



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ingrid Lidman

Svensk och italiensk marknadsföringsrätt

- en komparativ studie utifrån ett
gemenskapsrättsligt perspektiv med fokus på
regleringen kring TV-reklam

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Michael Bogdan

Komparativ rätt, Marknadsrätt

Höstterminen 2008

Innehåll

SOMMARIO	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte	5
1.2 Metod och material	5
1.3 Disposition	5
1.4 Avgränsningar	6
2 EG-RÄTT	7
2.1 Allmänt	7
2.2 Direktiv om vilseledande och jämförande reklam	7
2.3 Direktiv om otillbörliga affärsmetoder	8
2.3.1 Införlivande	8
2.3.2 Syfte	8
2.3.3 Några viktiga definitioner	9
2.3.3.1 God yrkessed	9
2.3.3.2 Genomsnittskonsument	10
2.3.3.3 Köperbudande	10
2.3.4 Förbud mot otillbörliga affärsmetoder	10
2.3.4.1 Allmänt	10
2.3.4.2 Särskilt om vilseledande marknadsföring	11
2.3.5 Sanktionssystem	13
2.4 TV-direktivet	14
2.4.1 Införlivande	14
2.4.2 Syfte	14
2.4.3 Några viktiga definitioner	15
2.4.4 Regler för reklam, sponsring och köp-TV	16
2.4.4.1 Annonssidifikation	16
2.4.4.2 Infogande av reklaminslag	16
2.4.4.3 Reklaminslagens längd	17
2.4.4.4 Innehållskrav för reklam	18
2.4.4.4.1 Allmänt	18
2.4.4.4.2 Särskilda regler för barnreklam	18
2.4.5 AV-direktivet	19
3 SVENSK RÄTT	20

3.1	Yttrandefrihetsgrundlagen	20
3.2	Marknadsföringslagen	21
3.2.1	Syfte	21
3.2.2	Några viktiga definitioner	22
3.2.2.1	Marknadsföring	22
3.2.2.2	God marknadsföringssed	22
3.2.3	Generalklausulen	22
3.2.4	Vilseledande marknadsföring	23
3.2.4.1	Allmänt	23
3.2.4.2	Särskilt om vilseledande underlåtenhet	24
3.2.4.3	Särskilt om köperbjudande	24
3.2.5	Sanktionssystem	25
3.3	Radio- och TV-lagen	26
3.3.1	Syfte	26
3.3.2	Några viktiga definitioner	27
3.3.3	Regler för reklam och annan annonsering	27
3.3.3.1	Annonsidentifikation	27
3.3.3.2	Infogande av reklamslag	28
3.3.3.3	Reklamslagets längd	28
3.3.3.4	Innehållskrav för reklam	29
3.3.3.4.1	Allmänt	29
3.3.3.4.2	Särskilda regler för barnreklam	29
3.3.4	Sanktionssystem	30
3.4	Näringslivets egenåtgärdssystem	31
3.4.1	Allmänt	31
3.4.2	ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation	31
3.4.3	Marknadsetiska rådet	32
3.4.4	Etiska rådet mot könsdiskriminerande reklam	33
4	ITALIENSK RÄTT	36
4.1	Allmänt	36
4.2	La Costituzione	36
4.3	Lag 145/2007	37
4.4	Codice del Consumo	38
4.4.1	Syfte	38
4.4.2	Vilseledande marknadsföring	38
4.4.3	Särskilda regler för uppförandekoder och köp-TV	39
4.4.4	Sanktionssystem	40
4.5	Testo Unico della Radiotelevisione	41
4.5.1	Syfte	41
4.5.2	Några viktiga definitioner	41
4.5.3	Regler för reklam och annan annonsering	42
4.5.3.1	Annonsidentifikation	42
4.5.3.2	Infogande av reklamslag	42
4.5.3.3	Reklamslagets längd	43
4.5.3.4	Innehållskrav	43
4.5.3.4.1	Allmänt	43

4.5.3.4.2	Särskilda regler för barnreklam	43
4.5.4	Sanktionssystem	44
4.6	Näringslivets egenåtgärdssystem	45
4.6.1	Allmänt	45
4.6.2	Codice di Autodisciplina	45
4.6.2.1	Tillämpningsområde	45
4.6.2.2	Generalklausulen	46
4.6.2.3	Vilseledande kommersiell kommunikation	46
4.6.2.4	Skydd av den mänskliga värdigheten	46
4.6.2.5	Regler för barnreklam	47
4.6.3	Sanktionssystem	48
5	ANALYS	50
5.1	Allmänt	50
5.2	Generella regler om otillbörlig marknadsföring	50
5.2.1	Allmänt	50
5.2.2	Näringslivets egenåtgärdssystem	52
5.3	Regler om TV-reklam	53
5.3.1	Allmänt	53
5.3.2	Särskilt om formkrav	53
5.3.3	Särskilt om innehållskrav	54
5.4	Sanktionssystem	54
5.5	Avslutande kommentar	55
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		57

Sommario

La direttiva in materia di pubblicità ingannevole, la prima nel suo genere, risale già al 1984. Si trattava di una direttiva di armonizzazione minima, che perciò consentiva agli stati membri di mantenere molte delle loro disposizioni nazionali distinte nel quadro normativo. Nel 1989 è stata emanata la direttiva TSF, che comprendeva disposizioni particolari per la pubblicità televisiva, sebbene anche quella fosse una direttiva di armonizzazione minima. Dopo una revisione nel 1997, il suo nome è cambiato in direttiva in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, che anzitutto comportava un ambito di applicazione allargato rispetto alla direttiva del 1984. Nel 2005 è stata emanata la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, la quale comportava ancora una revisione della direttiva del 1984. La nuova direttiva assumeva una parte dell'ambito di applicazione della direttiva in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, cioè il suo interesse di tutela dei consumatori. Conseguentemente, l'atto del 1984 tutelava solo i professionisti da pubblicità ingannevole. A differenza della precedente disposizione, la direttiva sulle pratiche commerciali sleali mira ad un'armonizzazione completa nell'ambito di marketing.

La MFL della Svezia è una legge quadro, che comprende le nostre regole generali della pubblicità. L'ultima modifica su di essa è stata fatta nel luglio 2008, come parte dell'implementazione della direttiva del 2005. Hanno scelto di mantenere l'interesse di tutela della legge sia per i consumatori che per i professionisti. Una novità importante della nuova MFL è la nozione di marketing che viene estesa sino a corrispondere alla nozione di pratica commerciale comunitaria, includendo cioè anche fattispecie successive all'acquisto. RTL è la legge svedese nella quale si trovano disposizioni particolari per la pubblicità televisiva. La differenza maggiore tra diritto nazionale e diritto comunitario in questo ambito riguarda il divieto assoluto svedese di pubblicità per bambini. Il c.d. principio dello stato della trasmissione della direttiva TSF comporta però che questo divieto può applicarsi solo nei confronti delle emittenti televisive che trasmettono da suolo svedese. Con riferimento al sistema di autocontrollo del paese, sull'ambito del diritto di marketing, gli organi alla testa sono MER e ERK. Tramite interpretazioni delle regole di pubblicità dell'ICC, questi affermano se una pubblicità sia contraria alle norme di diligenza professionale oppure no. Le loro deliberazioni sono soltanto di carattere consultivo però, visto che ad essi manca la capacità di esercitare sanzioni.

Le disposizioni di pubblicità generali in Italia si trovano nel loro CdC. L'implementazione della direttiva del 2005 ha però implicato l'emanazione di una nuova legge, che ha assunto la tutela dei professionisti per quanto riguarda la pubblicità ingannevole. Oggi, dopo la revisione del CdC alla fine del 2007, la parte relativa al marketing è molto simile alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali, sia la struttura che il contenuto. La legge che in Italia corrisponde alla RTL svedese sarebbe il TU. Questo si distingue dalla

direttiva TSF in quanto stabilisce regole su una forma di pubblicità particolare, chiamata telepromozione, che nella direttiva non viene neanche menzionata. In Italia c'è da tanti anni un sistema forte di autocontrollo nell'ambito del marketing. Esso prevede tra l'altro un codice dal vasto ambito di applicazione, ed un organo alla testa, il Giurì, le cui delibere comportano un divieto de facto della pubblicità in questione.

Sammanfattning

Redan 1984 kom direktivet om vilseledande reklam, som var det första i sitt slag. Det var emellertid fråga om ett minimidirektiv som därmed tillät medlemsstaterna att behålla många av sina olikartade nationella bestämmelser på området. 1989 utfärdades TV-direktivet som bl.a. innehöll särskilda bestämmelser för TV-reklam, dock även detta ett minimidirektiv. Efter en revidering 1997, som främst innebar ett utökat tillämpningsområde för direktivet från 1984, byttes dess namn till direktivet om vilseledande och jämförande reklam. 2005 utfärdades direktivet om otillbörliga affärsmetoder som medförde ännu en revidering av 1984 års direktiv. Det nya direktivet tog så att säga över en del av direktivet om vilseledande och jämförande reklams tillämpningsområde, nämligen dess konsumentsskyddsintresse. Därefter skyddar rättsakten från 1984 endast näringsidkare mot vilseledande reklam. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder syftar, till skillnad från sin föregångare, till en fullständig harmonisering på marknadsföringsområdet.

Sveriges MFL är en ramlag som innehåller våra generella regler om reklam. Denna genomgick en ändring senast i juli 2008 som en del av implementeringen av direktivet från 2005. Man valde att behålla lagens skyddsintresse för både konsumenter och näringsidkare. En viktig nyhet med den nya MFL är att marknadsföringsbegreppet vidgas till att motsvara det gemenskapsrättsliga affärsmetodsbegreppet, dvs. till att även inkludera efterköpsituationer. RTL är den svenska lag i vilken man finner de särskilda bestämmelser som gäller för TV-reklam. Den största skillnaden mellan nationell rätt och gemenskapsrätt på detta område utgörs av Sveriges absoluta barnreklamsförbud. TV-direktivets s.k. sändarlandsprincip innebär emellertid att detta förbud endast kan gälla för de programföretag som sänder från svensk mark. Vad gäller landets självregleringssystem på marknadsföringsrätts område så är de ledande organen MER och ERK. Genom att tolka ICC:s reklamregler fastslår de om en reklam strider mot god affärssed eller ej. Deras fällande beslut är dock av rådgivande karaktär, då organen saknar sanktionsmöjligheter.

Italiens generella reklambestämmelser återfinns i deras CdC. Emellertid har implementeringen av 2005 års direktiv föranlett utfärdandet av en ny lag som tagit över näringsidkarskyddet vad gäller vilseledande reklam. Efter revideringen av CdC i slutet av 2007 efterliknar dess marknadsföringsdel numera i hög grad direktivet om otillbörliga affärsmetoder, både till struktur och innehåll. Italiens motsvarighet till den svenska RTL är TU. Den skiljer sig från TV-direktivet bl.a. genom att föreskriva regler om en särskild typ av reklam, kallat säljfrämjande referenser, som inte ens nämns i direktivet. Italien har sedan lång tid tillbaka ett starkt självregleringssystem på marknadsföringsområdet. Detta innehåller bl.a. en särskild regelsamling med vidsträckt tillämpningsområde, samt ett ledande organ, Giurì, vars fällande beslut innebär ett faktiskt förbud av reklamen ifråga.

Förkortningar

Autorità Garante	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Autorità GC	Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
AV-direktiv	Direktiv 2007/65/EG om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG
CdC	Codice del Consumo
Codice di Autodisciplina	Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale
Codice TV e Minori	Codice di Autoregolamentazione TV e Minori
Comitato	Comitato di Controllo
Cost	La Costituzione della Repubblica Italiana
Direktiv om otillbörliga affärsmetoder	Direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden
EESK	Europeiska ekonomiska och sociala kommittén
ERK	Näringslivets etiska råd mot könsdiskriminerande reklam
IAP	Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria
ICC	Internationella Handelskammaren
KO	Konsumentombudsmannen
KV	Konsumentverket
MD	Marknadsdomstolen
MER	Marknadsetiska rådet
MFL	Marknadsföringslag
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
RomF	Romfördraget
RTL	Radio- och TV-lagen
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordningen
TU	Testo Unico della Radiotelevisione
TV-direktiv	Rådets direktiv 89/552/EEG om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

1 Inledning

1.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att göra en jämförelse mellan svensk och italiensk rätt inom marknadsföringsområdet, då i synnerhet vad gäller relevant lagstiftning rörande TV-reklam. Den gemenskapsrättsliga marknadsföringsrätten har nyligen genomgått en relativt omfattande modifiering, något som bl.a. inneburit en viss harmonisering av Sveriges och Italiens lagstiftning på området. Denna harmonisering ämnas belysas i analysen, tillsammans med de relativt betydelsefulla nationella skillnader som emellertid ännu återstår.

1.2 Metod och material

Uppsatsen innebär en komparativ studie mellan svensk och italiensk marknadsföringsrätt, med fokus på relevant lagstiftning rörande TV-reklam. Utgångspunkten utgörs av de båda staternas respektive implementering av de, för uppsatsen, mest centrala EG-direktiven. Redogörelsen av dessa gemenskapsrättsakter byggs till största delen på själva direktivtexterna, deras utformning och struktur. Detta kompletteras emellertid av bl.a. yttrande från kommissionen. Materialet till beskrivningen av den svenska rätten utgörs främst av lagtext och förarbeten, men även av doktrin samt några betydelsefulla rättsfall. Jag reste till Florens en vecka för att söka italienskt material, både på bibliotek och i bokhandel. Då den italienska marknadsföringsrätten genomgått flera ändringar relativt nyligen har det emellertid varit vissa svårigheter med att hitta material om dagsläget. Vad gäller beskrivningen av den italienska rätten byggs denna därför främst på lagtext, men även till viss del på doktrin. Förarbeten tas inte upp, då dessa inte utgör en del av landets rättshierarki. Inte heller rättspraxis väger lika tungt som det gör i den svenska rättstraditionen.

1.3 Disposition

Arbetet består av tre beskrivande delar samt en analys. I den första delen redogörs objektivt för de tre viktigaste EG-direktiven på området; det om vilseledande och jämförande reklam, det om otillbörliga affärsmetoder samt TV-direktivet. I andra delen beskrivs den relevanta lagstiftningen inom den svenska rätten, dvs. vissa bestämmelser i YGL, MFL och RTL. Därefter beskrivs på ett generellt plan det svenska näringslivets egenåtgärdssystem. Samma uppdelning har gjorts avseende den italienska rätten, där de centrala lagarna är Cost, Lag 145/2007, CdC och TU. Slutligen görs en jämförelse av den beskrivna svenska och italienska marknadsföringsrätten, där viktiga likheter men även skillnader belyses. Utgångspunkten för analysen är de aktuella EG-direktiven som behandlats i uppsatsens första del, samt hur de har valts att implementeras i respektive nationell rätt.

1.4 Avgränsningar

Arbetet avgränsar sig i huvudsak till de valda EG-direktivens bestämmelser och deras implementering i svensk respektive italiensk rätt. Inom nämnda område söker uppsatsen att i så stor utsträckning som möjligt hålla sig utanför intellektuella äganderätten, vilket rent konkret innebär att exempelvis särskilda bestämmelser om vilseledande efterbildningar lämnas därhän, även om vilseledande marknadsföring behandlas på ett mer generellt plan. Detta innebär vidare att regler avseende jämförande reklam inte tas upp mer än mycket ytligt. De sektorspecifika bestämmelser som återfinns t.ex. beträffande alkohol, tobak och medicin behandlas ej, då det annars skulle innebära en för stor mängd material i förhållande till uppsatsens utrymmesbegränsning. Starkt fokus ligger på en mediatyp, nämligen televisionen. En ytterligare viktig avgränsning avser skyddsintresset, där koncentrationen ligger på skyddet för konsumenter, även om näringsidkarskyddet, mest för tydlighets skull, belyses kort.

2 EG-rätt

2.1 Allmänt

Ett EG-direktiv är bindande för medlemsstaterna med avseende på det resultat som ska uppnås men överlåter åt medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Det innebär att staterna inte är bundna av sådant som direktivets terminologi och systematik, om det avsedda resultatet uppnås med en annan terminologi och systematik.¹

2.2 Direktiv om vilseledande och jämförande reklam

Ramen för denna uppsats medför att det endast är artiklarna 1, 2, 3 och 8 i direktivet om vilseledande och jämförande reklam som är relevanta i sammanhanget. De övriga artiklarna (som berör enbart jämförande reklam) kommer därför inte att nämnas i det följande.

Genom direktivet om otillbörliga affärsmetoder² från 2005 ändrades rådets direktiv 84/450/EEG om vilseledande och jämförande reklam. Ett år senare utfärdade rådet direktiv 2006/114/EG genom vilken 84/450/EEG kodifierades, främst p.g.a. att den ursprungliga rättsakten då genomgått två större förändringar på väsentliga punkter. Man ansåg kodifieringen lämplig av tydlighetsskäl.³ Den senaste ändringen innebär att direktivet i fortsättningen endast ska skydda näringsidkare från konsekvenserna av vilseledande reklam samt ange under vilka förutsättningar jämförande reklam är tillåten. Regleringen av konsumentskyddet har inom gemenskapsrätten numera förts över från direktivet om vilseledande och jämförande reklam till direktivet om otillbörliga affärsmetoder.⁴ Detta har bl.a. kritiserats av EESK, som menar att det hade varit mer fördelaktigt att ha en enda rättslig ram om vilseledande reklam, istället för att införa två rättsliga ordningar med olika innehåll och skyddsmekanismer beroende på vem de ska skydda.⁵

Dåvarande direktiv 84/450/EEG var fram till för bara ett par år sedan den mest heltäckande EG-rättsliga regleringen på marknadsföringsområdet. Den syftade ursprungligen till att skydda konsumenter och näringsidkare mot vilseledande reklam.⁶ Artikel 2 i den kodifierade versionen definierar reklam som varje form av framställning som görs i samband med näringsverksamhet, för att främja tillhandahållandet av varor eller tjänster. I samma artikel definieras vidare vilseledande reklam som all reklam som på något

¹ RomF. art. 249. Prop. 2007/08:115 Ny marknadsföringslag, s. 56.

² EG-direktiv 2005/29/EG.

³ EG-direktiv 2006/114/EG, skäl 1 i ingressen.

⁴ EG-direktiv 2006/114/EG, art. 1. Prop. 2007/08:115, s. 85.

⁵ Yttrande från EESK (2004/C 108/17), p. 3.4.1.2.

⁶ Prop. 1999/00:40 Obeställd reklam m.m., s. 23.

sätt vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda de personer den riktar sig till eller dem som nås av den. Ett ytterligare rekvisit är att dess vilseledande karaktär sannolikt kommer att påverka deras ekonomiska beteende, eller sannolikt kommer att skada en konkurrent. Vid bedömningen av huruvida reklam är vilseledande ska man enligt direktivet göra en helhetsbedömning. Det ges vidare exempel på sådan information i reklamen som ska tas särskild hänsyn till vid bedömningen, exempelvis varans utmärkande egenskaper och dess pris.⁷

Den del som behandlar skydd för näringsidkare mot vilseledande reklam är utformat som ett minimidirektiv som ger medlemsstaterna möjlighet att tillämpa striktare regler på nationell nivå. Detsamma gäller dock inte för bestämmelserna om jämförande reklam såvitt avser själva jämförelsen. Skälet till detta är att man vill undvika att vissa medlemsstater inskränker möjligheterna till jämförande reklam.⁸

2.3 Direktiv om otillbörliga affärsmetoder

2.3.1 Införlivande

Direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden (härefter direktivet om otillbörliga affärsmetoder) trädde i kraft 2005. Medlemsstaterna fick därefter två år på sig att anta och offentliggöra de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att genomföra direktivet på nationell nivå. Dessa författningar skulle sedan vara i kraft senast i slutet av 2007.⁹

Under en övergångsperiod om sex år får medlemsstaterna fortsätta att tillämpa nationella bestämmelser på det harmoniserade området som är mer långtgående än vad som följer av direktivet och som genomför andra minimidirektiv. En sådan åtgärd måste vara väsentlig för att tillförsäkra konsumenterna ett tillräckligt konsumentskydd, samt proportionell. Kommissionen ska underrättas om dylika nationella bestämmelser.¹⁰

2.3.2 Syfte

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder är tänkt att fungera som ett ramdirektiv. Finns det gemenskapsbestämmelser som reglerar vissa specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder har dessa således företräde framför direktivets bestämmelser. Syftet med rättsakten är att bidra till att den inre marknaden fungerar korrekt och att säkerställa ett högt konsumentskydd. Detta ska uppnås genom tillnärmande av medlemsstaternas lagar och andra

⁷ EG-direktiv 2006/114/EG, art. 2a, 2b och 3. EG-direktiv 2005/29/EG, art. 2 e contrario.

⁸ EG-direktiv 2006/114/EG, art. 8.1. Prop. 1999/00:40, s. 24.

⁹ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 19.

¹⁰ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 3.5 och 3.6.

författningar om otillbörliga affärsmetoder som skadar konsumenternas ekonomiska intressen.¹¹

Utöver det primära syftet att tillförsäkra konsumenterna inom EU ett enhetligt konsumentskydd, är ett indirekt syfte med direktivet att underlätta för näringsidkare att marknadsföra sina produkter på den inre marknaden. Det främsta målet med detta indirekta syfte är att öka rörligheten av varor och tjänster inom gemenskapen.¹²

Tanken bakom direktivet är en fullständig harmonisering av konsumenters skydd mot otillbörliga affärsmetoder m.m. inom hela EU. Vad gäller medlemsstaternas implementering av direktivet är utgångspunkten därför att de enbart får bestämma ett skydd för konsumenterna som är i nivå med vad som anges i direktivet. Detta uttrycks bl.a. i en av direktivets artiklar där det anges att staterna inte får begränsa friheten att tillhandahålla tjänster eller den fria rörligheten för varor av anledningar som omfattas av det område som harmoniseras genom direktivet ifråga.¹³ För marknadsföring m.m. av fast egendom och finansiella tjänster är direktivet emellertid utformat som ett minimidirektiv. Implementeringen av dessa delar innebär att medlemsstaterna – inom de ramar som ges av RomF – får bestämma om ett starkare skydd för konsumenterna än det som direktivet ger. Direktivet ger vidare medlemsstaterna stor frihet när det gäller utformningen av tillsyns- och sanktionssystem.¹⁴

Rättsakten ska tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter före, under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt. Endast affärsmetoder som direkt påverkar konsumentkollektivets ekonomiska intressen omfattas.¹⁵ Rättsliga krav som gäller icke ekonomiska konsumentintressen, exempelvis smak och anständighet, faller därmed utanför direktivets tillämpningsområde. Inte heller affärsmetoder i förhållandet mellan näringsidkare eller som endast skadar konkurrenters ekonomiska intressen omfattas (där direktivet om vilseledande och jämförande reklam istället träder in). Medlemsstaterna kommer att kunna behålla eller införa restriktioner och förbud mot affärsmetoder för att skydda sina konsumenters hälsa och säkerhet.¹⁶

2.3.3 Några viktiga definitioner

2.3.3.1 God yrkessed

Enligt direktivets generalklausul får inte näringsidkaren använda sig av affärsmetoder i strid med ”god yrkessed”. Med uttrycket menas den nivå av fackmässighet och aktsamhet, som en näringsidkare skäligen kan förväntas

¹¹ Prop. 2007/08:115, s. 54. EG-direktiv 2005/29/EG, art. 1 och 3.4.

¹² EG-direktiv 2005/29/EG, p. 8 i ingressen. Prop. 2007/08:115, s. 93.

¹³ Prop. 2007/08:115, s. 56. EG-direktiv 2005/29/EG, art. 4.

¹⁴ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 3.9 och 11-13.

¹⁵ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 3, 5.2 och 5.3.

¹⁶ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 3 och p. 7 i ingressen.

visa gentemot konsumenterna, motsvarande hederlig marknadspraxis samt den allmänna principen om god tro i näringsidkarens bransch.¹⁷

2.3.3.2 Genomsnittskonsument

Uttrycket genomsnittskonsument används i samband med bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd ska anses vara otillbörlig. Det ska förstås som den representativa konsumenten ur den målgrupp som åtgärden riktas mot. Marknadsföringsåtgärden kan därmed bedömas utifrån ett hypotetiskt resonemang av genomsnittskonsumentens typiska reaktion i det givna fallet. Genomsnittskonsumenten ska anses vara normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst. Underlaget för denna definition är ursprungligen hämtad från EG-domstolens praxis. Genom att ta med definitionen i direktivets ingress eftersträvar man en harmonisering av rättsläget. Detta då praxis i flera medlemsstater tidigare inneburit ett användande av mer sårbara konsumenter, eller en liten del av konsumenterna, som utgångspunkt vid bedömningen av en marknadsföringsåtgärds effekt.¹⁸

Definitionen får sitt konkreta innehåll genom de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall, beroende på faktorer som exempelvis vilken vara eller tjänst det är fråga om, samt vilken målgrupp som marknadsföringen riktar sig till. Marknadsförs en produkt mot en viss målgrupp, bestäms genomsnittskonsumenten ur denna grupp. En sådan tydligt identifierbar grupp kan bestå av konsumenter med låg ålder.¹⁹

2.3.3.3 Köperbudande

Köperbudande definieras som ett kommersiellt meddelande, som på ett sätt som är lämpligt för den typ av reklam det gäller, beskriver en produkts egenskaper och pris och på så sätt gör det möjligt för en kund att köpa produkten. Om en specifik annons anses utgöra ett köperbudande innebär det ett strängare informationskrav för den annonsen än om det inte skulle vara fråga om ett köperbudande.²⁰

2.3.4 Förbud mot otillbörliga affärsmetoder

2.3.4.1 Allmänt

Direktivets generalklausul om förbud mot otillbörliga affärsmetoder återfinns i artikel 5.1, som vidare kompletteras med närmare bestämmelser om när en affärsmetod ska anses otillbörlig. Så är fallet om metoden dels strider mot god yrkessed, dels är ägnad att leda till att en genomsnittskonsument fattar ett annat affärsbeslut än denne annars skulle ha fattat.²¹

Generalklausulen kompletteras även med en presumtionsregel genom vilken det föreskrivs att en affärsmetod ska anses otillbörlig om den antingen är

¹⁷ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 5.2 och 2h.

¹⁸ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 5 och p. 18 i ingressen. Prop. 2007/08:115, s. 66f.

¹⁹ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 5.2, 5.3. Prop. 2007/08:115, s. 67.

²⁰ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 2i och 7.4.

²¹ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 5.2-5.5.

vilseledande eller aggressiv. Om metoden varken är vilseledande eller aggressiv används det generella förbudet för att avgöra om den är otillbörlig.²² En affärsmetod kan vara vilseledande genom såväl handling som underlåtenhet samt är att anse som aggressiv om den genom exempelvis trakasseri, våld eller tvång påverkar genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande avseende en viss produkt. Denna senaste bestämmelse har sitt huvudsakliga fokus på direktreklam och dylika åtgärder som vidtas i den direkta affärsrelationen med kunden.²³ Följaktligen har den en starkt begränsad betydelse på TV-reklamsområdet som ju utgör grunden för detta examensarbete. Av denna anledning lämnas bestämmelsen om aggressiv marknadsföring utan vidare fördjupning.

Vidare återfinns i direktivet en bilaga med en uppräknning av ett trettiotal affärsmetoder som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörliga. Bilagan ska gälla i alla medlemsstater och får enbart ändras genom en översyn av direktivet. De affärsmetoder som radas upp kräver inte någon prövning av om en åtgärd har eller sannolikt har en påverkan på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, utan är under alla omständigheter otillbörliga.²⁴

Att generalklausulen kompletteras både med de två huvudtyperna av otillbörliga affärsmetoder samt en s.k. svart lista över metoder som alltid anses vara otillbörliga har sin bakgrund i en önskan att skapa större rättssäkerhet.²⁵

2.3.4.2 Särskilt om vilseledande marknadsföring

Direktivets utgångspunkt är att det ankommer på näringsidkarna själva att lämna tillräcklig information om sina produkter, inom ramen för de förbud om vilseledande åtgärder som direktivet uppställer. Det allmänna förbudet delas upp i vilseledande handling och vilseledande underlåtenhet. En vilseledande handling kan innebära reklam som innehåller oriktig information, alternativt information som kan vara korrekt i sak, men som ändå på något sätt, exempelvis genom den allmänna utformningen, sannolikt kommer att vilseleda genomsnittskonsumenten.²⁶

Vad gäller utelämnad eller otydlig information finns det ett krav på att denna ska vara väsentlig för konsumenten för att reklamen ifråga ska anses vilseledande. Motsvarande krav uppställs inte vid förekomsten av oriktiga påståenden eller dylika framställningar. Kravet på att den utelämnade informationen ska vara väsentlig för att anses vilseledande innebär att om brister i en framställning endast är bagatellartade för konsumenten bör detta inte föranleda något ingripande. Samtidigt uppställs även kravet på att, liksom

²² EG-direktiv 2005/29/EG, art. 5.4. Yttrande från EESK (2004/C 108/17), p. 2.6.1.

²³ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 6-9. Prop. 2007/08:115, s. 79.

²⁴ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 5.5 och bilaga I. Prop. 2007/08:115, s. 143.

²⁵ Kommissionens yttrande, KOM(2005) 96 slutlig 2003/0134 COD, s. 2f.

²⁶ Prop. 2007/08:115, s. 74. EG-direktiv 2005/29/EG, art. 6.1.

för vilseledande handling, den utelämnande informationen sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.²⁷

Det allmänna förbudet mot att vilseledande underlåta att lämna väsentlig information, kompletteras med de särskilda informationskrav för vissa produkter eller media som följer av de sektorspecifika direktiven²⁸. Särskilda krav på information följer även av regeln om köperbudanden. Vad gäller det allmänna förbudet omfattar begreppet vilseledande underlåtenhet alla former av marknadsföring. Med begreppet likställs de fall där marknadsföringen ger information på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller olämpligt sätt. Detta innebär att det inte är tillräckligt att en näringsidkare lämnar väsentlig information till konsumenten, om denna inte presenteras med en sådan grad av tydlighet att genomsnittskonsumenten kan tillägna sig den. Det kan också vara fallet att en till konsumenten given information utelämnar något väsentligt, och att den då kan - trots att den givna informationen i sig är sann - medföra risk för missuppfattningar och på så sätt bli vilseledande.²⁹

Principen om reklamidentifiering kommer till uttryck på flera ställen i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, och dess betydelse betonas därmed. Sålunda anges som exempel på vilseledande underlåtenhet att en näringsidkare inte anger en affärsmetods kommersiella syfte.³⁰ Av direktivbilagan framgår vidare att användningen av annonser i redaktionell form är förbjuden. Därtill kommer ett förbud mot att oriktigt påstå eller skapa intryck av att näringsidkaren inte agerar i syften som hänför sig till dennes näringsverksamhet.³¹

En del av direktivets bestämmelse om vilseledande underlåtenhet rör vilken information som näringsidkaren är tvungen att lämna vid ett köperbudande. Artikeln innehåller en uttömmande uppräkningslista av de uppgifter om produkten, näringsidkaren, priset jämte övriga villkor som ska anses vara väsentliga för konsumenten om marknadsföringen är utformad som ett köperbudande.³²

Vad gäller just TV-reklam kan man först konstatera att innehållet i en sådan sändning vanligtvis utgörs av ett kommersiellt budskap med en enkel och slagkraftig utformning om näringsidkarens produkt. Även budskap som endast innehåller varumärkesexponering är vanligt förekommande. De gånger som en framställning innehåller ett erbjudande av mer konkret natur ligger emellertid en potentiell affärsrelation mellan näringsidkare och konsument närmare i tiden. Är reklamen utformad som ett köperbudande ska viss, i direktivet uppräknad, information framgå. I annat fall är framställningen vilseledande enligt regeln om köperbudande, detta oavsett vilket

²⁷ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 6.1, 7.1 och 7.2. Prop. 2007/08:115, s. 87.

²⁸ T.ex. TV-direktivet (1989/552/EEG).

²⁹ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 7.1-7.4 och 3.4. Prop. 2007/08:115, s. 87.

³⁰ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 7.2.

³¹ EG-direktiv 2005/29/EG, bilaga I, p. 11 och 22.

³² EG-direktiv 2005/29/EG, art. 7.4. Prop. 2007/08:115, s. 74.

medium man använder sig av. Det är inte möjligt att uppställa motsvarande konkreta villkor för det generella förbudet mot vilseledande underlåtenhet. I dessa fall får en bedömning av eventuell avsaknad av väsentlig information vägas utifrån en helhetsbedömning.³³

Viss hänsyn ska tas till vilket kommunikationsmedium som används för affärsmetoden. I de fall det valda mediet medför begränsningar av utrymme eller tid ska dessa begränsningar, samt de åtgärder som vidtagits av näringsidkaren för att på annat sätt delge konsumenterna informationen, tas i beaktande för att avgöra huruvida information har utelämnats. Syftet med bestämmelsen är att underlätta användningen av bl.a. TV vid marknadsföring av produkter.³⁴

2.3.5 Sanktionssystem

Direktivet anger vissa krav på att medlemsstaterna ska se till att det finns adekvata och effektiva metoder för att bestämmelserna om otillbörlig marknadsföring efterlevs. Den närmare utformningen av nationell processrätt är emellertid huvudsakligen en nationell fråga.³⁵

Medlemsstaterna har dock en skyldighet att ge domstolar och myndigheter befogenhet att i domstols- och myndighetsförfaranden kunna kräva att näringsidkaren styrker faktapåståenden. Domstolarna ska betrakta sådana påståenden som felaktiga om begärd utredning bedöms vara otillräcklig eller om den inte alls läggs fram.³⁶

Direktivet utesluter inte att en kontroll av otillbörliga affärsmetoder kan genomföras av ett egenåtgärdssystem med tillhörande uppförandekoder, upprättat av näringslivet. Inget hindrar heller att sådana organ anlitas av de personer som har talerätt enligt direktivets artikel 11. Anlitandet av ett sådant kontrollorgan får dock aldrig innebära att rätten att vidta de rättsliga åtgärder eller förvaltningsåtgärder som anges i artikel 11 förverkas. Det framhålls även att medlemsstaterna bör uppmuntra förekomsten och användningen av uppförandekoder på rättsområdet som direktivet täcker. Detta motiveras i ingressen med att en sådan ordning kan innebära att administrativa eller rättsliga åtgärder inte behöver tillgripas. Vidare sägs att medlemsstaterna, där så är lämpligt, ska uppmuntra näringsidkare och kodutfästare att informera om sina uppförandekoder.³⁷

³³ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 7.1, 7.4. Prop. 2007/08:115, s. 88.

³⁴ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 7.3. Prop. 2007/08:115, s. 90.

³⁵ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 11-13.

³⁶ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 12.

³⁷ EG-direktiv 2005/29/EG, art. 10, 17 och p. 20 i ingressen.

2.4 TV-direktivet

2.4.1 Införlivande

Rådets direktiv 89/552/EEG om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (härefter TV-direktivet) har ändrats genom direktiv 97/36/EG. Tio år senare genomgick det ännu en ändring, då genom direktiv 2007/65/EG (även kallat AV-direktivet, p.g.a. att dess tillämpningsområde utökats till att gälla alla typer av audiovisuella medietjänster). Implementering av denna senaste rättsakt planeras ske senast i december 2009.³⁸ Då både Sveriges och Italiens lagstiftning i skrivande stund bygger på TV-direktivet från 1989 inklusive dess ändring genom direktiv 97/36/EG har jag valt att fokusera mig på att här främst beskriva just denna rättsakt, trots att den således nyligen ändrats genom det s.k. AV-direktivet. En kortare beskrivning av vad denna senaste revidering kan tänkas komma att resultera i för eventuella effekter, vad gäller just regleringen av TV-reklam, görs dock under en separat underrubrik i slutet av detta kapitel.

2.4.2 Syfte

TV-direktivet reglerar bl.a. reklam i TV och andra TV-sändningar. Dess främsta syfte är att skapa fri rörlighet för TV-sändningar. Förfarings sättet i direktivet har antagits för att uppnå den grundläggande harmonisering som är nödvändig och tillräcklig för att säkerställa denna fria rörlighet inom gemenskapen. Medlemsstaterna har frihet att föreskriva att TV-programföretagen inom deras jurisdiktion ska följa mer detaljerade eller striktare regler (dock i övrigt förenliga med gemenskapsrätten) inom de områden som omfattas av direktivet, vilket följaktligen innebär att det rör sig om ett s.k. minimidirektiv.³⁹ Den medlemsstat varifrån en sändning härrör ska se till att sändningen följer lagen i det landet. Inom ramen för sin lagstiftning och på lämpligt sätt ska medlemsstaterna även säkerställa att TV-programföretagen inom deras jurisdiktion effektivt uppfyller bestämmelserna i direktivet.⁴⁰ Punkt 44 i ingressen till direktiv 97/36/EG kan fungera som tolkningsstöd till artikel 3.1, genom vilken det framgår att vi har att göra med ett minimidirektiv. Den omfattande listan över grunder för att avvika från direktivets regler är inte avsedd att vara uttömmande.⁴¹

Vad gäller TV-reklam återfinns bestämmelser som syftar till att förena principen om frihet att göra reklam med lämpligt skydd för audiovisuella verk och skydd för allmänheten, både som tittare och konsument.⁴²

³⁸ EG-direktiv 2007/65/EG, art. 3.1.

³⁹ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 3.1. EG-direktiv 97/36/EG, p. 44 i ingressen.

⁴⁰ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 2.1 och 3.2.

⁴¹ Prop. 1997/98:184 Ändringar i radio- och TV-lagen (1996:844), m.m., s. 20.

⁴² Tolkningsmeddelande från kommissionen (2004/C 102/02), p. 3.

Den s.k. sändarlandsprincipen utgör en viktig del av TV-direktivet. Denna innebär att det är det land i vilket programföretaget har sitt säte, som ska se till att sändningarna är förenliga med direktivets bestämmelser. I och med att direktivet gäller för alla medlemsstater är en TV-sändning därför laglig och får tas emot i alla medlemsländer, om den är laglig i det land den kommer ifrån. Mer specifikt är den stat, inom vars jurisdiktion programföretaget ifråga hör, ansvarig. Jurisdiktionen bestäms med hjälp av tre kriterier. I första hand är den stat ansvarig, i vilken företaget är etablerat. Etableringen bestäms i sin tur av vissa kriterier som anges i direktivet. Kriterierna är rangordnade i viss ordning. Det handlar bl.a. om var huvudkontoret är placerat samt var en betydande del av arbetsstyrkan är verksam.⁴³

I direktivets ingress görs en tolkning av EG-domstolens fasta rättspraxis såvitt avser programföretag som etablerar sig i en medlemsstat, i syfte att kringgå lagstiftningen i en annan, och som dessutom riktar verksamheten till denna senare stat. Den medlemsstat vars lagstiftning kringgåtts kan i sådana fall behålla rätten att vidta åtgärder mot programföretaget, trots att det således inte är etablerat i den medlemsstaten.⁴⁴ Denna teoretiska rätt till åtgärd tillämpas emellertid restriktivt av EG-domstolen, vilket bl.a. indikeras av utgången i De Agostini-fallet (som behandlas längre fram i detta kapitel).⁴⁵

2.4.3 Några viktiga definitioner

TV-direktivet gäller för TV-sändningar, vilket definieras som den ursprungliga överföringen av TV-program avsedda för mottagning av allmänheten. Definitionen omfattar sändningar per tråd eller genom luften, inklusive överföring via satellit, och i okodad eller kodad form. Även överföring av program mellan företag för vidareändning till allmänheten omfattas. Där emot omfattas inte kommunikationstjänster som tillhandahåller data eller andra meddelanden som efterfrågas individuellt såsom telefax, databaser och andra liknande tjänster.⁴⁶

TV-reklam innebär enligt direktivet varje form av sänt meddelande antingen mot betalning eller mot liknande ersättning som utförs av ett företag i samband med affärsverksamhet i avsikt att främja tillhandahållandet mot betalning av varor eller tjänster. Utöver detta inkluderas även uttryckligen sådan reklam som programföretaget gör för sin egen verksamhet, dvs. s.k. egenreklam. Kravet på främjandesyfte innebär att åsiktsannonsering och informationsmeddelanden faller utanför direktivets begrepp TV-reklam.⁴⁷

⁴³ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 2.1-2.5 och 3.2.

⁴⁴ EG-direktiv 97/36/EG, p. 14 i ingressen.

⁴⁵ EG-domstolen, mål C-34/95, C-35/95 och C-36/95.

⁴⁶ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 1a.

⁴⁷ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 1c. Prop. 1997/98:184, s. 47.

2.4.4 Regler för reklam, sponsring och köp-TV

2.4.4.1 Annonsidentifikation

En central princip är att TV-reklam ska vara lätt att känna igen som sådan och hållas åtskild från andra delar av programtjänsten med optiska eller akustiska hjälpmedel. Detsamma gäller för s.k. köp-TV. Även sponsrade program ska kunna identifieras genom att sponsorns namn eller logotyp anges i början och/eller slutet av programmet.⁴⁸

Säljfrämjande referenser nämns inte uttryckligen i direktivet. Det är en form av TV-reklam som innebär att studioprogram avbryts av att programledaren under programmets gång tillfälligt ”byter hatt” och presenterar samt gör reklam för en produkt. Kommissionen anser att säljfrämjande referenser är förenliga med artikel 10 i direktivet som talar om annonsidentifikation, förutsatt att de är tydligt åtskilda från andra delar av programtjänsten med optiska eller akustiska hjälpmedel. Det centrala är att tittarna lätt ska kunna se att det rör sig om kommersiella inslag.⁴⁹

Det finns härutöver ett uttryckligt förbud mot smygreklam även om man bör kunna hävda att detta indirekt förbjuds redan genom att direktivet föreskriver att reklamen ska vara lätt att känna igen som sådan. För att betraktas som smygreklam måste presentationen i ord eller bild av exempelvis varor, tjänster eller varumärken uppfylla tre villkor: reklamen ska ha gjorts avsiktligt av programföretagen, den ska ha gjorts i reklamsyfte och allmänheten ska kunna vilseledas ifråga om presentationens art. Härav kan man konstatera att direktivet inte innehåller något absolut förbud mot verbala eller visuella referenser till varor eller varumärken m.m.. Kommissionen har poängterat att detta har sin grund i yttrandefriheten, och är viktigt särskilt i dagens värld där varumärken spelar en stor roll.⁵⁰

2.4.4.2 Infogande av reklaminslag

Huvudregeln beträffande infogande av reklam är att den ska infogas mellan program. Om vissa i direktivet fastställda villkor uppfylls får emellertid reklam och köp-TV-inslag även infogas i program på sådant sätt att varken programmets integritet och värde eller innehavarnas rättigheter kränks. Vid en sådan bedömning ska hänsyn tas till naturliga pauser samt programmets sändningslängd och karaktär.⁵¹

Ett sådant undantag kan enligt artikel 11.2 utgöras av program som består av fristående delar eller i sportprogram och på liknande sätt strukturerade evenemang och föreställningar som innehåller pauser. I dessa fall får reklam och köp-TV-inslag infogas endast mellan sådana delar, eller i pauserna. Om andra program än de som omfattas av artikel 11.2 avbryts av reklam ska en

⁴⁸ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 10.1 och 17.1b.

⁴⁹ Tolkningsmeddelande från kommissionen (2004/C 102/02), p. 25 och 26.

⁵⁰ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 10.1 och 10.4. Tolkningsmeddelande från kommissionen (2004/C 102/02), p. 31 och 32.

⁵¹ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 11.1.

period om minst tjugo minuter förflyta mellan reklaminslagen i programmet.⁵²

Under förutsättning att deras programlagda sändningstid överstiger fyrtiofem minuter, får sändningar av audiovisuella produktioner såsom spelfilm och filmer gjorda för TV (utom TV-serier, lätta underhållningsprogram och dokumentärer) avbrytas en gång för varje hel period om fyrtiofem minuter. Ett ytterligare avbrott är tillåtet ifall den programlagda sändningstiden är minst tjugo minuter längre än två eller flera fullständiga fyrtiofemminutersperioder.⁵³

Det finns ett absolut förbud beträffande reklamavbrott i sändningar av gudstjänster. Vidare får inte nyhetsprogram samt andra program om aktuella samhällsfrågor, dokumentärprogram, religiösa program och barnprogram avbrytas av reklaminslag om deras programlagda sändningstid är mindre än trettio minuter. Ifall denna överstiger trettio minuter tillåts infogande av reklam under villkor att de övriga reglerna om reklamavbrott följs (dvs. exempelvis regeln om att en period om minst tjugo minuter ska förflyta mellan reklaminslagen i programmet).⁵⁴

2.4.4.3 Reklaminslagens längd

Med undantag av sändningsblock för köp-TV, får sändningstiden för köp-TV-inslag, reklaminslag och andra former av reklam, inte överstiga tjugo procent av den dagliga sändningstiden. Den sammanlagda sändningstiden för ”vanliga” reklaminslag får inte överstiga femton procent av den dagliga sändningstiden. Om vi begränsar oss inom en given timme mellan hela klockslag får reklaminslagens och köp-TV-inslagens längd inte överstiga tjugo procent av denna tid.⁵⁵ Begreppet ”timme mellan hela klockslag” i direktivet kan enligt kommissionen tolkas antingen som heltimme eller som förskjuten timme där referenstimmarna är successiva sextiominutersperioder som kan påbörjas exempelvis den åttonde minuten en viss timme och avslutas nästa timme (i detta fall den sjunde minuten följande timme). Beträffande tolkning av begreppet ”daglig sändningstid” menar kommissionen att denna bör ske på grundval av programdagen, som antingen kan motsvara en kalenderdag, eller en separat programdag som t.ex. börjar kl. 06.00 och slutar kl. 05.59 följande kalenderdag.⁵⁶

Varken programföretagens egenreklam eller meddelanden till allmänheten och välgörenhetsuppmaningar som sänds gratis anses emellertid utgöra reklam vid tillämpningen av de ovan beskrivna sändningstidsreglerna. Tillämpningen av sändningstidsreglerna utgör med andra ord ett undantag från den annars gällande huvudregeln om vad som räknas som TV-reklam.⁵⁷

⁵² EG-direktiv 89/552/EEG, art. 11.2 och 11.4.

⁵³ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 11.3.

⁵⁴ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 11.5.

⁵⁵ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 18.1 och 18.2.

⁵⁶ Tolkningsmeddelande från kommissionen (2004/C 102/02), p. 12 och 18.

⁵⁷ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 18.3.

Bestämmelsen som avser den högsta tillåtna andelen reklam- och köp-TV-inslag av den dagliga sändningstiden, ska enligt ett tolkningsmeddelande från kommissionen tillämpas även på säljfrämjande referenser. Dock ska inte bestämmelsen som avser TV-reklamens längd inom en given timme, tillämpas vad gäller säljfrämjande referenser som görs under programmets gång.⁵⁸

2.4.4.4 Innehållskrav för reklam

2.4.4.4.1 Allmänt

Direktivet innehåller vissa allmänt hållna specifika innehållskrav för just TV-reklam och köp-TV. Reklam får först och främst inte undergräva respekten för den mänskliga värdigheten eller diskriminera någon p.g.a. ras, kön eller nationalitet. Den får inte heller angripa religiös eller politisk övertygelse eller uppmuntra ett beteende som är skadligt för hälsa eller säkerhet. Direktivet betonar även att medlemsstaterna har en skyldighet att säkerställa att sändningar inom deras jurisdiktion inte innehåller något som uppmanar hat grundat på ras, kön, religion eller nationalitet.⁵⁹

2.4.4.4.2 Särskilda regler för barnreklam

Direktivets femte kapitel rör skydd av underåriga och allmän ordning, och gäller för alla typer av TV-sändningar, inklusive reklam. Där föreskrivs bl.a. ett allmänt skydd för den fysiska, mentala eller moraliska utvecklingen hos underåriga, med särskild fokus på restriktioner mot sändningar som innehåller pornografi eller meningslöst våld. I och med att det endast är i samband med överträdelse av bestämmelserna i detta femte kapitel som en medlemsstat har rätt att ingripa mot TV-sändningar från andra medlemsstater, kan dessa bestämmelser sägas inneha en särställning. För att ett förhållande av en sändning ska kunna komma ifråga, ska det ha förekommit uppenbara och allvarliga kränkningar av någon av ifrågasatt kapitels paragrafer. Vidare måste denna överträdelse av det utlandsetablerade programföretaget ha skett minst två gånger under de senaste tolv månaderna för att en medlemsstat ska kunna få använda sig av denna rätt till interimistisk åtgärd.⁶⁰

Utöver det allmänna skyddet av underåriga och allmän ordning finns det särskilda regler för just reklam och köp-TV riktat till minderåriga. Utan att innehålla ett förbud mot barnreklam anger TV-direktivet vissa minsta varsamhetskrav i samband med reklam till minderåriga. Direktivet uttrycker att reklamen inte får orsaka fysisk eller moralisk skada hos dessa och att den därför måste uppfylla vissa kriterier. För det första får inte reklamen direkt uppmåna minderåriga att köpa en produkt eller tjänst genom att utnyttja deras oerfarenhet eller godtrogenhet. Den får inte heller direkt uppmåna minderåriga att övertala sina föräldrar eller andra att köpa de utannonserade varorna, eller för den delen utnyttja det speciella förtroende minderåriga hyser för bl.a. sina föräldrar och lärare. I de fall det inte finns något särskilt

⁵⁸ Tolkningsmeddelande från kommissionen (2004/C 102/02), p. 29.

⁵⁹ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 12 och 22a.

⁶⁰ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 2a och 22. Prop. 1997/98:184, s. 27.

skäl för det, får reklamen inte visa minderåriga i farliga situationer. För köp-TV innehåller direktivet dessutom en regel som anger att sådan inte får uppmana minderåriga att ingå avtal om köp eller förhyrning av varor och tjänster.⁶¹

Utöver dessa innehållskrav bör även nämnas formkravsregeln som nämnts ovan om att bl.a. barnprogram inte får avbrytas av reklaminslag eller köp-TV-inslag om deras programlagda sändningstid är mindre än trettio minuter.⁶²

I det s.k. De Agostini-fallet konstaterades att nationella regler för reklam mot barn får vara striktare än TV-direktivets. Detta omfattar dock inte sändningar som härrör från annan stat då detta skulle inskränka sändarlandsprincipen. Bakgrunden till rättsfallet var att MD begärde förhandsavgörande av EG-domstolen avseende tolkningen av artiklarna 30 och 59 i RomF⁶³ samt av TV-direktivet, beträffande bl.a. tillämpning av det svenska barnreklamförbudet mot en annons som sänts från en annan medlemsstat. EG-domstolen påpekade att direktivet innehåller ett fullständigt system av bestämmelser som särskilt är ägnat skyddet av minderåriga med avseende på TV-program i allmänhet och TV-reklam i synnerhet.⁶⁴

2.4.5 AV-direktivet

De grundläggande principerna i direktiv 89/552/EEG, nämligen sändarlandsprincipen och principen om gemensamma minimiregler, behålls i det nya direktivet. Begränsningen av sändningstiden för annonser under ett dygn tas bort. Däremot ändras inte sändningstidsregleringen per timme.⁶⁵ En nyhet i AV-direktivet är att ett land som mottar en TV-sändning, direkt rik-tad mot det egna landet men som härstammar från en annan medlemsstat, och därför regleras av den andra medlemsstaten, kan begära av det sändande landet att sändningen ska följa en viss nationell regel av stort allmänintresse i mottagarlandet. Därutöver förenklas och liberaliseras också reglerna för hur TV-sändningar får avbrytas för reklam.⁶⁶

⁶¹ EG-direktiv 89/552/EEG, art. 15a och 16.

⁶² EG-direktiv 89/552/EEG, art. 11.5.

⁶³ Nuvarande art. 28 och 49 i RomF.

⁶⁴ EG-domstolen, mål C-34/95, C-35/95 och C-36/95, p. 1, 2 och 56-58.

⁶⁵ EG-direktiv 2007/65/EG, p. 7 och 59 i ingressen.

⁶⁶ EG-direktiv 2007/65/EG, art 1.5 och 1.14.

3 Svensk rätt

3.1 Yttrandefrihetsgrundlagen

Av Sveriges fyra grundlagar innehåller tre bl.a. regler om yttrandefrihet. Dessa är RF, TF och YGL. De två senare är speciallagar för just yttrandefriheten i massmedia. TF reglerar yttrandefriheten i tryckta medier och kommer därför inte behandlas närmare i denna uppsats. YGL reglerar yttrandefriheten i radio och TV.⁶⁷

Reglering som på ett eller annat sätt sätter gränser för spridande av reklam i samhället innebär begränsningar för yttrandefriheten. Enligt RF 2 kap. 13 § får rätten att yttra sig i näringsverksamhet begränsas.⁶⁸

YGL 1 kap. 12 § innehåller de bestämmelser som gör det möjligt att lagstifta om reklam. Bestämmelsen säger att grundlagen ifråga inte hindrar att det i lag meddelas föreskrifter om förbud mot kommersiell reklam i bl.a. television eller om villkor för sådan reklam. Detsamma gäller föreskrifter om förbud mot och villkor för annan annonsering och sändning av program som helt eller delvis bekostas av annan än den som bedriver programverksamheten. Avsikten med denna reglering har varit att öppna en möjlighet att genom lag avgöra om reklam ska få förekomma i inhemsk radio och TV samt att reglera villkoren för sådan reklam inom de ramar som bestäms av grundlagens syfte. Som exempel på regler som tillåts nämns i förarbetena bl.a. regler om hur annonser får sättas in, om mängden annonser, samt om hur MFL blir tillämplig på reklam i TV.⁶⁹

Frågan om möjlighet till förhandsingripande mot viss reklam har vid flera tillfällen varit föremål för regeringens överväganden. Det har framhållits i dessa tidigare lagstiftningsärenden att ett förhandsingripande strider mot förbudet av censur i YGL 1 kap. 3 §. Utrymmet för en reglering av reklam begränsas genom detta förbud, då myndigheter och andra allmänna organ inte i förväg får granska något som är avsett att framföras i exempelvis ett radio- eller TV-program. Inte heller får dessa organ, utan grundlagsstöd, förbjuda eller hindra programmets offentliggörande eller spridning bland allmänheten.⁷⁰

Vid bedömningen avseende gränsdragningen mellan kommersiell och grundlagsskyddad reklam, har i tveksamma fall alltid yttrandefriheten företräde.⁷¹

⁶⁷ Se bl.a. TF 1 kap. 5 § och YGL 1 kap. 1 §.

⁶⁸ Prop. 2007/08:115, s. 57.

⁶⁹ Prop. 1990/91:64 om yttrandefrihetslag m.m., s. 113. Prop. 1995/96:160 Radio- och TV-lag, s. 107.

⁷⁰ Prop. 2007/08:115, s. 122. YGL 1 kap. 3 § 1 st.

⁷¹ SOU 2008:5 Könsdiskriminerande reklam, s. 130.

3.2 Marknadsföringslagen

3.2.1 Syfte

Den nya Marknadsföringslagen (2008:486) (härefter MFL) genomför flera EG-direktiv, varav det huvudsakliga är direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Den nya lagen bygger på, samt har samma grundläggande struktur som, 1995 års MFL. Även syftet bakom lagen är oförändrat, dvs. att främja konsumenternas och näringslivets ekonomiska intressen i samband med marknadsföring av produkter samt att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. För näringsidkare innebär lagen därmed även ett skydd mot illojal konkurrens från andra näringsidkare. Skyddet av enskilda personers eller grupperns integritet omfattas emellertid inte av lagens skyddsintresse.⁷² Detta visar tydligt ett rättsfall från 1976 där MD uttalade att annonsen i målet – trots att den konstaterades vara att anses som könsdiskriminerande samt inte stod i överensstämmelse med Internationella Handelskammarens (härefter ICC) reklamregler – inte kunde fällas enligt MFL:s regler. Lagens gränser sades vara snävare än ICC:s grundregler på den punkten. Domstolen anförde att vad som skulle uppnås därmed inte vore ett skydd för kvinnor som konsument eller näringsidkare utan ett skydd för hennes integritet som kvinna.⁷³

MFL är en ramlag som kompletteras med särskild reglering av marknadsföring av vissa produkter samt användningen av vissa försäljningssätt och media⁷⁴. Den omfattar alla former av media samt numera även de eventuella marknadsföringsåtgärder som näringsidkaren vidtar efter det att avtal har ingåtts.⁷⁵

MFL tar enbart sikte på kommersiell marknadsföring och reglerar således inte politisk propaganda, samhällsinformation, religiös förkunnelse eller annan verksamhet där någon vill bidra till opinionsbildning eller nyhetsförmedling.⁷⁶

Den nya lagen bygger på direktivet om otillbörliga affärsmetoders struktur, med en allmän generalklausul följt av mer specifika förbud mot aggressiv och vilseledande marknadsföring. Som angivits ovan ligger förbudet mot aggressiv marknadsföring huvudsakligen utanför ramen för denna uppsats, och kommer därför inte belysas mer än mycket ytligt.

⁷² Prop. 2007/08:115, s. 61, 139f och 212. MFL (2008:486) 1 § 1 st.

⁷³ MD 1976:8.

⁷⁴ Som t.ex. RTL (1996:844).

⁷⁵ Prop. 2007/08:115, s. 61 och 140.

⁷⁶ Svensson, Praktisk marknadsföringsetik, 2006, s. 19.

3.2.2 Några viktiga definitioner

3.2.2.1 Marknadsföring

Med marknadsföring avsågs i 1995 års MFL reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet vilka är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter. Marknadsföringsbegreppet har utvidgats något i den nya MFL för att på ett lämpligt sätt genomföra direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Just begreppet ”affärsmetoder” som återfinns i direktivet ifråga har hittills inte använts i Sverige i dessa sammanhang. Därför beslutades att inte ersätta begreppet marknadsföring med affärsmetod i den senaste lagändringen. I förarbeten till den nya MFL konstateras att innebörden av de båda begreppen överlappar varandra i stor utsträckning, dock med den avgörande skillnaden att affärsmetoder inkluderar näringsidkares agerande vid leverans av en produkt till konsument. Begreppet marknadsföring ska i och med den nya MFL därför anses omfatta även s.k. efterköpsituationer. I bilagan till direktivet kommer emellertid uttrycket affärsmetod att kvarstå, eftersom bilagans ordalydelse inte får ändras. Uttrycket affärsmetod ska i dessa fall jämföras med begreppet marknadsföring.⁷⁷

3.2.2.2 God marknadsföringssed

God marknadsföringssed definieras som god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter. Med god affärssed avses i huvudsak det utomrättsliga normsystem som har utvecklats inom näringslivet, främst ICC:s grundregler för reklam, men även andra uppförande- och bransch-koder. Därmed avses bl.a. speciallagstiftning, Konsumentverkets (härefter KV) föreskrifter och allmänna råd, de normer som Marknadsdomstolen (härefter MD) har skapat genom sin praxis samt andra internationellt vedertagna normer inom ramen för lagens syfte. God marknadsföringssed är inget statistiskt begrepp då det innefattar t.ex. ny eller ändrad domstolspraxis.⁷⁸

I generalklausulen i direktivet om otillbörliga affärsmetoder används uttrycket god yrkessed. Den svenska lagstiftaren ansåg det dock mest lämpligt att behålla begreppet god marknadsföringssed från 1995 års MFL. Inom marknadsföringsrättens område är god marknadsföringssed ett vidare begrepp än god yrkessed, vilket innebär att den svenska generalklausulen är något strängare än den EG-rättsliga. Enligt förarbetena till den nya MFL bör uttrycket god marknadsföringssed numera, p.g.a. motsvarande ändring av marknadsföringsbegreppet, även inbegripa den marknadsföringsfas som tidsmässigt ligger efter avtalet mellan köparen och säljaren.⁷⁹

3.2.3 Generalklausulen

MFL 5 § föreskriver att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed. Tanken är att det, med stöd av denna generalklausul,

⁷⁷ MFL (2008:486) 3-4 §§. EG-direktiv 2005/29/EG art. 5.5. Prop. 2007/08:115, s. 63.

⁷⁸ MFL (2008:486) 3 §. Prop. 2007/08:115, s. 69f.

⁷⁹ Prop. 2007/08:115, s. 69f.

ska vara möjligt att fånga upp de otillbörliga åtgärder som varken är vilseledande eller aggressiva enligt de mer specifika reglerna. I kravet på god marknadsföringsmedvetenhet ligger ett allmänt krav på vederhäftighet. Det krävs varken uppsåt eller oaktsamhet från näringsidkarens sida för att en åtgärd ska anses vara otillbörlig.⁸⁰

Generalklausuler ger möjlighet till fortlöpande rättsbildning i takt med att nya marknadsföringsmetoder och instrument på området utvecklas. Vidare ges även domstolarna en möjlighet att beakta ändrade normer och värderingar samt rättsutvecklingen på andra områden. Praxis spelar därför en betydelsefull roll genom att utveckla och nyansera omfattningen av MFL:s konsumentskydd och dess normer, till ledning för marknadsaktörerna.⁸¹

3.2.4 Vilseledande marknadsföring

3.2.4.1 Allmänt

Vid bedömningen av huruvida en åtgärd är vilseledande är det enligt MFL 8 § tillräckligt att åtgärden påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁸² Bestämmelsen tillämpas i förening med bestämmelserna om annonsidentifikation i 9 §, samt 10-17 §§ som reglerar vilseledande marknadsföring mer i detalj, vad gäller exempelvis regler om vilseledande förpackningsstorlekar m.m.. Därutöver finns förbud mot sådan vilseledande marknadsföring som räknas upp i punkterna 1-23 i bilaga I till direktivet om otillbörliga affärsmetoder som alltid är att anse som otillbörlig. MFL 4 § tillkännager att bilagan ifråga ska gälla som lag här i landet. Då MFL, i motsats till direktivet, syftar till att skydda även näringsidkarnas intressen i samband med näringsidkarens marknadsföring, finns en särskild bestämmelse i samma paragraf där det poängteras att samtliga punkter i bilagan är tillämpliga även såvitt avser skyddet för näringsidkare. Denna skillnad gentemot direktivet motiveras i förarbetena bl.a. av att de otillbörliga åtgärderna som finns uppräknade i bilagan typiskt sett är oönskade former av marknadsföring, oavsett vem åtgärden är riktad till. Det är tillräckligt att rekvisiten i någon punkt i bilagan är uppfyllda för att en åtgärd ska bedömas som otillbörlig.⁸³

Användningen av vilseledande påståenden och andra vilseledande framställningar utgör den vanligaste formen av otillbörlig marknadsföring. För att kunna konstatera ett vilseledande fordras en helhetsbedömning av marknadsföringens särdrag och omständigheterna kring den. Om den allmänna utformningen är ägnad att vilseleda konsumenten, kan den anses otillbörlig, även om uppgifterna är korrekta i sak. Vidare är förbudet tillämpligt på framställningar som utelämnar information på ett sådant sätt att marknadsföringen kan anses som vilseledande (se vidare nedan).⁸⁴

⁸⁰ Prop. 2007/08:115, s. 69 och 144.

⁸¹ Prop. 2007/08:115, s. 57.

⁸² Därav är tröskeln lägre än vad gäller motsvarande bedömning vid tillämpning av generalklausulen i 5 § och bestämmelsen om aggressiv marknadsföring i 7 § MFL.

⁸³ Prop. 2007/08:115, s. 108 och 143ff. MFL (2008:486) 4 § 3 st.

⁸⁴ Se bl.a. MFL (2008:486) 8 §. Prop. 2007/08:115, s. 84f.

I MD:s praxis har sedan länge betonats att särskilt höga krav på hederlighet och vederhäftighet alltid ska ställas på framställningar riktade till barn, som får antas vara mindre kritiska än konsumenter i allmänhet. Synsättet har även stöd i exempelvis ICC:s regler som bl.a. ställer särskilda krav på reklam riktad till barn.⁸⁵

3.2.4.2 Särskilt om vilseledande underlåtenhet

Vid bedömningen av om en underlåtenhet är vilseledande enligt 10 § fordras att den bristande informationen är väsentlig för den som åtgärden är riktad till. Är den utelämnade informationen väsentlig ligger det i sakens natur att den påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Vid en helhetsbedömning av om en framställning innefattar ett vilseledande utelämnande kan således kraven på väsentlighet och på sannolik påverkan på konsumentens förmåga att fatta ett ekonomiskt beslut normalt vägas samman.⁸⁶

MFL 11 § innebär en viss lättnad vad gäller vilseledande underlåtenhet, då det använda kommunikationsmediet är av sådan art att den för med sig begränsningar i tid och utrymme, och som därför påverkar möjligheten att lämna information. Just TV anses vara ett typexempel som passar in under denna paragraf. Utöver nämnda begränsningar i tid och utrymme får i dessa fall även beaktas de åtgärder som näringsidkaren har vidtagit för att tillhandahålla information på något annat sätt. Höga krav bör emellertid ställas på marknadsföringens sammantagna tydlighet för att den kompletterande informationen ska anses neutralisera en framställning som innefattar vilseledande underlåtenhet.⁸⁷ Bestämmelsen bör uppfattas så att det är näringsidkarens kompletterande och med framställningen samtidiga åtgärder, som kan beaktas vid bedömningen av om en framställning kan anses utgöra ett vilseledande utelämnande. Det åvilar näringsidkaren att visa att sådana erforderliga kompletterande åtgärder vidtagits. Om det använda mediet för med sig begränsningar vid framställningen samtidigt som den kompletterande informationen, t.ex. i form av en hänvisning till en hemsida, ger en korrekt upplysning, bör framställningen trots detta kunna bedömas som vilseledande i de fall den samlade bedömningen ger detta intryck. Den aktuella bestämmelsen bör således tillämpas restriktivt.⁸⁸

3.2.4.3 Särskilt om köperbudande

I MFL 12 § klargörs vilken väsentlig information som en näringsidkare måste lämna till konsumenten, i de fall denne väljer att utforma en framställning som ett köperbudande. Om ett sådant endast riktas till näringsidkare uppställs emellertid inte motsvarande krav. Det är enbart regeln om

⁸⁵ Se t.ex. MD 1972:13 och ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation, art. 18.

⁸⁶ Prop. 2007/08:115, s. 147.

⁸⁷ Se även praxis i form av MD 2004:16 där MD uttalade att minst samma krav på tydlighet måste ställas på TV-reklam som på marknadsföring av annat slag.

⁸⁸ Prop. 2007/08:115, s. 90 och 149.

köperbudanden som inte omfattar ett skydd för näringsidkare enligt den nya MFL.⁸⁹

Om produkten som marknadsförs är tillräckligt specificerad med en medföljande prisuppgift innebär marknadsföringen ett köperbudande. Vad gäller priskriteriet så är alla former av uppgifter som antyder att en produkt kan förvärfvas för ett visst pris tillräckliga för att ett köperbudande ska anses grundat. Det ställs även låga krav beträffande beskrivningen av produktens utmärkande egenskaper för att det ska anses vara fråga om ett köperbudande. Många gånger kan produkten t.ex. vara av sådan beskaffenhet att det är tillräckligt med en bild på produkten för att konsumenten ska få klart för sig vilka utmärkande egenskaper den har. Ett viktigt syfte med bestämmelsen är att konsumenten ska få en god prisinformation. Ungefärliga prisuppgifter uppfyller inte de krav som uppställs enligt regeln. Detta innebär att om ett köperbudande endast innehåller en uppgift som från- eller cirkapris, bör framställningen således anses vilseledande.⁹⁰

Uppräkningen av den väsentliga information som enligt MFL 12 § ska framgå är uttömmande. Även om framställningen uppfyller dessa kriterier får den självfallet inte heller stå i strid mot någon annan marknadsrättslig bestämmelse.⁹¹

3.2.5 Sanktionssystem

I tillsynsverksamheten är den vanligaste formen av sanktion att den statliga förvaltningsmyndigheten KV, med Konsumentombudsmannen (härefter KO) i spetsen, utfärdar förbuds- eller informationsförelägganden vid vite för godkännande av näringsidkaren. Förutom via anmälningar kan KV/KO även på eget initiativ driva ärenden mot företag. Ifall föreläggandet godkänns gäller det som ett avgörande meddelat av MD. Genom att det besparar både parter och domstolarna betydande tid har möjligheten för KO att använda sig av förbuds- och informationsföreläggande, istället för att ta ärendet till domstol, fått stor praktisk betydelse. Föreläggandet är avsett att användas i klara fall, som inte har principiellt intresse.⁹²

Marknadsstörningsavgiften är avsedd att användas i de fall den otillbörliga marknadsföringen ”stör” marknads funktion. Ett exempel på en sådan störning är om en näringsidkares otillbörliga agerande är av sådant slag att det riskerar att leda till att konsumenterna och andra näringsidkare får en bristande tilltro till en hel bransch. Marknadsstörningsavgiften ska inte användas i ringa fall och är en hittills sällan använd sanktion. Det förhållandet att marknadsstörningsavgiften kan påföras med allt ifrån femtusen till fem miljoner kronor innebär att det är ett sanktionsmedel som kan användas med

⁸⁹ Prop. 2007/08:115, s. 65.

⁹⁰ Prop. 2007/08:115, s. 94ff och 150.

⁹¹ Prop. 2007/08:115, s. 151.

⁹² MFL (2008:486) 28 §. Prop. 2007/08:115, s. 117f. URL: www.konsumentverket.se/mallar/sv/artikel.asp?lngCategoryId=1874&lngArticleId=5094 (2009-01-08).

stor precision i det enskilda fallet. Det finns vidare i MFL en hänvisning till RTL, som tydliggör att även en överträdelse av vissa av RTL:s regler kan föranleda marknadsstörningsavgift.⁹³

Stockholms tingsrätt är första instans i sådana mål som gäller utdömmande av marknadsstörningsavgift, med MD som andra instans. I mål som endast rör förbud eller åläggande vid vite kan talan istället föras direkt till MD. Beslutet från MD kan inte överklagas till någon högre instans och domstolens beslut är prejudicerande. Eftersom MFL sedan lång tid tillbaka i stor utsträckning byggt på generalklausuler har domstolens beslut haft stor betydelse.⁹⁴

Näringsidkare som berörs av en marknadsföring samt sammanslutningar av konsumenter, näringsidkare och löntagare har en med KO jämställd talerätt när det gäller förbud och ålägganden. I mål om marknadsstörningsavgift har KO primär talerätt. En enskild näringsidkare som berörs av överträdelsen, alternativt en sammanslutning av näringsidkare, har då rätt att föra talan om KO beslutar att inte göra det.⁹⁵

3.3 Radio- och TV-lagen

Före 1991 var det inte tillåtet att sända reklam i svensk television. Några år dessförinnan började TV3 att sända reklamfinansierade program via satellit från Storbritannien med särskild inriktning mot den svenska marknaden. TV-direktivet, som trädde i kraft 1989, började inte gälla för Sveriges del förrän 1994 då EES-avtalet trädde ikraft. Det infördes i svensk rätt genom en lag om satellitsändningar. Reglerna fördes senare i stort sett oförändrade över till den nya Radio- och TV-lagen (1996:844) (härefter RTL), som trädde i kraft 1996. Reglerna om tillåten annonsmängd har ändrats vid några tillfällen. I övrigt har de svenska reglerna om TV-reklam i stort sett varit oförändrade sedan de infördes för mer än 15 år sedan.⁹⁶

3.3.1 Syfte

Lagen är tillämplig på såväl ljudradio- som TV-sändningar som är riktade till allmänheten och avsedda att tas emot med tekniska hjälpmedel. Om programbolaget har sin hemvist inom något annat EES-land än Sverige tillämpas det landets lag istället. Regeln har sin grund i TV-direktivets sändaranssprincip. Granskningsnämnden för radio och TV har bedömt att svenska regler inte är tillämpliga på exempelvis programbolaget TV 3 och Kanal 5 då de har säte i Storbritannien.⁹⁷

⁹³ MFL (2008:486) 29 och 31-32 §§. Prop. 2007/08:115, s. 118ff.

⁹⁴ MFL (2008:486) 47, 48 och 52 §§. Tornberg & Ladenfors, Medierätt 2 – Marknadsrätt, 2004, s. 53.

⁹⁵ MFL (2008:486) 47-48 §§.

⁹⁶ Prop. 1997/98:184, s. 17. Prop. 2007/08:4 Annonstid i radio och TV, s. 7ff.

⁹⁷ RTL (1996:844) 1 kap. 1-2 §§. Kallersand, TV-reklam riktad till barn, 1998, s. 23f.

Vissa bestämmelser i RTL gäller för innehållet i alla slags sändningar och andra för innehållet i vissa av dem. Särskilda bestämmelser finns om reklam och annan annonsering. Reglerna i RTL kompletteras av de ovan redovisade reklamreglerna i MFL.⁹⁸

3.3.2 Några viktiga definitioner

Med annonser avses dels reklam, dels sändningar som utan att vara reklam sänds på uppdrag av någon annan, dvs. åsiktsannonser eller informationsmeddelanden. Ett sponsrat program är ett program som inte är en annons men som helt eller delvis har bekostats av någon annan än den som bedriver sändningsverksamheten eller som framställer audiovisuella verk.⁹⁹

Begreppet reklam har samma innebörd som i marknadsrätten, dvs. det ska finnas ett avsättnings- eller tillgångsfrämjande syfte, men det krävs inte att sändningen sker mot ersättning. Då detta även torde stämma överens med allmänt språkbruk har det inte införts någon särskild definition i RTL.¹⁰⁰

Att reklam för den egna programverksamheten, då vanligen s.k. programglimtar eller trailers, skulle behöva omges med reklamsignatur eller omfattas av mängdreglerna, kan enligt motiven till RTL inte anses fylla någon funktion. Därför undantas programföretagets egenreklam i förhållande till hela RTL:s kapitel om reklamregler.¹⁰¹

3.3.3 Regler för reklam och annan annonsering

3.3.3.1 Annonsidentifikation

Det är en viktig utgångspunkt att TV-tittaren ska informeras om att utomstående intressen har kunnat påverka det som visas. Detta har i lagstiftningen tillgodosetts främst på två sätt. Dels ska program som inte är reklam inte innehålla inslag av kommersiellt gynnande. Dels ska annonser kunna skiljas från andra program. Bestämmelserna om att annonser ska omges av en signatur, att det ska framgå i vems intresse annonser sänds, att annonstiden inte får vara kortare än en minut, kravet på sponsorsinformation, förbudet mot att sponsra nyhetsprogram samt förbuden mot otillbörligt gynnande av kommersiella intressen och att låta nyhetskommentatorer medverka i annonser syftar bl.a. till att klargöra detta.¹⁰²

Bestämmelsen om sändarangivelse syftar till att tittaren, genom att veta vem som står bakom ett visst budskap, lättare ska kunna värdera det. En liknande bestämmelse finns även i MFL. Dock omfattar MFL inte åsiktsannonsering och andra program som inte är reklam men som sänds på uppdrag

⁹⁸ Kallersand, 1998, s. 27. Prop. 1996/97:101 Vissa ändringar i annonsbestämmelserna, s. 11.

⁹⁹ RTL (1996:844) 7 kap. 1 § 3 st. och 8 §.

¹⁰⁰ Prop. 2007/08:4, s. 9. Prop. 1995/96:160, s. 110.

¹⁰¹ Prop. 1995/96:160, s. 182. RTL (1996:844) 7 kap. 12 §.

¹⁰² RTL (1996:844) 6 kap. 4 § och 7 kap. 1 § 1 st. Prop. 1995/96:160, s. 111.

av någon annan. De skäl som ligger bakom bestämmelsen är viktiga inte minst ifråga om åsiktsannonser. Därför avser bestämmelsen om sändaravgivelse endast annonser som inte är reklam. Att reklam ska kunna identifieras följer redan av MFL 9 §.¹⁰³

3.3.3.2 Infogande av reklaminslag

RTL:s bestämmelser avseende infogande av reklam talar om annonser, vilket är ett vidare begrepp än TV-direktivets reklam och köp-TV-inslag.¹⁰⁴ Dock gäller ifrågavarande bestämmelser inte för programföretagets egenreklam.¹⁰⁵

Direktivets och RTL:s infogandebestämmelser är annars mycket lika. Det som skiljer den svenska lagstiftningen från TV-direktivet rör framför allt reklam i relation till barn. Enligt direktivet får barnprogram avbrytas av reklam om dess programlagda sändningstid överstiger 30 minuter.¹⁰⁶ RTL går längre i och med att den helt förbjuder sändningar av annonser som avbryter program som huvudsakligen vänder sig till barn under tolv år. Reklam får inte heller förekomma omedelbart före eller efter barnprogram eller del av barnprogram, undantaget sponsringsmeddelanden.¹⁰⁷ I övrigt är direktivets och RTL:s bestämmelser om infogande av reklam nära till identiska.¹⁰⁸

3.3.3.3 Reklaminslagens längd

Innan den senaste ändringen i februari 2008 var reglerna vad gäller sändningstiden för annonser betydligt mer restriktiva än vad som gäller enligt TV-direktivet. Som skäl till harmoniseringen av reglerna angavs främst att det inte var försvarbart att behålla en ordning som missgynnade de programföretag som valt att etablera sig i Sverige.¹⁰⁹

Idag får annonser sändas högst tolv minuter per timme och får täcka högst femton procent av den sammanlagda sändningstiden per dygn, vilket i stort sett överensstämmer helt med direktivets bestämmelser. Från denna bestämmelse borttas (som nämnts ovan) egenreklam. Undantag ges även vad gäller köp-TV. Även TV-direktivet undantar uttryckligen egenreklam från sin reglering om reklaminslagens längd. Vidare undantas även vissa informationsannonser och välgörenhetsuppmaningar som sänds gratis, detta till skillnad från den svenska regleringen. Slutligen innefattar den svenska nationella regleringen inte heller sponsringsmeddelanden.¹¹⁰

¹⁰³ RTL (1996:844) 7 kap. 2 §. Prop. 1995/96:160, s. 112.

¹⁰⁴ Jfr EG-direktiv 89/552/EEG art. 11 och RTL 7 kap. 7 §.

¹⁰⁵ RTL (1996:844) 7 kap. 12 §.

¹⁰⁶ EG-direktiv 89/552/EEG art. 11 p. 5.

¹⁰⁷ RTL (1996:844) 7 kap. 7 b § 1 st. och 3 st.

¹⁰⁸ Jfr EG-direktiv 89/552/EEG art. 11 och RTL 7 kap. 7-7b §§.

¹⁰⁹ Prop. 2007/08:4, s. 11.

¹¹⁰ RTL (1996:844) 7 kap. 5 och 8 §§. EG-direktiv 89/552/EEG art. 18 p. 3.

3.3.3.4 Innehållskrav för reklam

3.3.3.4.1 Allmänt

Den s.k. demokratibestämmelsen i RTL föreskriver att programverksamheten som helhet ska präglas av det demokratiska statsskickets grundidéer samt principen om alla människors lika värde och den enskilda människans frihet och värdighet. Bestämmelsen utgör lagens yttersta ram och gäller för alla typer av TV-sändningar som lagen omfattar, således även för reklam. Program med ingående våldsskildringar ska föregås av en varning och får som regel inte sändas under sådan tid att det finns en betydande risk för att barn kan se programmen.¹¹¹

Till skillnad från TV-direktivet förbjuder RTL annonser där det uppträder personer som spelar en framträdande roll i program som huvudsakligen handlar om nyheter eller nyhetskommentarer.¹¹²

3.3.3.4.2 Särskilda regler för barnreklam

Barn kan ha svårt att förstå att marknadsföring inte handlar om produktinformation samt ha svårt att särskilja reklamslag från vanliga TV-program. Barn i yngre åldrar tar till sig information på ett mer okritiskt sätt och är därmed mer påverkbara än ungdomar och vuxna. Detta är det främsta skälet till vårt svenska barnreklamförbud. Förbudet uttrycks i lagen såsom att TV-reklam inte får syfta till att fånga uppmärksamheten hos barn under tolv år. Regleringen förstärks genom att inte heller personer eller figurer som spelar en framträdande roll i barnprogram får uppträda i TV-reklam. Reklam får vidare inte förekomma omedelbart före eller efter ett barnprogram (med undantag för sponsringsmeddelanden).¹¹³ Genom denna bestämmelse kommer man även åt andra typer av reklam som kan påverka barn i minst lika hög utsträckning som utpräglad barnreklam, t.ex. sådan som marknadsför choklad eller frukostflingor, på tider då uppmärksamheten hos barnet är stor.¹¹⁴

Frågan hur barnreklamförbudet förhåller sig till direktivet om otillbörliga affärsmetoder är enligt förarbetena svårbedömd. Utredningen ifrågasätter om förbudet i sin helhet kan anses omfattas av det område som harmoniseras genom direktivet, bl.a. eftersom det i huvudsak är motiverat av andra skäl än sådana som är att hänföra till konsumentkollektivets ekonomiska intressen. Syftet har istället varit att se till att små barn inte ska utsättas för reklammeddelanden i ett medium med särskild stor genomslagskraft, som de normalt tar till sig okritiskt och utan att förstå innebörden av. Det handlar således om skäl som faller utanför tillämpningsområdet för direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Lagstiftarens bedömning har därför varit att RTL

¹¹¹ RTL (1996:844) 6 kap. 1-2 §§. Prop. 1995/96:160, s. 92f.

¹¹² RTL (1996:844) 7 kap. 3 §.

¹¹³ RTL (1996:844) 7 kap. 4 och 7b §§. Prop. 2007/08:115, s. 131.

¹¹⁴ Prop. 1995/96:160, s. 116.

inte berörs av direktivet och att det inte behövs några ändringar av förbudet ifråga.¹¹⁵

Lagstiftaren ansåg att ovan nämnda restriktioner endast ska gälla reklam som riktas till barn under tolv år. Att gränsen sattes just här har bl.a. motiverats med att reglerna skulle träffa reklam som vänder sig till barn som ännu inte nått puberteten. Det skulle kunna hävdas att Sverige inte lever upp till reglerna om barnreklam i TV-direktivet då det där talas om minderåriga, vilket är ett vidare begrepp än barn under tolv år. Reklam riktad även till något äldre barn enligt bestämmelsen skulle dock sannolikt anses utgöra otillbörlig marknadsföring enligt MFL, och barn över tolv år skyddas istället på det sättet.¹¹⁶

Det nya AV-direktivet innebär i teorin en ökad möjlighet för Sverige att tillämpa sitt barnreklamförbud även på TV-sändningar från andra medlemsstater, något som inte är möjligt idag bl.a. enligt uttalande från EG-domstolen i det s.k. de Agostini-fallet. Det återstår emellertid att se hur denna nya bestämmelse kommer att utvecklas i praxis.¹¹⁷

3.3.4 Sanktionssystem

Efterlevnaden av RTL:s bestämmelser om reklam, annan annonsering eller sponsring övervakas till viss del av Granskningsnämnden för radio och TV och i övrigt av KO. Granskningsnämnden för radio och TV är en statlig myndighet vars huvudsakliga uppdrag är att övervaka att svenska radio- och TV-sändningar följer bestämmelserna i RTL. Granskningen utgår oftast från anmälningar. Varje granskning leder fram till ett beslut som kan vara friande, friande med kritik eller fällande. Följden av ett fällande beslut beror på vilken bestämmelse som har överträtts. Vid överträdelse av bestämmelserna om otillbörligt gynnande, annonser och sponsring i RTL kan nämnden ansöka hos länsrätten om att programföretaget ska betala en särskild avgift. Den särskilda avgiften kan vara lägst femtusen kronor och högst fem miljoner kronor.¹¹⁸

KO ska övervaka bl.a. förbuden mot barnreklam och nyhetskommentatorers medverkan i reklam. Bakgrunden till det är att dessa förbud har tillkommit för att skydda konsumenter. Lagstiftaren har ansett att sådana bestämmelser lämpligen bör övervakas inom ramen för de marknadsrättsliga bestämmelserna. Samtliga dessa regler bör av den anledningen övervakas enligt MFL:s regelsystem, dvs. av KO. På flera sätt överlappar de båda svenska lagarna varandra. Det bör dock poängteras att det ankommer på Granskningsnämnden för radio och TV att övervaka bestämmelser om andra annonser än reklam, t.ex. åsiktsannonser, som ju inte omfattas av MFL.¹¹⁹

¹¹⁵ Prop. 2007/08:115, s. 130ff.

¹¹⁶ Kallersand, 1998, s. 31f.

¹¹⁷ EG-direktiv 2007/65/EG art. 3.2.

¹¹⁸ RTL (1996:844) 9 kap. 2 § och 10 kap. 5-6 §§. SOU 2008:5, s. 114.

¹¹⁹ Prop. 1995/96:160, s. 127f.

3.4 Näringslivets egenåtgärdssystem

3.4.1 Allmänt

De utomrättsliga normerna gällande reklam har tagits fram av bransch- och yrkesorganisationer samt i vissa fall förhandlats fram i samarbete med en myndighet. De utomrättsliga reglernas efterlevnad garanteras inte genom någon form av statligt tvång, utan systemet bygger på frivillighet.¹²⁰

När det gäller ansvaret för att reklam och annan marknadsföring uppfyller en god etisk standard så åvilar detta primärt det allmänna. Näringslivets egenåtgärder har emellertid stor betydelse som komplement till lagstiftning på detta område. Detta gäller inte minst i de fall där en domstolsprövning är utesluten av grundlagsskäl, såsom t.ex. vid könsdiskriminerande reklam. Förekomsten av egenåtgärder utgör inte något hinder mot att konsumenter, näringsidkare, organisationer eller andra, direkt vidtar rättsliga åtgärder mot viss marknadsföring, eller att de vänder sig till KO eller andra tillsynsmyndigheter för att påkalla behovet av sådana åtgärder.¹²¹

Fr.o.m. början av 2009 tar Reklamombudsmannen, som är ett nytt initiativ inom landets egenåtgärdssystem, över bl.a. MER:s och ERK:s, samt ett fyrtiotal andra mer specialiserade nämnders verksamhet. Tanken bakom bildandet av den nya ansvarsnämnden är att samla all verksamhet vad gäller arbetet mot oetisk reklam hos ett enda organ. Då Reklamombudsmannen i skrivande stund emellertid ännu inte i praktiken kommit igång med sin verksamhet, ämnar jag här beskriva egenåtgärdssystemet med MER och ERK som utgångspunkt.¹²²

3.4.2 ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation

ICC är näringslivets världsorganisation. Ett av dess huvudsyften är att verka för självreglering genom uppförandekoder som sätter etiska standarder. ICC:s Regler för reklam och marknadsföringskommunikation är ett led i organisationens strävan att främja hög etisk standard på marknadskommunikationens område, genom att komplettera gällande författningar. Reglerna är enligt sin introduktion avsedda att fylla det dubbla syftet att användas i näringslivets egenåtgärder samt att utgöra en rättskälla för domstolarna inom ramen för tillämpliga rättsregler. Reglerna kan också tjäna som tolkningsunderlag för domstolarna.¹²³ I Sverige har alla de ledande näringslivsorganisationerna antagit ICC:s regler. Bestämmelserna har stor betydelse genom att slå fast en internationellt accepterad bedömningsstandard och därigenom bidra till harmonisering av rättsläget på området

¹²⁰ SOU 2008:5, s. 117.

¹²¹ Prop. 2007/08:115, s. 76.

¹²² URL: <http://www.marknadsetiskaradet.org/> (2009-01-07).

¹²³ ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation, 2007, s. 10. Prop. 2007/08:115, s. 76.

länderna emellan. Den används även av domstolarna vid tolkning av MFL då den pekar ut förfaranden som anses strida mot god marknadsförings-sed.¹²⁴

Av ICC:s regler framgår bl.a. att reklam ska vara vederhäftig, förenlig med god affärssed samt ej utformad på ett stötande sätt. Hänsyn tas även till att allmänhetens förtroende för marknadsföringen inte får skadas. Reklam får inte innehålla framställningar som strider mot vad goda seder kräver. Vidare får inte konsumenternas brist på erfarenhet eller kunskap utnyttjas. Reklam måste också respektera mänsklig värdighet samt får inte uppmana eller över-se med diskriminering. Här hittar vi även krav på annonsidentifikation, som ju utgör en princip av grundläggande betydelse på det marknadsrättsliga området. Angående reklam riktad till underåriga anges att särskild aktsam-het ska iakttas vid sådan marknadsföring. Inte heller får reklamen utnyttja barns och ungdomars naturliga godtrogenhet eller deras bristande erfaren-het. Det föreskrivs även ett förbud mot framställning i ord eller bild som kan medföra att barn eller ungdomar utsätts för fysiska skadeverkningar eller påverkas negativt i psykiskt eller moraliskt avseende. Dessutom förbjuds direkta uppmaningar till barn att övertala sina föräldrar att köpa produkter åt dem. Föräldrars auktoritet får inte heller undergrävas.¹²⁵

Vid tillämpning av ICC:s regler omfattar begreppet reklam varje form av marknadskommunikation via media, vanligen mot betalning eller annan ersättning. Termen marknadskommunikation ska ges en vid innebörd och inbegriper varje form av meddelande framställt av marknadsföraren själv, eller för dennes räkning, med huvudsakligt syfte att främja avsättningen av eller tillgången till produkter, eller för att påverka konsumenters beteenden.¹²⁶

3.4.3 Marknadsetiska rådet

Marknadsetiska rådet (härefter MER) har till uppgift att uttala sig om vad som i samband med företags marknadsföring bör anses utgöra god affärssed. Dess huvudmän representerar såväl annonsörer och reklamproducenter som media.¹²⁷ Uttalanden grundar sig ofta på ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation. Uttrycket reklam i MER:s stadgar har, liksom ICC:s regler, den vidaste innebörd och syftar på varje åtgärd ägnad att främja avsättningen av eller tillgången på varor, tjänster eller andra nyttigheter. Huruvida åtgärden vidtas i vinstsyfte eller ej saknar betydelse.¹²⁸

Förfarandet hos MER är som regel skriftligt. På begäran av exempelvis enskild person, näringsidkare, branschetisk nämnd eller domstol avger rådet uttalanden avseende om en marknadsföringsåtgärd är förenlig med vad som

¹²⁴ Svensson, 2006, s. 21f.

¹²⁵ ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation, art. 1-4, 9 och 18.

¹²⁶ ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation, 2007, s. 11.

¹²⁷ URL: <http://www.marknadsetiskaradet.org/valkommen-till-marknadsetiska-radet-mer/stadgar-for-marknadsetiska-radet-mer> (2009-01-07): MER:s stadgar, 2 §.

¹²⁸ Svensson, 2006, s. 37 och 70.

bör anses vara god affärssed. Rådet kan även på eget initiativ avge uttalande i en marknadsföringsetisk fråga av större betydelse utan att uttalandet avser viss vidtagen åtgärd.¹²⁹

MER:s uttalanden avfattas skriftligen och motiveras. Uttalandena är offentliga och offentliggörs på rådets hemsida samt genom underrättelse till media. Besluten kan inte överklagas. Rådet kan emellertid ompröva ett tidigare beslut om nya förhållanden motiverar det eller om det framkommer att fel begåtts i handläggningen som kan ha inverkat på beslutet.¹³⁰

Inte så sällan aktualiseras bedömningar enligt artikel 1 och 2 i ICC:s reklamregler, där det bl.a. anges att reklam inte får vara stötande eller innehålla framställning i ord eller bild som strider mot vad goda seder anses kräva. Även artikel 4 punkt 1 kommer till användning i de fall en anmälan går ut på att reklamen ger uttryck för någon form av diskriminering, inbegripet sådan som hänför sig till ras, nationalitet eller religion. MER är i och för sig behörig att även ta upp frågan om könsdiskriminerande reklam, men med hänsyn till Näringslivets etiska råd mot könsdiskriminerande reklams (härefter ERK) särskilda verksamhet som uteslutande handlägger denna fråga, överförs dessa fall istället rutinmässigt till ERK.¹³¹

När det rör sig om frågor om huruvida reklam är stötande, eller om den strider mot vad goda seder anses kräva handlar det oundvikligen till viss del om smakbedömningar, med påtagliga inslag av subjektiva värderingar. Det kan knappast sägas finnas någon entydig objektiv måttstock i detta hänseende. I ett försök att minska det subjektiva inslaget så mycket som möjligt vid bedömningen, bör enligt MER:s praxis artiklarna 1 och 2 i ICC:s reklamregler tolkas så att de anses ta sikte på framställningar som flertalet, eller i vart fall ett stort antal av reklamtagarna, uppfattar som stötande eller oförenliga med goda seder. För att strida mot reglerna ska framställningarna bedömas bli uppfattade som vulgära, tarvliga eller i övrigt klart opassande. Det är således inte tillräckligt att framställningen kan upplevas som dålig reklam i den meningen att den kan väcka antipatier hos mottagaren för att den ska anses ha åsidosatt reglerna.¹³²

3.4.4 Etiska rådet mot könsdiskriminerande reklam

Det är inte olagligt att använda könsdiskriminerande reklam i Sverige, även om det strider mot god affärssed enligt bl.a. ICC:s regler. I brist på lagstiftning mot diskriminerande reklam kan inte någon statlig myndighet ingripa mot sådan marknadsföring. ICC:s bestämmelse ifråga tillämpas istället enbart som en utomrättslig norm av ERK.¹³³

¹²⁹ MER:s stadgar, 11, 12 och 19-21 §§.

¹³⁰ MER:s stadgar, 23-24 §§. SOU 2008:5, s. 124f.

¹³¹ Svensson, 2006, s. 39. SOU 2008:5, s. 122f.

¹³² Svensson, 2006, s. 54.

¹³³ ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation, art. 4 p. 1. Svensson, 2006, s. 24.

ERK drivs av företag och organisationer med intressen i reklambranschen, och har till uppgift att genom normbildande verksamhet motverka könsdiskriminering i reklam samt bidra till en hög etisk standard hos annonsörer och reklamproducenter. Rådet prövar skriftliga anmälningar från enskilda personer, näringsidkare, organisationer, myndigheter eller kommunala organ. Liksom MER kan rådet även pröva ärenden på eget initiativ. ERK:s uttalanden är offentliga och fällande sådana ska avfattas skriftligen med motivering. De offentliggörs genom publicering på rådets hemsida och underrättelse till pressen.¹³⁴

Enligt ICC:s regler får reklam inte ge uttryck för någon form av diskriminering, inbegripet sådan som hänför sig till ras, nationalitet, härkomst, religion, kön eller ålder. Reklamen får inte heller vara ägnad att undergräva respekten för mänsklig värdighet. Vad som avses med diskriminering eller att undergräva respekten för mänsklig värdighet definieras emellertid inte närmare. Det finns heller ingen svensk legal definition av könsdiskriminerande reklam.¹³⁵ ERK delar emellertid upp begreppet i sexistisk reklam¹³⁶, schabloniserande reklam¹³⁷ samt reklam som på något annat nedvärderande sätt är uppenbart könsdiskriminerande för kvinnor eller män.¹³⁸

I sin praxis har rådet vid ett flertal tillfällen konstaterat att nakenhet och lättkläddhet i reklam inte i sig medför att den blir att anse som diskriminerande. Detta gäller särskilt vid marknadsföring av kläder, parfym och hudnära produkter i allmänhet. Rådet har i sådana sammanhang accepterat bilder med lättkläddhet och sexuell utstrålning. Den avgörande frågan i dylika fall är istället om den aktuella bilden är kränkande eller på någon annat nedvärderande sätt uppenbart könsdiskriminerande.¹³⁹

En vanlig motivering i ERK:s fällande uttalanden är att annonsen utgör ett exempel på reklamåtgärd i vilken kvinnor används som blickfång av sexuell natur, utan något tillräckligt motiverat samband med den marknadsförda produkten. Då detta är kränkande mot kvinnor i allmänhet strider annonsen mot ICC:s reklamregler. När det gäller schabloniserande reklam brukar ERK:s motiveringar innefatta att annonsen utgör ett exempel på reklam som bevarar en otidsenlig syn på könsroller och därigenom framställer kvinnor på ett kränkande sätt. Reklamen strider därför mot ICC:s regler.¹⁴⁰

Sedan MD:s dom 1976:8 har en rad motioner, betänkanden, rapporter m.m. behandlat frågan om könsdiskriminerande reklam. Både lagutskottet och konstitutionsutskottet har konstaterat att införandet av en lagstiftning om

¹³⁴ URL: <http://www.etiskaradet.org/erk.html> (2009-01-07): ERK:s stadgar. SOU 2008:5, s. 14.

¹³⁵ ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation, art. 4 p. 1. SOU 2008:5, s. 27ff.

¹³⁶ Dvs. reklam som framställer kvinnor eller män som rena sexobjekt och som kan anses kränkande.

¹³⁷ Dvs. reklam som konserverar en otidsenlig syn på könsrollerna och därigenom framställer kvinnor eller män på ett nedvärderande sätt.

¹³⁸ ERK:s stadgar.

¹³⁹ Svensson, 2006, s. 102.

¹⁴⁰ Svensson, 2006, s. 75 och 94.

könsdiskriminerande reklam kräver grundlagsändring. Nu senast sade regeringen nej till ett lagförslag om förbud mot könsdiskriminerande reklam, där utredningen bakom förslaget argumenterat för, och kommit fram till, att en grundlagsändring inte var nödvändig för genomförandet av den rättsliga regleringen. Jämställdhetsminister Nyamko Sabuni menade att de inskränkningar i yttrandefriheten som en sådan lag skulle kräva inte var försvarbara ur demokratiperspektiv. Sabuni ifrågasatte lagens effektivitet och menade att den konstitutionella oklarhet som råder på området innebär att lagen skulle hamna i en gråzon om vad som är grundlagsenligt.¹⁴¹

¹⁴¹ SOU 2008:5, s. 13f. Sabuni, ”Nej till lag mot reklam som könsdiskriminerar”, 24/4-08, Dagens Industri.

4 Italiensk rätt

4.1 Allmänt

Det var först 1992, med lagen 74/1992, som Italien fick sin första lagstiftning med ett generellt förbud mot otillbörlig marknadsföring oberoende av vilken typ av produkt det rör sig om. Den innebar även den första definitionen av reklam uttryckt i lag. Lagen ifråga, som idag har upphört, var en del av implementeringen av det dåvarande EG-direktivet 84/450/EEG.¹⁴²

Något som bör uppmärksammas beträffande den italienska rätten är det faktum att rättspraxis i Italien inte äger samma juridiska tyngd som den gör i Sverige. Utslaget av en dom är inte juridiskt bindande för den som i framtiden står inför att döma en liknande situation. Praxis är endast ett hjälpmedel för domaren som ger en antydning till vad som verkar vara en korrekt lösning på problemet, i och med att andra innan honom har använt sig av samma principer och följt samma logiska och juridiska resonemang. Men det tvingar således aldrig domaren att rätta sig efter tidigare domar. Praxis har en rådgivande roll, dock en mycket inflytelserik sådan. Praxis kan mycket väl lösa upp stora knutar vad gäller tolkningsfrågor för lagens olika kryphål. Det används även ofta av parter och andra domare för att stärka deras slutsatser.¹⁴³

4.2 La Costituzione

Yttrandefriheten i Italien skyddas i artikel 21 i deras grundlag. Där föreskrivs att alla ska ha rätt att fritt uttrycka sig genom tal, skrift och övriga kommunikationsmedel. Yttrandefriheten i nämnda artikel hindrar emellertid inte ett förbud mot sådana handlingar som står i strid med sedlighet.¹⁴⁴ Detta begrepp kan vid första anblick uppfattas som relativt brett och svårdefinierat. Enligt en del av doktrinen anses det i huvudsak sammanfalla med skam, anständighet, moral samt behovet av skydd för minderåriga. Praxis och övrig doktrin lutar dock åt en snävare tolkning som endast innefattar sexuell skam, vilket ska uppfattas som handlingar och övertygelser som i sin helhet är bundna till sexuallivets sfär.¹⁴⁵

Till följd av en i Italien välkänd dom från 1985 av Författningsdomstolen¹⁴⁶ är det emellertid idag allmänt accepterat att den kommersiella reklamen inte rymms inom yttrandefriheten som skyddas av La Costituzione della Repubblica Italiana (härefter Cost) artikel 21. Istället anses det utgöra ett agerande inom näringslivet och skyddas därmed istället av Cost artikel 41,

¹⁴² Fusi & Testa, *Diritto e pubblicità*, 2006, s. 35f och 59f.

¹⁴³ Fusi & Testa, 2006, s. 29. Mezzetti, *Manuale breve: Diritto Costituzionale*, 2006, s. 105.

¹⁴⁴ Cost. art. 21, 1 st. och 6 st.

¹⁴⁵ Fusi & Testa, 2006, s. 305. Mezzetti, 2006, s. 405.

¹⁴⁶ Corte Cost. 231/1985.

med medföljande två undantagsregler.¹⁴⁷ Skyddet ifråga gäller s.k. ekonomiska initiativ. Sådana får enligt bestämmelsen inte stå i strid med samhällsnyttan eller på något sätt åsamka skada vad gäller säkerhet, frihet eller den mänskliga värdigheten.¹⁴⁸

Artikel 21 i Cost reglerar även friheten att sprida sina egna idéer och sina egna övertygelser genom propagandakommunikation. Även om det har fastslagits att kommersiell reklam inte faller under skyddet i ovanstående artikel, då det istället anses utgöra ett uttryck för ekonomisk verksamhet, så finns det inget tvivel om att yttrandefriheten garanterar full frihet vad gäller ideologisk propaganda samt politisk sådan.¹⁴⁹

4.3 Lag 145/2007

I slutet av 2007 utfärdade staten bl.a. två nya lagar¹⁵⁰ för att genomföra implementeringen av direktivet om otillebörliga affärsmetoder, samt dess medföljande ändring av direktivet om vilseledande och jämförande reklam. Dessa två lagar har delat upp det tillämpningsområde som tidigare täcktes av en enda lag¹⁵¹; dvs. förbud mot otillebörlig marknadsföring till skydd för både näringsidkare och konsumenter. Även bestämmelser om jämförande reklam återfanns i den dåvarande lagen. Idag regleras istället vilseledande reklam vad gäller skydd för näringsidkare, samt jämförande reklam, av lag 145/2007. Till stora delar är denna nya lags bestämmelser uppbyggda enligt den kodifierade versionen av direktivet om vilseledande och jämförande reklam. Dess artiklar 1 t.o.m. 4 är nära nog identiska med direktivets.¹⁵²

I första artikeln uttrycks att lagen skyddar näringsidkare mot vilseledande reklam, samt anger under vilka villkor som jämförande reklam är tillåten. I samma bestämmelse nämns även en princip som inte har någon uttrycklig motsvarighet i EG-direktiv 2006/114/EG; nämligen den att reklamen måste vara tydlig, sanningsenlig och korrekt. Denna bestämmelse har överförs direkt från den tidigare lydelsen av lag 206/2005.¹⁵³ Principen kan inte självständigt tillämpas på ett konkret fall. Ändå innehar den en stor betydelse inom marknadsföringsrätten, inte bara såsom symbolisk general-klausul, utan även som tolkningsunderlag vid tillämpning av de övriga, mer specifika reglerna.¹⁵⁴

Både reklam och vilseledande reklam definieras i stort sett exakt såsom de görs i gemenskapsrätten, på samma sätt som de definierades i den tidigare lagen. Reklamen måste således ha ett främjandesyfte, men det finns inget krav på ersättning. Liksom i direktivet återfinns därefter en kort lista som

¹⁴⁷ Ruffolo, *Commentario al codice dell'autodisciplina pubblicitaria*, 2003, s. 180.

¹⁴⁸ Cost. art. 41, 1 st. och 2 st.

¹⁴⁹ Fusi & Testa, 2006, s. 305.

¹⁵⁰ Lag 145/2007 och lag 146/2007.

¹⁵¹ CdC (206/2005).

¹⁵² Jfr lag 145/2007 och EG-direktiv 2006/114/EG.

¹⁵³ Jfr lag 145/2007, art. 1, 2 st. och lag 206/2005, art. 19, 2 st.

¹⁵⁴ Fusi & Testa, 2006, s. 47 och 54f.

indikerar vad man bör ta särskild hänsyn till vid bedömningen om huruvida reklamen är vilseledande. Denna uppräkningslista utgör så att säga en guide för den som ska bedöma marknadsföringen. Den har troligen även en stor del i varför Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (härefter Autorità Garante) nästan aldrig uttrycker principer eller generella bedömningskriterier, utan istället nöjer sig med att konstatera om omständigheterna i det konkreta fallet vilseleder eller inte.¹⁵⁵

Vidare återfinns några bestämmelser utöver den inledande upprepningen av direktivets regler. Bl.a. uttrycks principen om att reklamen måste vara lätt att känna igen som sådan.¹⁵⁶ Dessutom anger artikel 7 särskilda regler vad gäller reklam riktad till barn och tonåringar. Bestämmelsen är överförd från den tidigare lagen.¹⁵⁷ Med tonåringar menas i lagens mening personer mellan 15 och 18 år. Artikeln anger som vilseledande reklam bl.a. sådan som kan hota barns och tonåringars fysiska eller psykiska säkerhet, eller som utnyttjar deras lättrogenhet eller avsaknad av erfarenhet.¹⁵⁸

Autorità Garante är det organ till vilket näringsidkaren ska vända sig, om denne anser att någon konkurrent har brutit mot någon av lagens bestämmelser.¹⁵⁹

4.4 Codice del Consumo

4.4.1 Syfte

Lag 146/2007 är en integrerad del av Codice del Consumo (206/2005) (härefter CdC).¹⁶⁰ Lagen implementerar direktivet om otillbörliga affärsmetoder och följer tydligt direktivets struktur. Syftet är att skydda konsumenterna mot otillbörliga affärsmetoder som tillämpats av näringsidkare före, under eller efter en affärstransaktion.¹⁶¹ Innan lag 146/2007 trädde i kraft hade CdC ett bredare skyddsintresse som även, likt den svenska MFL, inkluderade näringsidkare. Den nyligen ändrade uppdelningen vad gäller lagens skyddsintresse har föräntlets av den gemenskapsrättsliga uppdelningen i motsvarande riktning.¹⁶²

4.4.2 Vilseledande marknadsföring

Likt direktivet om otillbörliga affärsmetoder innehåller CdC en general-klausul med ett förbud mot otillbörliga affärsmetoder samt två komplette-

¹⁵⁵ Lag 145/2007, art. 2. Fusi & Testa, 2006, s. 62f.

¹⁵⁶ Lag 145/2007, art. 5, 1 st.

¹⁵⁷ Jfr lag 145/2007, art. 7 och CdC (206/2005) art. 25.

¹⁵⁸ Fusi & Testa, 2006, s. 212f. Lag 145/2007, art. 7.

¹⁵⁹ Lag 145/2007, art. 8, 2 st.

¹⁶⁰ CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) del II, kapitel III "Affärsmetoder, reklam och annan kommersiell kommunikation".

¹⁶¹ CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 19, 1 st.

¹⁶² Jfr CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 19, 1 st. och EG-direktiv 2005/29/EG art. 3.1.

rande förbudsregler mot vilseledande respektive aggressiva affärsmetoder. För att anses otillbörlig ska en affärsmetod strida mot god yrkessed samt sannolikt medföra en snedvridning av genomsnittskonsumentens ekonomiska beteende. Även på denna punkt är den gemenskapsrättsliga och den italienska lagen i huvudsak identiska. En sak som emellertid skiljer dem båda åt en aning är att CdC uttryckligen påpekar att en affärsmetod ska anses som otillbörlig om den kan nås av barn eller tonåringar och hota deras säkerhet på något sätt, även indirekt. Direktivet innehar ingen motsvarande bestämmelse.¹⁶³

Liksom direktivet talar CdC om både vilseledande handling och underlåtenhet. Den gör vidare samma uppdelning mellan att det måste vara fråga om underlåtenhet att lämna väsentlig information i det sistnämnda fallet, för att det ska anses som otillbörligt i lagens mening. Dessutom ska det vid en sådan bedömning tas i beaktande om det valda mediet medför begränsningar av utrymme eller tid. Lagen innehåller även en bestämmelse om köperbjudande, där krav ställs på lämnande av särskild i lagen uppräknad information.¹⁶⁴ Italien har även valt att implementera direktivets bilaga I (som innefattar handlingar som alltid ska ses som otillbörliga) i lagtexten. Denna svarta lista har emellertid uppdelats i två delar; en artikel tar upp de affärsmetoder som alltid ska ses som vilseledande, en annan alla de som utan undantag ska ses som aggressiva. Det sammanlagda innehållet av artiklarna är dock identiskt med direktivets bilaga I.¹⁶⁵

4.4.3 Särskilda regler för uppförandekoder och köp-TV

I den uppdaterade versionen av CdC har man valt att behålla vissa särskilda bestämmelser angående köp-TV, som i övrigt regleras även i Testo Unico della Radiotelevisione (177/2005) (härefter TU). Nämnda bestämmelser har till syfte att förstärka konsumentskyddet i detta hänseende. Man har även valt att göra ett tillägg för regler om uppförandekoder. Vad gäller det sistnämnda föreskrivs i lagen att de uppförandekoder som exempelvis näringslivsorganisationer väljer att anta på området ska författas i både en italiensk och en engelsk version, samt måste göras tillgängliga för konsumenten. Ett uttryckligt minimikrav beträffande regelsamlingens innehåll är att den ska garantera ett skydd för minderåriga samt skydd för den mänskliga värdigheten.¹⁶⁶

Vad gäller CdC:s särskilda bestämmelser om köp-TV föreskrivs att sådan ska undvika alla former av utnyttjande av personers vidskepelse, godtrogenhet eller rädsla. Köp-TV får inte heller innehålla scener med fysiskt eller

¹⁶³ CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 20, 1-4 st. och art. 21, 4 st.

¹⁶⁴ Jfr EG-direktiv 2005/29/EG art. 6-7 och CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 21-22.

¹⁶⁵ Jfr CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 23 och 26 och EG-direktiv 2005/29/EG bilaga I.

¹⁶⁶ CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 27-bis, 27-ter och art. 28-32. Fusi & Testa, 2006, s. 192.

psykiskt våld, eller vara av sådan art att den kränker konsumenternas smak och känslighet genom sin oanständighet, vulgaritet eller osmaklighet. Vidare förbjuds uttryckligen köp-TV som kränker den mänskliga värdigheten, medför diskriminering vad gäller ras, kön eller nationalitet, kränker religiösa och politiska övertygelser, samt framkallar beteenden som är skadliga för hälsan, säkerheten eller skyddet av miljön. Den får heller inte innehålla påstående och framställningar som kan vilseleda konsumenten, även då genom underlåtenhet, otydlighet och överdrifter.¹⁶⁷

Lagen föreskriver även ett förstärkt skydd för minderåriga i dess bestämmelser rörande köp-TV. Minderåriga får inte uppmanas att ingå köp- eller hyresavtal eller förorsakas psykisk eller fysisk skada. Köp-TV får inte heller uppmana minderåriga att inköpa en produkt eller en tjänst genom att dra fördel av deras godtrogenhet eller brist på erfarenhet. Även sådan köp-TV som uppmanar minderåriga att övertyga sina föräldrar eller andra att köpa produkten eller tjänsten ifråga är otillåten. Vidare får den inte dra fördel av det särskilda förtroende som minderåriga har för sina föräldrar, lärare och andra, eller visa minderåriga i farliga situationer.¹⁶⁸

4.4.4 Sanktionssystem

Autorità Garante är en statlig förvaltningsmyndighet, vars ursprungliga kompetensområde (skyddande av fri konkurrens) har utökats och numera även inbegriper skydd mot otillbörlig marknadsföring. Myndigheten är behörig att granska all typ av marknadsföring som spridits inom Italiens gränser. Autorità Garante kan förbjuda en otillbörlig marknadsföring både genom att agera ex officio samt på begäran av en fysisk eller juridisk person som har intresse av fallet ifråga. Utöver förbuds föreläggandet förfogar myndigheten över en administrativ sanktion på mellan femtusen och femhundra tusen euro, beroende av hur allvarlig överträdelsen ifråga är samt hur länge den pågått. Myndigheten kan även, genom ett motiverat beslut, tillfälligt upphäva den otillbörliga marknadsföringen där det är särskilt brådsakande. Vidare har Autorità Garante behörighet att ålägga informationsförelägganden.¹⁶⁹

Autorità Garante:s beslut är motiverade och omedelbart exekutiva. Överklagande kan ske hos allmän förvaltningsdomstol. Myndigheten kan begära att näringsidkaren bakom den otillbörliga marknadsföringen själv publicerar det fällande beslutet alternativt ett beriktigande.¹⁷⁰

Om näringsidkaren inte följer exempelvis myndighetens beslut om förbud ådömer Autorità Garante denne en administrativ avgift på upp till hundrafemtio tusen euro. Vid fall av upprepade överträdelser kan myndigheten

¹⁶⁷ CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 29-30.

¹⁶⁸ CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 31.

¹⁶⁹ Ruffolo, 2003, s. 488. Fusi & Testa, 2006, s. 318. CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 27, 2-4 st. och 9 st.

¹⁷⁰ Fusi & Testa, 2006, s. 320. CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 27, 8 st. och 13 st.

dessutom besluta om indragning av näringsidkarens verksamhet under en period på högst trettio dagar.¹⁷¹

Den möjlighet som finns för konsumenter och näringsidkare att vända sig till ett självregleringsorgan med ett ärende, innebär aldrig att konsumentens rätt att ta ett fall till Autorità Garante upphör. Om en process redan tagit sin början kan myndigheten, på begäran av en av parterna, besluta om att processen ifråga ska avbrytas tillfälligt i väntan på ett beslut av ett självregleringsorgan. Det bör dock uppmärksammas att ett dylikt beslut inte på något sätt är bindande för Autorità Garante:s bedömning i fallet. Detta tillfälliga avbrott får utsträckas till maximalt trettio dagar. Denna uttryckliga tidsbegränsning har ansetts lämplig därför att självregleringsorganen inte är bundna att komma till ett domslut inom en fastställd förfallodag. Emellertid visar bl.a. Giurì:s praxis på att dess domar håller sig inom en snävare tidsram än trettiodagarsperioden.¹⁷²

Ifall reklamen ifråga sänts via press, TV eller radio ska Autorità Garante fråga Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (härefter Autorità GC) om dess åsikt i ärendet.¹⁷³

4.5 Testo Unico della Radiotelevisione

4.5.1 Syfte

Italien har flera lagar, med olika rang inom rättshierarkin, som reglerar radio och TV. Detta var en anledning till varför TU utfärdades 2005. Denna lag innebar egentligen inga nya bestämmelser i sig, utan var istället menad till att förenkla rättsläget på området, genom att samla de viktigaste reglerna som gäller för radio och TV i en och samma rättsakt. Det bör dock uppmärksammas att många av de äldre lagarna fortfarande till viss del gäller, då de inte har upphävts helt av TU. Faktum kvarstår ändå om att TU är den klart viktigaste och mest centrala lagen vad gäller regler om TV, inklusive regler om TV-reklam.¹⁷⁴

4.5.2 Några viktiga definitioner

Vad gäller säljfrämjande referenser definieras dessa som en typ av reklam bestående av en muntlig eller visuell presentation av varor eller tjänster med syfte att främja tillhandahållandet av dessa mot betalning, utförd av programföretaget inom ett programs tidsgräns.¹⁷⁵

¹⁷¹ CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 27, 12 st.

¹⁷² CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 27-ter. Fusi & Testa, 2006, s. 320. Ruffolo, 2003, s. 494.

¹⁷³ CdC (206/2005, ändrad genom 146/2007) art. 27, 6 st.

¹⁷⁴ Fusi & Testa, 2006, s. 141f.

¹⁷⁵ TU (177/2005) art. 2.1aa.

Enligt TU:s definition av TV-reklam inräknas där alla TV-meddelanden som sänds mot betalning och har ett främjandesyfte avseende den marknadsförda varan eller tjänsten.¹⁷⁶ Detta innebär att säljfrämjande referenser inräknas hit. Emellertid hamnar exempelvis åsiktsannonsering, sponsring och programföretagens egenreklam utanför lagens specifika TV-reklamdefinition. I praktiken innebär det dock endast att dessa undantas från de särskilda formkrav som lagen föreskriver för reklam. Innehållskraven innehåller ett bredare tillämpningsområde och gäller för annonssändningar och köp-TV, inklusive t.ex. egenreklam.¹⁷⁷

4.5.3 Regler för reklam och annan annonsering

4.5.3.1 Annonssidentifikation

TU föreskriver att annonssändningar och köp-TV ska vara tydligt igenkännbara som sådana samt åtskilda från övriga sändningar. Annonssidentifikationskravet gäller även för sponsrade program, som i övrigt ska ange sponsorföretagets namn eller logo i början eller slutet av programmet. Vidare återfinns i en kompletterande lag med specifika bestämmelser för just sponsrade program, ett förbud mot sponsring av nyhetsprogram. I samma lag föreskrivs särskilt, beträffande säljfrämjande referenser, att det under hela dess sändning måste stå skrivet ”reklammeddelande”. Säljfrämjande referenser får inte heller göras under ett nyhetsprogram.¹⁷⁸

4.5.3.2 Infogande av reklaminslag

Som huvudregel gäller att reklam och köp-TV-inslag ska infogas mellan två program. Emellertid tillåts flera undantag till denna regel. Avseende dessa gäller att reklam, där programmet ifråga innehåller naturliga pauser, ska infogas endast i dessa. För övriga program gäller den generella regeln att det måste förflyta minst tjugo minuter mellan de eventuella reklamavbrotten.¹⁷⁹

Beträffande infogande av reklam- och köp-TV-inslag under sändningar av spelfilm och filmer gjorda för TV, gäller nationella regler identiska TV-direktivets. Sådana får således avbrytas en gång för varje hel period om fyrtiofem minuter. Ett ytterligare avbrott är tillåtet ifall den programlagda sändningstiden är minst tjugo minuter längre än två eller flera fullständiga fyrtiofemminutersperioder.¹⁸⁰

Under alla omständigheter är det förbjudet med reklamavbrott under gudstjänster. Nyhetsprogram och program om aktuella samhällsfrågor, dokumentärprogram, religiösa program och barnprogram får endast avbrytas av reklam om sändningens längd är mer än trettio minuter.¹⁸¹

¹⁷⁶ TU (177/2005) art. 2.1u.

¹⁷⁷ Fusi & Testa, 2006, s. 143f. Rotelli & Mina, Le norme sulla pubblicità commerciale dal codice del consumo al T.U. sulla radiotelevisione, Il diritto industriale, 4/2006, s. 369.

¹⁷⁸ TU (177/2005) art. 4 och 39. Lag 581/1993 art. 7 och 13. Fusi & Testa, 2006, s. 148.

¹⁷⁹ TU (177/2005) art. 37, 1-2 st. och 5 st. Fusi & Testa, 2006, s. 147.

¹⁸⁰ TU (177/2005) art. 37, 4 st. Fusi & Testa, 2006, s. 147.

¹⁸¹ TU (177/2005) art. 37, 6 st.

4.5.3.3 Reklaminslagens längd

Först och främst bör det än en gång belysas att åsiktsannonsering och programföretagens egenreklam inte berörs av de nationella reglerna om reklaminslagens längd.¹⁸²

TU tar i beaktande två olika slag av TV-kanaler, nämligen de rikstäckande offentligt finansierade (RAI) samt de privata kanalerna. Formkraven för dessa skiljer sig åt vad gäller reklaminslagens tillåtna längd. De statliga kanalerna tillåts sända en mindre mängd reklam än de privata, något som förklaras med argumentet att programföretagen i den privata sektorn är mycket beroende av inkomsten som sändandet av reklam inbringar.¹⁸³

TU fastslår att de offentligt finansierade kanalerna tillåts sända reklam under en tidsperiod motsvarande fyra procent av den sammanlagda sändningsverksamheten per vecka. Motsvarande gräns inom en given timme är tolv procent. För de privata rikstäckande programföretagen gäller ett maxtak på femton procent av den dagliga sammanlagda sändningsverksamheten samt arton procent för varje timme. Denna gräns får dock utökas till tjugo procent om reklamen inkluderar andra former än ”vanliga” reklamslag, som då t.ex. köp-TV.¹⁸⁴

4.5.3.4 Innehållskrav

4.5.3.4.1 Allmänt

TU föreskriver, liksom TV-direktivet, att reklamsändningar ska respektera den mänskliga värdigheten och inte frammana diskriminering avseende ras, kön eller nationalitet. Reklamen får inte heller kränka religiös eller politisk övertygelse. En motsvarande bestämmelse återfinns inte i någon annan nationell lag avseende reklam som sänds via andra media än TV och radio. Vidare förbjuds reklam som framkallar beteende som är skadligt för hälsan, säkerheten och miljön, eller som är sådan att den medför psykisk eller fysisk skada hos minderåriga.¹⁸⁵

4.5.3.4.2 Särskilda regler för barnreklam

Vissa av innehållskravsbestämmelserna hänför sig till ”minderåriga” alternativt ”underåriga”, vilket ska tolkas som personer under arton år. Anledningen till varför det finns specifika bestämmelser vars skyddsintresse särskilt inriktas på minderåriga är att det är allmänt känt att TV kan ha en mycket stark påverkan på barn och tonåringar.¹⁸⁶

En central regel är den som förbjuder annonssändningar i vilka minderåriga direkt uppmanas att köpa en produkt och som därigenom utnyttjar deras brist på erfarenhet och deras lättrogenhet. Även reklam som inbjuder dem

¹⁸² Fusi & Testa, 2006, s. 143f. Lag 158/1993 art. 2, 4 st.

¹⁸³ Fusi & Testa, 2006, s. 140f.

¹⁸⁴ TU (177/2005) art. 38.

¹⁸⁵ TU (177/2005) art. 4, 1 st. Fusi & Testa, 2006, s. 207.

¹⁸⁶ Fusi & Testa, 2006, s. 145f och 212.

att övertyga föräldrar eller andra personer om dess inköp, använder som hjälpmedel det förtroende som minderåriga känner för föräldrar och lärare, samt reklam som, utan anledning, visar minderåriga i farliga situationer är otillåten.¹⁸⁷

För att öka skyddet för minderåriga har den italienska staten tagit initiativ till en särskild regelsamling innehållande regler för TV-sändningar till skydd för just minderåriga, kallad Codice di Autoregolamentazione TV e Minori (härefter Codice TV e Minori). Denna undertecknades av samtliga nationella programföretag 2002. Regelsamlingen var ursprungligen inte juridiskt bindande utan sågs endast som rådgivande. En nyligen genomförd ändring av TU har emellertid inneburit ett för programföretagen obligatoriskt krav på att iaktta bestämmelserna i Codice TV e Minori. Regelsamlingen utgörs av generella bestämmelser om program. Den innehåller emellertid även vissa särskilda regler beträffande reklam, där den identifierar tre nivåer av skydd, beroende på mellan vilka klockslag reklamen sänds mellan. Exempelvis förbjuds marknadsföring av vissa bestämda typer av varor, såsom alkohol och vissa mobiltelefon tjänster, mellan 16:00 och 19:00.¹⁸⁸

4.5.4 Sanktionssystem

För efterlevnaden av vissa av TU:s bestämmelser ansvarar Ministeriet för ekonomisk utveckling. Autorità GC är emellertid den statliga myndighet som innehar det huvudsakliga ansvaret för att TU efterlevs. Detta gäller särskilt för bl.a. lagens bestämmelser om reklam, sponsring och köp-TV, men även för bestämmelserna om säljfrämjande referenser i lag 581/1993. Autorità GC kan agera ex officio liksom på begäran av en fysisk eller juridisk person med intresse i fallet ifråga, och förfogar över administrativa sanktioner i form av avgifter vid fall av överträdelse av TU eller myndighetens egna beslut. Om överträdelsen är särskilt allvarlig eller om den upprepas kan Autorità GC tillfälligt avstänga det aktuella programföretagets verksamhet. Myndigheten har även möjlighet att i vissa mer allvarliga fall återkalla företagets sändningstillstånd.¹⁸⁹

I samband med grundandet av Codice TV e Minori upprättades en särskild kommitté med uppgift att kontrollera att regelsamlingen ifråga efterföljs. Kommittén kan granska ett fall ex officio eller på begäran av någon med intresse i målet. Om en överträdelse konstateras avger organet ett motiverat beslut, som ej kan bestridas. Alla kommitténs beslut tillkännages Autorità GC.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Lag 425/1991 art. 3.

¹⁸⁸ TU (177/2005) art. 34, 3 st. Fusi & Testa, 2006, s. 145f.

¹⁸⁹ TU (177/2995) art. 51.

¹⁹⁰ Codice di Autoregolamentazione TV e Minori (utfärdad 29/11/2002 av Ministero per le telecomunicazioni).

4.6 Näringslivets egenåtgärdssystem

4.6.1 Allmänt

Inom egenåtgärdssystemet är det i särklass mest kända initiativet, både med tanke på dess auktoritet och dess breda tillämpningsområde, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (härefter Codice di Autodisciplina), som utgör en regelsamling innehållande mer samordnade samt ofta strängare föreskrifter än de som återfinns i de statliga lagarna på området. Regelsamlingen skyddar både näringsidkare och konsumenter, och förutsätter egna organ för dess tillämpning, både avseende tillsyn; Comitato di Controllo (härefter Comitato), samt utfärdande av beslut; Giurì.¹⁹¹

4.6.2 Codice di Autodisciplina

4.6.2.1 Tillämpningsområde

Genom en nyligen genomförd ändring av Codice di Autodisciplina har dess tillämpningsområde utökats, i ett försök att anpassa regelsamlingen ifråga efter direktivet om otillbörliga affärsmetoder.¹⁹² Codice di Autodisciplina är numera tillämplig på all kommersiell kommunikation, vilket inbegriper reklam, samt övrig kommunikation innehållande ett främjandesyfte. Därutöver inbegrips dessutom åsiktsannonser och välgörenhetsuppmaningar.¹⁹³

Codice di Autodisciplina har, såsom en produkt inom ett egenåtgärdssystem, inte någon effekt erga omnes, till skillnad från en statlig lag. Den binder istället endast dem som anslutit sig till den. Det finns i grova drag två sätt att binda sig till regelverket. Det ena är genom att det företag eller den organisation som man är anställd av har bundit sig som juridisk person till att följa Codice di Autodisciplina. I detta fall handlar det oftast om de organisationer som är medlemmar inom IAP (härefter Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria) och som därigenom automatiskt är rättssubjekt inom egenåtgärdssystemet som de själva varit med om att grunda. Det andra sättet att juridiskt binda sig är genom att underteckna ett avtal innehållande en s.k. acceptklausul.¹⁹⁴

Trots att det i teorin kan verka som om det italienska egenåtgärdssystemet inte innehar en särskilt betydande roll på marknadsföringsrättsområdet så ter det sig emellertid annorlunda i praktiken. Detta då i stort sett alla större reklambyråer och medieföretag är bundna till Codice di Autodisciplina genom medlemskap i IAP. De övriga aktörerna, såsom vissa privata uppdragsgivare, blir oftast bundna genom den ovannämnda acceptklausulen. Detta ger till följd att reglerna rent konkret nästan alltid är tillämpliga inom marknadsföringsområdet. Beträffande TV-reklam har egenåtgärdssystemet

¹⁹¹ Fusi & Testa, 2006, s. 27. Ruffolo, 2003, s. 5.

¹⁹² URL: <http://www.iap.it/it/news.htm> (2008-11-01).

¹⁹³ Codice di Autodisciplina, Norme preliminari e generali, e) och art. 46.

¹⁹⁴ Ruffolo, 2003, s. 5ff.

ett genomgripande inflytande, då alla de nationella större programföretagen såsom RAI, Mediaset och Sky Italia, är medlemmar i IAP.¹⁹⁵

4.6.2.2 Generalklausulen

Generalklausulen i Codice di Autodisciplina återfinns i dess första artikel, och fastställer att all kommersiell kommunikation ska vara hederlig och korrekt. Regeln är inte begränsad till att enbart användas som tolkningsunderlag för de övriga bestämmelserna i regelsamlingen. Istället är tanken att den ska användas för att fånga upp sådan otillbörlig reklam som annars eventuellt hade kunnat slippa undan specialbestämmelserna. Regeln ska endast användas i de fall där ingen av de övriga bestämmelserna kan appliceras på marknadsföringen ifråga.¹⁹⁶

Artikel 1 föreskriver vidare att reklam måste undvika sådant som kan ge marknadsföringen dåligt anseende. Det som man här vill skydda är således inte det värde som kränkts av reklamen, utan istället reklamen själv.¹⁹⁷

4.6.2.3 Vilsedande kommersiell kommunikation

Codice di Autodisciplina innefattar ett generellt förbud mot vilsedande kommersiell kommunikation. För en applicering av denna görs en helhetsbedömning av reklamen ifråga. Man utgår ifrån hur genomsnittskonsumenten kan antas uppfatta annonsen vid en första anblick.¹⁹⁸

En viktig princip är att en framställning kan vara vilsedande även i de fall den inte är direkt felaktig. En annons kan anses vilsedande genom att den är tvetydig, ofullständig eller motsägande, under förutsättning att den därigenom ger konsumenten en förvanskad bild av den marknadsförda produkten som inte överensstämmer med verkligheten.¹⁹⁹

4.6.2.4 Skydd av den mänskliga värdigheten

Enligt artikel 9 får kommersiell kommunikation inte innehålla framställningar av våld eller av sådant som kan anses som oanständigt, vulgärt eller motbjudande. Bakgrunden till artikeln är till viss del ett försök att skydda reklamen som sådan, mot negativa reaktioner från allmänhetens sida.²⁰⁰

Marknadsföring som ansetts vara oförenlig med den aktuella bestämmelsen utgörs ofta av framställningar med sensuell karaktär, i sammanhang där denna inte har någon relevans med den marknadsförda produkten. Istället har framställningens utformning enbart använts i syfte att väcka största möjliga uppmärksamhet. Giurì frikänner dock ofta sådan reklam som, även om den innehåller erotiska antydningar, använder sig av humor och satir. För produkter som genom sin natur anses mer sammankopplade med

¹⁹⁵ Ruffolo, 2003, s. 10. Fusi & Testa, 2006, s. 27. URL: <http://www.iap.it/it/asso.htm> (2009-01-08).

¹⁹⁶ Codice di Autodisciplina, art. 1. Ruffolo, 2003, s. 49f.

¹⁹⁷ Codice di Autodisciplina, art. 1. Ruffolo, 2003, s. 51.

¹⁹⁸ Codice di Autodisciplina, art. 2. Ruffolo, 2003, s. 77.

¹⁹⁹ Fusi & Testa, 2006, s. 64.

²⁰⁰ Fusi & Testa, 2006, s. 204.

sensualitet, som t.ex. parfymen och underkläder, är tröskeln betydligt högre innan en överträdelse av bestämmelsen kan anses vara för handen.²⁰¹

Artikel 10 innebär, förutom ett skydd för den mänskliga värdigheten, även ett skydd för religiösa övertygelser. På denna punkt gör Giurì ingen distinktion mellan olika trosuppfattningar. Praxis visar på att reklam som med ironi använder sig av religiös iscensättning, eller av hänvisning till religionen ifråga, frikänns, så länge denna inte är av förnedrande karaktär.²⁰²

De flesta av uttalandena rörande skada av den mänskliga värdigheten har avsett fall, i vilka frågan uppkommit om problemet med objektifieringen av kvinnor. Framställningen av en naken kvinnokropp är inte i sig självt omoralisk eller värdighetsberövande, och innebär därmed inte nödvändigtvis en överträdelse av Codice di Autodisciplina:s regler. Så är däremot fallet om bilden är omotiverad i förhållande till den marknadsförda produkten. Giurì har flera gånger fastställt att det inte finns något särskilt ämne som är helt tabubelagt inom marknadsföringsrätten. Istället är den avgörande frågan hur den aktuella reklamen uppfattas efter en helhetsbedömning av alla omständigheter, inklusive vilket medium som används.²⁰³ Giurì har i sin praxis delat upp denna typ av fall i två delar, som båda resulterar i ett fällande beslut. Den ena innebär en objektifiering av kvinnan. Den andra utgörs av reklam i vilken man så att säga tar isär människokroppen och uppdelar den i ”bitar av kött”, något som på ett provocerande sätt berövar personen i reklamen på dennes mänskliga värdighet.²⁰⁴ Värt att notera i sammanhanget är att det i Giurì:s praxis däremot inte återfinns någon motsvarighet till det svenska ERK:s fördömande av schabloniserande reklam.

4.6.2.5 Regler för barnreklam

Codice di Autodisciplina föreskriver mycket detaljerade regler beträffande reklam som antingen riktas till barn och tonåringar, eller som kan antas komma att mottas av dessa. Sådan marknadsföring måste utföras med ”särskild omsorg”, och får inte innehålla något som kan skada dem psykiskt eller fysiskt. Vidare får reklamen inte missbruka deras naturliga lättrogenhet och brist på erfarenhet eller deras lojalitet.²⁰⁵

Den aktuella bestämmelsen utgör en specialregel i förhållande till generalklausulen. Ofta innebär en kränkning av barnreklamsreglerna i artikel 11 även att marknadsföringen som sådan får dåligt anseende enligt Codice di Autodisciplina:s första artikel. T.ex. har man i praxis fastslagit att ett oansvarsfullt användande av bilder som visar beteenden som av samhället får anses oacceptabelt, ger reklamen dåligt anseende och därför även strider mot generalklausulen.²⁰⁶

²⁰¹ Ruffolo, 2003, s. 215ff.

²⁰² Ruffolo, 2003, s. 224. Fusi & Testa, 2006, s. 208.

²⁰³ Andreani, Violenza, volgarità e indecenza nella giurisprudenza autodisciplinare, Il diritto industriale, 3/2005, s. 313.

²⁰⁴ Fusi & Testa, 2006, s. 208. Ruffolo, 2003, s. 229ff.

²⁰⁵ Codice di Autodisciplina, art. 11.

²⁰⁶ Ruffolo, 2003, s. 244.

Det finns vidare en bestämmelse som särskilt berör leksaksreklam, vars skyddsintresse inte enbart utgörs av barn, utan även av vuxna. Denna syftar till att förhindra både en vilseledning vad gäller den marknadsförda produktens utmärkande egenskaper och förtjänster, samt angående varans pris. Jämfört med artikel 11, som har ett bredare syfte, strävar regeln om marknadsföring av leksaker mer specifikt efter att förhindra att reklamen är vilseledande.²⁰⁷ Det är enbart Codice di Autodisciplina som uttryckligen behandlar marknadsföring av dessa produkter. Bestämmelsens första stycke utgör helt enkelt en specifikation av principen om att reklam ska vara sanningsenlig. Dess andra stycke föreskriver emellertid en ytterligare regel, genom att fastställa att marknadsföringen i vilket fall inte får bagatellisera priset. Uttryck som ”endast...” följt av en anvisning av priset har visat sig oförenlig med bestämmelsen, av den anledningen att detta är ett typiskt exempel på uttryck som medför att barnet underskattar varans kostnad.²⁰⁸

4.6.3 Sanktionssystem

Den som anser sig lida skada av en marknadsföring som står i strid mot Codice di Autodisciplina kan vända sig till Giurì med en anmälan. Skadan behöver inte vara av ekonomisk art. Näringsidkare kan anmäla en marknadsföring till Giurì oavsett om de är konkurrenter till den svarande eller ej. Vidare tillskrivs Comitato en möjlighet att inför Giurì, även ex officio, framlägga sådan annons som bedöms som oförenlig med Codice di Autodisciplina.²⁰⁹

Det finns två typer av förfaranden inom egenåtgärdssystemet; en ordinär sådan inför Giurì samt en uppmanande sådan enligt artikel 39. Det ordinära förfarandet inleds genom ett överlämnande av en inläga från den klagande. Denna meddelas den anklagade, som får möjlighet att yttra sig i ärendet. Förfarandet avslutas med att Giurì avger ett beslut som vidarebefordras till parterna. Om beslutet fastställer att reklamen ifråga är oförenlig med Codice di Autodisciplina, förordnas om dess upphörande. Motiveringen till beslutet avlämnas i ett senare skede, men själva beslutet har omedelbar effekt. Vidare kan Giurì välja att offentliggöra beslutet på det sätt det anser lämpligast. En sammanfattning av Giurì:s beslut publiceras på IAP:s hemsida. Giurì har inte befogenhet att utdöma skadestånd eller motsvarande. Dess beslut går inte att överklaga.²¹⁰ Organet förfogar inte heller över någon sanktion för det fall näringsidkaren väljer att inte följa dess beslut. Giurì kan då enbart offentliggöra för allmänheten om den aktuella överträdelsen av beslutet.²¹¹

Den andra typen av förfarande inleds genom att Comitato utfärdar ett förbudsföreläggande. Detta är möjligt i de fall då marknadsföringen gör tydligt

²⁰⁷ Codice di Autodisciplina, art. 28-bis. Ruffolo, 2003, s. 458ff.

²⁰⁸ Fusi & Testa, 2006, s. 130.

²⁰⁹ Codice di Autodisciplina, art. 32 och 36. Ruffolo, 2003, s. 500.

²¹⁰ Fusi & Testa, 2006, s. 324f. Codice di Autodisciplina, art. 38 och 40.

²¹¹ Ruffolo, 2003, s. 504.

intryck av att stå i kontrast med en eller flera av Codice di Autodisciplina:s bestämmelser. Om en invändning inte framläggs inom en viss tid, blir föreläggandet definitivt. Ifall invändningen inlämnas i tid, men Comitato inte anser dess motiv som övertygande, vidarebefordrar organet handlingarna till Giurì, som i sin tur kan avsluta förfarandet genom att avge ett beslut.²¹²

En av Comitato:s uppgifter är att övervaka efterlevnaden av Codice di Autodisciplina. Andra uppgifter är bl.a. att ta emot eventuella anmälningar från konsumenter av reklamannonser som anses oförenliga med regelsamlingen, för att sedan granska reklamen ifråga. Comitato kan även ex officio vidarebefordra till Giurì, sådana annonser som misstänks strida mot Codice di Autodisciplina och som kan tänkas skada konsumenternas eller reklamens intresse. En annan uppgift utgörs av utgivande av rådgivande åsikter på begäran av Giurì. Comitato har även befogenhet att i förebyggande syfte föreslå ändringar för en annons som verkar vara oförenlig med egenåtgärdsreglerna.²¹³

En stor fördel med systemet är dess snabbhet och smidighet. Den genomsnittliga tiden för ett ingripande, från dess inkommande till ett beslut av Giurì är två till tre veckor. I förhållande till den statliga lagstiftningen och dess tillhörande sanktionssystem, kan man säga att egenåtgärdssystemet ikläder sig en ”förebyggande roll” i så mån att de flesta marknadsföringsmål avgörs inom denna sfär och att det därmed i stora drag endast är de fall där Giurì inte avgivit en fällande dom, som senare eventuellt kommer upp till prövning hos Autorità Garante. Det hela resulterar i en mindre arbetsbelastning för den statliga förvaltningsmyndigheten, liksom fördelar rent rättsekonomiskt.²¹⁴

²¹² Codice di Autodisciplina, art. 39. Fusi & Testa, 2006, s. 325f.

²¹³ Codice di Autodisciplina, art. 32. Ruffolo, 2003, s. 6.

²¹⁴ Ruffolo, 2003, sid. 492. IAP, Accogliendo l’invito al dialogo su ”Etica nella pubblicità”, Il diritto industriale, 8/1997, sid. 712.

5 Analys

5.1 Allmänt

Den italienska och den svenska marknadsföringsrätten har tagit ett stort steg närmare varandra i och med respektive implementering av direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Den italienska marknadsföringslagstiftningen genomgick, med syfte att anpassas till gemenskapsrätten, en förändring i slutet av 2007. Den svenska rätten gjorde detsamma drygt ett halvår därefter. Numera är MFL och CdC uppbyggda enligt samma struktur, med en generalklausul samt två kompletterande förbud mot vilseledande och aggressiv marknadsföring. En skillnad är att MFL inte enbart skyddar konsumenter utan även näringsidkare, något som inte motsvarar CdC:s tillämpningsområde. Här har Italien istället valt att efterfölja den uppdelning av skyddsintressen, som för ett par år sedan gjorts på gemenskapsrättslig nivå. I landet har för detta ändamål en ny lag utfärdats i och med implementeringen. Lagen ifråga har tagit över näringsidkarskyddet inom marknadsföringsrätten, och uppvisar stora likheter med direktivet om vilseledande och jämförande reklam. Liksom i nämnda direktiv föreskrivs i den nya italienska lagen även villkor för jämförande reklam, samt en definition på ”reklam” som juridisk term.

Allt sammantaget kan det konstateras att den italienska rätten på marknadsföringsområdet är mer harmoniserad i relation till EG-rätten. Landet har gjort genomgripande ändringar i sina lagar, då framför allt under de senaste åren, för att få dem i huvudsak identiska med de gemenskapsrättsliga direktiven. Sverige har valt att inte definiera reklam i MFL, samt att ha kvar näringsidkarskyddet i samma lag. Dessutom har vi länge haft vårt barnreklamförbud för TV, trots att detta skiljer sig markant från TV-direktivet, som endast anger vissa restriktioner för reklam riktad till minderåriga.

5.2 Generella regler om otillbörlig marknadsföring

5.2.1 Allmänt

Både MFL:s och CdC:s tillämpningsområde har utökats p.g.a. implementeringen av direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Dessförinnan riktades de mot marknadsföringsåtgärder. Numera ingår även s.k. efterköpssituationer inom lagarnas ramar, som t.ex. näringsidkarens agerande vid leverans. Sverige har valt att behålla termen marknadsföring i den nya MFL från 2008. Istället har begreppets innebörd utökats i den mån att den motsvarar direktivets ”affärsmetoder”, och därmed uppfylls implementeringskraven på den punkten på så sätt. Italien har valt ett annat tillvägagångssätt, genom vilken CdC, efter dess modifiering i slutet av 2007, numera talar om ett skydd mot just otillbörliga affärsmetoder. Lag 145/2007 skyddar uttryckligen när-

ingsidkare mot vilseledande reklam, vilket innebär att efterköpsituationer inte inkluderas i dess tillämpningsområde. Detta skiljer svensk och italiensk marknadsföringslagstiftning åt, då MFL även efter 2008 års revidering skyddar både konsumenter och näringsidkare.

Efter de senaste modifieringarna efterliknar MFL och CdC emellertid varandra i förhållandevis hög grad, särskilt om man jämför med lagarnas respektive utformning före implementeringen av direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Tillämpningsområdet hos de båda rättsakterna är det som i gemenskapsrätten definieras som otillbörliga affärsmetoder, trots valet av användandet av ett annat begrepp i den svenska nationella rätten. Både MFL och CdC byggs upp av en generalklausul, två kompletterande förbudsbestämmelser mot vilseledande och aggressiva affärsmetoder, samt en uppräknig av affärsmetoder som under alla omständigheter ska anses otillbörliga. Generalklausulen i sig innebär emellertid en viss åtskillnad mellan de båda staternas marknadsföringsrätt. Den svenska regeln anger att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed. Motsvarande italienska paragraf talar istället, liksom direktivet om otillbörliga affärsmetoder, om överensstämmande med god yrkessed. Skillnaden ligger i det faktum att det svenska begreppet god marknadsföringssed, om man avgränsar sig till marknadsföringsrätten, är ett vidare begrepp än god yrkessed, vilket för med sig att MFL:s generalklausul är något strängare än motsvarande paragraf i CdC. I övrigt jämföras de då de båda talar om att en affärsmetod, för att anses som otillbörlig, sannolikt måste medföra en snedvridning av genomsnittskonsuments ekonomiska beteende. Både MFL och CdC har även numera särskilda bestämmelser om vilseledande underlåtenhet. Vid bedömningen av om en underlåtenhet är vilseledande fordras att den bristande informationen är väsentlig för den som åtgärden är riktad till. Vidare har båda lagarna en regel om köperbudande, som innebär ett strängare krav på lämnande av information från näringsidkarens sida, om denne har valt att utforma sin marknadsföring som ett sådant erbjudande. Denna regel är för övrigt den enda bestämmelsen i MFL som inte innefattar ett skydd för näringsidkare, utan enbart för konsumenter. Både MFL och CdC innehåller även en regel som innebär att det vid bedömningen av om det föreligger en vilseledande underlåtenhet eller ej, ska tas viss hänsyn till det valda kommunikationsmediets begränsningar av utrymme eller tid. Syftet med bestämmelsen är att underlätta användningen av bl.a. TV vid marknadsföring.

Vad gäller bilaga I i direktivet, som räknar upp de affärsmetoder som under alla omständigheter ska anses otillbörliga, har de båda medlemsstaterna valt olika form av tillvägagångssätt för dess implementering. I CdC utgör bilagan en del av lagtexten, och är uppdelad i två artiklar beroende på om det är fråga om vilseledande eller aggressiva affärsmetoder. Sverige har valt att i en av MFL:s paragrafer tillkännage att bilagan ifråga ska gälla som lag här i landet. När direktivbilagan hänvisar till affärsmetoder ska detta jämföras med MFL:s reviderade begrepp av marknadsföring. Den svenska lagen innefattar även en särskild bestämmelse i samma paragraf där det poängteras att samtliga punkter i bilagan är tillämpliga även såvitt avser

skyddet för näringsidkare. Så är således inte fallet för CdC:s motsvarande bestämmelse.

5.2.2 Näringslivets egenåtgärdssystem

I direktivet om o tillbörliga affärsmetoder framhålls att medlemsstaterna bör uppmuntra förekomsten och användningen av uppförandekoder på det aktuella rättsområdet. Både det svenska och det italienska näringslivets egenåtgärdssystem spelar en betydelsefull och inflytelserik roll inom marknadsföringsområdet. Dock får Italiens egenåtgärdssystem på området anses vara något starkare än det svenska. Det italienska systemet regleras genom en egenförfattad uppförandekod, som i mångt och mycket kan liknas med en statlig lag, både vad gäller struktur, men även med tanke på den auktoritet som den faktiskt innehar, då t.ex. som tolkningsunderlag för de statliga myndigheterna som agerar på marknadsföringsområdet.

I Sverige baserar de två viktigaste självregleringsorganen; MER och ERK, sina beslut främst på ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation. I svensk rätt innehar ICC:s reklamregler därmed en stor betydelse, då det är med stöd av dessa som både MER och ERK motiverar sina beslut. Reglerna måste visserligen sägas äga stort inflytande även inom Italiens egenåtgärdssystem, dock mer på ett indirekt sätt. Giurì grundar sina beslut genom tolkning och applicering av den av näringslivet författade Codice di Autodisciplina, som är en regelsamling innehållande bestämmelser för kommersiell kommunikation. Dessa regler har emellertid till stor del inspirerats av ICC:s reklambestämmelser.

Näringslivets egenåtgärder har en extra stor betydelse som komplement till lagstiftning i de fall där en domstolsprövning är utesluten av grundlagsskäl, såsom t.ex. vid könsdiskriminerande reklam. En sak som är värd att notera, även om det inte nödvändigtvis behöver innebära en skillnad mellan Giurì:s och ERK:s bedömning av det enskilda fallet, är att Giurì i sin praxis inte talar om att viss reklam är ”könsdiskriminerande”. Istället faller motsvarande mål under rubriken ”skydd för mänsklig värdighet”. I sin praxis har både Giurì och ERK konstaterat att nakenhet och lättkläddhet i reklam inte i sig medför att reklamen blir att anse som stridande mot god affärssed. Detta gäller särskilt vid marknadsföring av underkläder, parfym och hudnära produkter i allmänhet. Istället är den avgörande frågan hur reklamen upplevs vid en helhetsbedömning av alla omständigheter. Ifall en annons är av sensuell karaktär, fälls denna ofta i de fall det inte finns något tillräckligt motiverat samband mellan den valda framställningen och den marknadsförda produkten. En intressant skillnad mellan ERK:s och Giurì:s praxis på denna punkt är emellertid ERK:s fördömande av schabloniserande reklam, något som inte kan sägas ha någon motsvarighet i det italienska egenåtgärdssystemet.

Varken MER, ERK eller Giurì förfogar över några faktiska sanktioner, såsom exempelvis utdömmande av ekonomisk avgift. Organen kan istället endast offentliggöra sina fällande beslut, och eftersträva att annonsören tar åt

sig av kritiken samt att denne har tillräcklig respekt för den dåliga publicitet som ett fällande kan innebära. Efterlevnaden av och respekten för dessa organs beslut anses ändå vara relativt stark bland aktörerna på reklammarknaden, både i Sverige och i Italien.

5.3 Regler om TV-reklam

5.3.1 Allmänt

Både i den italienska och svenska rätten återfinns en central lag som innehåller generella samt mer specifika bestämmelser för radio- och TV-sändningar, inklusive reklam. Den svenska RTL utfärdades emellertid ungefär tio år innan Italiens TU. En annan skillnad är även att den italienska lagen ännu kompletteras av flera specialiserade bestämmelser i andra lagar, som endast till viss del har upphävts av TU. Lagarnas definition av TV-reklam är inte identiska. I och med att RTL undantar s.k. egenreklam från lagens formkravsregler, samt att TU talar om både annonssändningar och köp-TV i de nationella innehållskravsbestämmelserna, innebär detta emellertid ingen större skillnad för regel tillämpningen i praktiken.

5.3.2 Särskilt om formkrav

Italiens nationella reglering vad gäller TV-reklam innehåller bl.a. bestämmelser om säljfrämjande referenser (telepromozioni), vilket inte har en motsvarighet i vår svenska TV-reklamstradition. Denna reklamtyp nämns inte heller uttryckligen i direktivet, men har enligt ett tolkningsmeddelande från kommissionen ändå som huvudregel en jämställd plats med ordinära reklaminslag beträffande innehålls- och formkravsregler. Italiensk lag föreskriver emellertid att det ska stå skrivet ”reklammeddelande” under hela sändningen av en säljfrämjande referens. Både RTL och TU innefattar i övrigt generella bestämmelser som föreskriver att annonssändningar ska vara tydligt igenkännbara som sådana samt åtskilda från övriga sändningar.

Vad beträffar reglerna kring infogande av reklam och köp-TV, är Italiens och Sveriges nationella regler mycket lika TV-direktivets bestämmelser. Detta inkluderar huvudregeln om att reklam ska infogas mellan program, samt de undantag som säger att det ändå under vissa omständigheter är tillåtet med avsteg från huvudregeln. För de sändningar som består av olika delar alternativt innehåller naturliga pauser, ska reklamen infogas under dessa. För övriga sändningar måste det förflyta minst tjugo minuter mellan eventuella reklamavbrott. Båda staterna förbjuder avbrott av gudstjänster. Det som skiljer den svenska rätten något från både TV-direktivets och TU:s regler under denna punkt är att vi överhuvudtaget inte tillåter reklamavbrott under barnprogram, något som är tillåtet i Italien under förutsättning att denna sändning är minst trettio minuter lång.

RTL genomgick en revidering i början av 2008, som innebar en ändring av de nationella reglerna rörande den maximala sändningstiden för annonser.

Dessförinnan var RTL:s regler betydligt mer restriktiva än motsvarande bestämmelser i TV-direktivet på denna punkt. Numera får annonser sändas högst tolv minuter per timme och får täcka högst femton procent av den sammanlagda sändningstiden per dygn. Egenreklam undantas i beräkningen. Dessutom ges vissa undantag även vad gäller köp-TV. Till skillnad från de svenska statligt ägda kanalerna tillåts motsvarande italienska kanaler (RAI) att sända annonser. Emellertid föreskriver TU ett strängare krav för dessa vad gäller den maximala sändningstiden för annonser. De rikstäckande offentligt finansierade TV-kanalerna tillåts sända reklam under en tidsperiod motsvarande fyra procent av den sammanlagda sändningsverksamheten per vecka. Motsvarande gräns inom en given timme är tolv procent. För de privata rikstäckande programföretagen gäller ett maxtak på femton procent av den dagliga sammanlagda sändningsverksamheten, vilket motsvarar de svenska bestämmelserna. För varje timme är den högsta tillåtna gränsen arton procent av den totala sändningstiden, något som dock kan utökas till tjugo procent i vissa fall. Sammantaget efterliknar numera både Sveriges och Italiens nationella lagstiftning mycket TV-direktivets bestämmelser avseende denna punkt.

5.3.3 Särskilt om innehållskrav

EG-rätten tillhandahåller inget absolut förbud mot barnreklam i TV, utan nöjer sig med att föreskriva vissa emellertid relativt långtgående varsamhetskrav avseende sådan marknadsföring. Här ligger Italien betydligt närmare de aktuella direktivens struktur i den nationella rätten. TV-reklam riktad mot barn är inte förbjuden, men sådan reklam, om den riktas till minderåriga, måste uppfylla olika krav, både beträffande innehåll och form. Minderåriga (alt. underåriga) är ett centralt begrepp i detta sammanhang, som används i både direktiven samt i den italienska rätten. Begreppet är uppenbarligen bredare än det svenska begreppet ”barn”, som har valts att användas istället för ”minderåriga”. När svenska regler talar om ett förbud mot TV-reklam riktad till barn, menar man personer upp till tolv år. För barn över tolv år finns i vår nationella rätt inga särskilda uttryckta bestämmelser eller motsvarande de italienska varsamhetskraven, vilket kan te sig något märkligt. Emellertid har det uttryckts i svenska förarbeten att ifall TV-reklam riktats till minderåriga över tolv år så finns ett automatiskt skydd i och med att dessa skulle kunna anses som otillbörliga enligt MFL och hindras den vägen. Därigenom har Sverige kunnat behålla sina juridiska termer och ändå ansetts uppfylla TV-direktivets minimikrav.

5.4 Sanktionssystem

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder ger medlemsstaterna stor frihet vad gäller utformandet av de nationella sanktionssystemen. Emellertid föreskrivs en skyldighet för staterna att ge domstolar och myndigheter befogenhet att i domstols- och myndighetsförfaranden kunna kräva att näringsidkaren styrker sina faktapåståenden. I både Sverige och Italien är denna typ av princip om omvänd bevisbörda i marknadsföringsmål en del av respektive stats rättstradition sedan länge.

Om man endast ser till marknadsföringsrätten, så får Italiens motsvarighet till vårt KV närmast anses utgöras av Autorità Garante. Båda organen är statliga förvaltningsmyndigheter behöriga att granska bl.a. marknadsföring. Båda kan även, förutom via anmälningar, välja att agera ex officio. En betydelsefull skillnad mellan de båda organen är dock att Autorità Garante förfogar över administrativa sanktioner samt att dess beslut är omedelbart exekutiva, vilket inte är fallet för KV/KO. Detta gör att Autorità Garante även har en funktion som närmast kan jämföras den hos en specialdomstol, exempelvis vår svenska MD. Den italienska myndighetens beslut om förbudsföreläggande kan kopplas ihop med en administrativ påföljd på upp till femhundra tusen euro – en avgift med uppenbara liknande drag med vår svenska marknadsstörningsavgift, som kan sträcka sig till upp till fem miljoner kronor. En skillnad utgörs emellertid av det faktum att den italienska myndighetens beslut kan överklagas (till allmän förvaltningsdomstol), vilket inte är fallet för MD:s beslut.

Det huvudsakliga ansvaret för översyn av efterlevnaden av RTL respektive TU, innehas av den svenska Granskningsnämnden för radio och TV och den italienska Autorità GC. Båda organen är statliga myndigheter som har rätt att agera ex officio. En viktig skillnad utgörs dock även här av det faktum att den italienska myndigheten förfogar över administrativa sanktioner, såsom exempelvis ekonomiska avgifter. Dessa kan användas vid fall av överträdelser av TU liksom vid överträdelser av myndighetens egna beslut. I extrema fall har Autorità GC även en möjlighet att återkalla programföretagets sändningstillstånd. Även vid överträdelse av den svenska RTL kan det fällda programföretaget komma att få betala en särskild avgift. Utdömandet av en sådan ligger emellertid inte inom Granskningsnämnden för radio och TV:s kompetens. Nämnden är istället i dylika fall hänvisad att ansöka hos länsrätten om utdömande av den särskilda avgiften.

5.5 Avslutande kommentar

Sammanfattningsvis kan konstateras att den del av den italienska och den svenska marknadsföringsrätten som har behandlats i denna uppsats, idag uppvisar påtagliga likheter vad gäller de nationella bestämmelsernas innehåll och struktur, detta mycket p.g.a. gemenskapsrätten. Det är främst direktivet om otillbörliga affärsmetoder som har inneburit denna riktning, då denna rättsakt syftar till en fullständig harmonisering för konsumentskyddet inom marknadsföringsrätten. Direktivet om vilseledande och jämförande reklam samt TV-direktivet (numera AV-direktivet) utgörs istället av minimidirektiv och tillåter därför nationella skillnader, något som t.ex. har tillåtit Sverige att behålla sitt förbud mot TV-reklam riktad till barn. Marknadsföringsrätten är ett område som innebär ständig förändring och flexibilitet, bl.a. p.g.a. utvecklandet av nya tekniska metoder för sändandet av reklam, men även med tanke på den utveckling av vad som av samhället anses som oetisk och oacceptabel marknadsföring.

EU:s medlemsstater har sedan länge en gemensam plattform vad gäller reglering av marknadsföring, som således förstärkts ytterligare på senare år. Tendensen pekar mot än mer harmonisering av de nationella bestämmelserna i framtiden. Emellertid tyder den senaste utvecklingen på att de nationella skillnaderna beträffande ländernas sanktionssystem samt egenåtgärdssystem även i fortsättningen kommer att kunna behålla sina särdrag. Vad gäller TV-reklam återstår ännu implementeringen av det nya AV-direktivet i den nationella italienska och svenska rätten. Emellertid är det fråga om (liksom var fallet för dess föregångare TV-direktivet) ett minimidirektiv, som således endast kan komma att innebära en minsta gemensam nämnare för medlemsstaternas lagstiftning. Om, och i så fall hur, den italienska och den svenska lagstiftningen för TV-reklam ytterligare kommer att närma sig varandra, i och med denna förestående implementering, återstår således för framtiden att utvisa.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Svenskt material

Prop. 2007/08:4	Annonstid i radio och TV
Prop. 2007/08:115	Ny marknadsföringslag
Prop. 1999/00:40	Obeställd reklam m.m
Prop. 1990/91:64	Om yttrandefrihetslag m.m.
Prop. 1995/96:160	Radio- och TV-lag
Prop. 1996/97:101	Vissa ändringar i annonsbestämmelserna
Prop. 1997/98:184	Ändringar i radio- och TV-lagen (1996:844), m.m.
SOU 2008:5	Könsdiskriminerande reklam

EG-rättsligt material

Kommissionens yttrande om Europaparlamentets ändringar till rådets gemensamma ståndpunkt om förslaget till ”direktivet om otillbörliga affärsmetoder”, Bryssel den 15.03.2005, KOM(2005) 96 slutlig, 2003/0134 COD

Tolkningsmeddelande från kommissionen om vissa aspekter på bestämmelserna om TV-reklam i direktivet ”Television utan gränser” (2004/C 102/02), Europeiska unionens officiella tidning, 28.4.2004

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden (direktiv om otillbörliga affärsmetoder)” (2004/C 108/17), Europeiska unionens officiella tidning, 30.4.2004

Övrigt tryck

Fusi, Maurizio & Testa, Paolina, *Diritto e pubblicità*, Milano, 2006
ICC Sweden, *ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation*, Bromma, 2007

Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, *Accogliendo l'invito al dialogo su "Etica nella pubblicità"*, *Il diritto industriale*, 8/1997, s. 710-712

Kallersand, Eva, *TV-reklam riktad till barn – regler och attityder*, Stockholm, 1998

Maria Andreani, Filippo, *Violenza, volgarità e indecenza nella giurisprudenza autodisciplinare*, *Il diritto industriale*, 3/2005, s. 311-319

Mezzetti, Luca, *Manuale breve: Diritto Costituzionale*, Milano, 2006

Rotelli, Stephanie & Mina, Elisabetta, *Le norme sulla pubblicità commerciale dal codice del consumo al T.U. sulla radiotelevisione*, *Il diritto industriale*, 4/2006, s. 367-374

Ruffolo, Ugo, *Commentario al codice dell'autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003

Sabuni, Nyamko, ”*Nej till lag mot reklam som könsdiskriminerar*”, *Dagens Industri*, 24/4-08

Svensson, Carl Anders, *Praktisk marknadsföringsetik*, Danmark, 2006

Internet

<http://www.etiskaradet.org/erk.html> (2009-01-07)

<http://www.iap.it/it/asso.htm> (2009-01-08)

<http://www.iap.it/it/news.htm> (2008-11-01)

<http://www.konsumentverket.se/mallar/sv/artikel.asp?lngCategoryId=1874&lngArticleId=5094> (2009-01-08)

<http://www.marknadsetiskaradet.org/> (2009-01-07)

<http://www.marknadsetiskaradet.org/valkommen-till-marknadsetiska-radet-mer/stadgar-for-marknadsetiska-radet-mer> (2009-01-07)

Rättsakter

EG-rätt

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam (kodifierad version)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/65/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG

Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997 om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG

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

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

Svensk rätt

Marknadsföringslag (2008:486)

Radio- och TV-lag (1996:844)

Tryckfrihetsförordning (1949:105)

Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

Italiensk rätt

Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, 46:a edizione, in vigore dall'8 novembre 2008

Codice di Autoregolamentazione TV e Minori (emanato 29/11/2002 dal Ministero per le telecomunicazioni)

Costituzione della Repubblica Italiana

Decreto Legislativo 2 Agosto 2007, n. 145, Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE

Decreto Legislativo 2 Agosto 2007, n. 146, Attuazione della direttiva 2005/29/CE

Decreto Legislativo 31 Luglio 2005, n. 177, Testo Unico della Radiotelevisione

Decreto Legislativo 6 Settembre 2005, n. 206, Codice del Consumo

Decreto Ministeriale 9 Dicembre 1993, n. 581, Regolamento in materia di sponsorizzazioni di programmi radiotelevisivi e offerte al pubblico

Decreto Ministeriale 30 Novembre 1991, n. 425, Regolamento concernente attuazione degli articoli 13, 15 e 16 della direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 3 ottobre 1989 (89/552/CEE)

Rättsfall

EG-domstolen, mål C-34/95, C-35/95 och C-36/95

Corte Cost. 231/1985

MD 1972:13

MD 1976:8

MD 2004:16