmärksammas att den handel som sker via Internet är att jämföras med traditionell postorderförsäljning. Detta förhållande kan medföra att särskilt höga krav på vederhäftighet ställs på den reklam som t ex läggs upp på en av Webbens marknadsplatser.

En annan aspekt rörande mediet Internet som kan tänkas påverka Marknadsdomstolen i en framtida bedömning, är Internets decentraliserade karaktär. Det finns inget enhetligt organ som utövar kontroll över verksamheten på Internet, och de svårigheter som får anses vara förknippade

⁸³ Prop. 1957: 70.

⁸⁴ Regeringens skrivelse 1997/98:19 ”Utvecklingen i Informationsområdet” (<http://rixlex.riksdagen.se>).

med att beivra lagstridiga handlingar på Nätet, torde öka risken för att mediet utnyttjas av näringsidkare för att sprida reklam som strider mot de svenska marknadsföringsreglerna. Det är möjligt att Marknadsdomstolen, för att motverka en utveckling av Internet som ”marknadsföringsparadis”, därför kommer att se på överträdelser mot marknadsföringslagen i detta medium med särskild stränghet.

Med fokus på Webben

Allmänt

En marknadsföringssatsning via Internet uppvisar vissa särdrag i förhållande till marknadsföring via traditionella marknadsföringskanaler. Beträffande den marknadsföring som sker via Webben är det särskilt intressant att uppmärksamma att denna kan sägas äga rum på två plan. Först och främst kan marknadsföringsåtgärder vidtas på själva websidan. Denna reklam torde i mångt och mycket kunna likställas med den varureklam som sker via traditionella medier, exempelvis tidningsannonsering. Som marknadsföringsåtgärder bör emellertid även anses de övriga åtgärder som vidtas på Webben i syfte att marknadsföra websidan. Detta avsnitt är ägnat åt att, mot bakgrund av marknadsföringslagens materiella bestämmelser, granska den ”smygreklam” som kan sägas äga rum med utnyttjande av webadresser, banners och länkar. Ett visst utrymme har även vikts åt att föra fram några marknadsrättsliga aspekter på det marknadsföringsfenomen som brukar kallas för ”infomercials”.

Marknadsföring av marknadsföringen

Internets interaktiva karaktär innebär att näringsidkaren är beroende av användarnas aktivitet för att nå ut med sitt budskap. Det räcker med andra ord inte med att finnas på Webben - företaget måste också synas.⁸⁵ Det finns olika sätt för en näringsidkare att göra sin sida välbesökt av användarna. Han kan exempelvis anmäla sin sida till olika söktjänster och index eller hyra annonsplats på en annan näringsidkares välbesökta websida. Även en dylik ”marknadsföring av marknadsföringen” bör anses vidtagen av näringsidkaren i ett avsättningsfrämjande syfte och måste följdaktligen anpassas till marknadsföringslagens materiella krav på vederhäftig marknadsföring. Med andra ord bör också denna form av ”smygreklam” ingå i en domstolsbedömning av marknadsföringens helhetsintryck.

Ett betydelsefullt inslag in marknadsföringen av websidan är valet av särskiljande andradomän i webadressen. Det är viktigt för företagen att välja en andradomän som gör att användarna lägger webadressen på minnet och som får adressen att ofta komma upp som träff vid utnyttjandet av de olika söktjänsterna. I Sverige finns idag inget formellt hinder mot att registrera ett ord som endast är förväxlingsbart med annans varumärke.⁸⁶ Förutom att ett sådant förfarande kan tänkas strida mot de varumärkesrättsliga reglerna

⁸⁵ Jäger J, Aa, s.79.

⁸⁶ NIC-SE uppställer emellertid hinder mot att registrera en andradomän som är *identiskt* med ett redan registrerat varumärke. (<http://www.nic.se>) Jfr Rindforth P, Aa, s. 27.

finns det emellertid en hel del marknadsrättsliga betänkligheter. En konsument torde vanligen utgå ifrån att den som har ett visst varumärke i sin webbadress även tillverkar varor med detta namn. Det torde därmed uppstå en risk för att konsumenten vilseleds i fråga om produkternas kommersiella ursprung. Ett dylikt förfarande strider mot reglerna i 8 § MFL om vilseledande efterbildning. Användandet av annans varumärke i webbadressen skulle även i vissa fall kunna utgöra en bristande sändarangivelse (5§ MFL). Detta torde emellertid förutsätta att websidan i sig inte innehåller tillräcklig information som kan identifiera företaget som står bakom budskapet.

Näringsidkaren kan även anmäla vissa nyckelord till söktjänsterna. Till skillnad från de anmälda webadresserna kan dessa göras osynliga för användaren genom att "gömmas" i HTML-koden. Om näringsidkaren anmäler ett ord till söktjänsten som är förväxlingsbart med annans varumärke går det troligen inte att hävda otillbörlig marknadsföring på grund av vilseledande efterbildning. Då ordet inte är synligt för konsumenten kan denne svårligen sägas vilseledas beträffande produkternas kommersiella ursprung. Att på detta sätt utnyttja en sökning som i normala fall skulle anses tillkomma annan skulle emellertid, under förutsättning att även varumärkesinnehavaren innehar en hemsida på Webben, kunna tänkas utgöra otillbörlig marknadsföring i form av renommésnyltning⁸⁷ (4 § 1 st).

Beträffande användandet av länkar i övrigt bör man skilja mellan de länkar som leder *från* den egna websidan till andras sidor och de länkar som placeras ut på andras sidor och leder *till* den egna sidan.

De länkar som näringsidkaren lägger in till andra näringsidkares sidor utgör ofta sk hotlists, dvs listor på webadresser till andras sidor som näringsidkaren anser vara av intresse för användarna. Det kan till exempel röra sig om länkar till söktjänster eller till andra företag som bedriver näringsverksamhet inom samma bransch. På Webben råder i princip fri länkning. Detta innebär att utplacandet av en länk till annans sida kan ske utan särskilt tillstånd av den näringsidkare till vars sida länken går. Ur marknadsrättslig synvinkel bör en länk som går till en konkurrent sida i kombination med ett nedvärderande uttalande om dennes produkter kunna angripas som otillbörlig på grund av misskreditering (4§1 MFL).⁸⁸ Denna möjlighet torde även stå öppen för de fall då länken inte följs av ett särskilt nedvärderande uttalande men websidan där länken är placerad på innehåller särskilt tvivelaktigt material som den ditlänkade näringsidkaren inte vill bli förknippad med, t e x pornografiska bilder.

De banners eller annonser som i marknadsföringssyfte placeras ut på andras sidor utgör en form av elektronisk annonsering som är underkastade precis

⁸⁷ Rindforth P, Aa, s.38ff.

⁸⁸ Är uppgifterna direkt oriktiga eller vilseledande går det även att stödja en talan om misskreditering på bestämmelsen mot vilseledande reklam i 6 § MFL.

samma materiella regler som annonsering i t ex en tidning. Att näringsidkaren ofta väljer att placera en annons på en sida som är välbesökt av den kategori av användare som han riktar sin reklam till bör därmed inte i sig föranleda någon särskild marknadsrättslig bedömning. Näringsidkaren betalar ju för den goodwill som han på detta sätt drar nytta av.

Infomercials

Webben erbjuder företagen möjlighet att lägga ut stora mängder information. Vid en marknadsföring på websidorna passar näringsidkare därför ofta på att lägga in annan information vid sidan av den traditionella varureklamen, t ex årsredovisningar, kommande lagstiftning eller annan information som rör branschen i stort. Resultatet blir en sammanblandning av reklam och övrig information. Även om dylika ”infomercials” ur ett ekonomiskt perspektiv kan innebära stora fördelar för företagen så medför denna marknadsföringsteknik vissa juridiska betänkligheter.

Ur rättstillämparens synvinkel kan reklamens sammanblandning med övrig information leda till ökade problem att skilja ”rena kommersiella yttranden” från annan åsiktsbildning. Medan de kommersiella yttrandena faller under marknadsföringslagens tillämpningsområde omfattas övrig åsiktsbildning vanligen av det yttrandefrihetsrättsliga skyddet. I de fall en uppdelning av inslagen inte låter sig göras skall man enligt förarbetena i tveksamma fall ge företräde åt de yttrandefrihetsrättsliga reglerna.⁸⁹ I fråga om Internet kan denna bedömning försvåras ytterligare på grund av det osäkra rättsläge som idag får sägas råda beträffande yttrandefrihetens omfattning på Nätet.⁹⁰

Ur näringsidkarens synvinkel kan utnyttjandet av ”infomercials” innebära en överträdelse av marknadsföringslagens 5§ om reklamidentifiering. Enligt denna bestämmelse skall det tydligt framgå av reklamen att den utgör en sådan och att all reklam som är att förväxla med redaktionell text är att betrakta som otillbörlig. Om marknadsföringen på Webben utformas på ett sådant sätt, att användaren uppfattar påståenden av reklamkaraktär som objektiv information, föreligger en kränkning av 5 § MFL. Då bestämmelsen är en av reglerna i förbudskatalogen kan näringsidkaren riskera att drabbas av stränga sanktioner, i värsta fall i form av en marknadsstörsavgift.

Beträffande de moment av underhållande karaktär som näringsidkaren lägger ut på sin sidan torde dessa sällan kunna förväxlas med redaktionell text. Dessa åtgärder bör emellertid, under förutsättning att de vidtagits i ett marknadsförande syfte, kunna prövas med stöd av generalklausulen.⁹¹

Särskilt om reklam via e-post och elektroniska

⁸⁹ Prop. 1970:57 s.65ff.

⁹⁰ Frågan om yttrandefrihetsgrundlagarnas (TF och YGL) tillämplighet på de tjänster som erbjuds via Internet har i viss mån behandlats i avsnitt 5.3.2. I övrigt hänvisas till SOU 1997:49.

⁹¹ Se t e x Lotterilagen (SFS 1994:1000) samt 13 § MFL om rabatter och andra förmånserbjudanden.

konferenser

Beträffande de särskilda överväganden som kan tänkas komma i fråga om den marknadsföring som äger rum via andra Internetfunktioner bör först och främst uppmärksammas att massreklam som sänds till svenska användare via e-post utgör en form av direktmarknadsföring. Reklamen riktar sig direkt till enskilda individer som inte särskilt har bett om reklamen. I svensk marknadsrättslig praxis har det utarbetats vissa principer för hur direktmarknadsföring får ske. Precis som vid den direktmarknadsföring som hamnar i den vanliga brevlådan bör en näringsidkare som väljer att sända massreklam via e-post anpassa sig efter denna praxis, som bl a innefattar ett förbud mot direktadresserad reklam till barn under 16 år och särskilt stränga krav på reklamidentifiering (5§MFL).⁹² Den senare bestämmelsen kan även bli aktuell i fråga om reklamintägg till elektroniska konferenser. På grund av Netiketten utformas dessa intägg ofta på ett mycket informativt och sakligt sätt, vilket kan medföra att de övriga debattdeltagarna inte uppfattar reklamen som sådan utan som redaktionell text eller åsiktsförmedling.

I fråga om utnyttjandet av e-post och elektroniska konferenser i marknadsföringen bör särskilt uppmärksammas reglerna i ICC:s Riktlinjer för Interaktiv marknadsföring. I riktlinjernas p.2 krävs att användare alltid skall ges möjlighet att avvisa icke önskad reklam och i p.4 anges att nyhetsgruppernas regler för reklams tillåtlighet skall respekteras av näringsidkare samt att reklamintägg till icke-kommersiella konferenser inte får ske utan systemoperatörens tillåtelse. Om domstolen väljer att beakta ICC:s riktlinjer är det möjligt att en marknadsföring som strider mot dessa regler skulle kunna klassas som otillbörligt med stöd av generalklausulen. Beträffande massreklam via e-post får det anses tveksamt om användarens möjlighet att trycka på "delete" uppfyller kravet på att användare skall ges möjlighet att avvisa reklam på ett tillfredställande sätt.

Sammanfattning och slutsatser

I detta avsnitt har uppmärksammas några aspekter av marknadsföringen på Internet med utgångspunkt i marknadsföringslagens materiella bestämmelser. Gemensamt för de frågor som behandlats är att de alla kan sägas ha ett intimt samband med Internet – eller de olika Internetfunktionerna- som marknadsföringskanal. De synpunkter som förts fram kan i delar in i två kategorier: direkt respektive indirekt påverkan.

Den direkta påverkan utgörs av att valet av Internet som marknadsföringskanal *i sig* kan komma att tas i beaktande vid en materiell prövning av reklamens vederhäftighet. Först och främst kan en direkt påverkan anses föreligga genom att särskilda normativa bedömningsgrunder tas i bruk för att avgöra vad som utgör tillbörlig eller otillbörlig reklam. Beträffande

⁹² Se t ex MD 1983:16, 1997:4

Internet kan det i synnerhet bli fråga om att beakta ICC:s regler för marknadskommunikation via interaktiva medier. Marknadsdomstolen kan även låta sin bedömning påverkas av mediets spridningsgrad och målgrupp. Med tanke på Internets decentraliserade karaktär och de användarnas utsatthet är det möjligt att Domstolen i en framtida prövning kommer att ställa särskilt höga krav på reklamens utformning och innehåll.

Det som kan kallas för Internets indirekta påverkan består av att en marknadsföringssatsning via Internet kan, som en följd av systemets uppbyggnad och struktur, ta sig vissa särskilda uttryck. Ovan har några av dessa uttryck granskats mot bakgrund av marknadsföringslagens bestämmelser. Marknadsföringen på Webben äger rum på "två plan", dels i form av varureklam på Websidan, dels i form av marknadsföring av websidan. Marknadsföringslagens bestämmelser bör i princip även vara tillämpliga på den form av "smygmarknadsföring" som vidtas via valet av särskiljande andradomän i webadressen, utplacering av länkar etc. Ett annat särdrag som lyfts fram är att Webben erbjuder näringsidkaren en möjlighet att lägga in stora mängder material på ett samlat ställe. Detta förhållande medför en risk att varureklamen blandas med information av mer allmän karaktär vilket kan strida mot bestämmelserna om reklamangivelse (5§ MFL).

På Internet har det av användarna själva utarbetats ett regelsystem för verksamheten på Nätet, den sk Netiketten. Även om det får anses tveksamt om dessa regler direkt kan komma att påverka en framtida domstolsbedömning kan de indirekt få betydelse via ICC:S riktlinjer. Detta kan få särskilda konsekvenser i synnerhet beträffande reklamintlägg till elektroniska anslagstavlor och massreklam via e-post. Beträffande mass-reklam via e-post är det vidare troligt att Domstolen kommer att ta i beaktande den särskilda praxis som utbildats i fråga om direktreklam till hushåll. Detta skulle medföra att särskilda materiella krav ställs på reklamens utformning och innehåll.

ANSVAR FÖR OTILLBÖRLIG REKLAM

Det marknadsrättsliga ansvaret

Marknadsföringslagens utgångspunkt är, i enlighet med allmänna rättsprinciper, att den näringsidkare som är upphovsman till en otillbörlig marknadsföringsåtgärd också skall ställas till ansvar för denna. Det krävs inte att näringsidkaren personligen vidtagit åtgärden, utan han ansvarar även för de åtgärder som anställda och uppdragstagare utfört för hans räkning.

Vid sidan av det ansvar som kan drabba näringsidkaren erbjuder marknadsföringslagen även vissa möjligheter att ingripa direkt mot en person som har *medverkat* till en otillbörlig marknadsföringsåtgärd. Vem som kan tillhöra denna krets av potentiella medverkande beror på valet av sanktion.

Ett förbud kan, förutom att meddelas näringsidkaren, även riktas mot anställda, andra som handlar på näringsidkarens vägnar samt mot *var och en* som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen (14 § 2st MFL). Samma sak gäller enligt 15 § MFL i fråga om informationsföreläggande.

En marknadsstörningsavgift kan enligt 22§ MFL drabba annan *näringsidkare* som handlat på näringsidkarens vägnar eller som väsentligen bidragit till överträdelsen, under förutsättning att kravet på uppsåt eller oaktsamhet är uppfyllt.

Skadeståndsskyldighet drabbar *den som* uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder ett förbud eller åläggande eller en föreskrift i 5-13§§. Ersättningsskyldighet på grund av ett överträtt förbud eller åläggande torde omfatta hela den personkrets av medverkande kan träffas av dessa sanktioner enligt 14 § 2st och 15§ 2st.

Medan ett förbud i princip kan drabba *”var och en* som i övrigt väsentligt har bidragit till åtgärden” kan en marknadsstörningsavgift endast drabba *”annan näringsidkare* som uppsåtligen eller av oaktsamhet väsentligen har bidragit till åtgärden”. En marknadsstörningsavgift kan således inte, till skillnad från förbud förenat med vite, drabba en anställd.

Av förarbetena framgår att bestämmelserna om ansvar för medverkan syftar till att möjliggöra ingripanden mot reklambyråer och andra som *”yrkesmässigt tillhandagår näringsidkare med utformning av reklam och andra marknadsföringsåtgärder.”*⁹³ Praxis visar att detta ansvar även kan

⁹³ Prop. 1970:57, s. 77 samt s. 91.

omfatta ett tidnings- eller TV företag som sprider reklamen, något som även har bekräftats i förarbetena till nya marknadsföringslagen.

Beträffande en tidnings ansvar för innehållet i publicerade annonser har Marknadsdomstolen, i besluten MD 1982:4 samt MD 1987:5, slagit fast att ett sådant ansvar kan föreligga i fall då tidningen aktivt har medverkat vid annonsutformningen. I ett senare rättsfall, MD 1995:2, som rörde en annons av ett lottosystem, har Domstolen dock ansett att ett förbud även kan drabba en tidning som inte tagit någon aktiv del i annonsens utformning, om det stått helt klart för tidningsföretaget att marknadsföringen var otillbörlig och trots det utförde uppdraget.

Som motivering uttalades bl a:

” Tidningsföretags annonsgranskning är av stor betydelse för upprätthållandet av marknadsföringslagens krav på god marknadsföringssed --- Det får även anses ankomma på ett seriöst tidningsföretag att ha kontroll över de annonser som införs i tidningen.”

Domstolen ansåg att det kan krävas av ett företag att de inte tar in annonser för alkohol eller tobak eller av andra produkter som inte får saluföras, innehas eller användas enligt lag. Beträffande ett ansvar i övrigt konstaterade Domstolen att en mängd olika omständigheter kan få betydelse för bedömningen och att man får titta på varje enskilt fall för att avgöra vilka dessa omständigheter är och vilken vikt de skall tillmätas. I det ifrågakvarande fallet ansåg Domstolen att omständigheter av beskaffenhet att medföra ett medverkandeansvar, inte förelåg. Uppenbarligen ansåg man inte att det stått klart för tidningsföretaget att reklamen var otillbörlig.

Även om det med tillämpning av grundlagarna (TF, YGL) inte är möjligt att utkräva ett ansvar av den ansvarige utgivaren för innehållet i ett kommersiellt budskap, går det sålunda att med stöd av de marknadsrättsliga reglerna utkräva ett ansvar för medverkan av själva medieföretaget.⁹⁴ Med MD 1995:2 tycks möjligheterna att ställa en tidning eller ett tidningsföretag till ansvar för innehållet i en reklam, ha ökat. Det krävs inte längre ett aktivt deltagande från företagets sida, utan även tidningar som tar emot färdiga annonser för publicering kan ställas till ansvar. Medverkandeansvaret förutsätter att medieföretaget insett marknadsföringens otillbörlighet, vilket i princip innebär ett krav på uppsåt. Domstolen poängterar emellertid särskilt, att det får anses åligga tidningsföretagen att utöva en kontroll över innehållet i publicerade annonser.⁹⁵ Detta uttalande skulle kunna tolkas som att Marknadsdomstolen lämnat ett visst utrymme för ansvar, även i fall då företag inte insett reklamens otillbörlighet, men att detta förhållandet skulle

⁹⁴ Jfr ovan, avsnitt 5.2.2.

⁹⁵ Det är intressant att notera, att i förarbetena till den nya marknadsföringslagen uttalades beträffande utdömande av marknadsstörningsavgift, att det inte kunde anses rimligt att ett medverkande tidningsföretag skulle granska varje annons med avseende på katalogreglerna. En närmare gränsdragning av ansvaret överlämnades till rättstillämparen. Prop. 1994/95: 123 s.104.

varit uppenbart om de fullgjort sin granskningskyldighet. Med denna tolkning skulle sålunda ett ansvar för medverkan även vara möjligt i fall av grov oaktsamhet.

Ansvar för marknadsföring via Internet

Vem ansvarar på Internet?

Som beskrivits i tidigare avsnitt är Internet ett system av utpräglat decentraliserad karaktär, vars utveckling i mångt och mycket har styrts av användarna själva. En av de frågor som har fått stort utrymme i den juridiska debatten är vem som skall kunna ställas till ansvar för det olovliga material som sprids via Nätet. Utgångspunkten är givetvis, att den som begår ett brott även skall bära de rättsliga konsekvenserna av detta. Problemet beträffande Internet och andra liknande system är, att det kan vara svårt att identifiera den användare som begått den lagstridiga gärningen. Ofta kan det vara lättare att hitta den som tillhandahållit den tjänst som använts för att sprida det olovliga materialet. Det kan exempelvis röra sig om ett webhotell som låter användarna lägga upp sina hemsidor på företagets server eller om en elektronisk anslagstavla, dit användarna kan skicka in eget material eller hämta hem material som andra lagt ut. Den som tillhandahåller en dylik tjänst anses även vara den som har de största praktiska och ekonomiska förutsättningarna att förhindra materialets fortsatta spridning.

I dagsläget finns inget särskilt ansvar föreskrivet i svensk lag för de som tillhandahåller olika elektroniska förmedlingstjänster (jfr ansvarig utgivare för radioprogram, tidningar etc.) Rättstillämparen är i princip hänvisad till allmänna straff- och skadeståndsrättsliga regler.

I det sk BBS-målet (NJA 1996 s. 79) tog HD ställning till vilket ansvar som åvilar en systemoperatör för att upphovsrättsligt material som laddats upp av användarna fanns tillgängliga i hans BBS.⁹⁶ HD konstaterade, att det i upphovsrättslagen uttryckta kravet på tillgängliggörande kräver ett aktivt handlande.⁹⁷ Ett sådant aktivt handlande kunde enligt domstolen inte tillskrivas någon som *enbart* tillhandahåller en BBS i syfte att fungera som elektronisk brevlåda och lager för program. Systemoperatören kunde därmed inte ställas till ansvar för upphovsrättsintrång.

BBS-målet illustrerar väl de problem som är förknippade med att utkräva ett ansvar av tillhandahållare av elektroniska tjänster med stöd av allmänna regler. För att den som tillhandahåller en elektronisk förmedlingstjänst skall kunna hållas straffrättsligt ansvarig för det lagstridiga material som användarna låter sprida genom tjänsten krävs normalt ett aktivt handlande. Ett sådant aktivt handlande tycks i fråga om tillhandahållare av elektroniska

⁹⁶ Se ovan avsnitt 2.3, not 28.

⁹⁷ 2 § Upphovsrättslagen (1960:729).

tjänster i de flesta fall vara ytterst svårt att påvisa. I BBS-målet prövades av processtekniska skäl varken ansvar för medverkan eller ansvar om underlåtenhet att förhindra brott. Målet anses svårtolkat och har givit ytterligare liv åt debatten om införandet av ett särskilt lagstadgat ansvar.⁹⁸

Lagförslag om ansvar för elektroniska anslagstavlor

Under hösten 1997 har regeringen lagt fram en proposition om införande av ett särskilt ansvar för tillhandahållare av elektroniska anslagstavlor.⁹⁹ Förslaget bygger på ett tidigare lagförslag som presenterades av IT-kommissionen år 1996 och omfattar såväl de tjänster som erbjuds via Internet som via andra system.¹⁰⁰ Propositionens huvudinnehåll kan sammanfattas enligt följande:

Enligt 1 § skall elektronisk anslagstavla förstås som ”elektronisk tjänst för elektronisk förmedling av meddelande”(1§).¹⁰¹ Utanför lagens tillämpningsområde faller bl a e-post till bestämda adressater samt sådana tjänster som omfattas av TF eller YGL (2§).

I 3§ föreskrivs att den som tillhandahåller en elektronisk anslagstavla skall ha en sådan uppsikt över tjänsten som är nödvändig för att fullgöra skyldigheterna som åvilar honom enligt lagens 4 och 5 §§. Enligt 4§ föreskrivs en skyldighet att informera användarna om vem det är som tillhandahåller tjänsten samt i vilken utsträckning meddelandena kan bli tillgängliga för andra användare.

Lagförslagets 5§ föreskriver en skyldighet för tillhandahållaren att förhindra spridning av sådant material som uppenbart strider mot vissa uppräknade stadganden i Brottsbalken: 16:5 BrB, 16:8 BrB 16:10a BrB, 16:10b BrB. Samma skyldighet föreligger om meddelandet innebär en uppenbar kränkning av upphovsrättslagen (1960:729). För att fullgöra denna skyldighet har den som tillhandahåller tjänsten rätt att ta del av meddelandenas innehåll.

För ett uppsåtligt eller oaktsamt kränkande av 4 § föreskriver 6 § bötesstraff. Enligt 7 § kan ett uppsåtligt eller grovt oaktsamt kränkande av 5 § leda till böter eller fängelse i 6 mån. Ingen påföljd skall dock utdömas för ringa överträdelser. Enligt 8 § kan datorer eller andra hjälpmedel som tagits i bruk i samband med överträdelsen förverkas.

Lagen föreslås träda i kraft den 1 april 1998.

⁹⁸ Om BBS-målet: se Rosén ”BBS-målet och ansvar för elektroniska förmedlingstjänster”, Sv JT 1996 s.414.

⁹⁹ Prop. 1997/98:15 . Propositionen är för närvarande föremål för utskottsbehandling (LU nr 11) och beräknas att debatteras i riksdagen den 4 mars 1998.

¹⁰⁰ SOU 1996:40 ”Elektronisk dokumenthantering”.

¹⁰¹ Denna definition är betydligt vidare än den som används i denna uppsats. I SOU 1996:40 användes istället termen ”elektroniska förmedlingstjänster”, s. 143f samt 173f.

Regeringens lagförslag skiljer sig från IT-kommitténs förslag på flera punkter. I det ursprungliga förslaget föreskrevs i 3 § en uppsiktsskyldighet i den utsträckning som ”är nödvändig för verksamhetens omfattning och ändamål”. I regeringens förslag är uppsiktsskyldigheten istället kopplad till fullgörandet av 4 och 5 §§. I IT-kommissionens förslag kunde en överträdelse av 5 § endast medföra straff om tillhandahållaren uppsåtligen släppte igenom det brottsliga materialet. En skyldighet att ingripa förelåg därmed endast, då existensen av det olovliga materialet kommit till tillhandahållarens kännedom. I regeringens förslag har straffmöjligheten utvidgats till fall av grov oaktsamhet. Då 3 § föreskriver en uppsiktsskyldighet som är nödvändig för att fullgöra skyldigheterna i 5 § innebär regeringens förslag i praktiken, att den som tillhandahåller tjänsten även kan straffas för sin underlåtenhet att känna till och ingripa mot det olovliga materialet. Om denna lag hade varit tillämplig i BBS-målet är det således möjligt att systemoperatören, även utan ett aktivt deltagande, kunnat drabbas av ett straffrättsligt ansvar.

Även om regeringens lagförslag antas av riksdagen i höst kommer det inte att gå att stödja ett ansvar för otillbörliga marknadsföringsåtgärder på denna lag. Enligt 5 § föreligger ingen skyldighet att ingripa mot marknadsrättsliga överträdelser.¹⁰² Detta förhållande gör det angeläget att försöka klargöra i vilken mån ett ansvar kan tänkas komma i fråga med stöd av marknadsföringslagens regler.

Marknadsföringens aktörer

Som ovan har nämnts utkräver marknadsföringslagen i första hand ett ansvar av den näringsidkare som står bakom den otillbörliga marknadsföringsåtgärden. Till skillnad från andra former av lagöverträdelser via Internet torde denne näringsidkare vanligtvis inte vara svår att identifiera. Det ligger så att säga i själva marknadsföringens natur att det av reklamen framgår vem det är som saluför de marknadsförda produkterna. Med beaktande av den allmänna debatten om ansvar på Internet och det nyligen framlagda förslaget om ett särskilt ansvar för tillhandahållare av elektroniska anslagstavlor kan det emellertid vara av intresse att söka utrona i vilken mån även andra aktörer än näringsidkaren själv kan ställas till ansvar för sin medverkan till den otillbörliga åtgärden.

Vid en marknadsföring via Internet kan, förutom alla de personer som arbetar inom företaget, även en mängd yttre aktörer vara inblandade. För att få tillgång till Internet krävs först och främst en Internetuppkoppling. Om näringsidkaren inte själv har en fast uppkoppling till Internet kan han skaffa sig en uppringd sådan av en *Internetleverantör*. Via sitt Internetabonemang

¹⁰² Givetvis under förutsättning att den otillbörliga marknadsföringen inte samtidigt utgör ett brott mot de uppräknade stagdandena i BrB eller Upphovsrättslagen.(5§) Ett ansvar kan även föreligga enligt allmänna straff- och skadeståndsrättsliga regler. Jfr lagstridighetsprincipen avsnitt 6.3.

kan näringsidkaren sedan få tillgång till de olika IT-tjänster som Internet erbjuder. Önskar näringsidkaren att genomföra en marknadsföringssatsning via Webben så kan han hyra plats på ett *webhotell*. För att få hjälp med utformningen av websidan kan företaget kontakta en *reklambyrå* specialiserad på denna typ av grafisk design. Vid marknadsföringen av websidan kan näringsidkaren hyra annonsplats för sin banner på ett *annat företags* hemsida. Vid marknadsföring med utnyttjande av de elektroniska konferenserna aktualiseras inblandningen av en *systemoperatör*. Det är systemoperatören som tillhandahåller nyhetsgruppen och, om gruppen är modererad, är det ofta denne som läser igenom inläggen innan de sprids ut i gruppen.

Det är viktigt att uppmärksamma att flera av de ovan redovisade funktionerna ofta är kopplade till en och samma person. Internetleverantören kan till exempel samtidigt fylla funktionen som webhotell genom att erbjuda Internetabonnenterna plats på sin server. Denna funktion kan även fyllas av andra företag som samtidigt utformat sin hemsida som en marknadsplats.

Frågan om medverkandeansvar

Marknadsföringslagens bestämmelser om ett ansvar för medverkan är mycket vida till sin ordalydelse. Vilka aktörer som kan tillhöra den potentiella kretsen av medverkande har emellertid närmare specificerats i förarbeten och praxis.

Marknadsföringslagens bestämmelser om medverkandeansvar syftar enligt förarbetena till att möjliggöra ett ingripande mot reklambyråer och andra som yrkesmässigt tillhandagår näringsidkare med utformning av reklam och andra marknadsföringsåtgärder. Att de reklambyråer som hjälper till med att utforma webbreklamen eller som tillhandahåller listor med e-postadresser, som näringsidkaren skickar massreklam till, kan ställas till ansvar för sin medverkan torde framgå direkt av detta uttalande. I fråga om de övriga aktörerna kan konstateras, att användandet av dessa tjänster i viss mån fyller samma funktion för en näringsidkare vid en marknadsföringssatsning via Internet som medieföretag gör vid marknadsföring via traditionella kanaler. De möjliggör spridning av det kommersiella budskapet. I Marknadsdomstolens praxis har ett ansvar för otillbörlig reklam i olika fall tillskrivits tidnings- och TV bolag.¹⁰³ I vilken utsträckning är denna praxis även tillämplig på dessa nya intermediärer?

Har de ifrågavarande aktörerna aktivt deltagit i den otillbörliga marknadsföringens utformning torde det i enlighet med Marknadsdomstolens tidigare praxis vara möjligt att utkräva ett ansvar för medverkan. Ett sådant aktivt deltagande torde främst aktualiseras i fall då en Internetleverantör eller ett webhotell hjälper näringsidkaren med uppläggningsen av sin hemsida. Det är svårt att göra några säkra uttalanden om vilken grad av deltagande som

¹⁰³ jfr ovan 7.1 samt MD 1982:4, MD 1987:5, MD 1995:2.

krävs för att uppfylla kravet på ett aktivt handlande. Troligen skulle det räcka med att aktören med ”råd och dåd” deltagit i skapandet och utformningen av den otillbörliga marknadsföringsåtgärden.

För de fall där ingen aktivitet kan tillskrivas den som tillhandahåller tjänsten är rättsläget betydligt mer oklart. I MD 1995:2 slog Domstolen fast att ett ansvar för medverkan även kunde drabba företag som inte deltagit aktivt i annonsernas utformning men *som insett* reklamens otillbörlighet och ändå publicerat annonsen. Ställningstagandet motiverades med den viktiga roll som en tidnings annonsgranskning spelar för upprätthållandet av en god marknadsföringssed och att det *fick anses ankomma* på ett seriöst tidningsföretag att utföra en sådan granskning. I tidigare avsnitt har belysts, att det kan finnas utrymme att tolka detta domskäl på två sätt: antingen kan ansvar endast utdömas om uppsåt kan tillskrivas den medverkande, eller så räcker det med grov oaktsamhet.

Krävs det uppsåt, dvs att aktören faktiskt har insett reklamens otillbörlighet men ändå valt att sprida den via sin tjänst eller hemsida torde ett ansvar för medverkan sällan komma i fråga. Internetleverantörer, webhotell, systemoperatörer m fl har sällan en sådan kontroll över det spridda materialet som statiska medier. Även om en granskning skulle utföras så innebär kravet på uppsåt att det räcker med att blunda för reklamens otillbörlighet för att undkomma ansvar.

För att ett ansvar skall kunna komma i fråga även i fall då företaget inte insett reklamens otillbörlighet krävs att en Domstol, precis som i fråga om en tidning, anser det ankomma på den som tillhandahöll tjänsten att förhandsgranska reklamen innan dess spridning. Ansvaret torde vidare förutsätta, att det enbart är på grund av denna bristande granskning som insikt om missbruket inte uppnåtts.

Att via praxis införa en dylik ”granskningskyldighet ” skulle öka möjligheterna att ställa de som tillhandahåller elektroniska tjänster till ansvar för medverkan. Det skulle i princip vara möjligt att ställa samtliga av de ovan nämnda aktörerna till ansvar för sin medverkan. De aktörer som löper den största risken att på detta sätt sanktioneras för sin bristande insikt torde vara de som redan får anses ha en viss kontroll över det spridda materialet. Det rör sig främst om systemoperatörer till modererade grupper samt även i viss mån de näringsidkare som hyr ut enstaka annonsplatser på sin hemsida.

Beträffande webhotell, systemoperatörer till omodererade nyhetsgrupper och Internetleverantörer stöter parallellen till MD 1995:2 på vissa praktiska problem. Medan den reklam som publiceras i traditionella medier är fysiskt greppbar och konstant till sitt innehåll, så är den elektroniska marknadsföringen av föränderlig karaktär. Till skillnad från de annonser som skickas in till t ex en tidning så kan en näringsidkare på Webben utan inblandning av den som tillhandahåller tjänsten ofta självständigt gå in och ändra på

marknadsföringens utformning. Upprätthållandet av en strikt kontroll av marknadsföringens innehåll skulle därmed medföra stora svårigheter för webhotell som ofta lagrar flera hundratusentals hemsidor och där varje näringsidkare kan göra fortlöpande uppdateringar och justeringar på egen hand. Vidare är anledningen till att många nyhetsgrupper är omodererade att möjliggöra en debatt där inläggen avlöser varandra i snabb takt utan att behöva försenas på grund av systemoperatörens genomläsning. En situation där systemoperatörer kan ställas till ansvar för att ovetande ha släppt igenom otillbörlig reklam till gruppen skulle i praktiken innebära att alla nyhetsgrupper måste förses med en moderator. Beträffande Internetleverantören kan konstateras, att dennes funktion är att tillhandahålla ett abonnemang till Internet. Införandet av en granskningskyldighet skulle innebära att leverantören vid varje förfrågan om abonnemang blir tvungen att utreda, om användaren tänker använda tjänsten i näringsverksamhet och därefter göra fortlöpande kontroll av om och hur tjänsten verkligen används. Det kan ifrågasättas om en sådan granskning är praktiskt genomförbar.

Trots att marknadsföringslagens regler om ansvar för medverkan till sin ordalydelse är mycket vida tycks utrymmet att ställa de aktörer som deltar i en marknadsföring via Internet till ansvar vara relativt begränsat. Ett ansvar tycks i praktiken endast bli aktuellt i de fall, då ett aktivt deltagande i den otillbörliga reklamens utformning kan tillskrivas aktören i fråga, till exempel när ett reklambolag hjälpt till att utforma reklamen, eller då ett webhotell hjälpt näringsidkaren med att lägga upp sin websida. Då aktörerna tillhör kategorin näringsidkare, skulle ett ansvar för medverkan kunna föranleda ett vitessanktionerat förbud mot att upprepa åtgärden och skulle i riktigt allvarliga fall även kunna leda till utdömandet av en marknadsstöringsavgift (22§ MFL).

Sammanfattning och slutsatser

Vem som kan ställas till ansvar för lagstridig verksamhet som sker via nya elektroniska medier är ett problem som inte bara rör de tjänster som erbjuds via Internet utan problemet är genomgående för hela den nya IT-tekniken. Att införa ett särskilt ansvar för tillhandahållare av olika elektroniska tjänster kräver en intresseavvägning mellan skyddsbehov och förmedlingstjänstens karaktär. Vilken roll spelar den som tillhandahåller en förmedlingstjänst och är det rimligt att utkräva ett särskilt ansvar?

I ett fall av otillbörlig reklam är det alltid i första hand näringsidkaren själv som skall ställas till ansvar. Enligt förarbetena är ett ansvar för medverkan även möjligt i fråga om reklambyråer och andra som *aktivt* hjälpt näringsidkaren med att utforma reklamen och websidan.

När ingen aktivitet kan tillskrivas den medverkande är rättsläget betydligt mer oklart. Om Marknadsdomstolens praxis skall tolkas som att det krävs att den som tillhandahåller tjänsten faktiskt har insett reklamens otillbörlighet, är det tveksamt om ett ansvar för medverkan i praktiken kan komma i fråga.

Till skillnad från traditionella medier sker sällan en fortlöpande granskning av reklamens innehåll och det torde vara lätt för aktörerna att neka kännedom om reklamens otillbörlighet. Skulle en domstol å andra sidan anse det ha ankommit på dem som tillhandahåller tjänsterna att granska materialet innan dess spridning, är det möjligt att ett ansvar skulle komma i fråga även i de fall, då det inte går att fastställa en insikt om reklamens otillbörlighet. En sådan bedömning skulle öka möjligheterna att ställa de olika aktörerna till ansvar men innebär samtidigt en mängd praktiska svårigheter.

Frågorna kring tolkningen och tillämpningen av MD 1995:2 på de aktörer som kan sägas medverka till en marknadsföring via Internet har lett fram till en diskussion som ligger nära den ovan gjorda jämförelsen mellan IT-kommissionens utredning och regeringens lagförslag om ansvar för elektroniska anslagstavlor. I IT kommissionens förslag var underlåtenheten att ingripa mot brottsligt material endast straffsanktionerat vid uppsåt medan regeringens lagförslag inför ett ansvar även vid grov oaktsamhet. Även om lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor inte föreslås bli tillämplig på marknadsrättsliga brott, och det i den marknadsrättsliga diskussionen endast är fråga om ett ansvar för medverkan, så uppvisar regeringens proposition en tendens som kan komma att påverka den framtida rättsutvecklingen i stort. Det är inte uteslutet, att lagförslagets stränga bedömning beträffande den roll och det ansvar som kan tillskrivas tillhandahållare av elektroniska tjänster, indirekt kan komma att påverka Marknadsdomstolen i ett framtida mål rörande ansvar för medverkan till en otillbörlig marknadsföring via Internet.

JURISDIKTION

Huvuddragen i svensk internationell privat- och processrätt

Internationell privat- och processrätt

Enligt allmänna folkrättsliga principer är varje stat suverän, dvs har exklusiv bestämmanderätt över de handlingar som vidtas inom statens territorium. Genom att ingå olika internationella överenskommelser kan staterna öka eller minska denna exklusiva bestämmanderätt rörande vissa frågor och under vissa omständigheter. När en svensk domstol får ett mål med internationell anknytning på sitt bord måste den först pröva om den är behörig att handlägga målet eller om saken faller under ett annat lands jurisdiktion. Finner sig domstolen behörig måste den därefter ta ställning till vilket lands lag som skall tillämpas på frågan, och även i vissa fall undersöka vilka möjligheter som finns att få domen verkställd i utlandet. Den del av juridiken som behandlar denna typ av frågeställningar brukar kallas för internationell privat och processrätt.¹⁰⁴

Svensk Domsrätt

I Sverige finns på vissa områden lagstadgade domsrättsregler som pekar ut i vilket land talan skall väckas. Regleringen är emellertid inte heltäckande. I synnerhet på förmögenhetsrättens område är de skrivna domsrättsreglerna relativt få och återfinns till största del i speciallagstiftningen. Detta innebär, att området till stor del är kodifierat genom de konventioner och traktat som Sverige har ingått med andra stater. De mest betydelsefulla konventionerna är Brysselkonventionen¹⁰⁵ och Luganokonventionen¹⁰⁶ som reglerar förhållandet mellan EU-stater respektive mellan EES- och EU-stater. Konventionerna, som i det närmast är identiska, är sk dubbelkonventioner, vilket innebär, att de både reglerar domsrätt i internationella frågor och frågan om verkställande och erkännande av utländska domar.¹⁰⁷ Endast

¹⁰⁴ För en mer detaljerad redogörelse av den svenska internationella privat- och processrätten hänvisas till Bogdan M, Svensk internationell privat- och processrätt, Lund 1995.

¹⁰⁵ Konventionen om domstols behörighet och verkställande av domar på privaträttens område, Bryssel den 27 september 1968.

¹⁰⁶ Konventionen om behörighet och verkställande av domar på privaträttens område, Lugano 16 september 1988.

¹⁰⁷ En viktig skillnad är emellertid att tolkningsfrågor rörande Brysselkonventionen kan hänskjutas till Gemensksdomstolen (GD) Denna möjlighet saknas beträffande Luganokonventionen. Pålsson L, Bryssel- och Luganokonventionerna, Stockholm 1995, s. 50 not 41.

Luganokonventionen utgör idag svensk rätt, men kommer sannolikt att ersättas av Brysselkonventionen från och med den 1 juli 1998.¹⁰⁸

Bryssel- och Luganokonventionen rör tvister på privaträttens område. Utanför tillämpningsområdet faller såväl straffrättsliga mål som offentlig-rättsliga anspråk. Vilken slags domstol som handlägger målet är enligt konventionstexten utan betydelse (art. 1). För svenskt vidkommande innebär detta, att reglerna även skall beaktas av förvaltningsdomstolar och specialdomstolar, i den mån mål av privaträttsligt slag kommer inför sådana domstolar.¹⁰⁹ Konventionernas huvudregel anger, att talan mot den som har hemvist i en konventionsstat skall väckas vid domstol i personens hemvistland (art. 2). I vissa fall har käranden möjlighet att väcka talan i en annan konventionsstat än svarandens hemviststat. Reglerna om ett sk konkurrerande specialforum finns uttryckta i art 5 –18. Som ett exempel kan nämnas att en talan som avser ett utomobligatoriskt skadestånd även får väckas i den stat där ”the harmful effect occurred” (art. 5.3). Detta begrepp omfattar såväl den ort där skadan orsakats som den ort där skadan uppstod, och den skadeslidande kan således välja vid vilken av dessa domstolar talan skall väckas.¹¹⁰

För de typer av tvister där ingen lagfäst domsrättsregel finns att tillgå, och det inte heller finns några internationella åtaganden, brukar man söka vägledning i de svenska forumreglerna, dvs de regler i Rättegångsbalken som avgränsar de svenska domstolars jurisdiktionsområde från varandra (10 kap RB). Analogier till dessa regler bör dock göras med viss försiktighet, då svensk domsrätt i det enskilda fallet kan föreligga i både större och mindre omfattning, än vad de interna forumreglerna ger vid handen.¹¹¹

I avtalsrättsliga förhållanden kan det även finnas utrymme för parterna att själva avtala om vilken domstol som skall vara behörig att pröva en framtida tvist. Ett sådant avtal kallas för prorogationsavtal. Om parterna i sitt avtal ger behörighet till en utländsk domstol utgör detta vanligen hinder för svensk domstol att ta upp ett mål till prövning.¹¹²

Lagval

När domstolen har slagit fast sin behörighet måste den avgöra vilket lands lag som skall tillämpas på tvisten. Den svenska internationella privat- och processrätten består av ett stort antal sk lagvals- eller kollisionsregler som pekar ut den tillämpliga lagen. Reglerna är till stor del formade av Sveriges olika konventionsåtaganden, där de nordiska konventionerna och ett antal Haag-konventioner spelar en viktig roll. Stor vikt bör även tillmätas den

¹⁰⁸ Lag (1992:794) med anledning av Sveriges tillträde till Luganokonventionen.

¹⁰⁹ Prop. 1991/92:128 s.169.

¹¹⁰ Prop. 1991/92:128 s.174ff.

¹¹¹ Bogdan M, A.a, s. 108.

¹¹² Jfr RB 10:16.

EG-rättsliga konventionen om valet av tillämplig lag i kontrakträttsliga tvister.¹¹³ I det fall då ingen skriven lagvalsregel finns att tillgå, brukar man tillämpa det lands lag till vilken tvisten har den starkaste anknytningen.

Verkställande

I Sverige finns ingen enhetlig reglering av verkställande och erkännande av utländska domar. Detta kan förklaras med att man normalt sett inte anser att utländska offentligrättsliga intressen skall tillgodoses med svenska myndigheters hjälp. Enligt 3 kap 2 § i Utsökningsbalken får ett verkställande av utländska domar och exekutionstitlar endast äga rum med stöd av lag. Huvuddelen av de befintliga lagbestämmelserna bygger på olika internationella konventioner som Sverige har ingått med främmande stater. Enligt Bryssel- och Luganokonventionen kan en privaträttslig dom som meddelats i en konventionsstat verkställas i övriga konventionsstater. Detsamma gäller i huvudsak även frågan om erkännande (art 25-31). På det straffrättsliga området finns även ett nordiskt samarbete som kommit till uttryck i lagen (1966:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge om verkställande av straff mm.

Frågan om verkställande av svenska domar i utlandet får besvaras med beaktande av varje lands internationella privat – och processrätt. Generellt sett torde man emellertid kunna konstatera, att samma negativa inställning råder i de flesta länder, varför det utan ett särskilt konventionsåtagande är svårt att få svenska domar verkställda med utländska myndigheters hjälp.

Svensk jurisdiktion över marknadsföring via Internet

Marknadsdomstolens jurisdiktion

Talan mot en otillbörlig marknadsföringsåtgärd väcks vid Stockholms tingsrätt och kan överklagas till Marknadsdomstolen. Talan om utdömmande av vite och skadestånd kan även väckas i allmän domstol enligt reglerna i 10 kap. RB (40-41 §§). Även om denna del enbart kommer att behandla Marknadsdomstolens behörighet, så bör de principer som här anges likafullt vara tillämpliga på de marknadsrättsliga mål som prövas av STR.

Det finns inte några regler i marknadsföringslagen eller i annan marknadsrättslig lagstiftning, som uttryckligen reglerar Marknadsdomstolens rätt att pröva i från utlandet härrörande reklam. Även om de EG-rättsliga konventionerna i och för sig kan grunda domsrätt för en specialdomstol som Marknadsdomstolen, så är konventionernas tillämpningsområde begränsat till den privaträttsliga sfären (art.1). Då marknadsrättsliga vitesdomar och marknadsstörsavgifter är av en utpräglad offentligrättslig karaktär, är en

¹¹³ Konventionen om tillämplig lag på kontrakträttsliga tvister , Rom den 19 juni 1980.

behörighet grundad på dessa konventioner därmed i de flesta fall att betrakta som utesluten.

Till skillnad från allmänna domstolars behörighet att pröva mål med internationell anknytning är Marknadsdomstolens domsrätt sällan föremål för en särskild prövning. I doktrin förklaras detta förhållande med att Marknadsdomstolen, istället för ett stödja sin behörighet på analogier till 10 kap. RB, grundar sin domsrätt direkt på marknadsföringslagens tillämplighet.¹¹⁴ Frågan om behörighet att pröva mål med internationell anknytning framstår så att säga inte som ett självständigt problem utan sammanfaller med bedömningen av om åtgärden är riktad mot den svenska marknaden. Marknadsdomstolen anser sig därmed behörig att pröva alla marknadsföringsåtgärder som faller inom marknadsföringslagens tillämpningsområde.¹¹⁵

Beträffande det privaträttsliga inslaget i marknadsföringslagen finns det emellertid ett visst utrymme för att göra en annan bedömning. Det skadestånd som enligt MFL kan utdömas till konsumenter och näringsidkare är en sanktion av privaträttslig karaktär, och frågan om domsrätt borde i dessa fall kunna prövas med stöd av Bryssel- och Luganokonventionernas bestämmelser.

I fråga om lagval, blir det i marknadsrättsliga mål blir det i allmänhet inte heller fråga om att välja mellan svensk och utländsk rätt. Detta följer av 1 § i lagen (1970:417) om marknadsdomstol mm, där det räknas upp vilka lagar som Domstolen har att tillämpa, däribland marknadsföringslagen. Den bakomliggande förklaringen torde vara de marknadsrättsliga reglernas offentlighetsrättsliga karaktär och syfte. Reglerna utgör en form av statliga styrmedel av den svenska marknaden där utdömda viten och marknadsstöringsavgifter tillfaller Staten. Det skulle för övrigt vara besynnerligt om marknadsdomstolen i ett mål med internationell anknytning först skulle stödja sin behörighet på marknadsföringslagens tillämplighetsområde, och därefter övergå till att tillämpa utländska regler. I marknadsrättsliga mål står frågorna om tillämplig lag och domstolens behörighet i ett ömsesidigt beroendeförhållande till varandra.¹¹⁶

Frågan är om denna tolkning även gäller, då talan om utdömande av skadestånd väcks i allmän domstol. Som ovan nämnts, är regler om skadestånd av privaträttslig karaktär och har till uppgift att reglera förhållandet mellan enskilda individer. I fråga om allmänna domstolar finns inte heller någon lagstadgad regel, som anger vilka lagar domstolarna har att tillämpa. Vid en skadeståndstalan i allmän domstol tycks det sålunda finnas

¹¹⁴ Pålsson L, Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Stockholm 1989, s.53. samt Bogdan M, "Marknadsföringslagen i EES-rättslig belysning", SvJT 1994: s.277ff.

¹¹⁵ Ett belysande fall från konkurrensrättens område är MD 1977:16 (Bayer- Kerr-målet). jfr. Pålsson L, Rättsfallssamling i Internationell privat- och processrätt, Stockholm 1991, s.236f.

¹¹⁶ Pålsson L, Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Stockholm 1989, s.53.

ett visst utrymme att beakta lagvalsprinciperna i den allmänna privat- och processrätten, vilket kan medföra ett tillämpande av en utländsk rättsordning.

Den negativa svenska inställningen till att verkställa utländska domar utan ett uttryckligt stöd i lag torde vara synnerligen starkt inom den marknadsrättsliga ämnessfären, där staternas offentlighetsintressen kommer till så tydligt uttryck. Det är även svårt att tänka sig att ett svenskt förbud, vitesföreläggande eller marknadsstöringsavgift utan ett särskilt konventionsåtagande skulle gå att verkställa med utländska myndigheters hjälp. Är näringsidkaren hemmahörande i ett nordiskt land finns det en viss möjlighet att få domen verkställd med stöd av det nordiska samarbetet om verkställighet av straff mm.¹¹⁷ Bryssel- och Luganokonventionens regler om ömsesidigt erkännande och verkställande av utländska domar kan emellertid endast åberopas för att få utverkat en kompensation till en enskild konsument eller näringsidkare.

Internet och jurisdiktionsproblematiken

Frågan om svensk domsrätt och val av tillämplig lag ställs på sin spets beträffande Internet. Internet är ett gränsöverskridande medium som är tillgängligt utan begränsningar i tid och rum. Det är svårt att avgöra varifrån den lagstridiga handlingen sker och vem som kan ställas till ansvar för gärningen. Det finns inte heller några särskilda konventionsåtaganden beträffande jurisdiktion över Internet. Eventuella tvister får därför lösas med hjälp av redan befintliga regler. Är parterna hemmahörande inom EU/EES området innebär detta att det i första hand är i Bryssel- respektive Luganokonventionen som man får söka sina svar. I annat fall får man analogvis söka ledning i de allmänna domsrättsprinciperna i 10 kap RB.

I fråga om Marknadsdomstolens rätt att pröva ett mål rörande verksamheten på Internet ser situationen något annorlunda ut. Som beskrivits i föregående avsnitt, är Marknadsdomstolens behörighet att ta upp ett mål till prövning, beroende av marknadsföringslagens tillämplighet. För att domsrätt skall föreligga i det enskilda fallet krävs sålunda, att åtgärden är riktad mot den svenska marknaden. En analys av de omständigheter som måste vara för handen för att en marknadsföringsåtgärd via Internet skall anses riktad mot den svenska marknaden gjordes i kapitel 5. Det konstaterades, att trots att marknadsföringslagens tillämplighetsområde i och för sig inte är beroende av vare sig näringsidkarens nationalitet eller reklamens geografiska ursprung, tycks möjligheten att ingripa mot en utländsk näringsidkares verksamhet via Nätet i vissa fall vara ganska begränsad. Även om Marknadsdomstolens jurisdiktion formellt sett omfattar de marknadsföringsåtgärder som vidtas via Internet, så innebär marknadsföringslagens territoriella begränsning därmed, att sannolikheten för att Domstolen skulle ta upp ett mål rörande utländsk reklam till prövning, framstår som ganska

¹¹⁷ jfr 3 § Lag (1966:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff mm.

liten. Förutsättningarna ser betydligt bättre ut i fråga om en marknadsföring som utförs av ett svenskt företag från en server placerad i Sverige.

Beträffande en talan om marknadsrättsligt skadestånd uppmärksammades i föregående avsnitt, att en sådan talan är av privaträttslig karaktär och att den som sådan bör falla under Bryssel- och Luganokonventionens tillämplighetsområde. I ett fall då en svensk näringsidkare eller konsument lidit skada av en marknadsföringsåtgärd som vidtagits via Internet och svaranden är hemmahörande i en konventionsstat, borde det sålunda gå att väcka talan i Marknadsdomstolen med åberopande av konventionernas regler om utomobligatoriskt skadestånd (art 5.3). Frågan är om detta tillvägagångssätt i praktiken skulle medföra någon skillnad. Domstolen skulle visserligen erhålla sin behörighet direkt från konventionens stadgande, men då Marknadsdomstolen endast kan handlägga mål enligt svensk lagstiftning måste åtgärden inför den materiella bedömningen fortfarande falla inom marknadsföringslagens tillämpningsområde. Resultatet skulle därmed bli detsamma som om Domstolens behörighet inte upptagits till särskild prövning.

Om den skadelidande även har rätt till ersättning enligt de marknadsrättsliga reglerna i svarandens hemvistland, är det möjligt att denna problematik kan undvikas genom att talan om skadestånd istället väcks i allmän domstol (41 §§MFL). I ett dylikt mål tycks det finnas ett visst utrymme för att tillämpa traditionella lagvalsregler på tvisten.

I svensk lagstiftning är emellertid frågan om utomobligatoriskt skadestånd inte föremål för en generell reglering i form av en skriven lagvalsregel. Rättsläget är relativt oklart, men mycket anses tala för att man i ett sådant fall skulle tillämpa principen om *lex loci delicti*, dvs lagen i det land där den skadegörande handlingen vidtagits. I fall då det är svårt att lokalisera handlingen till ett land, bör frågan avgöras enligt det lands lag, där handlingens kvantitativt och kvalitativt väsentligaste del vidtagits.¹¹⁸ Beträffande en otillbörlig marknadsföringsåtgärd, som vidtagits via Internet, skulle detta kunna innebära ett tillämpande av lagen i det land, där t ex webservern befinner sig.

Ytterligare en aspekt rörande marknadsdomstolens jurisdiktion över Internet rör frågan om verkställighet. Även om en i från utlandet härrörande marknadsföringsåtgärd i det enskilda fallet skulle vara att anse som riktad mot den svenska marknaden, och åtgärden vid den materiella prövningen befinnas strida mot marknadsföringslagens materiella bestämmelser, så torde, med beaktande av förbud- och vitesdomarnas offentlighetsrättsliga karaktär, det vara mycket svårt att få domen verkställd i utlandet. Det nordiska verkställighetssamarbetet är begränsat till fyra länder, och Bryssel- eller Luganokonventionen kan endast åberopas i fråga om en skadeståndsrättslig dom. Även i fall då de övriga förutsättningarna är

¹¹⁸ Bogdan M, Aa, s.253 ff.

uppfyllda, kan detta förhållande få en avsevärd inverkan på Marknadsdomstolens benägenhet att pröva ett mål mot utländska näringsidkares agerande på Internet. Ett dom som inte leder till att den otillbörliga webbsiten ändras eller läggs ner är ju i praktiken helt utan effekt.

Sammanfattning och slutsatser

Marknadsrätten skiljer sig från den traditionella privat- och processrätten på flera sätt. Det förekommer ingen särskild prövning av domstolens behörighet att ta upp ett mål med internationell anknytning, och det finns i allmänhet inte heller något utrymme för domstolen att handlägga ett mål med stöd av utländsk rätt. Marknadsdomstolen har behörighet att pröva alla marknadsföringsåtgärder som är riktade mot den svenska marknaden och tillämpar härvid endast svensk lagstiftning. Frågorna om domsrätt och tillämplig lag är båda beroende av marknadsföringslagens territoriella begränsning.

Att en marknadsföringsåtgärd vidtas via ett gränslöst medium som Internet fränkänner inte i sig Marknadsdomstolens jurisdiktion över verksamheten. Beträffande en svensk näringsidkares marknadsföringsåtgärder som sker från en dator belägen i Sverige är detta att anse som ganska klart. Fall för åtgärden inom marknadsföringslagens tillämpningsområde, kan Marknadsdomstolen ta upp frågan till prövning, och det torde i dessa fall inte heller uppkomma några problem med att få domen verkställd.

I fråga om en i från utlandet härrörande reklam tycks Marknadsdomstolens möjligheter att ta upp en talan till prövning vara betydligt mer begränsad. Åtgärden måste vara riktad till den svenska marknaden, och även om så är fallet kan det vara svårt att få en vitesdom eller marknadsstörningsavgift verkställd i utlandet. Vid en talan om skadestånd på grund av en utländsk reklam via Internet finns det möjlighet för den skadelidande att väcka talan i såväl marknadsrättslig som allmän domstol. I dessa fall kan det finnas möjlighet att stödja såväl behörighet som en begäran om verkställande direkt på Bryssel – och Luganokonventionens bestämmelser. I fråga om en skadeståndstalan som väcks i allmän domstol tycks det även finnas ett visst utrymme för tillämpande av utländsk rätt.

INTERNATIONELLA ASPEKTER

Internet - ett "överreglerat" medium?

I debatten kring Internet talas det ofta om Nätet som ett område där det saknas juridisk reglering. Detta påstående är endast delvis korrekt. Även om det inte finns något centralt organ som beslutar om bindande regler eller som kontrollerar att reglerna följs, så finns det över 200 stater i världen, alla med nationell lagstiftning som kan tillämpas på verksamheten på Nätet. Sett ur denna synvinkel är Internet snarare ett överreglerat än ett oreglerat medium.¹¹⁹

Ovan har redogjorts för några aspekter rörande tillämpningen av den svenska marknadsföringslagen på Internet. Det är emellertid viktigt att uppmärksamma, att dessa regler endast utgör svensk rätt, och att en näringsidkare följer dessa regler inte hindrar honom från att samtidigt bryta mot lagstiftningen i andra länder. För att vara helt säker på att inte bryta mot någon marknadsrättslig lagstiftning i något annat land, är den som idag satsar på en internationell marknadsföring via Internet i praktiken tvungen att anpassa sin reklamåtgärd till det land som har den strängaste lagstiftningen. Detta förhållande ställer oerhört stora krav på näringsidkarna och är i det långa loppet att betrakta som ohållbar.

Sändarlandets princip

Inom EU har ett förslag lagts fram om att tillämpa "Sändarlandets princip" på den globala marknadsföringen via Internet. Principen är idag tillämplig på reklam via gränsöverskridande TV-satellitsändningar och innebär kortfattat, att ett ingripande enligt nationell marknadsrätt inte kan ske mot marknadsföring som är laglig i den medlemsstat varifrån den först sänds.¹²⁰

För att illustrera de konsekvenser som införandet av en "Sändarlandets princip" skulle kunna få för marknadsföring via Internet, kan nämnas det fall rörande TV-satellitrekam som för närvarande ligger på Marknadsdomstolens bord. Fallet är relativt komplicerat men huvuddragen kan sammanfattas enligt följande: De Agostini är en leksakstillverkare som under hösten 1993 gjorde reklam för sin tidning "Allt om dinosaurier" på TV3 och TV4. TV3 bedriver sändningsverksamhet från London medan TV 4 sänder från Sverige. Enligt KO strider reklamen mot radiolagens förbud mot reklam riktad mot barn under 12 år samt, med stöd av

¹¹⁹ Lindberg A, Aa, s. 21ff.

¹²⁰ Se TV-direktivet (89/552/EEG) Art 2.2 samt 2 § 2 st. MFL.

lagstridighetsprincipen, även mot marknadsföringslagens generalklausul.¹²¹
En förbudstalan mot De Agostini väcktes i Marknadsdomstolen.¹²²

Med beaktande av att TV3:s sändningar äger rum från London, och verksamheten därmed faller under TV-direktivets (84/450/EEG) tillämplighetsområde, begärde Marknadsdomstolen ett förhandsbesked av Gemenskapsdomstolen (GD). Frågan som ställdes var om tillämpandet av den svenska lagstiftningen, som är strängare än de regler mot barnreklam som finns i direktivet, på TV3:s sändningar, strider mot TV-direktivet eller Romfördragets bestämmelser.¹²³

Gemenskapsdomstolen slog fast, att TV-direktivet är ett minimidirektiv som inte i sig hindrar en stat från att ha en strängare reklamagstiftning till skydd för konsumenter eller från att tillämpa dessa regler på en reklam som sänds från en annan medlemsstat (domslutet p.1) Inte heller hindrar Romfördragets art 30 eller 59 en medlemsstat från att ha generella konsumentregler som är strängare än bestämmelserna i direktivet eller från att tillämpa dessa mot annonsörer som sänder sin reklam från en annan medlemsstat, under förutsättning att dessa regler är nödvändiga, proportionella och inte diskriminerar utländska sändningar. De strängare reglerna får emellertid inte tillämpas på en sändning från ett annat medlemsland om de innebär ”a secondary control of television broadcasts in addition to the control which the broadcasting Member State must carry out under the Directive”(p.56, 61). En tillämpning av radiolagens förbud mot reklam riktad till barn under 12 år på sändningarna från TV3 i London ansågs innebära en sådan kontroll och var därför enligt GD inte förenlig med direktivet.

Marknadsdomstolen har ännu inte fattat ett slutgiltigt avgörande i De Agostini-målet.¹²⁴ Om Domstolen, med beaktande förhandsbeskedet, inte anser sig kunna fälla De Agostini för den reklam som sänds från London, blir konsekvensen att olika regler kommer att gälla för TV3 och TV4:s sändningsverksamhet. Medan de annonsörer som marknadsför sig i TV 4 är skyldiga att följa den svenska marknadsföringslagstiftningen lyder sändningarna från TV3 under engelsk lag, oaktat att reklamen är att anse som riktad till den svenska marknaden.

Sammanfattning och slutsatser

I dagsläget är marknadsföringslagen tillämplig på all verksamhet som är riktad mot den svenska marknaden, oberoende ifrån vilken del av världen reklamen sänds. Med införandet av en strikt ”Sändarlandets princip” på den

¹²¹ 11§ Radiolagen (1966:755).

¹²² Ansökan Dnr 93/K2914.

¹²³ Direktivets regler om reklam riktad mot barn finns uttryckta i kapitel 4, art 16 (TV-reklam och sponsring).

¹²⁴ Under hösten 1997 pågår fortfarande parternas skriftväxling.

marknadsföring som sker via Internet skulle delar av den svenska lagstiftningen inte längre gå att tillämpa på den reklam som sprids via en server i en annan Medlemsstat. Även om hela den europeiska marknadsrätten skulle harmoniseras, får det anses föga troligt att denna skulle hålla samma stränga linje som den svenska, t ex vad beträffar tobak- och alkoholreklam eller reklam riktad mot barn. Då Internet är en global, och inte en europeisk företeelse, skulle införandet av en "Sändarlandets princip" inte heller lösa problemen på sikt. Företagen riskerar fortfarande att bryta mot de materiella reglerna i ett icke-europeiskt lands lagstiftning.

Dagens situation där företag för att vara helt säkra på att inte bryta mot marknadsrätten i något annat land måste anpassa sin reklam efter det land som har den strängaste lagstiftningen, är i det långa loppet ohållbar. Å andra sidan innebär tillämpandet av en "Sändarlandets princip" att företag skulle kunna undkomma nationell lagstiftning genom att lägga upp reklamen på en server utomlands. Den enda tänkbara lösningen tycks vara att förhandla fram en världsomfattande materiell reglering av marknadsföring via Internet och att kombinera dessa bestämmelser med effektiva regler om domsrätt och verkställande. Av förklarliga skäl, är en dylik lösning är emellertid förenad med stora praktiska svårigheter.

SAMMANFATTNING OCH AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Detta arbete belyser några rättsliga aspekter på marknadsföring via Internet med beaktande av den befintliga svenska lagstiftningen. Syftet har varit att försöka lyfta fram några av de frågor av generell karaktär som kan tänkas bli aktuella vid en framtida domstolsprövning. Jag har behandlat frågan om marknadsföringslagens tillämplighet, vissa särskilda materiella överväganden, frågan om ansvar och Marknadsdomstolens jurisdiktion.

En studie av juridiska aspekter på marknadsföring via Internet innebär först och främst ett möte mellan ett gränslöst medium och en territoriellt begränsad lagstiftning. Det har kunnat konstateras, att det inte föreligger något formellt hinder mot att tillämpa marknadsföringslagens bestämmelser på sådan marknadsföring som sker via Internet. Lagen är i princip tillämplig på såväl den reklam som sänds från en dator belägen i utlandet, som den som sänds via en dator i Sverige. Avgörande för marknadsföringslagens tillämpning i det enskilda fallet är att marknadsföringen är riktad mot den svenska marknaden. En reklam som har lagts upp på en websida i utlandet kan, om reklamen är riktad mot den svenska marknaden, falla inom lagens tillämpningsområde, samtidigt som en svenskproducerad marknadsföringsåtgärd, som endast riktar sig mot en utländsk marknad, faller utanför.

Enligt de principer som slogs fast i Scanorama-målet skall man, vid avgörande av om en marknadsföringsåtgärd är riktad till den svenska marknaden, göra en helhetsbedömning av föreliggande anknytningsfakta, t ex språk, hänvisning till återförsäljare och priser. Då språket på Internet domineras av engelskan och försäljningen ofta, utan utnyttjande av svenska mellanhänder, sker direkt ifrån de utländska producenterna, kommer en del av den utländska marknadsföring som når svenska konsumenter via Internet i praktiken att falla utanför marknadsföringslagens tillämpningsområde. Detta förhållande kan medföra en risk att Internet utvecklas till ett ”marknadsföringsparadis” för oseriösa näringsidkare, och skapar även en ojämlig konkurrenssituation i förhållande till de näringsidkare som direkt riktar sig mot den svenska marknaden. Även om marknadsföringen ur juridisk synvinkel inte är att anse som riktad till den svenska marknaden, så kommer den att vara tillgänglig för hundratusentals svenska konsumenter, som inte kan åberopa de svenska reglerna till skydd.

Hur skall man då kunna motarbeta denna utveckling? En tanke vore, att man istället för att utnyttja de kriterier som traditionellt sett används vid en helhetsbedömning av reklam med internationell anknytning anser att all reklam som sprids via Internet är riktad till den svenska marknaden. Detta skulle emellertid innebära, att man ställer oerhörda krav på utländska näringsidkare som, trots att reklamen spritts till Sverige, kanske inte alls

avser sin marknadsföring för svenska konsumenter. I Sverige är marknadsföringslagens tillämpningsområde dessutom nära kopplad till frågan om Marknadsdomstolens behörighet. En situation där all marknadsföring som sprids via Internet faller inom marknadsföringslagens tillämpningsområde skulle därmed innebära, att all Internetreklam kan bli föremål för den svenska domstolens ingripande. Förutom att detta kan leda till en enorm arbetsbörda för Marknadsdomstolen och de myndigheter (KV) som har till uppgift att övervaka marknadsföringen på den svenska marknaden, bör det ifrågasättas om ett sådant förhållande är förenligt med kravet på ett svenskt rättsskipningsintresse. En alltför extensiv tolkning av vad som är riktat mot den svenska marknaden skulle även innebära, att Sverige, utan en internationell överenskommelse, utökar sin jurisdiktion unilateralt, vilket ur folkrättslig synvinkel utgör ett allvarligt angrepp mot andra staters suveränitet.

Ett annat alternativ vore, att i samarbete med andra länder, harmonisera de marknadsrättsliga lagstiftningarna, så att all reklam är underkastade samma regler, oberoende av vilket land som marknadsföringen sänds ifrån. Det är denna tanke som ligger bakom det inom EU framlagda förslaget om ”Sändarlandets princip”. Så länge som harmoniseringen enbart håller sig på en miniminivå, är det emellertid troligt att problemet kommer att kvarstå på de områden där Sverige har särskilt sträng lagstiftning, som alkoholreklam och reklam riktad mot barn. För att en dylik reglering skall bli riktigt effektiv krävs dessutom att den blir världsomfattande. Annars kommer det alltid att finnas en möjlighet att undkomma reglerna genom att producera och sända reklamen från ett land med mer liberal marknadsrättslig lagstiftning. Inom vissa internationella organisationer, som WIPO och Europarådet, har de senaste åren inletts ett intensivt arbete beträffande verksamheten på Internet. Om dessa ansträngningar även kommer att omfatta den marknadsrättsliga problematiken, återstår emellertid att se.

Beträffande tillämpningen av marknadsföringslagens materiella bestämmelser har i denna uppsats uppmärksammats, att den omständighet att en marknadsföring äger rum via mediet Internet, kan föranleda vissa särskilda materiella överväganden från domstolens sida. Först och främst kan valet av marknadsföringskanal innebära, att särskilda normativa bedömningsgrunder, i form av ICC:s riktlinjer för interaktiv marknads-kommunikation, kommer att utgöra särskilt tolkningsunderlag för vad som enligt generalklausulen utgör en tillbörlig marknadsföring. Vidare, kan omständigheter som Internets decentraliserade karaktär och användarnas utsatthet påverka denna bedömning i en sträng riktning. Beträffande den marknadsföring som sker via Webben uppmärksammades även, att denna marknadsföring kan sägas äga rum på två plan, och att Domstolen i sin helhetsbedömning även bör beakta de marknadsföringsåtgärder som vidtas med utnyttjande av tex webadresser och länkar.

Frågan om vem som kan ställas till ansvar för verksamhet via elektroniska medier är ett problem som omfattar hela den nya IT-tekniken. De särskilda

lagstiftningslösningar beträffande ansvar för tillhandahållare av elektroniska tjänster som lagts fram omfattar emellertid inte det marknadsrättsliga ansvaret, utan svaret på denna fråga får tills vidare sökas i den befintliga marknadsrättsliga lagstifningen. Marknadsföringslagens regler om medverkandeansvar är emellertid mycket vaga och det får anses oklart i vilken mån Marknadsdomstolens praxis i fråga om tidnings- och TV-företags ansvar kan överföras på tillhandahållare av t ex webhotell och elektroniska nyhetgrupper. Ur marknadsrättslig synvinkel får det anses otillfredställande om dessa aktörer, trots att de innehar i princip samma roll i en marknadsföring via Internet som medieföretagen har vid en marknadsföringssatsning via traditionella medier, inte skulle löpa samma risk för att ställas till ansvar.

I motsats till den vanföreställning som ofta ges uttryck för i dagspressen, faller inte den verksamhet som äger rum via Internet automatiskt utanför de nationella domstolarnas jurisdiktion. Svenska marknadsrättsliga domstolar är behöriga att ta upp ett mål rörande Internet till prövning, i den mån åtgärden faller inom marknadsföringslagens tillämpningsområde. I de fall då reklamen är producerad av en utländsk näringsidkare och sänd från en dator i utlandet kan emellertid vissa svårigheter uppstå. Även om reklamen är klart riktad mot den svenska marknaden, och den därmed faller inom Domstolens behörighet, kan den brist som idag föreligger på verkställighetens område förhindra att domen får effekt. Det är således oerhört viktigt att, ett eventuellt framtida internationellt samarbete rörande marknadsföring via Internet, inte enbart inriktar sig på en harmonisering av materiella bestämmelser. Alla eventuella lösningar måste förenas med en effektiv reglering rörande erkännande och verkställande av utländska domar.

Att applicera nya samhällsfenomen på redan befintlig lagstiftning är ofta förenat med stora osäkerhetsmoment. Så är inte minst fallet beträffande de rättsliga aspekter som här lagts fram i fråga om marknadsföring via Internet. Några säkra svar på hur man bör behandla den elektroniska marknadsföringen går inte att ge förrän frågan varit föremål för svenska domstolars prövning. Man kan emellertid notera, att Internet som marknadsföringskanal de senaste åren har fått allt större uppmärksamhet. Konsumentombudsmannen har vid ett flertal tillfällen tagit kontakt med näringsidkare som, enligt KO, vidtagit otillbörliga åtgärder via Nätet. Under hösten 1997 har Konsumentverket, gemensamt med ett 30-tal konsumentmyndigheter i andra länder, ägnat en dag åt att spåra oseriös marknadsföring på Internet. Resultatet beräknas sammanställas under våren 1998. Exakt hur stora problemen kan tänkas vara, är det än så länge ingen som vet.¹²⁵

¹²⁵ Mattson N, Razzia på Nätet – marknadsförare skall granskas (<http://www.idg.se/nyheter>). Samtal med Christina Lindencrona på Konsumentverket den 16/2 1998.

LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING

Litteratur

- Brinnen M, Ansvar och Yttrandefrihet i telemedier, IRI-rapport 1995:2, Stockholm 1995
- Bernitz U, Svensk Marknadsrätt, 3uppl., Stockholm 1991
- Bogdan M, Internationell privat-och processrätt, 4 uppl., Lund 1995
- Hedin A, Affärer och marknadsföring på Internet, Göteborg 1996
- Hellner J, Skadeståndsrätt, 4 uppl., Stockholm 1993
- Heveus E, Varumärken i globala nätverk, Skrift utgiven av Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet, nr 90, Stockholm 1997
- Levin M, Satellitreklam och konsumentskydd, Stockholm 1987
- Lindberg A, Praktisk IT-rätt, Stockholm 1997
- Jakobsson,P Internet i marknadsföringen och marknadskommunikationen, Lund 1995
- Jäger J, Allt du skulle vilja veta om marknadsföring på Internet, Värnamo 1996
- Koktvedgaard/Levin, Lärobok i Immaterialrätt, 3 uppl., Stockholm 1995
- Pålsson L, Bryssel- och Luganokonventionerna, Stockholm 1995
- Pålsson L, Rättsfallssamling i internationell privat-och processrätt, Stockholm 1991
- Pålsson L, Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Stockholm 1989
- Rindforth P, Internet – risker och möjligheter, Kungsbacka 1997
- Städje mfl. Stora Guiden om Internet, 2 uppl., Stockholm 1995
- Strömberg H, Tryckfrihetsrätt, 12 uppl., Lund 1997
- Svensson CA m fl, Praktisk Marknadsrätt, 6 uppl.,Stockholm 1996
- Thorell J, Data och IT Lexikon, Stockholm 1996

Tidskrifter

- Bogdan M, Oskälliga villkor i gränsöverskridande konsumentavtal, SvJT 1995:3, S. 189ff.
- Bogdan M, Marknadsföringslagens tillämplighet i EES-belysning, SvJT 1994:3 s.277ff.
- Fjällström T, Multimedia i ett användarperspektiv, Teldok Info nr 10, 1992
- Lagergren M, Internet-världens största varuhus, Råd och Rön, 4 april 1997 s.12-14
- Rosén J, BBS:målet och ansvar för elektroniska förmedlingstjänster, SvJT 1996 s.414 ff.
- Stierdarski F, Lucka i lagen håller webhotell om ryggen, Dagens IT

Vedin BA,

17 juni 1997
Elektroniska marknader-dagligvara och vision,
Teldok Info nr 15, 1995

Offentligt tryck

-Propositioner

Prop. 1970:57	Kunl.Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om otillbörlig marknadsföring mm
Prop. 1991/92:128	Sveriges tillträde till Luganokonventionen
Prop. 1994/95:123	Ny marknadsföringslag
Prop. 1997/98:15	Ansvar för elektroniska anslagstavlor

-Statens Offentliga Utredningar

SOU 1993:59	Ny marknadsföringslag. Slutbestämmande av marknadsföringsutredningen
SOU 1996:40	Elektronisk dokumenthantering. Betänkande av IT-utredningen
SOU 1997:49	Grundlagsskydd för nya medieformer

Rättsfall

-Högsta Domstolen

NJA 1971 s. 589
NJA 1977 s. 751
NJA 1996 s. 79

-Marknadsdomstolen

MD 1972:14
MD 1982:4
MD 1983:16
MD 1987:5
MD 1987:21
MD 1989:6
MD 1993:28
MD 1995:2
MD 1997:4

EG-rättsligt material

C- 35/95 De Agostini –målet

Fördraget om Europeiska Unionen, Maastricht den 7 februari 1992.

Konventionen om domstols behörighet och verkställande av domar på privaträttens område, Bryssel den 27 september 1968.

Konventionen om behörighet och verkställande av domar på privaträttens område, Lugano den 16 september 1988.

Konventionen om tillämplig lag på kontraktsrättsliga avtalsförpliktelser, Rom den 19 juni 1980.

Rådets direktiv (93/13/EEG) av den 5 april 1993 om oskäligen avtalsvillkor i konsumentförhållanden

Rådets direktiv (89/552/EEG) av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television.

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

Utomrättsliga normer

ICC-dok nr 432-2 Grundregler för reklam

ICC-dok nr 240-44/4 rev 4 Riktlinjer för Interaktiv marknadskommunikation

Internetmaterial

-Artiklar

- | | |
|---------------|---|
| Andreasson T, | Reklam eller massbrev,
(http://www.tyreso.se/infobas/forening/andra/indebatt/massbrev.html) 2/9 1997 |
| Mattson N, | Razzia på Nätet – marknadsförare skall granskas
(http://www.idg.se/nyheter) 24/10 1997 |
| Nilsson Å, | Internet är och förblir reklampelare, Computer
Sweden/WWW
(http://www.idg.se/cs/artiklar/1996/16/cscs/a05/a05.htm) 2/9 1997 |
| Pedersson H, | Reklam dränker Internet, Sydsvenska Dagbladet 14
sept. 1995 (http://www.sds/red/internet/net96/data/v37.html)4/7 1997 |
| Pawlo M, | Marknadsföringslagen satt ur spel, Computer
Sweden/WWW nr 16 1996,
(http://www.idg.se/cs/artiklar/1996/16/cscs/a02b/a02b.htm) 2/9 1997 |

- Rundkvist A, Marknadsföringslagen gäller också Internet,
Computer Sweden/ WWW nr 13 1996,
(<http://www.idg.se/cs/artiklar/1996/13/cscs/a09/a09.htm>) 2/9 1997
- Wolk S, Får man säga vad man vill på Internet?
Internetworld/ WWW,(<http://www.idg.se/iworld/tips>)2/7 1997

-Övrigt material hämtat från Internet

Policy och drivrutiner för nationellt register

(<http://www.internic.se>) 2/9 1997

Ny organisation för hantering av domännamn under .se (<http://www.nic.se>)17/2 98

Regeringens Skrivelse 1997/98:19 Utvecklingen i Informationssamhället

(<http://www.riksdagen.se>) 24/10 1997

Vett och Netikett

(<http://www.it.ki.se/it/handbok/rules/htm>) 2/9 1997