



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Susanne Månsson

Informationskravet vid marknadsföring via Internet

Examensarbete
20 poäng

Per Jonas Nordell

Marknadsrätt och IT-rätt

HT 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställning	5
1.2 Avgränsningar	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Disposition	7
2 MARKNADSFÖRING	8
2.1 Marknadsföring via Internet	9
2.1.1 E-post	10
2.1.2 Hemsidor	10
2.1.3 Reklam och säljfrämjande åtgärder online	11
3 INTERNATIONELL REGLERING	12
3.1 Internationella Handelskammaren - ICC	12
3.1.1 ICC:s Grundregler för reklam	13
3.1.1.1 ICC:s Grundregler och dess tillämpning i Sverige	13
3.1.2 ICC:s Internetregler	15
3.1.3 ICC:s Regler för direktmarknadsföring	17
3.1.4 Informationskravet i ICC:s reglering	18
3.1.4.1 Produktinformation	18
3.1.4.2 Information om avtalsvillkor	19
3.1.4.3 Reklamidentifiering och sändarangivelse	20
3.2 EU	21
3.3 De nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt	24
3.3.1 Marknadsföringsformer och -metoder	25
3.3.2 Informationsskyldigheten	27
4 SVENSK REGLERING	29
4.1 Marknadsföringslagen	29
4.1.1 Tillämplighet på marknadsföring via Internet	31
4.1.1.1 Internet som medium	32
4.1.1.2 Internationell marknadsföring	32

4.1.2	Marknadsföringsbegreppet	33
4.1.2.1	Marknadsföring och grundlagsskyddade rättigheter	35
4.1.3	4 § MFL	38
4.1.3.1	4 § 1 st MFL – tillbörlighetsklausulen	38
	<i>Tillbörlighetsklausulen och lagstridighetsprincipen</i>	38
4.1.3.2	4 § 2 st. MFL – informationsklausulen	40
4.1.4	Regelkatalogen	42
4.1.4.1	Reklamidentifiering och sändarangivelse	43
4.1.4.2	Övrig informationsplikt	44
4.1.5	Sanktioner	45
4.1.6	Ansvarsfördelningen	47
4.2	Speciallagstiftningen	49
4.2.1	Prisinformationslagen	50
4.2.2	Produktsäkerhetslagen	53
4.2.3	Distansavtalslagen	54
4.2.4	E-handelslagen	57
5	ANALYS	62
	BILAGA A	73
	LITTERATURFÖRTECKNING	79
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	82

Sammanfattning

Inom marknadsföringsrätten finns ett stort antal rättsregler som samspelar för att motverka otillbörlig marknadsföring. Marknadsföringsrätten är ett heterogent rättsområde och de rättsregler som aktualiseras utgör ett nätverk där marknadsföringslagen är den, i svenskt hänseende, centrala lagen. Marknadsföringslagen är uppbyggd kring generalklausuler och vissa preciseringar av otillbörliga marknadsföringsåtgärder i den så kallade regelkatalogen (5-13 §§ MFL). Eftersom det här lämnas ett stort utrymme för tolkning spelar kringliggande rättsregler en stor roll. Genom att Internet har fått en ökad roll som marknadsföringsverktyg har vikten av tolkning av befintliga regler ökat, eftersom frågan har varit om de reglerna även täcker marknadsföring via det nya mediet. Som huvudregel skall de rättsregler som gäller för ”traditionell” marknadsföring vara gällande även vid Internetmarknadsföring, men det finns dock vissa Internetspecifika normer som bör tillämpas tillsammans med de mer övergripande.

De regler som aktualiseras vid tolkning av vad som utgör otillbörlig marknadsföring via Internet är både av internationell och av nationell karaktär. På det internationella planet är Internationella Handelskammarens regler centrala, där Internetrelaterade marknadsföringsåtgärder finns reglerade i de särskilda Internetreglerna, dock med stöd i Handelskammarens Grundregler för reklam och Regler för direktmarknadsföring. Även EG-rättsliga regler och principer får utrymme vid bedömningen, liksom utomrättsliga rekommendationer, såsom de nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet. Samtliga rättsregler poängterar vikten av korrekt information, för att konsumenterna skall kunna ta välgrundade köpbeslut. Det stora antalet internationella regler är av vikt inte minst vid Internetrelaterad marknadsföring eftersom denna ofta väcker internationella frågor. Genom dessa övergripande och gemensamma regler ökar möjligheterna för att olika länders rättsordningar gör liknande bedömningar av marknadsföringen, vilket ökar harmoniseringen inom området.

ICC:s regler gäller dock främst som grund för tolkning enligt marknadsföringslagen, vilket innebär att dessa inte är rättsligt bindande utan snarare endast är uttryck för sedvänja. Detta gäller dock inte de EG-rättsliga regler som har implementerats i svensk rätt, eftersom de ju är del av svensk rätt. På nationell nivå finns även ett flertal andra rättsregler som reglerar marknadsföringen, men för informationskravet vid marknadsföring via Internet är det, förutom marknadsföringslagen, främst prisinformationslagen, distansavtalslagen och e-handelslagen som är intressanta eftersom dessa lagar har omfattande regler om vilken information som bör ges. Dock behandlar även produktsäkerhetslagen och lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden kraven på information vid marknadsföring, även om dessa inte är specifika för Internetmarknadsföringen. Dessa lagar kan bli direkt tillämpliga, eller

användas som grund för tolkning enligt marknadsföringslagens generalklausuler.

De rättsregler som idag gäller för marknadsföring anser jag är fullt tillräckliga för att även reglera informationskravet vid Internetmarknadsföring, speciellt med de förtydliganden som skett genom den EG-rättsliga lagstiftning som tillkommit genom distansavtalslagen och e-handelslagen. Genom att MFL är uppbyggd kring generalklausuler som tillåter ett stort tolkningsutrymme, anser jag att om än mer lagstiftning skulle komma inom Internetmarknadsföring skulle detta bara göra rättstillämpningen än mer invecklad och överskådlig.

Förord

När jag satt som ”små-jur” på ärtsoppekvällen då för drygt fyra och ett halvt år sedan så kunde jag aldrig ana att det skulle gå såhär fort, fyra och ett halvt år kändes som en evighet! Nu när jag väl sitter här på sluttampen och reflekterar över min tid i Juridicums korridorer finns det flera personer som jag skulle vilja rikta mina tack till för att de har hjälpt mig fram på vägen, och jag väljer att tacka dem alla utan att nämna några namn, de som känner att de är föremål för mina tack – ni vet vilka ni är. Tack!

Ett särskilt tack vill jag dock rikta till min handledare Per Jonas Nordell som var den som öppnade mina ögon för marknadsföringsrätten och som har hjälpt mig i mitt uppsatsskrivande.

Ett små-jur som blev jur.stud. sätter här punkten för det jag hoppas skall ta mig till en jur.kand. Trevlig läsning!

Förkortningar

A.a.	Anfört arbete
AvLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
Dir	Kommittédirektiv
DM	Direktmarknadsföring
Dnr	Diarienummer (vid JK: s beslut)
Ds	Departementsserie
EG	Europeiska Gemenskapen
ERK	Näringslivets Etiska Råd mot Könsdiskriminerande reklam
EU	Europeiska Unionen
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
Ibid.	Ibidem – på samma ställe
ICC	International Chamber of Commerce (Internationella handelskammaren)
JK	Justitiekanslern
KkredL	Konsumentkreditlag (1992:830)
KköpL	Konsumentköplag (1990:932)
KO	Konsumentombudsmannen
KOV	Konsumentverket
KOVFS	Konsumentverkets författningssamling
MER	Marknadsetiska rådet
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (1995:450)
PIL	Prisinformationslag (2004:347)
Prop.	Proposition till riksdagen
PSL	Produktsäkerhetslag (2004:451)
RF	Regeringsformen
SCB	Statistiska Centralbyrån
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
WWW	World Wide Web
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställning

1969 beslutade fyra amerikanska universitet att koppla ihop sina datorer via en värddator så att de kunde skicka meddelanden datorerna emellan. Detta, i dagens mått mätt, primitiva system kom att kallas för ARPANET och hade visserligen sina förebilder inom det amerikanska försvaret, men var det första stapplande steget i skapandet av ett civilt datornätverk.¹ Ingen kunde nog vid starten föreställa sig den revolution detta skulle medföra ett par decennier senare, utvecklingen gick från ARPANET till Internet och idag fungerar nätet som ett av våra främsta kommunikationsmedel. Antalet användare stiger för varje år som går, år 2004 var antalet användare i världen 813 miljoner, varav 6,72 miljoner i Sverige och tillväxthastigheten världen över mellan år 2000–2004 var hela 125,2 % (66,1 % i Sverige).²

Genom Internet har nya möjligheter öppnat sig, både för privatpersoner och för näringsidkare, men det har också medfört att en del rättsområden har fått behandla frågor som man tidigare inte stött på. Ett sådant område är marknadsrätten. Marknadsrätten är ett rättsområde som består av två olika delar, konkurrensrätten och marknadsföringsrätten. Den gemensamma faktorn är att båda rättsområden syftar till att tillskapa och vidmakthålla effektiva konkurrensförhållanden på den svenska marknaden.³ I denna framställning kommer jag dock att koncentrera mig på marknadsföringsrätten, vilket är ett område där flertalet frågeställningar har väckts genom Internets genomslag. Det framhålls ofta att genom Internet kan både näringsidkare och konsumenter vinna mycket i både tid och pengar, men samtidigt har röster höjts som varnat för det laglösa land som Internet skulle utgöra. Konsumenter har ansetts vara mer utsatta för marknadsföring när den kommer direkt in i hemmet och att de är mer beroende av den information som näringsidkaren lämnar, eftersom den skulle vara svårare att bedöma.⁴ Tillsammans med det faktum att nationella gränser inte existerar på det sätt som gäller för stora delar av traditionell marknadsföring, har medfört att man har undrat om lagstiftningen, som oftast är en nationell angelägenhet, har blivit uddlös i cyberspace. Marknadsföringsrätten är ett rättsområde som oftast regleras av strikta nationella regler för skydd för konsumenter och näringsidkare, men genom Internet kan man undgå många av dessa regler eftersom det skulle vara en omöjlighet att till exempel hindra svenska konsumenter från att gå in och läsa på Internetsidor från andra länder.

¹ Carlén-Wendels, *"Nätjuridik – lag och rätt på Internet"*, 2000, s. 33.

² www.internetworldstats.com.

³ Se Bernitz, *"Marknadsrätt – en komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer"*, 1969, i huvudsak kapitel 1.

⁴ Prop. 1999/2000:89 s. 13.

De frågor jag vill behandla i denna framställning är vilka regler som finns på området för informationskraven vid Internetmarknadsföring idag och om dessa är tillräckliga, eller om det krävs mer mediespecifik lagstiftning. Frågan är av intresse både i ett näringsidkar- och konsumentperspektiv eftersom ett klagande ökar förutsebarheten, vilket exempelvis har anförts som skäl vid upptagandet av den så kallade regelkatalogen i 1996 års marknadsföringslag.⁵

1.2 Avgränsningar

Inom marknadsföringsområdet aktualiseras flera rättsliga frågor som är av intresse för marknadsföringen på Internet. Det rör sig om allt från informationsplikten samt marknadsföring riktad till barn och unga till frågor rörande den personliga integriteten. Rättsområdet är i stort sett obegränsat, eftersom det finns få marknadsföringsåtgärder som endast är begränsade till andra medier än Internet. Jag har dock valt att ägna mig åt frågan om hur informationsplikten skall tillämpas, eftersom detta är ett centralt område inom marknadsföringsrätten.

Internetproblematiken aktualiserar även flertalet frågor av internationellt privaträttslig karaktär och det är inte min avsikt att ingående behandla dessa här. Jag berör dock ämnet kort i min framställning angående EG-rättsliga principer samt frågan huruvida marknadsföringslagen (1995:450) är tillämplig på Internet eller ej.

Jag har valt att inte heller ta upp processordning och liknande rent processrättsliga frågor, eftersom dessa inte skiljer sig från det som gäller vid traditionell marknadsföring utanför Internet. Däremot har jag valt att behandla sanktionssystemet inom marknadsföringsrätten. Det är av betydelse eftersom de skilda lagarna har olika rättsliga sanktioner att tillgå.

Jag har även valt att avgränsa mig till de rättsregler som direkt påverkar Sverige och kommer därmed inte att behandla andra länders lagstiftning i frågan, även om detta skulle kunna bli intressant om något annat lands lag anses vara tillämpligt.

⁵ Prop. 1994/95:123. s. 39.

1.3 Metod och material

Jag har använt mig av sedvanlig juridisk metod, vilket innebär att jag tillägnat mig kunskap genom studier av lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Även Internationella Handelskammarens regler och riktlinjer samt EG-rättsliga källor har använts i stor utsträckning i framställningen.

Inom området för marknadsföring via Internet finns en begränsad mängd rättsvetenskaplig forskning och juridisk litteratur. Denna brist har inneburit att det har varit svårt att få fram övrig information än den som kunnat tillgås genom lagförarbeten och knapphändig praxis. Jag har i framställningen igenom använt mig av den praxis som så långt möjligt har varit kopplad till Internet, men emellanåt har det även krävts praxis från det övriga marknadsföringsområdet.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel två med en kortare översikt över marknadsföring i allmänhet och marknadsföring via Internet i synnerhet. Jag anser det vara av vikt att läsaren är införstådd i vilken roll marknadsföringen spelar både för näringsidkare och konsumenter och varför just marknadsföring via Internet är av sådant intresse för båda grupper.

Dispositionen är sedan i det följande så att jag inleder med den internationella regleringen och går därifrån ”nedåt” och avslutar med de svenska speciallagarna. Kapitel tre behandlar därmed den internationella regleringen, med den Internationella Handelskammaren i kapitel 3.1, EU i kapitel 3.2 och De nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt i kapitel 3.3.

Kapitel fyra ägnas åt den svenska regleringen, där marknadsföringslagen har en central position och därför behandlas den först, i kapitel 4.1. I kapitel 4.2. tas relevant svensk speciallagstiftning upp, där jag valt att behandla prisinformationslagen, produktsäkerhetslagen, distansavtalslagen samt e-handelslagen eftersom det är de lagar som främst behandlar informationsplikten och, de två senare, med betoning på Internethandel.

Kapitel fem innehåller min analys där jag försöker besvara ovanstående frågeställning. Jag har även valt att, i bilaga A, bifoga Internationella Handelskammarens Internetregler som utgavs i oktober 2004 eftersom de ännu endast finns i engelsk version. Översättningarna som gjorts i texten är därför mina egna och om läsaren vill läsa originalet finns det bifogat.

2 Marknadsföring

I ekonomisk litteratur behandlas vanligtvis två ytterligheter när det gäller staters förhållande till marknaden; den rena marknadsekonomin och den rena planhushållningen. Båda situationerna är i praktiken fiktioner som bygger på, i många fall orealistiska, antaganden och detta har inneburit att det idag inte finns några stater i världen som tillämpar någon av dessa marknadsformer fullt ut, även om vissa stater är närmre den ena eller den andra situationen. De senaste decennierna har dock allt fler stater tenderat att gå mot det marknadsekonomiska synsättet och avreglerat sina marknader.⁶

De aktörer som agerar på marknaden, både näringsidkare och konsumenter, har i allt större utsträckning insett värdet i en väl fungerande marknadsföring. Näringsidkarna använder redskapet till allt från att få ut sitt budskap och locka till köp till att positionera sig i förhållande till andra näringsidkare. För konsumenterna bidrar marknadsföringen till att skapa ett värde kring produkten och de kan få värdefull information om vilka produkter som finns på marknaden och härigenom kan tiden för att själv leta sådan information inför ett köpbeslut förkortas avsevärt.⁷

Det är av vikt från den enskilde konsumentens synpunkt att han eller hon har tillgång till erforderlig information när ett väl övervägt val skall göras. I förarbetena till marknadsföringslagen kommenterades informations-skyldigheten med att den är grundläggande för en väl fungerande marknad.⁸ Likaså har MD i ett par fall använt en liknande motivering vid beslutandet om huruvida åläggande att lämna information skall lämnas eller ej. I MD 1981:4, *Electrolux*, konstaterade MD att genom information underlättas konsumenternas marknadsöverblick och köpval, vilket är i överensstämmelse med både konsumentpolitiska mål och grundläggande principer för marknadsekonomin. Om en näringsidkare då väljer att använda tivelaktiga metoder i sin marknadsföring kan detta innebära att kunderna väljer att basera sina köpbeslut på felaktiga grunder. Här fyller marknadsrätten en viktig funktion eftersom reglerna ger näringsidkarens motpart ett sätt att kontrollera dennes agerande. Marknadsrätt är i stora drag ett samlingsbegrepp för konkurrensrätt och marknadsföringsrätt, där den gemensamma nämnaren är ett mål att skapa och vidmakthålla effektiva konkurrensförhållanden på marknaden.⁹

⁶ Svensson, "Den svenska marknadsföringslagstiftningen", 2004, s. 9.

⁷ Armstrong och Kotler, "Marketing – an introduction", 2005, s. 160.

⁸ Prop. 1994/95:123 s. 43.

⁹ Se Bernitz, "Marknadsrätt – en komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer", 1969, i huvudsak kapitel 1.

2.1 Marknadsföring via Internet

Internet är uppbyggt som ett icke-toppstyrt nät mellan ett mycket stort antal datorer och det är i ständig utveckling. Mycket av Internets framgång beror på dess uppbyggnad kring Domännamns Systemet, där användaren kan identifiera olika Internetadresser genom bokstavskombinationer istället för sifferkoder. Likaså har w.w.w.-systemet varit grundläggande, då det har möjliggjort länkning mellan olika dokument inom nätet, inte bara inom ett dokument som tidigare var fallet. Internet består av en mängd dokument, samlade på hemsidor, även kallade webbplatser, som antingen åtkoms genom webbläsaren, där användaren skriver in webbadressen eller genom länkning från någon annan hemsida.¹⁰

Länkning innebär att man kan ”hoppa” från ett dokument till ett annat, genom ett klick på en hypertextlänk.¹¹ Det finns även djuplänkar som innebär att man kan ”hoppa” från en sida i ett dokument till en underliggande sida i ett annat dokument, alltså utan att gå via det sistnämnda dokumentets ingångssida. Denna typ av länkning aktualiserar en rad immaterialrättsliga frågor, eftersom det genom djuplänkning kan se ut som att det senare dokumentet tillhör det första, eftersom användaren inte behöver komma i kontakt med ingångssidan. Även marknadsrättsliga frågor kan aktualiseras vid länkning, såsom kommer att behandlas i kap 4.1.6, eftersom den som är ansvarig för marknadsföringen på den första hemsidan även skulle kunna bli ansvarig för innehållet på den hemsida som länkas till.

Genom tillkomsten av Internet som ett viktigt marknadsföringsverktyg har flera möjligheter öppnat sig, både för konsumenter och för näringsidkare. Några av de fördelar som kan nämnas med att marknadsföra sig via Internet är att vikten av det geografiska avståndet mellan företag och kund minskar och företag kan nå ut till kunder över hela världen. Kostnaderna för kontakt minskar också, i många fall kan man minska antalet mellanhänder och få kontakten direkt med kunderna istället. Tillgängligheten är också en viktig faktor som spelat stor roll exempelvis för Internethandeln, det går att gå in på Internet när som helst på dygnet och handla och därmed minskar beroendet av generösa öppettider och liknande service.¹²

Även för konsumenterna finns fördelar med att företagen marknadsför sig via Internet. Bland annat kan de tillgodogöra sig värdefull information i lugn och ro hemma, och genom Internet slipper konsumenten exempelvis tänka på begränsade öppettider och köer i vanliga affärer.¹³

Marknadsföring via Internet kan ske genom flera olika kanaler men tyngdpunkten kan ändå sägas ligga på de följande.

¹⁰ Carlén-Wendels, ”Nätjuridik – lag och rätt på Internet”, 2000, s. 34 f.

¹¹ Visas ofta understruket och i avvikande färg – såsom www.internetworldstats.com.

¹² Armstrong och Kotler, ”Marketing – an introduction”, 2005, s. 480 ff.

¹³ A.a. s. 486.

2.1.1 E-post

Det blir allt mer vanligt med marknadsföring direkt till konsumentens e-postlåda, vilket gör att näringsidkarna snabbt kan rikta sig till en stor mängd potentiella kunder samtidigt som erbjudanden och liknande kan vara personligt utformade. Kostnaden är också förhållandevis låg, eftersom det spelar mindre roll huruvida meddelandet skickas till en eller flera konsumenter, kostnaden är i stort densamma. Denna sorts direktmarknadsföring ger förhållandevis hög respons och en uppskattning är att ca 10–15 % av konsumenterna svarar på marknadsföring via e-post, till skillnad från 0,5–2 % vid traditionell direktmarknadsföring, exempelvis genom brev.¹⁴

Problemet med marknadsföring via e-post är att det har medfört problem såsom så kallad spam eller junkmail, det vill säga ovälkommen e-post som ofta kommer i avsevärda mängder och tar upp stort utrymme i e-postlådan.¹⁵ Detta beteende har varit föremål både för diskussioner inom marknads självreglerande organ och för lagstiftning, något som kommer tas upp kort senare i framställningen.

2.1.2 Hemsidor

Det är idag mycket vanligt att företag, och privatpersoner också i viss utsträckning, skapar sina egna hemsidor dit den intresserade kan vända sig för information. En hemsida är inte, som det låter, endast en enda sida utan består ofta av flera sidor som är sammanbundna genom länkar. Här kan finnas allt ifrån information om företaget, till kontaktuppgifter och erbjudanden. Det är viktigt för företaget att försöka få så många personer som möjligt att besöka deras hemsida och då gärna stanna kvar ett tag och även i framtiden komma tillbaka.¹⁶

Det finns olika typer av hemsidor, vanligast är dock den grundläggande ”bolags-hemsidan”, där företaget presenterar sig och ger information, eller tillhandahåller andra tjänster, som kan stödja övriga marknadsföringskanaler, men där företaget inte säljer sina produkter direkt.¹⁷ Ett sådant exempel är arla.se där man inte kan köpa Arlas produkter men exempelvis kan leta efter recept, ställa frågor till personer inom företaget eller skaffa sig information om Arlas produkter. Genom detta skapas en god konsumentkontakt och därmed ett högt kundvärde, samtidigt som kunderna automatiskt blir föremål för den marknadsföring som finns på hemsidan.

¹⁴ Armstrong och Kotler, *”Marketing – an introduction”*, 2005, s. 506.

¹⁵ Carlén-Wendels, *”Nätjuridik – lag och rätt på Internet”*, 2000, s. 29f.

¹⁶ Armstrong och Kotler, *”Marketing – an introduction”*, 2005, s. 496.

¹⁷ Ibid.

En annan sort av hemsida är ”marknadsförings-hemsidan”. På dessa hemsidor är syftet att konsumenten tydligare skall närma sig ett köp av företagets produkter. Exempel på detta är hemsidor där man kan beställa produkten direkt, gå igenom företagets kataloger, få kuponger etc. Typexempel på en sådan hemsida är SonysStyle.com hemsida, där Sony (som även har en ”vanlig” bolags-hemsida på Sony.com) erbjuder försäljning av sina produkter direkt över nätet.¹⁸ Det rekommenderas dock i viss litteratur att företaget inte skall separera marknadsföringen via hemsidan helt ifrån övrig marknadsföring, utan det bör utformas enhetligt. Detta innebär bland annat att även om hemsidan inte går med vinst så bör man se den som en del i övrig marknadsföring och då kan den vara nödvändig.¹⁹

Det kan vara en mycket god idé att ha en hemsida där konsumenterna själva kan gå in och läsa om företaget och ta del av dess erbjudanden, men det är viktigt att företaget här följer de regler som bland annat gäller för information vid marknadsföring.

2.1.3 Reklam och säljfrämjande åtgärder online

Banners är det engelska ordet för banderoll och fungerar som Internets reklampelare. Ett företag kan genom banners bland annat köpa reklamplats på andras webbsidor och genom ett enkelt musklick kan Internetanvändaren via företagets banner förflytta sig till dess webbsida istället. En annan vanligt förekommande marknadsföringsåtgärd är pop-ups, det vill säga annonser som dyker upp snabbt på skärmen när man byter Internetsida, skyskrapor och sponsring. Samtliga marknadsföringsåtgärder av detta slag kan innehålla mycket grafik och ljud och kan ibland upplevas som störande för konsumenten och det är viktigt att de fungerar som en intresseväckare snarare än ett störningsmoment.²⁰ Detta har exempelvis de nordiska konsumentombudsmännen tagit fasta på i sin gemensamma ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet där de konstaterar att reklam inte skall vara otillbörligt påträngande, vilket innebär att den direkt påverkar pågående arbete på konsumenternas datorer.²¹

¹⁸ Armstrong och Kotler, ”Marketing –an introduction”, 2005, s. 496f.

¹⁹ Hedman och Pappinen, ”Affärer och marknadsföring på Internet”, 1999, s. 59

²⁰ A.a. s. 58.

²¹ Se mer i kapitel 3.3.

3 Internationell reglering

3.1 Internationella Handelskammaren - ICC

Internationella Handelskammaren (ICC - International Chamber of Commerce) grundades 1919 och har, nu som då, sitt huvudkontor i Paris. ICC är en Non Governmental Organisation, vilket innebär att de inte är bundna till ett specifikt land utan agerar på, i stora delar, hela världsmarknaden. ICC representerar företag från hela världen och är inte heller bunden av en viss bransch. Tusentals företag är idag medlemmar och dessa finns i runt 130 olika länder. Sedan 1946 har ICC högsta konsultativa status hos FN, vilket ger dem möjlighet att se till att den internationella handelns åsikter ges tillräcklig vikt inom FN systemet.²²

ICC har som huvudsyften att

- Främja ekonomisk frihet, fri handel och fri konkurrens.
- Verka för harmonisering och förenkling av regler och rutiner i internationell handel.
- Självregering genom uppförandekoder som sätter etiska standarder.
- Lösa kommersiella tvister genom medling och skiljedom.²³

ICC har kompetens inom en rad områden inom den internationella handeln, där exempelvis utarbetandet av Incoterms²⁴ är väl känt. ICC har inom marknadsrätten även en stor roll som utarbetare av kodifieringar av den etiska standard som bör följas vid utformningen av marknadsföringen. Dessa koder är endast rekommendationer och fyller främst funktionen som handledning i näringslivets egenåtgärder, men tanken är även att de skall fungera som en rättskälla för domstolar vid deras bedömningar inom ramen för tillämplig lagstiftning.²⁵ Detta är fallet i exempelvis Sverige där MD vid flertalet tillfällen har hänvisat till dessa kodifieringar vid sin rättstillämpning. Som ett par exempel kan nämnas MD 2002:13, *AMF Pension*, där domstolen hänvisade till artikel 12 i ICC:s Grundregler för reklam, angående reklamidentifiering, samt MD 2003:32, *Axet*, där domstolen använde artikel 15 i Grundreglerna för att styrka att en garanti får användas i reklam endast om denna ger konsumenten en rättslig förmån utöver vad som följer av lag.

²² www.iccwbo.org.

²³ www.icc.se.

²⁴ Incoterms är en benämning på ICC:s transportklausuler. Genom tillämpandet av Incoterms kan risken för att parterna lägger olika innebörd i olika villkor etc. minimeras, exempelvis vid ingående av avtal. www.iccwbo.org.

²⁵ ICC:s Grundregler för reklam, Introduktionen. Jfr 1 § 2st AvtL, där det stadgas om vikten av handelsbruk och sedvänja och 1 § MFL.

Den mest kända av dessa kodifieringar är just Grundregler för reklam och säljfrämjande åtgärder, vilken även fungerar som grund för de övriga ICC-koder som arbetats fram. I förarbetena till den första MFL från 1970 kommenterades existensen av dessa självreglerande regler såsom bra på så sätt att vid brister i lagstiftning och övervakning från det allmänna har denna, ”självsanerande verksamhet i näringslivets egen regi”, kunnat fungera som hjälp.²⁶ Även om departementschefen inte ansåg det vara korrekt att det utomrättsliga normsystemet skulle ligga före lagstiftningen så kunde inte de positiva effekterna av självregleringen bortses från och sedan dess ligger bland annat ICC:s regler som utgångspunkt för den fortsatta rättsbildningen.²⁷

Andra ICC-koder som används inom diverse marknadsföringsområden är exempelvis Regler för marknadsföring på Internet och Regler för Direktmarknadsföring. Dessa bygger dock i allt väsentligt på Grundreglerna och fungerar som en precisering till vissa specifika marknadsföringsområden.

3.1.1 ICC:s Grundregler för reklam

Grundreglerna publicerades första gången år 1937 och har sedan dess reviderats 7 gånger, den senaste gången år 1997. Dessa skall utgöra ett uttryck för näringslivets sociala ansvarstagande i fråga om marknadskommunikation och visar på att det finns ett engagemang från näringslivets sida.²⁸

Grundreglerna tillämpas på all reklam som är ägnad att främja avsättningen av eller tillgången till varor, tjänster eller andra nyttigheter. Dessutom gäller den etiska standard som upprätthålls i Grundreglerna samtliga aktörer som verkar inom reklamen.²⁹ Inte heller valet av medium skall spela någon roll. Grundreglerna är tillämpliga i alla media. Av vikt är dock att notera att det inte är givet att en reklamframställning som kan accepteras i ett medium även är godtagbart i ett annat, vilket får till följd att frågan huruvida framställningen är ägnad att påverka konsumenten måste bedömas med beaktande av vilket medium som använts.³⁰

3.1.1.1 ICC:s Grundregler och dess tillämpning i Sverige

Grundreglernas artikel 1 har spelat en stor roll i Sverige vid tolkningen av MFL 4 §, nedan nämnd tillbörlighetsklausulen. I den svenska regeln stadgas att marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och vid tolkningen av detta begrepp används definitionen i 3 § MFL. Enligt

²⁶ Prop. 1970:57 s. 58 f.

²⁷ Jonsson, ”Marknadsrätten, särskilt regleringen av reklam”, SvJT 2001 s. 295 f.

²⁸ Introduktionen - ICC Grundregler för reklam.

²⁹ Tillämpningsområde - ICC Grundregler för reklam.

³⁰ Tolkning - ICC Grundregler för reklam.

denna bestämmelse är god marknadsföringssed detsamma som ”god affärssed eller andra vedertagna normer” som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter. I detta åsyftas bland annat ICC: s Grundregler för reklam och utformningen av tillbörlighetsklausulen i MFL 4 § stämmer väl överens med artikel 1 i Grundreglerna.³¹

Grundreglernas materiella regler motsvaras i stort av den reglering som MFL erbjuder, även om vissa artiklar inte uttryckligen fått en motsvarighet i den svenska lagen. Ett sådant exempel är Grundreglernas artikel 4.2 som stadgar att reklam inte utan vägande skäl får spela på rädsla eller fruktan. Någon liknande formulering finns inte i MFL men kan ändå läsas in som en del i tillbörlighetsrekvisitet i MFL 4 §. Detta gjorde domstolen i MD 1995:1, *Sjuka hus*, där de konstaterade att ”marknadsföringslagen får anses innebära att reklam inte får - såsom det uttrycks i Internationella handelskammarens Grundregler för reklam – utan vägande skäl spela på rädsla eller fruktan. Samma formulering användes av domstolen i MD 2000: 8, *Bodion*, där KO menade att företaget Bodion vid marknadsföring av ett så kallat milleniepaket, med ”nödvändigheter” för att klara den kommande övergången till 2000-talet, spelade på allmänhetens rädsla och obehag inför millenieskiftet. I det senare fallet ansåg MD att bestämmelsen var tillämplig och att marknadsföringen stred mot god marknadsföringssed, men i det förstnämnda fallet lämnades KO: s talan utan bifall. Även i fallet MD 2001:17, *Wasa*, ansåg MD att ett företag, Wasa Liv Försäkring AB, vid marknadsföring av pensionsförsäkringar, utan vägande skäl hade anspelat på rädsla och fruktan för en otillräcklig pensionsförsörjning. MD menade att det vid bedömningen inte spelade någon roll att pensionsfrågor i allmänhet framkallar oro och farhågor hos många människor. Marknadsföringen var ändå att anse såsom otillbörlig.

Näringslivet har också genom andra kanaler försökt att tillgodogöra behovet av reglering även på de områden i Grundreglerna som inte uttryckligen tas upp i den svenska lagstiftningen. Sådana självreglerande kanaler är i Sverige Marknadsetiska Rådet (MER) och Näringslivets Etiska Råd mot Könsdiskriminerande reklam (ERK).³² MER, inrättat av just ICC och Näringslivets Delegation för marknadsrätt³³, har till uppgift att uttala sig om vad som bör tolkas som god affärssed, med grund i ICC: s olika koder. MER har inga egentliga sanktionsmedel, men eftersom rådets uttalanden är offentliga kan en publicering av ett negativt beslut fungera som en påtryckande faktor för företagen att följa ICC: s regler.³⁴ Så sent som den 16 november 2004 uttalade sig MER angående frågan om en broschyr som

³¹ Nordell, ”Marknadsrätten – en introduktion”, 2004, s. 47 f.

³² A.a. s. 92.

³³ En svensk ideell förening som består av representanter från näringslivsorganisationer, med ändamål att företräda näringslivets intressen i marknadsrättsliga och konsumentpolitiska frågor.

³⁴ www.marknadsetiskaradet.org

KO ansåg onödigt och oansvarigt spelade på folks oro och rädsla, i strid mot den ovan nämnda artikel 4.2 i Grundreglerna.³⁵

ERK inrättades år 1988 som ett försök att motverka könsdiskriminering i reklam. Eftersom könsdiskriminerande reklam handlar om åsikter, värderingar och attityder i samhället, vilka är grundlagsskyddade, hade regler mot könsdiskriminering inte kunnat införas exempelvis i MFL utan en grundlagsändring. Därmed finns inga regler mot könsdiskriminerande reklam uttryckta i den svenska regleringen, vilket dock finns i Grundreglernas artikel 4.1. Här kan dock ERK agera genom att fälla yttranden om huruvida en reklam är könsdiskriminerande eller ej. Dessa yttranden baseras på ICC:s koder och kan sedan exempelvis publiceras i pressen. Uppmärksamheten kring den fällda reklamen fungerar då i avskräckande syfte.³⁶

ICC:s Grundregler utgör även basen för de andra kodifieringarna som ICC arbetat fram, däribland de så kallade Internetreglerna och DM-reglerna. Båda kodifieringarna reglerar informationsskyldigheten, med specificeringar inom vissa områden.

3.1.2 ICC:s Internetregler

ICC:s Internetregler bygger på ICC:s Grundregler och kom första gången år 1996. Redan två år senare, 1998 kom en reviderad upplaga av reglerna och denna version var aktuell fram till oktober 2004, då en tredje upplaga presenterades.³⁷ I 1998 års upplaga av Internetreglerna konstateras att Internets tillväxt har många fördelar för konsumenterna, bland annat genom att mediet kan öka dialogen mellan företag och konsument så att exakta uttryck kan ges för önskemål och behov. ICC konstaterar också att precis som att marknadsföringen idag i flera fall är den största inkomstkällan för traditionella medier, kommer inkomsterna från marknadsföring på Internet vara grundläggande för utvecklingen av detta nya medium. Genom dessa inkomster kommer företagen att kunna erbjuda allt fler konsumenter fler och mer prisvärda produkter och tjänster via Internet. De aktörer som tidigare gått i täten för att utveckla marknadsföringen inom de traditionella medierna bidrar idag därför till stor del till att utveckla marknadsföringen på Internet. Det är av vikt att även dessa marknadsföringsåtgärder blir föremål

³⁵ MER:s uttalande 18/04 – Dnr 20/2004, *Nordic Defense Production*, angående marknadsföring av en broschyr riktad till föräldrar till tonårsflickor, där företaget använde sig av kommentarer i stil med ”din dotter är i riskzonen” och ”det område där ni bor har drabbats av grova överfall”. Företagets produkt var en ”försvarssprej” som enligt dem skulle ge flickorna en chans att klara sig undan. KO ansåg det ej vara motiverat att marknadsföra en produkt med så starka och oroande argument och MER delade KO:s uppfattning.

³⁶ www.etiskaradet.org.

³⁷ 2004 års upplaga finns ännu endast som engelsk version och den svenska översättningen förväntas inte komma innan detta arbete har avslutats (våren 2005). De översättningar som görs är därför dels mina egna och dels, i den mån uttrycken överensstämmer, direkt tagna ur 1998 års upplaga. Se bilaga A för originalversion på engelska.

för marknadens självreglering genom ICC och det stadgas både i 1998 och 2004 års upplaga att all reklam och marknadsföring på Internet skall följa såväl anda som bokstav i de principer som slagits fast i ICC: s andra kodifieringar.³⁸

Marknadsföring på Internet skall vara laglig, tillbörlig, hederlig och vederhäftig. Den skall även präglas av en känsla av socialt ansvarstagande och skall vara förenliga med vad som inom näringslivet allmänt uppfattas som god marknadsföringssed (artikel 15). Att reklam skall vara laglig är ett uttryck för lagstridighetsprincipen, men vad som menas med ”laglig” definieras inte närmre. I 1998 års upplaga fanns en definition av ”laglig”, vilket baserades på den så kallade ursprungslandsprincipen, vilket innebar att reklam och marknadsföring skulle vara i överensstämmelse med rättsreglerna i ursprungslandet (artikel 1). ICC konstaterade dock redan i den efterföljande meningen att koderna och riktlinjerna alltid är underställda nationell lag, vilket gör att definitionen kan ses snarare som en rekommendation eller önskan från ICC:s håll. I Sverige exempelvis har MD konstaterat, i motsats till rekommendationen i den tidigare versionen av Internetreglerna, att huruvida marknadsföringen skall anses laglig skall bedömas enligt svensk lag då marknadsföringen riktar sig till den svenska marknaden. Vid tillämpningen av vissa speciallagar kan dock undantag bli aktuella, såsom e-handelslagen.³⁹

Svenska ICC, en av ICC: s 81 nationalkommittéer, har i sitt förord till 1998 års Internetregler valt att kommentera definitionen av ”laglig” som återfanns i artikel 1 med att den ansågs nödvändig vid marknadskommunikation på world wide web, eftersom den är annorlunda till sin natur jämfört med andra kanaler då meddelande inte skickas till specifik mottagare utan hämtas av användaren. Att ICC valde principen om att ursprungslandets regler skall vara grunden för bedömningen om marknadsföringsåtgärden är laglig eller ej berodde på att denna princip ansågs vara den enda rimliga för att uppnå förutsebarhet för annonsörer.

I 2004 års upplaga finns dock inte någon motsvarande definition, men frågan berörs kort i artikel 17 där visserligen ursprungslandsprincipen ställs upp som huvudregel, men med reservationer. Den första reservationen är att man ibland, där det är tillåtet, kan tillämpa lagarna i det land som valts av marknadsföraren och den andra reservationen innebär att marknadsförare uppmanas att känna till de lagar och förordningar som finns i det land dit marknadsföringen riktar sig, eftersom lagarna mellan länder kan skilja sig åt.

Genom Internetreglerna har ICC valt att precisera regler kring sändarangivelse, kostnader och ansvar vid elektronisk försäljning och marknadsföring, respekt för offentliga grupper, användarskydd, reklam till barn och hänsyn inför en global publik. I denna uppsats ligger dock fokus på

³⁸ 1998 års Internetregler, artikel 1 samt 2004 års Internetregler, artikel 10 – 11 och 13.

³⁹ Se nedan kapitel 4.2.4.

reglerna om information och därmed kommer Internetreglernas artikel 18 om sändarangivelse, artikel 19 om reklamidentifiering och artikel 20–24 om kostnadsinformation att behandlas mer ingående nedan i kapitel 3.1.4.

3.1.3 ICC:s Regler för direktmarknadsföring

Direktmarknadsföringsreglerna (DM-reglerna) kom för första gången år 1991, men den idag gällande editionen kom år 1998, med tillägg år 2001. Direktmarknadsföring innebär att näringsidkaren - till skillnad mot vid masskommunikation - söker en direkt kontakt med konsumenten, exempelvis genom adresserade försändelser, både via e-post eller genom vanlig post eller per telefon.⁴⁰ ICC:s regler för direktmarknadsföring är inte bundna till något särskilt medium, utan är även tillämpliga vid direktmarknadsföring via Internet.⁴¹ Direktmarknadsföring via Internet kan bland annat ske genom e-post och även om detta kan gå under Internetreglerna så har ICC valt att reglera denna form av marknadsföring separat.

Informationskraven i DM-reglerna skiljer sig inte avsevärt ifrån de i Internetreglerna och i Grundreglerna. Det stadgas i artikel 1 att direktmarknadsföring skall vara laglig, hederlig och vederhäftig och i artikel 2 poängteras att DM-aktiviteten skall vara ärlig mot konsumenterna. Detta innebär ett krav på att varje omständighet som är ägnad att påverka konsumentens beslut skall kommuniceras på sådant sätt och vid sådan tidpunkt att denne kan beakta informationen innan ett erbjudande accepteras eller annat åtagande görs.

Även andra krav på information motsvaras av liknande formuleringar i de övriga ICC-reglerna. Exempelvis finns i artikel 6 krav på att marknadsföringen icke skall vara vilseledande, vilket bland annat innebar ett krav på reklamidentifiering i punkt 1, samt krav på sändarangivelse i artikel 12. Dessa krav motsvaras i stort av Internetreglernas artikel 18–19.

Det finns dock vissa regler som inte motsvaras av liknande informationskrav i de två andra ICC-regelverken. Exempelvis klargörs i artikel 5 att användandet av otydlig och liten text inte får användas och när det är lämpligt skall en kort sammanfattning av de väsentliga punkterna i erbjudandet anges tydligt i reklamaterialet.

I DM-reglerna poängterar ICC även vikten av att det finns ett system där konsumenterna vid direktmarknadsföring kan välja bort sådan. Exempel kan vara det så kallade NIX-registret som finns i Sverige, vilket innebär att privatpersoner kan spärra sitt telefonnummer mot samtal för försäljning, marknadsföring eller insamling.⁴² Något liknande system finns inte för

⁴⁰ Armstrong och Kotler, "Marketing – an introduction", 2005, s. 459 f.

⁴¹ "Definitionerna", ingressen till ICC: s regler för direktmarknadsföring.

⁴² www.nix.nu.

direktmarknadsföring via Internet, men sedan år 2004 finns i 13 b-d §§ MFL en princip om att reklam via e-post eller andra liknande automatiska system för individuell kommunikation, som inte betjänas av någon enskild, endast får användas om den fysiska personen har samtyckt till det på förhand (så kallad opt-in). Om näringsidkaren har fått uppgifterna genom försäljning av en produkt till personen gäller istället en så kallad opt-out-princip där direktmarknadsföringen är tillåten så länge inte den fysiska personen har motsatt sig det. Dessa regler är dock inte av något större intresse ur ett informationshänseende, varför jag inte kommer att behandla dessa mer ingående i denna framställning.

I Sverige är DM-nämnden det organ som följer direktmarknadsföringens utveckling och påtalar oacceptabla marknadsföringsformer och bidrar till normbildning för framtida marknadsåtgärder. DM-nämnden är ett självständigt organ som prövar ärenden som rör tillämpning av god marknadsetik. Nämnden avgör även yttranden, håller överläggningar med myndigheter och lämnar information i frågor som rör direktmarknadsföring.⁴³ DM-nämnden uttalar sig även i specifika ärenden, såsom i uttalandet 2003-10-31, Dnr 374/2003, där nämnden bedömde huruvida en direktmarknadsföringsåtgärd genom e-post var förenlig med kraven på reklamidentifiering enligt Grundreglerna artikel 12 och 5 § MFL.

3.1.4 Informationskravet i ICC:s reglering

Såsom nämnts ovan, har ICC, även när Grundreglerna till sin helhet är tillämpliga på Internet, valt att specificera vissa krav i sina Internetregler och DM-regler. Informationskraven är inga undantag. Här finns preciseringar i de bägge specialregleringarna och tillsammans med motsvarande regler i Grundreglerna uppstår en i många avseende heltäckande reglering av vilka informationskrav som ställs på företagen vid marknadsföring på Internet.

3.1.4.1 Produktinformation

Reglerna om produktinformation har inte getts någon större plats i ICC:s regler. Det är främst i artikel 5.1.a. i Grundreglerna och artikel 6 i DM-reglerna som det stadgas att reklam inte får vilseleda konsumenten och då särskilt inte i fråga om produktens egenskaper, som dess beskaffenhet, sammansättning, mängd, tillverkningsätt och produktionstidpunkt, dess användbarhet, prestanda, effekter och miljöpåverkan. Att produktinformationen behandlats endast i korthet betyder dock inte att dess roll är underordnad andra regler och i exempelvis Sverige har skyldigheten att informera om produktens egenskaper och liknande tagits upp både i MFL och i olika speciallagar, exempelvis PSL och lag (1992:1672) om paketresor.

⁴³ www.dm-namnden.org.

I Internetreglerna har inte kravet på produktinformation preciserats något, men genom artikel 10 blir Grundreglernas artiklar tillämplig även vid övrig marknadsföring via Internet.

3.1.4.2 Information om avtalsvillkor

Regler om vilken information angående aktuella avtalsvillkor som skall lämnas vid köp av produkter eller tjänster finns i samtliga aktuella ICC-regler. Det är av vikt att konsumenterna är väl informerade om vad ett avtal kommer att innebära för deras del innan det ingås och detta gäller självfallet även vid avtalsbildning via Internet.

I Grundreglerna tas kravet på tydlig avtalsinformation upp, i artikel 5.1.b–d. Här behandlas krav på tydlighet angående produktens värde och det totala pris som skall betalas, leveranssätt, bytes- och returrätt, reparation, underhåll samt garantivillkor.

I Internetreglerna ligger koncentrationen på kostnadsinformation och tas upp i artikel 20–24. Här stadgas bland annat att marknadsföraren tydligt måste informera användare om kostnaden för att få tillgång till ett meddelande eller tjänst så snart kostnaden för dessa överstiger den normala teletaxan. Kostnaden skall anges i kostnad per minut eller per uppkoppling och skall uppges i allt material som tillhandahålls innan tjänsten och även strax innan tillgången till tjänsten blir aktuell (artikel 22). I artikel 21 regleras även tidpunkten för när information skall lämnas. Detta skall ske då användaren är på väg att ta del av meddelandet eller tjänsten, alltså inte nödvändigtvis innan användaren kopplar upp sig mot tjänsten, men åtminstone innan näringsidkaren tar betalt för användandet. Innan debitering påbörjas, skall användaren få en rimlig tidsfrist att koppla ifrån tjänsten och när det är möjligt, skall dessutom marknadsföraren lämna en bekräftelse på att denne accepterar, eller inte accepterar, kundens order.

I DM-reglerna regleras denna form av informationskrav i olika delar, där många samstämmer med regler i de övriga ICC-reglerna. Dock finns här, i artikel 10.1, även ingående regler om att när ångerrätt finns skall näringsidkaren informera om att denna rätt finns och om hur man får mer information om den samt om hur man utövar denna rätt. Även andra krav på klargörande av avtalsvillkor finns i artikel 10.2 artikel 11 samt i artikel 19–21 angående kravet på klargörande av pris och kommunikationskostnader.

Det bör observeras att det inte är avtalsvilkorens oskälighet i sig som regleras här, utan användandet av vilseledande avtalsvillkor, eller underlåtenhet att utelämna viktig information angående dessa. Detta går att utläsa av första meningen artikel 5 i Grundreglerna och artikel 6.1 i DM-reglerna där det stadgas att artikeln gäller framställningar i ord eller bild som är ägnad att *vilseleda* konsumenten vid reklam. ICC anger därmed inte vilken typ av avtalsvillkor som skulle kunna anses otillbörliga och vilseledande utan detta överlämnas åt varje lands lagstiftning och praxis.

Här spelar det stor roll huruvida landet tillämpar ursprungslandsprincipen eller effektlandsprincipen. Vid tillämpning av ursprungslandets lagstiftning skulle det innebära att avtalsvillkor mellan exempelvis en tysk näringsidkare, som utför sin marknadsföring från Tyskland, och en svensk konsument, som gjort ett köp från den tyska näringsidkarens svenska hemsida och med information i svenska kronor, skall bedömas enligt Tysklands avtalsvillkorsregler. Om effektlandsprincipen är gällande så hade troligtvis svenska avtalsvillkorsregler blivit gällande istället.

3.1.4.3 Reklamidentifiering och sändarangivelse

Det anses vara av stor vikt att konsumenter alltid vet huruvida det är en marknadsföringsåtgärd som ligger bakom de påtryckningar de "utsätts" för, så att de har möjlighet att välja bort att emotta informationen. Regler för sändarangivelse och reklamidentifiering är sådant som skall motverka att konsumenterna blir vilseledda på grund av brist på sådan information.⁴⁴

I Grundreglerna stadgas i artikel 5.1.a, liksom i artikel 6.1 i DM-reglerna, att reklam inte får innehålla en framställning i ord eller i bild som är ägnad att vilseleda konsumenten ifråga om produktens kommersiella ursprung, vilket innebär att ICC ställer upp ett krav på reklamidentifiering. Detta innebär att så fort en framställning har ett kommersiellt syfte så skall detta framgå, det skall inte råda någon tvekan om huruvida detta är fallet eller ej. Detta preciseras även i Grundreglernas artikel 12, där det stadgas att oavsett medium och utformning skall reklam vara lätt att identifiera som sådan. Används ett medium som i övrigt innehåller nyheter eller annat redaktionellt material, skall reklamen presenteras så att dess karaktär omedelbart framgår. En motsvarande formulering finns i Internetreglernas artikel 19, där ICC valt att även kommentera problematiken kring att rubriker på Internet ibland kan verka som exempelvis nyhetsrubriker, medan syftet egentligen är att locka användare att läsa den fortsatta texten, som har ett rent kommersiellt syfte. Även själva kontexten som marknadsföringsåtgärden presenteras i skall visa på att det är ett kommersiellt syfte som ligger bakom. Om reklam presenteras exempelvis på en tidnings Internetupplaga, skall det framgå tydligt att det inte är en del av det redaktionella materialet.

Kravet på sändarangivelse tas upp i Internetreglerna, artikel 18, och i DM-reglernas artikel 12, men någon motsvarande reglering i Grundreglerna finns inte. Sändarangivelse innebär att den som ligger bakom marknadsföringen måste ange vilket företag det är som ligger bakom marknadsföringen och dessutom i reklamen uppge fullgoda kontaktuppgifter så att konsumenterna har möjlighet att kontakta näringsidkaren utan problem om behov skulle uppstå.

⁴⁴ Se mer ingående diskussion nedan i kapitel 4.1.4.1

3.2 EU

Den fria gemensamma marknaden är en av EU:s mest grundläggande idéer, där fri rörlighet av kapital, varor, människor och tjänster utgör grundbulten. Vid marknadsföring över landsgränserna kan dessa grundläggande friheter komma att aktualiseras, exempelvis då nationella regler hindrar marknadsföring av viss art. Huruvida dessa åtgärder från staternas sida anses strida mot EU:s fria marknad blir en bedömningsfråga där huvudregeln är att nationell lagstiftning är underställd EG-rätten.⁴⁵

Enligt den grundläggande EG-rättsliga principen om fri rörlighet för varor och tjänster får ett medlemsland som huvudregel inte använda sin egen lagstiftning för att hindra marknadsföring från andra medlemsländer, om den är laglig där.⁴⁶ Detta ger upphov till särskilda frågeställningar i förhållande till marknadsföring via Internet, eftersom frågan är om det är ursprungslandets princip eller effektlandets princip som skall tillämpas. I Sverige har frågan behandlats bland annat i förarbetena till 1970 års marknadsföringslag, där lagstiftaren angav att det som är avgörande för om den dåvarande marknadsföringslagens generalklausul skall tillämpas på en viss åtgärd bör vara om åtgärden är inriktad på en svensk publik.⁴⁷ Detta uttalande var dock självklart inte gjort i förhållande till Internetmarknadsföring men även MD har i flertalet fall gått på samma linje och konstaterar att MFL skall vara tillämplig så länge marknadsföringen riktar sig till den svenska marknaden (för mer ingående diskussion se kapitel 4.1.1.2.). Den svenska ståndpunkten ger därmed uttryck för den så kallade effektlandsprincipen.

Genom EG-rättens principer har dock frågan ställts huruvida detta är rätt eller ej, och exempelvis i direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel (e-handelsdirektivet) stadgas att vid överträdelser mot direktivet kan effektlandsprincipen tillämpas endast vid undantagsfall. Huvudregeln är istället ursprungslandsprincipen, se direktivets artikel 3. Detta gäller även vid överträdelser mot den svenska e-handelslagen, som implementerar direktivet i svensk lag (3–6 §§ e-handelslagen).

I enlighet med ett förhandsavgörande i EG-domstolen av ett mål i MD, de förenade målen C-34/95, C-35/95 och C-36/95, REG 1997, s. 3843, samt MD 1998:17, vanligtvis kallade ”de Agostini”-målen, verkar det dock så att om marknadsföringen sker inom ett område som inte är harmoniserat är det tillåtet att ingripa enligt effektlandsprincipen så länge det är icke-diskriminerande, i förhållande till från vilket medlemsland som marknadsföringen utförs, och står i rimlig proportion till överträdelserna. Serner har kommenterat utgången i målet med att det innebär att sändarlandsprincipen, det vill säga ursprungslandsprincipen, endast kan

⁴⁵ Melin och Schäder, ”EU:s konstitution”, 2004, s. 118.

⁴⁶ Prop. 2001/02:150 s. 39f.

⁴⁷ Prop. 1970:57 s. 93.

tillämpas då den nationella lagstiftningen i effektlandet är strängare än den EG-rättsliga lagstiftningen.⁴⁸ Serner kritiserar både såväl EG-domstolens och MD:s domslut eftersom hon anser att de genom här har frångått tidigare domstolspraxis angående fri rörlighet för varor, som fastslogs i Cassis-Dijonfallet, eftersom konkurrensen tillåts att begränsas.⁴⁹

Inom marknadsrätten har en rad harmoniseringsåtgärder tagits för att garantera att samma, eller liknande, regler gäller inom hela EU. Exempel på sådana åtgärder är rådets direktiv av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam (84/450/EEG), som i Sverige implementerades genom en ändring i 1975 års marknadsföringslag. Direktivet behandlar sådan information som kan verka vilseledande och reglerar därmed inte huruvida en viss information bör eller skall lämnas, vilket även är fallet i de motsvarande reglerna i MFL.

Även Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/95/EG av den 3 december 2001 om allmän produktsäkerhet är ett exempel där harmoniseringssyftet tydligt framgår. Direktivet har i svensk lag implementerats genom produktsäkerhetslagen (2004:451), som trädde i kraft 1 juli 2004. Direktivet har till syfte att säkerställa att de produkter som släpps ut på marknaden är säkra (artikel 1.1) och i direktivets ingress, punkt 2–6, framgår harmoniseringssyftet klart eftersom där stadgas att utan harmonisering inom området kan den skyddsnivå som erbjuds konsumenterna variera mellan medlemsstaterna. Gällande informationskravet vid marknadsföring stadgar direktivets artikel 5 dels att säkerhetsinformation, men även varningsinformation, skall lämnas så att konsumenten får relevant information, som gör det möjligt för dessa att bedöma riskerna med en produkt under hela dess normala eller rimligen förutsebara användningstid. Produktsäkerhetslagen kommer att behandlas mer ingående nedan i kapitel 4.2.2..

Europaparlamentet och rådets direktiv 98/27/EG av den 19 maj 1998 om förbuds föreläggande för att skydda konsumenternas intressen är även det av vikt eftersom det kan få effekt vid marknadsföringsrättsliga frågor. Detta direktiv har, enligt artikel 1, till syfte att närma medlemsstaternas lagar och andra författningar till varandra när det gäller vissa förbuds föreläggande som anges i direktivets artikel 2, för skydd för de kollektiva konsumentintressen som anges i direktivets bilaga. I bilagan anges bland annat rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal och Europaparlamentet och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal ("distansavtalsdirektivet", se nedan). Direktivet om förbuds föreläggande har i Sverige bland annat inneburit att de övriga nordiska ländernas konsumentombudsmän har fått ökade möjligheter att agera mot marknadsföring med ursprung i Sverige, om den har effekt i ett annat

⁴⁸ Serner, "De Agostini-målet, ett mål med bara förlorare", JT 1998-99 s. 801.

⁴⁹ A.a. s. 802 f.

nordiskt land. Likaså har den svenska konsumentombudsmannen fått ökade möjligheter till åtgärder inom de övriga nordiska länderna.⁵⁰ Direktivet är införlivat i svensk rätt genom lag (2000:1175) om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer.

Direktivet stadgar uttryckligen att det ej har någon internationelltprivaträttslig effekt eftersom det inte reglerar vilket lands lag som skall tillämpas, utan leder normalt till tillämpning av antingen lagen i den medlemsstat där överträdelsen har sitt ursprung eller lagen i den medlemsstat där överträdelsen får effekt (artikel 2.2). Här tas därmed ingen ståndpunkt i frågan om huruvida det är ursprungslandsprincipen, eller effektlandsprincipen som skall tillämpas.

Det ovan nämnda direktivet 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal har implementerats i svensk rätt genom lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, AvLK. Lagen ersatte lag (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, vilket var en mindre omfattande lag och endast innehöll marknadsrättsliga regler, till skillnad mot den nu gällande lagen som även innehåller civilrättsliga regler. AvLK har viss effekt vid bedömning av lämnandet av information om avtalsvillkor vid marknadsrättsliga åtgärder. Om en näringsidkare använder sig av oskäligen avtalsvillkor har Marknadsdomstolen enligt 3 § AvLK rätt att ingripa med förbud mot framtida användning av samma eller liknande villkor. Enligt förarbetena kan ett avtalsvillkor vara oskäligt ur tre olika hänseenden, antingen när det är stridande mot tvingande konsumentskyddande lagstiftning, vid vissa tillfällen då avtalsvillkoren avviker mot dispositiva regler och när villkoren har gjorts vilseledande eller oklara.⁵¹ Enligt AvLK kan endast förbud bli aktuellt, ej ålägganden, vilket får till effekt att det endast är framtida bruk av villkoren som kan förhindras, lagen ger inget skydd för den konsument som sluter ett avtal vari villkoret ingår.⁵²

EU har även i olika direktiv behandlat Internetrelaterade frågor och för informationskravets del är främst Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG om konsumentskydd vid distansavtal ("distansavtalsdirektivet") samt ovan nämnda e-handelsdirektivet av vikt.⁵³ E-handelsdirektivets harmoniserande syfte framgår tydligt i artikel 1.1 där det stadgas att direktivet skall bidra till att den inre marknaden fungerar väl genom att säkerställa den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster mellan medlemsstaterna.

Eftersom EG-rättens regler till stor del samstämmer med de internationella regler som behandlats ovan och även är del av svensk rätt genom den

⁵⁰ "De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet" – kapitel 1. "Allmänt".

⁵¹ Prop. 1994/95:17 s. 64 f.

⁵² A.a. s. 90.

⁵³ Lindberg och Westman, "Praktisk IT-rätt", 2002, s. 61.

lagstiftning där de implementeras, blir det lätt onödiga upprepningar om direktivens materiella regler skulle behandlas även här. Därför kommer distansavtalsdirektivet, e-handelsdirektivet och produktsäkerhetsdirektivet, i den mån de avviker från de svenska reglerna, att behandlas mer nedan i kapitel 4.2..

3.3 De nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt

Konsumentverket är en statlig myndighet med uppgift att ta tillvara konsumenternas intressen. Verkets generaldirektör är enligt 5 § i förordning (1995:868) med instruktion för Konsumentverket även Konsumentombudsman, KO. KO övervakar att företagen följer lagar såsom exempelvis marknadsföringslagen, produktsäkerhetslagen och distansavtalslagen och driver självständigt konsumenternas intressen gentemot företag i domstol.⁵⁴

Ett av Konsumentverkets övergripande mål för verksamheten är enligt 1 § i förordningen med instruktion för Konsumentverket att medverka till att konsumenterna har tillgång till god information. För att göra detta har KOV och KO enligt 3 § 3p exempelvis rätt att utfärda föreskrifter och riktlinjer. Föreskrifterna är rättsligt bindande, till skillnad från riktlinjerna, som endast är rekommendationer.⁵⁵ Utfärdandet av riktlinjer sker ofta efter förhandlingar med näringslivet. Dessa riktlinjer kompletterar lagarna och kan fungera som en vägledning för företagen, exempelvis vid utformandet av marknadsföring.⁵⁶ Riktlinjerna samlas i Konsumentverkets Författningssamling, KOVFS, som senare publiceras. Om riktlinjerna inte följs tar KOV i första hand upp förhandlingarna igen med berörda parter och skulle inte detta få önskat resultat har KO rätten att i vissa fall utfärda förbuds- eller informationsföreläggande eller föra talan i MD.⁵⁷

KOV har motsvarigheter i de övriga nordiska länderna och dessa har sedan länge ett gott samarbete, bland annat genom regelbundna möten.⁵⁸

I enlighet med det tidigare nämnda EG-direktivet (98/27/EG) om förbuds-föreläggande för att skydda konsumenternas intressen har de nordiska konsumentombudsmännen slutit ett samarbetsavtal som innebär att de samverkar och biträder varandra vid marknadsrättsliga överträdelser där fler än ett land är involverat. Detta innebär bland annat att de nordiska konsumentombudsmännen är godkända organ för att föra talan i de andra länderna, så att svenska KO kan föra talan i exempelvis Finland.

⁵⁴ www.konsumentverket.se.

⁵⁵ Svensson, *”Den svenska marknadsföringslagstiftningen”*, 2004, s. 14.

⁵⁶ www.konsumentverket.se.

⁵⁷ Svensson, *”Den svenska marknadsföringslagstiftningen”*, 2004, s. 14. Även 21 § MFL.

⁵⁸ www.konsumentverket.se. Se informationsbroschyr – ”Konsumentverket arbetar för dig”.

Samarbetet sträcker sig dock längre än så, bland annat inom Internetmarknadsföringens område. I februari 1999 antog de nordiska konsumentombudsmännen en gemensam ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet, vilken reviderades senast i oktober 2002. I detta dokument har konsumentombudsmännen sammanfattat vissa viktiga regler som de anser bör följas vid marknadsföring via Internet, liksom de regler som redan är gemensamma för de nordiska länderna.⁵⁹

Ståndpunkten tar upp flertalet aspekter på Internetmarknadsföring, bland annat informationsskyldigheten, elektroniska avtal, betalning, personuppgifter och säkerheten på webbplatsen. Av avgränsningsskäl kommer här nedan endast att behandlas de bestämmelser som aktualiserar informationskravet. Eftersom ståndpunkten även inledningsvis tar upp åsikter om marknadsföringsformer och -metoder är det av intresse att först kommentera dessa.

3.3.1 Marknadsföringsformer och -metoder

I ståndpunktens kapitel 2 tas en rad åsikter upp angående marknadsföringsformer och -metoder, uppdelade i underrubriker ”Reklamidentifiering”, ”Reklamens utformning och placering”, ”SMS, E-post och liknande” samt ”Märkning av webbplatser (trustmarks)”.

I ståndpunktens första bestämmande i avsnitt 2 konstateras att reklamidentifiering är av vikt även vid marknadsföring via Internet. All marknadsföring skall utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det handlar om just marknadsföring. Detta innebär för Internetmarknadsföringens del bland annat att banners, pop-ups eller e-post som verkar vara av redaktionell karaktär, men som har ett marknadsföringsmässigt syfte, inte anses vara tillåtet. De nordiska konsumentombudsmännen ger även exemplet att då standardprogram innehåller marknadsföring i form av dialogboxar och ljudsignaler kopplade till inkommen e-post får dessa inte utge sig för att vara del av standardprogrammet om de endast är avsedda att leda uppmärksamheten till marknadsföring. Under rubriken ”SMS, e-post och liknande” poängteras vikten av reklamidentifiering än mer. Användaren skall inte ens behöva öppna sin e-post för att förstå att det handlar om marknadsföring.

MD fick i 2004:25, *3-Net AB/3 Call AB*, ta ställning i ett fall gällande just marknadsföring via sms och e-post, där det inte tydligt framgick innan meddelandet öppnats att det var fråga om marknadsföring, ej heller vem som svarat för marknadsföringen. MD konstaterade att det föll sig naturligt att jämföra en försändelses ytterkuvert, där det sedan tidigare stått klart att det är nödvändigt att meddela att kuvertet innehåller reklam, med en rubrikerad till ett e-postmeddelande eller en avsändarrad vid ett SMS-

⁵⁹ ”De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet” – inledningen.

meddelande, eftersom det är vad konsumenten ser först innan själva meddelandet öppnas. Information om att meddelandet innehåller marknadsföringsmaterial måste därför lämnas även på dessa platser.

Marknadsföringen skall enligt de nordiska konsumentombudsmännen inte heller utformas så att den medför en begränsning av Internetanvändandet och skall inte heller vara otillbörligt påträngande. Exempel på när reklam kan vara begränsande för Internetanvändandet kan vara att den kräver stor datakapacitet, vilket kan vara ett stort irritationsmoment, särskilt för användare med låg eller begränsad överföringskapacitet. De nordiska konsumentombudsmännen anser här att man vid marknadsföringen därmed skall anpassa reklamen till denna användargrupp. Vad som menas med låg eller begränsad överföringskapacitet skall bedömas utifrån den till var tid gällande marknaden för Internettillgång.

Att reklamen inte skall vara otillbörligt påträngande skall bedömas utifrån dess form, innehåll, användande av ljud, bilder, animation eller andra levande bilder och sammanhanget i övrigt. Konsumentombudsmännen konstaterar att reklam dock alltid kommer att anses som otillbörligt påträngande när den direkt påverkar pågående arbete på datorn, ändrar inställningar eller liknande. Att frånta konsumenterna kontrollen över datorn och exempelvis använda sig av s.k. mouse-trapping och page-jacking, där konsumenterna automatiskt omdirigeras till webbplatser de inte valt att besöka, är inte tillåtet.

Det skall också gå att enkelt ”klicka bort” en reklamsida som inte är en integrerad del av en websida, såsom pop-ups. Marknadsföringen bör inte heller avbryta redaktionellt material eller annat innehåll av informativt eller vägledande slag på webbplatsen.

Ett vanligt förekommande inslag på Internet är de så kallade sökmotorerna, såsom google.com och yahoo.com, några av de mest kända, där användare kan söka hela webben efter webbplatser som tar upp de eftersökta ämnena. Urvalskriterierna för vilka träffar som hamnar längst upp i söklistan kan variera mellan olika sökmotorer, men de nordiska konsumentombudsmännen har uppmärksammat problematiken med att vissa sökmotorer erbjuder näringsidkarna att betala för att hamna högt upp i listan vid en sökning på speciella ord. Detta skulle därmed anses vara en del av marknadsföringen och åsikten är här att det klart skall framgå vilka kriterier som finns för placeringen av träffarna i söklistan. Annars kan konsumenterna förledas att tro att det är objektiva grunder som skapat den rangordning som visas. Google.com använder sig exempelvis av en blandning av en sidrankning som baserar sig på antalet länknings mellan olika webbplatser och en textjämförelseteknik, för att bedöma en sidas värde i förhållande till vissa sökord.⁶⁰ Sökmotorernas roll på Internet har lett till att begrepp som sökmotoroptimering har blivit vanligt förekommande och vissa företag erbjuder optimeringsavtal som medför att

⁶⁰ www.google.se/intl/sv/why_use.html.

de ser till att strategiska länkbyten sker med hemsidor som ger höga sidrankingspoäng.⁶¹

För att öka konsumenternas förtroende för e-handel kan näringsidkare ansluta sig till ett eller flera så kallade märkningssystem (trustmarks), såsom ”Trust-e” och ”BBBOnline”.⁶² Dessa och liknande märkningar ställer höga krav på exempelvis informationslämnande och integritetspolicy. De krav som ställs på näringsidkarna för att bli anslutna bör dock inte bara hänvisa till rättigheter som konsumenterna redan är tillförsäkrade genom gällande regler, utan bör gå klart över det lagstadgade skyddet. Även sedan en näringsidkare har fått sin webbplats ”säkerhetsmärkt”, bör uppföljning ske så att en efterlevnadskontroll görs, för att kontrollera att de ställda kraven hålls.

Vid marknadsföring via SMS, e-post och liknande gäller olika regler i de nordiska länderna men konsumentombudsmännen poängterar vikten av att marknadsföraren skall respektera de regler som finns i det land som marknadsföringen riktar till. Konsumentombudsmännen har här tagit ställning för den ovan behandlade effektlansprincipen, men vid tillämpning av exempelvis e-handelslagen skall ursprungslandsprincipen användas, såvida inte de undantag som däri stadgas kan bli aktuella.

3.3.2 Informationsskyldigheten

Samtliga nordiska länders lagstiftningar har stränga krav på informationsskyldigheten. Den gemensamma ståndpunkten är därmed skriven så, i kapitel 3 ”Informationsskyldigheten”, att marknadsföring riktad till konsumenter skall utformas på ett klart och tydligt vis och det skall klart framgå vem som står bakom marknadsföringen, det vill säga det finns ett krav på sändarangivelse. Sändarangivelse är en del av kravet på att marknadsföringen skall vara öppen och har fått en central position i den svenska marknadsföringslagen, vilket kommer att behandlas mer ingående nedan i kapitel 4.1.4.1.

Ombudsmännen ger i kapitel 3 en lång rad med exempel på vilken information som skall lämnas före, vid och efter avtals ingående och samtliga punkter motsvaras av krav i lagar och regler inom den svenska marknadsföringslagstiftningen. Varans eller tjänstens viktigaste egenskaper, alla kostnader förbundna med köpet, under vilken tid som erbjudandet eller priset gäller och information om eventuell service efter köpet är några exempel ur uppräknningen. Villkor för att delta i säljfrämjande tävling och för att exempelvis kunna ta del av vissa rabatter, premier och gåvor skall vara lättillgängliga och presenteras på ett klart och tydligt sätt. Konsumentombudsmännen tar även upp kravet på att information måste lämnas om det förekommer kostnader som är förbundna med användning av

⁶¹ se exempelvis www.seologik.se/optimeringsavtal.asp.

⁶² www.truste.org och www.bbbonline.com.

Internet där kostnaden överstiger normal taxa. Detta krav motsvaras av de ovan behandlade artikel 22-24 i ICC:s Internetregler.

När det är möjligt att ingå ett elektroniskt avtal, skall näringsidkaren, enligt kapitel 4, lämna så mycket information så att konsumenten har möjlighet att värdera både produkten och erbjudandet innan avtalet ingås.

I kapitel 6 betonas även vikten av att ha en väl fungerande kundservice och att information om denna och andra kontaktvägar skall lämnas korrekt, tydligt och lättillgängligt. Om näringsidkaren har använt sig av marknadsföring via e-post så skall det däri finnas en lättförståelig vägledning om hur man på ett enkelt sätt frånsäger sig framtida reklam.⁶³ Vid marknadsföring via e-post, bör näringsidkaren även säkerställa att inkomna meddelanden från konsumenten hämtas från företagets e-postlåda och behandlas så snart som möjligt.⁶⁴

Även information om näringsidkarens personuppgiftspolicy bör enligt ståndpunktens kapitel 7, "Personuppgifter", lämnas på webbplatsen. Sådan information är bland annat huruvida företaget använder sig av så kallade cookies, det vill säga textfiler som placeras på användarens hårddisk och som sedan skickas av användarens webbläsare tillbaka till webbplatsen när denna besöks igen. Syftet är att individanpassa webbplatsen men innebär även att information om vad användaren tidigare gjort vid sitt besök på webbplatsen lämnas vid ett nytt besök.⁶⁵ I Sverige finns Lag (2003:389) om elektronisk kommunikation, som i 6 kap 18 § ställer krav på att svenska hemsidor på Internet informerar om att de använder cookies, vad ändamålet med behandlingen är och hur användaren skall kunna hindra sådan behandling. De nordiska konsumentombudsmännen har i sina ståndpunkter även valt att behandla andra frågor angående marknadsföring på Internet, däribland ansvarsreglerna i kapitel 9. Dessa regler motsvaras dock i stort av gällande svensk rätt och kommer därmed att behandlas nedan i kapitel 4.1.6.

⁶³ "De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet" – kapitel 2, "Marknadsföringsformer och –metoder: SMS, e-post och liknande".

⁶⁴ "De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet." – kapitel 6, "Kundservice".

⁶⁵ Lindberg och Westman, "Praktisk IT-rätt", 2002, s. 193.

4 Svensk reglering

Vid marknadsföring finns flertalet normer som reglerar vad som är tillåtet och ej. I Sverige är marknadsföringslagen (1995:450) den centrala lagen på marknadsföringsområdet, men denna är i sin tur påverkad av andra rättskällor såsom EG-rättsliga direktiv och Marknadsdomstolens praxis. Även andra aktörer på området såsom Internationella Handelskammaren, Marknadsetiska Rådet och Konsumentverket spelar en avgörande roll i sammanhanget.

4.1 Marknadsföringslagen

Grunderna för dagens marknadsföringslag från år 1996 lades i och med den första marknadsföringslagen som trädde i kraft år 1971, som då delvis ersatte den sedan år 1931 gällande lagen med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens. 1970 års lag utvidgades år 1975 med bland annat en generalklausul om informationsskyldighet, och motiven till detta var bland annat att de då gällande reglerna om informationskrav var spridda i ett stort antal författningar och att dess utformningar var olika och tillämpades av olika myndigheter. Vid införandet av informationsklausulen antog lagstiftaren den principiella utgångspunkten att en näringsidkare bör förutsättas lämna tillfredställande information om sina produkter, och endast om så ej sker kan regleringen bli aktuell.⁶⁶

Marknadsföringslagen (1975:1418) var gällande i närmre två decennier. Utvecklingen i omvärlden gjorde dock så småningom att lagen blev inaktuell och en ny översyn blev nödvändig.⁶⁷ Några tungt vägande skäl till att översynen skedde, och till slut skapandet av den gällande lagen, var bland annat att marknadsföringens utformning och medieval hade ändrats. Här talade man främst om utvecklingen med reklam i TV och andra etersända medier.⁶⁸ Likaså anpassningen till Europas öppna marknad krävde en ny fokusering på marknadsrätten och dess roll. För konkurrensrättens del var konkurrenslagen föremål för en genomgripande förändring och man ansåg att även MFL borde genomgå en grundlig översyn.⁶⁹

Den grupp som tillsattes för utredningen antog namnet Marknadsföringsutredningen och med professor Ulf Bernitz som särskild utredare överlämnade de i juli 1993 sitt slutbetänkande i SOU 1993:59, *Ny Marknadsföringslag*. Lagstiftningsarbetet var på det hela taget politiskt okontroversiellt och efter att propositionen lades fram år 1994 antog riksdagen den nya lagen och den kunde därmed träda i kraft 1 januari 1996.

⁶⁶ Prop. 1975/76:34 s. 47.

⁶⁷ Dir. 1991:70.

⁶⁸ Prop. 1994/95:123 s. 35.

⁶⁹ SOU 1993:59 s. 115.

Marknadsföringslagen har som syfte att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare (1 §). Med begreppet produkt åsyftas enligt 3 § p.1 varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter, alltså inte enbart rent fysiska produkter. Vad som är att anse som god marknadsföringssed har stor vikt vid bedömningen om en marknadsföringsåtgärd står i strid med den i 4 § 1 st gällande generalklausulen. Det krävs här ofta en ingående bedömning av vad som skall anses vara god marknadsföringssed, och praxis utvecklas ständigt inom området.

I 3 § p 3 hänvisas till god affärssed eller andra vedertagna normer och det är allmänt accepterat att vid denna bedömning hänsyn bör tas till Internationella Handelskammarens regler och andra väl inarbetade normer som marknaden själv har utarbetat.⁷⁰ Även Marknadsdomstolens praxis är här tongivande och vi har anledning att återkomma till detta senare.

Definitionen av marknadsföring och MFL:s tillämpningsområde kommer diskuterats ingående nedan, men det är värt att redan här poängtera att MFL tillämpas enbart på kommersiell marknadsföring och lagen är därmed inte tillämplig till exempel när ideella organisationer genomför en kampanj för att påverka allmänhetens åsikter i en fråga eller när privatpersoner annonserar i dagspressen eller på Internet om försäljning av egendom.⁷¹

MFL har även effekter i den civil- och konsumenträttsliga lagen Konsumentköplagen (1990:932). Enligt 19 § KköpL föreligger fel i varan om denna inte överensstämmer med sådana uppgifter om varans egenskaper eller användning som säljaren har lämnat vid marknadsföringen av varan. Detsamma gäller om säljaren underlåtit att lämna sådan information om varans egenskaper eller användning som han enligt MFL har ålagts att lämna. Denna regel aktualiseras därmed endast vid överträdelse av förbud eller ålägganden som meddelats med hjälp av MFL. Det innebär därmed att felaktig marknadsföring även kan få rent civilrättsliga effekter, med samtliga de följder som fel i varan kan aktualisera. Detta är ett undantag från huvudregeln att åtgärder som vidtas enligt MFL endast har rent marknadsrättsliga effekter.⁷² Någon motsvarande regel har inte införts i köplagen (1990:931), som reglerar de köprättsliga förhållanden som inte regleras i KköpL, vilka enligt 1 § 1st KköpL är köp av lösa saker som en näringsidkare säljer till en konsument.

MFL är strukturerad så att huvuddragen är uppbyggda kring generalklausuler för att på så sätt bland annat underlätta fortsatt praxis, både allteftersom nya marknadsföringskanaler uppstår och då man lättare kan

⁷⁰ Bernitz, "Marknadsföringslagen", 1997, s. 36 ff.

⁷¹ A.a. s. 29.

⁷² Se diskussion om de båda rättsområdenas förhållande till varandra i Nordell, "Avtalsfrihet och prisinformation", SvJT 1995 s. 132.

tolka in exempelvis etiska frågor.⁷³ I och med 1996 års MFL har lagstiftaren även valt att framhålla vissa klart otillbörliga marknadsföringsåtgärder i den så kallade regelkatalogen (5-13 §§), detta för att bland annat näringsidkare lättare skall kunna se vad som klassas som otillbörligt redan innan ett förbud har meddelats.⁷⁴

Generellt sett är det 4 § 1 och 2 st samt 17 § MFL som anses vara lagens generalklausuler. 4 § 1 st behandlar ”otillbörlig marknadsföring”, 4 § 2 st behandlar informationsplikten medan 17 § behandlar otjänliga produkter. Den sistnämnda generalklausulen har införts för att det genom de övriga två lagrummen inte är möjligt att förhindra marknadsföring av produkter som i sig är otjänliga för sitt huvudsakliga ändamål. Att just själva försäljningen kan bli förbjuden, ibland förenat med vite enligt 19 § MFL, gör att klausulen inte stämmer överens med lagens övriga systematik där endast själva marknadsföringen är föremål för reglering. Dessutom har klausulen om otjänliga produkter inte haft någon större praktisk genomslagskraft, det finns bara ett fåtal avgöranden från MD i frågan och genom 16 § konsumentköplagen verkar klausulen ha förlorat något av sin funktion. Trots detta faktum valde lagstiftaren att behålla klausulen, som har sitt ursprung i 1970 års marknadsföringslag, eftersom det ansågs vara naturligt att ett väl utbyggt konsumentskydd bör vara vidare än bara det skydd konsumentköplagen ger.⁷⁵ De tre generalklausulerna skiljer sig även åt när det gäller tillämpligheten av vissa sanktioner. Endast åtgärder i strid mot 4 § kan aktualisera informationsåläggande enligt 15–16 §§ och marknadsstörningsavgift enligt 22 § MFL. För åtgärder i strid mot 17 §, klausulen om otjänliga produkter, kan endast förbud mot framtida agerande bli tillämpligt, se mer nedan i kapitel 4.1.5.

4.1.1 Tillämplighet på marknadsföring via Internet

Problemet med tillämpligheten av MFL gällande marknadsföring via Internet avser flera dimensioner, där främst två är framträdande. Den ena, vilket kan anses vara den enklare frågan, är huruvida MFL överhuvudtaget är tillämpbar på Internet som medium. Den andra frågan är huruvida svensk lag, och därigenom MFL, är tillämplig vid bedömning av marknadsföring via Internet när det inte klart framgår att det är frågan om endast svenska aktörer. Den senare frågan har en stark internationellt privaträttslig prägel, men det är ändå av vikt att ta upp den i denna framställning eftersom det är avgörande för tillämpningen av MFL i de frågor som är aktuella här.

⁷³ Prop. 1994/95:123 s. 39.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ A. a. s. 74.

4.1.1.1 Internet som medium

En vanlig invändning från svarande i fall där talan förs mot dem för otillbörlig marknadsföring på Internet är att MFL ej är tillämplig på detta medium. MD har dock i samtliga fall konstaterat att så inte är fallet. Den första gången frågan var uppe för MD:s bedömning var i MD 2000:8, *Bodion*, där ett företag vid marknadsföring via Internet av ett s.k. Millenepaket fanns ha använt formuleringar som ansetts strida mot god marknadsföringssed. Företaget, Bodion, invände att MFL inte var tillämplig på situationen men MD konstaterade att det i 2 § MFL inte fanns någon begränsning i lagens tillämplighet vad gäller vilket medium som kan komma till användning vid marknadsföring. Det enda kravet som ställs upp är att det skall gälla en näringsidkare som marknadsför eller själv efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet. Därför tolkar MD situationen så att MFL är tillämplig på marknadsföring oavsett medium, därmed även på Internet.

Även i MD 2000:19 *STOP v. Elinge Electronica*, MD 2001:19 *Goldside Electronics LLC* samt i det nyligen avgjorda MD 2004:17 *KeyCard* har MD kommit fram till samma slutsats. I MD 2000:19 och MD 2001:19 konstateras även att det inte spelar någon roll i sammanhanget att det för att nå marknadsföringen krävs ett aktivt agerande från konsumenten, vilket svaranden har velat göra gällande. Detta aktualiseras ofta vid marknadsföring som sker via Internet, där näringsidkaren kan utföra sina marknadsföringsåtgärder på sin webbplats där Internetanvändare kan söka upp den, exempelvis genom olika sökmotorer.⁷⁶

Att inte valet av medium skall spela någon roll vid bedömningen av marknadsföringen står även helt överens med ICC:s inställning i frågan. I Internetreglernas artikel 5 stadgas att den traditionella känslan av tid och rum lätt kan försvinna genom dagens kommunikationskanaler och att det därför kan kännas förlegat att använda de vanliga kriterierna för medieval och kommunikationssätt när man skall reglera marknadsföringsområdet.

4.1.1.2 Internationell marknadsföring

I flera situationer har även internationella aspekter tagits upp i MD:s bedömning, i frågan om MFL varit tillämplig eller ej eftersom flera länders lagar och regler har aktualiserats. Här är frågan huruvida MD skall gå efter den så kallade ursprungslandsprincipen eller effektlandsprincipen. Dessa principer har behandlats ovan i kapitel 3.2. och kortfattat innebär ursprungsprincipen att endast det lands lag skall tillämpas varifrån marknadsföringen har sitt ursprung, exempelvis där näringsidkaren har sitt huvudkontor eller sin bostad. Enligt effektlandsprincipen skall dock istället det lands lag bli tillämpligt som marknadsföringsåtgärden riktar sig till.⁷⁷

⁷⁶ Lindberg och Westman, "Praktisk IT-rätt", 2002, s. 50 f.

⁷⁷ Nordell, "Marknadsrätten – en introduktion", 2004, s. 94.

Vid bedömningen av MFL:s tillämplighet har MD använt sig av effektlandsprincipen och gjort gällande att det finns ett avgörande krav vid bedömningen, nämligen om marknadsföringen uppenbarligen är riktad till en svensk publik. Det saknar betydelse varifrån en marknadsföringsåtgärd företas och MFL blir tillämplig även på marknadsföringsåtgärder som distribueras till den svenska marknaden (MD 1989:6 *Scanorama*). Detta innebär att även om en näringsidkare har en webbsida med utländsk webbadress (jfr MD 2004:17 *KeyCard*) eller om reklamen är lagrad på en utländsk server (jfr MD 2000:8 *Bodion*) så kan MFL bli tillämplig om marknadsföringen riktar sig till den svenska marknaden. I denna bedömning har MD lagt vikt vid faktorer såsom vilket språk marknadsföringen är utformad på, i vilken valuta prisuppgifter gäller, huruvida kontaktuppgifter i Sverige har getts i samband med marknadsföringen och huruvida produkten är avsedd för en svensk marknad. Det verkar dock inte som om MD har lagt någon vikt vid huruvida webbadressen exempelvis går under domänen .se eller ej vid sin bedömning.

Bogdan har kommenterat utfallet i fallet med Elinge Electronica, med att MD:s inställning att utländska företags marknadsföring via Internet faller inom svensk domsrätt, och MFL:s tillämpningsområde, när den är riktad till konsumenter på den svenska marknaden är den enda rimliga.⁷⁸

4.1.2 Marknadsföringsbegreppet

Ordet marknadsföring används frekvent i olika sammanhang, men begreppet används ofta i en snävare mening än vad som åsyftas i ekonomisk litteratur. Vanligt är att man sätter ordet reklam synonymt med ordet marknadsföring och åtskillnaden begreppen emellan kan vara svår att definiera. I ekonomisk terminologi definieras ordet marknadsföring i likhet med följande:

*”a social and managerial process by which individuals and groups obtain what they need and want through creating and exchanging products and values with others”.*⁷⁹

Marknadsföring i den ekonomiska litteraturen är samtliga faktorer som rör processen runt ett inköp, allt från att komma på en bra affärsidé till att ta hand om kunder som är missnöjda med sina köp. I denna process är reklamen en mycket viktig del, men den är inte den enda. Andra viktiga delar som går under den ekonomiska definitionen är exempelvis analys av företagets omvärld, val av produktstrategi och vårdande av kundrelationer.⁸⁰ Skillnaden mellan den ekonomiska termen ”marketing” och den svenska juridiska definitionen av marknadsföring har uppmärksammats bland annat vid EU-anpassningen av MFL vid Sveriges inträde i EU, där ordet ”marketing” ansågs vara en term med oklara konturer och en mycket

⁷⁸ Bogdan, ”Gränsöverskridande marknadsföring via Internet”, JT 2000-01 s. 623.

⁷⁹ Armstrong och Kotler, ”Marketing – an introduction”, 2005, s. 6.

⁸⁰ Ibid.

vidsträckt innebörd. Man ansåg att man i denna term även kunde lägga sådana åtgärder som syftade till att näringsidkaren självt skulle efterfråga varor eller tjänster, det vill säga gå ”bakåt” i leverantörskedjan, vilket man inte ansåg kunde inkluderas i den svenska juridiska definitionen av ”marknadsföring”.⁸¹

Den svenska juridiska definitionen i MFL är därmed något snävare än den ekonomiska. Det stadgas i 3 § p 2 MFL att marknadsföring är:

”reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter”

Detta innebär att åtgärder såsom marknadsundersökningar och avtalskrivningar efter beslutat köp i stort sett inte omfattas. Dock finns andra lagar som reglerar dessa aspekter.⁸²

För marknadsförare på Internet är det av vikt att notera att MFL:s definition omfattar i stort sett allt som ligger på ett företags webbplats. Alla krav på en tillbörlig marknadsföring i övriga medier ställs även vid marknadsföring via nätet, vilket gör att exempelvis en hemsida som utlovar ”guld och gröna skogar” vid köpet av en produkt eller tjänst måste uppfylla MFL:s regler.⁸³

Med marknadsföring menas inte enbart aktiva metoder som företag använder för att få ut sitt budskap till enskilda konsumenter, såsom exempelvis e-postmeddelanden, eller budskap som förmedlas till den stora allmänheten utan även det passiva agerandet att hålla produkter till försäljning anses innefattas.⁸⁴ Att konsumenten är den som söker upp informationen som näringsidkaren gjort tillgänglig spelar, som tidigare konstaterats, heller ingen roll i förhållande till MFL:s tillämplighet. Det är också av vikt att notera hänvisningen i 2 § 1 st MFL till att lagen tillämpas när näringsidkare själva efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet. Detta innebär att även marknadsföringsåtgärder som riktas bakåt i försörjningskedjan regleras av MFL, exempelvis vid reklam för att locka till sig nya leverantörer. Detta var inte fallet med MFL från år 1970, där förfaranden som riktas ”bakåt” inte omfattades av begreppet marknadsföringsåtgärder.⁸⁵ Genom anpassningen till Sveriges EU-inträde inkluderades dock även förfaranden som riktas ”bakåt” i 2 § marknadsföringslagen (1975:1418).⁸⁶ Detta är fortfarande gällande enligt 1996 års MFL.

Internet har inneburit att näringsidkare i större utsträckning kan integrera både sin marknadsföring, avtalsingående och debitering av varan eller

⁸¹ SOU 1992:49 s. 40 ff.

⁸² Exempelvis Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (Avtalslagen).

⁸³ Carlén-Wendels, ”Nätjuridik – lag och rätt på Internet”, 2000, s. 191.

⁸⁴ Prop. 1994/95:123 s. 164.

⁸⁵ SOU 1992:49 s. 30 samt Prop. 1970:57 s. 64 f.

⁸⁶ A.a. s. 40 ff.

tjänsten på en och samma plats, vilket komplicerar frågan om vad som är marknadsföring och vad som inte går under begreppet.

4.1.2.1 Marknadsföring och grundlagsskyddade rättigheter

Vad som inte framgår av MFL:s definition av marknadsföring är huruvida det endast är kommersiell reklam som åsyftas eller om även icke-kommersiell reklam regleras av MFL. Det stadgas visserligen i 2 § 1st MFL att lagen endast är tillämplig då näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet, vilket förvisso innebär att marknadsföring som inte rör näringsverksamhet är exkluderad, men om en näringsidkares marknadsföring inte är av kommersiell natur är det svårare att se huruvida MFL reglerar den situationen.⁸⁷

Problemet ligger i MFL:s gränsdragning mot den grundlagsskyddade tryck- och yttrandefriheten. Även kommersiell marknadsföring är grundlagsskyddad genom 2 kap 1 och 12-13 §§ RF, som är en medieoberoende grundlag, men det får göras undantag från dessa regler och exempelvis får friheten att yttra sig i näringsverksamhet begränsas enligt 2 kap 13 § RF. Sådana begränsningar ställs upp i MFL. Gränsdragningen mellan vad som är grundlagsrättsligt skyddat och ej är juridiskt komplicerat, men det har ansetts vara en självklarhet att MFL skall tillämpas med särskilt beaktande av principerna och tryck- och yttrandefrihet.⁸⁸

I enlighet med lex superior-principen kan marknadsföringslagen inte strida mot någon av grundlagarna och vid tveksamma fall skall grundlagarna ha företräde framför MFL. MD har i ett antal fall fått ta ställning till MFL:s avgränsning mot yttrande- och tryckfriheten. I MD 1974:23 (NJA 1975 s. 589), *Helg-Extra*, fällde MD en löpsedel såsom stridande mot god marknadsföringssed medan HD, efter att målet beviljats resning, senare friade densamma med motiveringen att löpsedeln hade samma tryckfrihetsrättsliga skydd som själva tidningen och utgör ett led i en tidnings nyhets- och åsiktsförmedling. Strömberg har kommenterat utgången i MD 1974:23, *Helg-Extra*, med att domstolen härigenom har betraktat uppgifter om en tidnings innehåll som helt jämställda med uppgifter om en varas beskaffenhet. Genom HD:s dom i målet har dock detta ställningstagande visats ohållbart. Genom bland annat domen i *Helg-Extra* målet anser Strömberg att det blivit klarlagt att det får antagas att en löpsedel, som exempelvis ger ganska primitiva upplysningar, är skyddad av TF. Detta ställningstagande får nog anses vara del av gängse uppfattning även idag.⁸⁹

I två senare fall, MD 1977:1 (NJA 1977:751), *Vivo-Favör*, och MD 1994:21 (NJA 1995:677), *Boverket*, biföll HD ej resningsansökan eftersom HD ej funnit att MD:s avgörande kunde anses uppenbart lagstridigt. I bägge fallen

⁸⁷ Bernitz, "Marknadsföringslagen", 1997, s. 88.

⁸⁸ Prop. 1994/95:123 s. 63 samt Bernitz, "Marknadsföringslagen", 1997, s. 87 ff. Jämför även med diskussionen i prop. 1970:57 s. 65 f.

⁸⁹ Strömberg, "Tryckfrihet och marknadsföring", SvJT 1980 s. 39.

har dock HD bekräftat att rådande rättsuppfattning får anses vara, att ingripande med stöd av MFL mot meddelande i tryckt skrift kan ske utan hinder av TF:s bestämmelser, när fråga är om meddelande av rent kommersiell natur. Avgränsningen av vad som är tryckfrihetsrättsligt skyddat är därmed knuten till dess innehåll, inte till budskapets form.

Gränsdragningen mellan vad som är grundlagsskyddat och vad som regleras under MFL är av stor vikt och kan ligga till grund för svåra bedömningar. I förarbetena har en tumregel formulerats så att MFL är endast tillämplig på marknadsföring i kommersiell verksamhet, som har ett kommersiellt syfte och som har rent kommersiella förhållanden till föremål.⁹⁰

Även vid marknadsföring via Internet fyller avgränsningen en viktig funktion. Det som är grundlagsrättsligt skyddat i exempelvis tryckt form är det inte nödvändigtvis när det presenteras på Internet. I MD 2003:10, *Hälsingekuriren*, yrkade tryckeriaktiebolaget Ljusnan att Hälsingetidningar vid vite skulle förbjudas att i sin marknadsföring använda ovederhäftiga påståenden om Kurirens ålder, dess upplaga och dess räckvidd. Kuriren hade på sin hemsida lämnat sådan information, som ej stämde överens med de verkliga förhållandena. Kuriren, i tryckt form, är en periodisk skrift som faller under TF men enligt MD skyddas de på hemsidan lämnade uppgifterna inte av denna lag. Dock aktualiserades den s.k. "databasregeln" i 1 kap. 9 § YGL, vilket innebar att innehållet var grundlagsrättsligt skyddat såvida det ej var av rent kommersiell natur. Att uppge felaktig ålder på tidningen ansågs ej vara en sådan åtgärd som var av kommersiell natur men att felaktigt uppge upplageantal och tidningens räckvidd ansågs ha den avsikten att locka annonsörer och var därmed av en kommersiell natur.

TF och YGL är tillämpliga på både traditionella medier och Internet, även om skyddet nödvändigtvis inte är lika omfattande på det senare mediet. Detta har klargjorts genom vissa ändringar som trädde i kraft 1 januari, 2003. YGL är tillämplig på sådana sändningar av radioprogram som är riktade till allmänheten och som är avsedda att tas emot med tekniska hjälpmedel (YGL 1 kap. 6 §) medan TF är tillämplig på skrift och bild som framställts i tryckpress eller genom exempelvis fotokopiering eller liknande tekniskt förfarande (TF 1 kap. 5§).

Enligt 1 kap. 6§ YGL är sändningar av radioprogram som är riktade till allmänheten grundlagsskyddade. En sändning riktad till allmänheten innebär att avsändaren utan särskild begäran från mottagaren riktar sändningen till vem som helst som önskar ta emot den och genom denna definition skulle här exempelvis massutskick av e-post kunna aktualiseras av bestämmelsen. Detta konstaterades av Mediekommittén 1997 där frågan om skyddet enligt 1 kap. 6 § YGL var tillämplig eller ej på de nya medierna behandlades. Eftersom adressaterna vid e-post är angivna av avsändaren, pekade detta mot att tillämpa paragrafen, men eftersom det vid sändande av e-post till många mottagare med hjälp av en omfattande distributionslista inte behöver

⁹⁰ Bernitz, "Marknadsföringslagen", 1997, s. 90 ff. samt Prop.1970:57 s. 67.

innebära att avsändaren har kännedom om mottagaren, så bör en tillämpning av paragrafen bli aktuell här.⁹¹

I MD 2003:10, *Hälsingekuriren*, aktualiserades den s.k. databasregeln i 1 kap. 9 § YGL vilken innebär att grundlagen tillämpas även när en redaktion för en tryckt periodisk skrift, eller för radioprogram, med hjälp av elektromagnetiska vågor på särskild begäran tillhandahåller allmänheten information ur en databas, vars innehåll kan ändras endast av den som driver verksamheten. Innan lagändringen år 2003 var det endast de traditionella massmediaföretagen, som hade en upplaga eller version på Internet, som hade möjlighet till att få även informationen på dessa sidor grundlagsskyddade. Detta kunde leda till vissa avgränsningsproblem. Ett sådant aktualiserades av JK när innehållet på Aftonbladets hemsida var i fokus. Det var inte redaktionen för den tryckta upplagan som stod för innehållet på hemsidan, utan detta hade lagts ut på ett helägt dotterbolag och därmed uppkom frågan om databasregeln ändå kunde tillämpas. JK valde att låta grundlagens syfte ligga till grund för bedömningen och inte låta formella omständigheter såsom organisationsstruktur vara avgörande, vilket ledde till att även om det inte var den traditionella mediaföretaget som förmedlade hemsidan så var innehållet på denna grundlagsskyddad. JK lade här stor vikt vid att även hemsidan var ”i opinionsbildningens tjänst” och att all publicering på hemsidan hade en nära anknytning till tidningen. Det var även av vikt att det material som produceras för tidningen och hemsidan fritt kunde utnyttjas av respektive redaktion för publicering.⁹²

I förarbetena till lagändringen år 2003 kommenterades denna avgränsningsproblematik och lagstiftaren kom fram till att om ett traditionellt massmedieföretag förlägger sin databasverksamhet till en särskild juridisk person bör frågan om detta innebära att verksamheten faller utanför databasregeln avgöras av om massmedieföretaget fortfarande kan anses vara den som tillhandahåller allmänheten upplysningar eller ej. Detta grundades på att det i lagrummet inte stadgas något om att det är en speciell juridisk person som tillhandahåller uppgifterna, utan det talas om redaktion, företag och nyhetsbyrå.⁹³ Sedan lagändringen är det dessutom inte bara de traditionella massmediaföretagen som åtnjuter grundlagsskydd, utan även företag för yrkesmässig framställning av tryckta och därmed enligt TF jämställda skrifter. Som exempel ges bokförlag och tryckerier.⁹⁴ Även andra aktörer skall kunna ansöka om utgivningsbevis som ger ett frivilligt grundlagsskydd för sådan verksamhet som anges i databasregeln.⁹⁵ Skyddet har därmed ökat avsevärt för flera aktörer som använder sig av Internet.

Förutom databasregeln i 1 kap. 9 § YGL och regeln i 1 kap. 6 § YGL finns även den så kallade bilagerregeln i 1 kap. 7 § TF som kan aktualiseras vid

⁹¹ SOU 1997:49 s. 171.

⁹² JK-beslut 2001-11-09, dnr 3249-00-31.

⁹³ Prop. 2001/02:74 s. 46 f.

⁹⁴ A.a. s. 44 ff.

⁹⁵ Prop. 2001/02:74 s. 47 f.

publiceringar på Internet. Bilageregeln innebär att då ägaren av en periodisk skrift sprider eller låter sprida skriftens innehåll i form av ett radioprogram eller i en sådan teknisk upptagning som avses i YGL skall detta jämföras med en bilaga av skriften i den mån denna bilaga återger innehållet i skriften oförändrat. Innehållet på en hemsida kan därmed omfattas av TF: s regler, såvida inget har ändrats från originalet. Även här har JK haft anledning att se till Aftonbladets hemsida, där även bilageregeln fick anses tillämplig då det rörde sig om förlagetegna versioner av tidningsartiklar.⁹⁶

4.1.3 4 § MFL

Marknadsföringslagen från 1975 innehöll tre generalklausuler som fyllde speciella funktioner. De reglerade otillbörlig marknadsföring (2 §), informationsskyldighet (3 §) och produkttjänlighet (4 §). Dessa visade sig underlätta anpassningen till utveckling både inom marknadsföringsområdet och för MD:s praxis och när den nya MFL skulle tillskapas valde man att behålla systemet med generalklausuler.⁹⁷ Begreppet generalklausul är dock i viss mån flytande och de tre regleringar som är aktuella i 1996 års lag, 4 § 1 st, 4 § 2 st samt 17 §, beskrivs i viss litteratur som just generalklausuler medan andra författare väljer att kalla endast 4 § MFL för generalklausulen och 17 § för till exempel ”en allmänt formulerad regel”⁹⁸. Oavsett vad man väljer att kalla de olika regleringarna så är de avgörande för uppbyggnaden och tillämpligheten av MFL, men då endast 4 § är intressant ur ett informationsperspektiv kommer inte 17 § att behandlas mer ingående här.

4.1.3.1 4 § 1 st MFL – tillbörlighetsklausulen

Den första generalklausulen gäller otillbörlig marknadsföring och bygger på att marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenterna och näringsidkarna. Definitionen av god marknadsföringssed finns som nämnts ovan i 3 § p. 3 MFL där man hänvisar till god affärssed eller andra vedertagna normer. Denna hänvisning svarar i stort mot den Internationella Handelskammarens regler för reklam. Dessa regler stadgar att reklam skall vara laglig, hederlig och vederhäftig samt får ej utformas på ett stötande sätt. ICC tar också upp vikten av det sociala ansvaret och allmänhetens förtroende för reklam.⁹⁹

Tillbörlighetsklausulen och lagstridighetsprincipen

Genom kravet på laglighet har ICC gett uttryck åt den så kallade lagstridighetsprincipen, vilket innebär att åtgärder som strider mot lagstiftning eller uppmanar till brott inte är att anse som tillbörlig reklam i

⁹⁶ JK-beslut 2000-11-09, dnr 2841-00-31.

⁹⁷ Prop. 1994/95:123 s. 35 ff.

⁹⁸ Bernitz, ”Marknadsföringslagen”, 1997, s. 101. samt Nordell, ”Marknadsrätten – en introduktion”, 2004, s. 45.

⁹⁹ ICC: s Grundregler för reklam, artikel 1.

Grundreglernas mening.¹⁰⁰ Denna lagstridighetsprincip blir direkt tillämplig i svensk rätt genom hänvisningen till ”andra vedertagna normer” i 3 § MFL, som aktualiseras genom 4 § 1 st MFL.¹⁰¹ Detta har fått effekt bland annat i Marknadsdomstolens praxis, exempelvis i MD 2000:8, *Bodion*, där företaget Bodion på sin hemsida hade marknadsfört ett så kallat ”millenniepaket” med vissa redskap och förnödenheter för att klara ”det kritiska årsskiftet” 1999/2000. På hemsidan använde företaget bland annat röda korsets märke, vilket var i strid med lag (1953:771) om skydd för vissa internationella sjukvårdsbeteckningar och för civilförsvarets internationella kännetecken. MD konstaterade därmed att eftersom användandet av märket stred mot gällande lagstiftning, stred även själva marknadsföringen mot god marknadsföringssed enligt MFL 4 §.

Laglighetskravet gäller i stort sett alla lagar, alltså inte enbart åtgärder som strider mot MFL i sig. Detta blir av stor vikt vid tillämpningen av de speciallagar som omgärdar MFL eftersom en marknadsföringsåtgärd som strider mot någon av dessa anses strida mot god marknadsföringssed i enlighet med tillbörlighetsklausulen. Därmed kan MFL:s sanktionssystem bli aktuellt att tillämpa i saken och dessutom blir KO behörig att ingripa.¹⁰² Att observera är dock att principen inte tillämpas i förhållande till immaterialrätten, vilket får konsekvensen att när en åtgärd strider mot immaterialrättsliga regler innebär det inte att den nödvändigtvis är att anse som otillbörlig enligt MFL. Avgränsningen som här görs kan vara svår i praktiken, eftersom det ej kan bli aktuellt att tillämpa MFL endast för att åtgärden innebär intrång i en rätt till registrerat eller inarbetat varumärke, samtidigt som tillämpning av MFL kan bli aktuellt om varumärket kan förväxlas med ett av annan företagare använt kännetecken och därigenom vilseledan allmänheten angående varans kommersiella ursprung.¹⁰³

Några av de avgöranden där MD har konstaterat att marknadsföringen står i strid med tvingande lagstiftning är MD 2004:17, *STOP v. Key Card* och MD 2000:19, *STOP v. Elinge Electronica*. I *Key Card*-fallet konstaterade domstolen att vissa så kallade tomma kort och programmerare till dessa ansågs utgöra sådan avkodningsutrustning som enligt lag inte får överlåtas i Sverige till följd varav marknadsföringen av korten ansågs som otillbörlig enligt MFL. Samma slut kom MD fram till i MD 2000:19, *STOP v. Elinge Electronica*, som behandlats ovan i kapitel 4.1.1.1., där marknadsföringen av avkodningsutrustning, som skedde på företagets hemsida, ansågs vara otillbörlig då sådan avkodningsutrustning ej var tillåten enligt lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning (den så kallade ”dekoderlagen”)

Marknadsföringen får inte heller i övrigt vara otillbörlig och några sådana otillbörliga åtgärder räknas upp i MFL:s så kallade regelkatalog. Det fanns

¹⁰⁰ Nordell, ”Marknadsrätten – en introduktion”, 2004, s. 48 f.

¹⁰¹ Prop. 1994/95:123 s. 43.

¹⁰² Bernitz, ”Marknadsföringslagen”, 1997, s. 96.

¹⁰³ Prop. 1970:57 s. 89ff.

ingen motsvarighet till detta i 1975 års lag, men vid skapandet av den nya MFL valde lagstiftaren att genom katalogen precisera de viktigaste otillbörliga marknadsföringsåtgärderna.¹⁰⁴ Andra klart uttalade otillbörliga ågeranden är renommésnyltning, aggressiva säljmetoder och bestickande förfaranden, dessa är dock inte nämnda i förbudskatalogen utan anses gå under generalklausulen.¹⁰⁵

4.1.3.2 4 § 2 st. MFL – informationsklausulen

I 4 § 2 st. MFL finns den andra generalklausulen, som innehåller ett åläggande för näringsidkaren att lämna sådan information som kan vara av särskild betydelse från konsumentsynpunkt. Att notera är därmed att medan 4 § 1 st. omfattar marknadsföring riktad mot både konsumenter och näringsidkare så är 2 st. enbart en skyddande klausul för konsumenter. Detta stadgades redan i 1975 års marknadsföringslag och vid lagstiftningsarbetet för den nya MFL ansågs det inte ha visats att det förelåg något behov att utvidga klausulen till att omfatta även marknadsföring riktad mot andra kategorier, t.ex. näringsidkare.¹⁰⁶ Vad som dock inte framgår tydligt av klausulens utformning, men som går att finna i förarbetena till 1975 års MFL, är att de konsumentintressen som avses är *privatpersoners* intressen i samband med förvärv och liknande av nyttigheter för *enskilt bruk*.¹⁰⁷

Den första generalklausulen förbjuder näringsidkare att använda otillbörlig marknadsföring, men informationsklausulen har inte samma förbudskaraktär. Här rör det sig istället om ett påbud att näringsidkaren skall utföra en viss sak, nämligen lämna information.¹⁰⁸ Sådan information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt kan vara produktens innehåll, beskaffenhet, användningsområde och pris. Detsamma gäller för information om avtalsvillkor och varans eller tjänstens kommersiella ursprung.¹⁰⁹ Någon uttömmande uppräkningsgång går dock inte att finna i lagrummet, varför en bedömning får ske från fall till fall.¹¹⁰

Vid bedömningen av vilken information som är nödvändig måste en avvägning ske mot näringsidkarens vilja att leverera ett slagkraftigt och intresseväckande budskap. Det finns exempel på näringsidkare som tycker att de negativa effekterna av informationsplikten kan bli alltför stora. Ett exempel på en invändning mot informationsplikten förekom i MD 1981:4, *Electrolux*, där Electrolux använde sig av så kallad märkesdifferentiering, vilket innebar att de tillverkade två spisar som var i stort sett identiska förutom några i delar av utseendet, men som såldes genom olika försäljningskanaler. Märkesdifferentiering som sådan är ej otillåten, i

¹⁰⁴ Prop. 1994/95:123 s. 39.

¹⁰⁵ Bernitz, "Marknadsföringslagen", 1997, s. 32.

¹⁰⁶ Prop. 1994/95:123 s. 45 f.

¹⁰⁷ Prop. 1975/76:34 s. 126.

¹⁰⁸ Nordell, "Marknadsrätten – en introduktion", 2004, s. 49 f.

¹⁰⁹ Bernitz, "Marknadsföringslagen", 1997, s. 81.

¹¹⁰ Prop. 1994/95:123 s. 45.

enlighet med MD 1977:22, *Alcro*, men KO menade att Electrolux skulle åläggas att lämna information om detta förhållande. Electrolux kom bland annat med invändningen att en alltför betungande informationsplikt skulle kunna få effekten att företagets produktion fördyras och att därmed konsumenterna är de som får betala för den ökade informationen. Det skulle då vara fördelaktigare att förändra produkterna så att märkesdifferentieringen, och därmed informationsplikten, bortfaller. Även detta skulle dock innebära ökade tillverkningskostnader och högre priser för konsumenterna. MD sade dock att i detta fall vägde informationskravet tyngst och Electrolux ålades att lämna information om märkesdifferentieringen i sina broschyrer och liknande. Något krav på aktiv information, exempelvis genom demonstrationer och skyltar, kunde dock inte åläggas, eftersom MD konstaterade att MFL inte ger laga stöd för ett sådant åläggande.

Även i det ovan nämnda fallet, MD 1977:22, *Alcro*, hävdade företaget att ett informationsåläggande om att de använde sig av märkesdifferentiering i praktiken skulle få samma effekt som ett förbud mot själva märkesdifferentieringen, eftersom informationsplikten skulle omöjliggöra användning av olika benämningar. Alcro hade använt olika namn på en och samma färg, beroende på att de ville ha alla färger som går att använda för båtar samlade på ett och samma ställe eftersom det visat sig svårt att konkurrera inom båtsektorn med i och för sig lämpliga produkter ur standardsortimentet. Ett informationsåläggande skulle därför få en icke önskvärd konkurrensbegränsande effekt, eftersom det skulle bli svårt för Alcro att ta sig in på båtmarknaden. I fallet hade Alcro dock inte bara använt sig av märkesdifferentiering, med övriga faktorer lika, utan även lagt till ett högre pris på den färg som såldes på båtmarknaden, trots att detta var samma som såldes även i övrigt. Förklaringen till detta var enligt Alcro att marknadsföringen inom detta område, där företaget hade en liten marknadsandel inom ett speciellt produktområde, var betydligt mer kostsam än i övrigt och därför borde denna färg bära större del av kostnaden. MD ansåg att Alcro härigenom hade gett en fullgod förklaring till varför märkesdifferentieringen hade gjorts och vid en gemensam bedömning med övriga faktorer i fallet beslöt domstolen att marknadsföringen inte var att anse såsom otillbörlig enligt dåvarande 2 § marknadsföringslagen. Bernitz och Pehrson har kommenterat utgången i målet med att det torde ofta vara av särskild betydelse från konsumentsynpunkt att blir informerad om att samma vara även säljs under ett annat märke, speciellt när varorna säljs till olika pris eller det är fråga om dyrare eller mer komplicerade produkter.¹¹¹ Denna ståndpunkt kan man senare ses antas även i det ovan nämnda Electolux-fallet.

Ett annat exempel på en invändning mot en stor informationsplikt kom i MD 2004:24, *Vodafone*, där Vodafone vid marknadsföringen av ett telefonabonnemang använde sig av reklambroschyrer och annonser där de istället för att lämna all information direkt hänvisade till sin hemsida, där

¹¹¹ Bernitz och Pehrson, ”Problemet märkesdifferentiering”, NIR 1978 s. 213.

mer information gick att få. KO hävdade att detta inte var tillräckligt, men Vodafone menade att det inte är praktiskt möjligt att lämna all information om detaljer i ett erbjudande i samtliga reklamenheter. Man menade att alltför mycket information riskerar att bli svårtillgänglig och att det försvårar läsbarheten och förståelsen om alla villkor för abonnemanget användes i samtliga annonser. MD menade dock att detta inte kunde påverka bedömningen av den påtalade annonsens tillbörlighet och förbjöd användandet av de påtalade annonserna om inte en ändring kom till stånd.

4.1.4 Regelkatalogen

I 1975 års marknadsföringslag stod i huvudsak, med undantag för viss reglering i 6–8 §§, de tre generalklausulerna för de materiella reglerna och genom MD:s praxis kunde innebörden av dessa preciseras. När 1996 års MFL kom valde man för klarhets skull att uttryckligen ta upp vissa av de oacceptabla förfaranden som praxis hade utvecklat från generalklausulerna.¹¹² Dessa regler, som idag återfinns i 5-13 §§ MFL, brukar gå under benämningen förbuds- eller regelkatalogen.¹¹³ Det är dock viktigt att observera att regelkatalogen endast är ett klargörande av tidigare praxis och inte en uttömmande katalog där det som inte nämns är att anse som tillåtet. Likaså kan regelkatalogen fungera som grund till KO:s och MD:s bedömningar av vad som är otillbörlig marknadsföring enligt den första generalklausulen och vilken information som är att anse vara av särskild betydelse enligt den andra generalklausulen. I MD 2004:5, *TBS*, använde domstolen exempelvis regeln i 12 § 2 st MFL om att näringsidkare vid marknadsföring inte får tillstålla någon fakturor avseende produkter som inte uttryckligen har beställts och därvid vilseleda mottagaren om dennes betalningsskyldighet, för att bedöma huruvida marknadsföringen var att anse såsom otillbörlig enligt 4 § MFL eller ej. Fallet belyser en rad intressanta frågor ur ett informationsperspektiv vid Internetmarknadsföring och kommer därför även att behandlas mer ingående senare i framställningen.

I MFL: s regelkatalog regleras informationsplikten på ett flertal platser, mer eller mindre explicit. Att lämna felaktig eller bristfällig information kan exempelvis göra marknadsföringen vilseledande och detta gör marknadsföringen otillbörlig enligt 6 §. Att inte lämna korrekt eller fullkomlig information kan enligt lagrummet vara vilseledande speciellt när det gäller framställningar som avser produktens art, mängd, kvalitet och andra egenskaper, produktens ursprung, användning och inverkan på hälsa eller miljö, produktens pris, grunderna för prissättningen och betalningsvillkoren, näringsidkarens egna eller andra näringsidkares kvalifikationer, ställning på marknaden, kännetecken och andra rättigheter samt belöningar och utmärkelser som har tilldelats näringsidkaren. Det är

¹¹² Prop. 1994/95:123 s. 39.

¹¹³ Se exempelvis Nordell, "Marknadsrätten – en introduktion", 2004, s. 52 samt Bernitz, "Marknadsföringslagen", 1997, s. 31.

därför av vikt att den information som lämnas inte är vilseledande i något av de ovanstående hänseendena, eftersom det kan göra marknadsföringen otillbörlig. Detta lagrum bygger i stort på Rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam, och är därmed ett resultat av de harmoniseringsansträngningar som skett på marknadsföringsrättsområdet.¹¹⁴

4.1.4.1 Reklamidentifiering och sändarangivelse

Reklamidentifiering och sändarangivelse är exempel på krav som uppfyller marknadsföringens öppenhetskrav, det vill säga att de näringsidkare som marknadsför sina produkter skall tydligt visa vem de är och att den information de lämnar inte är av annan karaktär än rent kommersiell.¹¹⁵ Dessa regler, som återfinns i 5 § MFL, har motsvarigheter både i Internationella regler, såsom artikel 5.1.a. och 12 i ICC: s Grundregler, och i EG-rättslig lagstiftning, såsom i Distansavtalsdirektivets artikel 4 och E-handelsdirektivets artikel 5 och 6.

5 § MFL gäller även vid marknadsföring riktad till näringsidkare.¹¹⁶ 5 § 1 st. stadgar att all marknadsföring skall utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring, det vill säga att det finns ett krav på reklamidentifiering. Detta krav kan uppfyllas antingen genom att reklamen utformas så att det tydligt framgår av omständigheterna att det är marknadsföring det handlar om eller genom att ange att det handlar om ett reklambudskap.¹¹⁷ Kravet på reklamidentifiering riktar sig mot förhållandet mellan näringsidkaren och det medium som marknadsföringsåtgärden förmedlas i, det vill säga att näringsidkaren måste uppfylla kravet genom olika metoder, beroende på valet av medium.¹¹⁸ Det är av yttersta vikt att kommersiella budskap inte förväxlas med icke-kommersiella, såsom nyhetsinnehåll. Detta har tagits upp till bedömning i MD i flera avgöranden och även marknadsföringsutredningen valde att poängtera detta i sin utredning.¹¹⁹

I MD 1987:5, *Skoladan*, meddelade domstolen ett förbud, förenat med vite, för näringsidkaren, och medverkande tidningsföretag, att använda sig av en kommersiell tidningsannons som hade utformats så att den lätt kunnat förväxlas med tidningens redaktionella innehåll. I annonsen hade näringsidkaren använt sig av både en stilsort och inramning som gjorde att MD ansåg att läsare i allmänhet inte uppfattade sidan som reklam, vilket

¹¹⁴ Prop. 1994/95:123 s. 50.

¹¹⁵ Nordell, "Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse", SvJT 1999 s. 846.

¹¹⁶ Bernitz, "Marknadsföringslagen", 1997, s. 85.

¹¹⁷ Nordell, "Marknadsrätten – en introduktion", 2004, s. 53.

¹¹⁸ Nordell, "Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse", SvJT 1999 s. 847.

¹¹⁹ SOU 1993:59 s. 390.

innebar att marknadsföringen brast i sin reklamidentifiering och den ansågs otillbörlig enligt MFL.

I 5 § 2st MFL stadgas att det tydligt skall framgå vem som svarar för marknadsföringen, vilket är ett krav på så kallad sändarangivelse. Medan kravet på reklamidentifiering riktar sig mot förhållandet mellan näringsidkaren och det valda mediet, riktar sig kravet på sändarangivelse främst mot det direkta förhållandet mellan näringsidkaren och konsumenten.¹²⁰ MFL uppställer inga uttryckliga krav på vad sändarangivelsen skall innehålla, men i förarbetena konstaterades att man normal uppfyller detta krav genom en upplysning om annonsörens namn eller firma.¹²¹

Även om skillnaden mellan reklamidentifiering och sändarangivelse verkar vara ganska klar finns det emellertid en koppling de bägge emellan. Exempelvis torde en bristande angivelse av firmanamn kunna förvirra konsumenterna att tro att en kommersiell framställning är icke-kommersiell. Å andra sidan skulle en väl gjord sändarangivelse kunna innebära att kravet på reklamidentifiering blir uppfyllt.¹²²

4.1.4.2 Övrig informationsplikt

Det finns även andra regler angående informationskravet i marknadsföringslagen. 8 a § behandlar jämförande reklam och det är huvudregel i svensk lag att det är tillåtet att använda sig av sådan, men när jämförelsen avser ett särskilt erbjudande, skall det på ett klart och entydigt sätt framgå när erbjudandet upphör att gälla, eller om så är fallet, de begränsningar som finns. Information om när erbjudandet börjar gälla skall även lämnas, om erbjudandet inte har börjat gälla än. Vid marknadsföring via e-post skall enligt 13 c § MFL meddelandet alltid innehålla en giltig adress till vilken mottagaren kan sända en begäran om att marknadsföringen skall upphöra.

Även vid förmånerserbjudanden och vid lämnandet av garantier finns krav på information (se 13–13 a §). Om en näringsidkare i sin marknadsföring erbjuder köparen att förvärva ytterligare produkter utan ersättning, till ett särskilt lågt pris eller erbjuder köparen andra särskilda förmåner skall denne lämna tydlig information om villkoren för att utnyttja erbjudandet, om erbjudandets beskaffenhet och värde samt om de tidsgränser och andra begränsningar som gäller för erbjudandet (13 §).¹²³ I MD 2004:24, *Vodafone* (jämför ovan i kapitel 4.1.3.2) innehöll företagets annons ett erbjudande om att få köpa en mobiltelefon till reducerat pris i samband med

¹²⁰ Nordell, "Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse", SvJT 1999 s. 847.

¹²¹ Prop. 1994/95:123 s. 47.

¹²² Nordell, "Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse", SvJT 1999 s. 866.

¹²³ Jämför med kraven i ICC:s Regler för säljfrämjande åtgärder.

tecknande av ett 12-månaders abonnemang. Uppgifter om vissa kostnader som var sammanbundna med detta var skrivna längst ner i annonsen i så liten stilgrad att MD ansåg de vara närmast oläsliga. Därmed menade domstolen att en konsument vid en flyktig läsning av annonsen inte tar del av den aktuella informationen och konsumenten kan därmed inte bedöma erbjudandets faktiska värde. Vodafone uppfyllde därmed inte MFL:s krav på tydlig information vid förmånserbjudanden.

Även Konsumentverket har i ett förbuds föreläggande (FF 2004:5) tagit upp ett ärende med liknande omständigheter. Bolaget hade ett förmånserbjudande där det hade underlåtit att i marknadsföringen skriva ut att det fanns både en bindningstid om sex månader, med påföljande tre månaders uppsägningstid, samt vilket tjänstens pris var efter de tre första månaderna. Både bindningstid och pris var enligt KOV av betydelse för att konsumenten skulle kunna bedöma erbjudandet som helhet och denna information borde därmed ha framgått tydligt för att 13 § MFL skulle var uppfyllt.

4.1.5 Sanktioner

MFL innehåller även sanktioner som kan bli aktuella vid åtgärder som strider mot både denna lag, men även i viss mån andra lagar såsom Distansavtalslagen, Konsumentkreditlag (1992:830) och Konsumentförsäkringslag (1980:38).

MFL tillämpar i huvudsak tre olika sanktioner mot näringsidkare ägnar sig åt otillbörlig marknadsföring. De två första och vanligast förekommande är förbud och ålägganden enligt 14–21 §§ MFL. Dessa kan dessutom enligt 19 § förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövt. Förbud och åläggande är tänkta att sanktionera överträdelse av generalklausulerna i 4 § och eftersom katalogreglerna är en specificering av vissa åtgärder som går under generalklausulerna så kan sanktionerna bli aktuella även vid överträdelse av dessa. Dock krävs då uppsåt eller oaktsamhet hos näringsidkaren.¹²⁴

Förbud kan enligt 14 § bli aktuellt gentemot näringsidkare vars marknadsföring strider mot god marknadsföringssed eller på annat sätt är otillbörlig mot konsumenterna och näringsidkare. Förbud är en åtgärd som endast hindrar framtida liknande beteende, medan informationsålägganden blir gällande redan vid den marknadsföring som är under bedömning. Informationsåläggande enligt 15 § kan endast tillämpas vid marknadsföring där näringsidkaren låter bli att lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt, vilket får till följd att åläggande endast kan aktualiseras i konsumentförhållanden. Åläggande kan även gälla tillhandahållande av tekniska hjälpmedel enligt 16 a §, när det kan aktualiseras av 10 § i lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra

¹²⁴ Prop. 1994/95:123 s. 91.

informationssamhällets tjänster (e-handelslagen). Den tredje generalklausulen, i 17 § kan endast aktualisera ett förbud, inte ett åläggande, vilket står uttryckligen i paragrafens första stycke.

Den tredje sanktionen är marknadsstörningsavgift enligt 22–28 §§ MFL, vilket kan bli aktuellt om näringsidkaren eller någon som handlar på dennes vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot 5–13 §§ MFL. Marknadsstörningsavgiften kan bli betydande. Den bestäms till lägst 5000 och högst 5 miljoner men får inte överstiga tio procent av näringsidkarens årsomsättning (24 §).

Marknadsstörningsavgift kan enligt 22–23 §§ bli aktuell endast i vissa specifika fall, vilket gör att denna sanktion exempelvis inte kan tillämpas vid förfarande i strid mot flera speciallagar, som hänvisar till MFL vid åtgärder i strid mot den aktuella lagen. Detta har att göra med att lagstiftaren vid MFL:s tillkomst ansåg att denna sanktion skulle bli aktuell endast vid allvariga hot mot allmänna konsument- och näringsidkarintresse.¹²⁵ Detta gör att inte alla otillbörliga marknadsföringsåtgärder kan vara föremål för marknadsstörningsavgift.

Av särskilt intresse för denna framställning är 15 § MFL om åläggande att lämna information, som blir aktuellt om näringsidkaren vid sin marknadsföring låter bli att lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentens synpunkt. Detta åläggande får innehålla en skyldighet att lämna informationen i annonser eller andra framställningar som näringsidkaren använder vid marknadsföringen, genom märkning på varan eller i annan form på säljstället eller i viss form till konsumenter som begär det (16 §).

MFL erbjuder även i 29–30 §§ en möjlighet för de näringsidkare och konsumenter som lider skada att få skadestånd av den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot ett förbud eller ett åläggande eller mot en föreskrift enligt 5–13 d §§. I den tidigare marknadsföringslagen var det enbart konkurrerande näringsidkare som hade den rätten men i förarbetena till 1995 års MFL konstaterades att då ett av lagens syften var att även skydda konsumenterna framstod det som inkonsekvent att inte ge den rätten även till konsumenter. Skadestånd till konsumenterna torde dock enligt förarbetena till MFL främst bli aktuellt när en konsument har föranletts att vidta en åtgärd på grund av påståenden i den otillbörliga marknadsföringen.¹²⁶ Man tog även bort kravet på att den näringsidkare som yrkade på skadestånd skulle vara konkurrent till svaranden, med motiveringen att det borde vara tillräckligt att ett krav på adekvat kausalitet föreligger mellan marknadsföringsåtgärden och skadan.¹²⁷

¹²⁵ Prop. 1994/95:123 s. 104.

¹²⁶ Prop. 1994/95:123 s. 111 f.

¹²⁷ A. a. s. 111.

4.1.6 Ansvarsfördelningen

Förbud och ålägganden enligt 14 och 15 §§ MFL meddelas vanligen den näringsidkare som ligger bakom marknadsföringen, men MFL innehåller även vissa medverkansregler som kan få effekten att även andra kan hållas ansvariga. Det är främst en anställd hos näringsidkaren eller någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar som är föremål för medverkansansvaret (14 § 2 st och 15 § 2 st MFL), men vid förbuds föreläggande kan även var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen bli ansvarig enligt 14 § 2st 3 p.

Likaså vid marknadsstörningsavgift kan en medverkande näringsidkare, som handlat uppsåtligt eller av oaktsamhet och därmed väsentligt bidragit till överträdelsen, bli föremål för avgiften enligt 22 § 3 st MFL. Dessutom kan näringsidkaren bli ålagd att betala marknadsstörningsavgift om det är så att någon som handlar på dennes vägnar uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot någon bestämmelse i regelkatalogen (5–13d §§).

Vid marknadsföring via Internet får detta effekten att inte endast den som står bakom marknadsföringen, vilket vanligtvis är den som äger hemsidan, kan bli ansvarig för bristande information. Även exempelvis reklambyråer som varit med och utformat reklamen kan bli ansvariga, liksom den som tillhandahåller webbplatsen, i det fall platsen inte ägs av näringsidkaren själv. Medverkansansvar kan även aktualiseras exempelvis för Internetkonsulter och produktionsbolag som producerar hemsidor och det har även diskuterats huruvida nätoperatörer kan anses ha ett ansvar då en hemsida strider mot MFL. Om så vore fallet kan dessa åläggas att stänga ner denna hemsida. Problemen som då uppkommer är att det kan vara svårt för en Internetleverantör att ha full kontroll över allt som läggs ut på deras servrar.¹²⁸ Detta kan dock jämföras med e-handelslagens 19 §§, där så kallade intermediärer, det vill säga tjänsteleverantörer som överför eller lagrar information för annan, inte skall dömas till ansvar för brott som avser innehållet i informationen, såvida de ej är i ond tro. Undantag för detta krav på uppsåt finns dock i 16 kap. 10 a § 3 st och 10 b § 2 st brottsbalken, det vill säga barnpornografibrott och olaga våldskildring, om spridning av barnpornografi eller sexuellt våld eller tvång skett i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte, samt i 53 § upphovsrättslagen angående upphovsrättsintrång.

MD har bland annat i MD 1995:2, *Verandi mot N.N. och Tidningen Aftonbladet AB*, sagt att för att ett ansvar för intermediären skall föreligga krävs att det måste stått helt klart att annonsen är otillbörlig. Fallet rörde en annons som hade lagts in i en tidning, men principen anses enligt MD gälla även vid marknadsföring på Internet, vilket domstolen även konstaterade i MD 2003:27, *Flashback*. Företaget Flashback tillhandahöll utrymme på sina webbplatser för annonsering för olika piratkort, där själva marknadsföringen ansågs otillbörlig i enlighet med lagstridighetsprincipen. Även Flashbacks

¹²⁸ Carlén-Wendels, "Nätjuridik – lag och rätt på Internet", 2000, s. 193 och s. 208.

medverkan ansågs dock vara ansvarsgrundande, eftersom MD ansåg att det ansvar som krävdes av tidningsföretagen i MD 1995:2 även skulle gälla för Flashbacks aktuella hemsidor. Detta ställningstagande stämmer väl överens även med de nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt om ansvar för innehållet på en webbplats, där de menar att en Internetleverantör kan anses som medverkande om denne vet om en överträdelse, men inte gör något för att förhindra den.¹²⁹

Ett problem som uppkommit genom användandet av Internet är det så kallade länkningsproblemet. Såsom behandlats ovan, i kapitel 2.1., bygger mycket av idén kring Internet på just länkar och länkarna kan ibland kallas Internets livsnerv.¹³⁰ Länkningarna kan aktualisera flertalet problem, bland annat av immaterialrättslig karaktär eftersom frågan rör rätten att länka till annans material på Internet, men länkningsproblem kan även uppstå vid marknadsföringsrättsliga frågor om ansvar för innehållet på den sida som länkas till. Det är främst detta sistnämnda problem som är av intresse här eftersom det förekommer vid marknadsföring på Internet att man exempelvis åberopar forskningsresultat och dylikt som går att finna på en annan hemsida. För att inte behöva skriva ut hela forskningsrapporten på den sida där marknadsföringen ligger, förekommer det att näringsidkaren istället länkar till forskningsrapporten. Här uppstår frågan om näringsidkaren är ansvarig för att även forskningsrapporten är korrekt utförd, även om denna de facto inte ligger på näringsidkarens hemsida. Gällande länkning i Sverige bör detta oftast inte vålla några större problem, eftersom länkning är att anse som ett åberopande av innehållet på den andra hemsidan. MD har slagit fast i sin praxis att den som i sin marknadsföring använder ett visst påstående skall kunna styrka att påståendet är riktigt.¹³¹ Detta innebär därmed för länkningens del att om en näringsidkare åberopar information som finns på en annan hemsida så blir även innehållet på denna del av marknadsföringen, och skall bedömas enligt MFL.¹³² Om forskningsrapporten inte skulle vara av sådan standard som ges sken av, kan även marknadsföringen komma att anses såsom otillbörlig, med stöd i 6 § MFL.

En fråga som här kan uppstå gäller dock länkning mellan två hemsidor som båda är del av en och samma näringsidkares marknadsföring, men de båda hemsidorna är mer eller mindre riktade till skilda länder. Låt säga att den ena hemsidan är riktad mot Sverige, där det är förbjudet att marknadsföra en viss produkt, medan den andra hemsidan är riktad mot ett annat land, där marknadsföring av samma produkt är tillåten. Frågan som här uppstår är huruvida näringsidkaren kan bli ansvarig även i Sverige för marknadsföringen av produkten, om en länk hemsidorna emellan existerar. En liknande fråga behandlades av Svea hovrätt i mål B68-02, där Sony via

¹²⁹ "De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet" – kap 9.

¹³⁰ Carlén-Wendels, "Nätjuridik – lag och rätt på Internet", 2000, s. 169.

¹³¹ Se exempelvis MD 2004:9, *Royal Canin Sverige v. Hill's Pet Nutrition Ltd.*

¹³² Carlén-Wendels, "Nätjuridik – lag och rätt på Internet", 2000, s. 196f. samt s. 210.

sin svenska hemsida hade länkat till sin engelska sida, där Sony i sin tur marknadsförde en produkt som gjorde intrång i en annan näringsidkares varumärkesrätt. Här ansåg hovrätten att även om det rör sig om att företaget har olika sidor för olika länder så måste ett ansvar för det länkade materialet kunna utkrävas, vilket stämmer väl överens med det som är sagt ovan. Hovrätten valde även att motivera detta bland annat med att ett motsatt synsätt skulle innebära att det med lätthet vore möjligt att kringgå, inte bara de immaterialrättsliga reglerna, utan även exempelvis marknadsföringslagens regler om otillbörlig marknadsföring.

Fallet aktualiserar dock även frågan om huruvida denna ”utländska” hemsida kan anses riktad mot Sverige, enbart på den grunden att en länk mellan hemsidorna existerar. Hovrätten menade att den utländska hemsidan kan anses riktad till Sverige om näringsidkaren har delar av sin verksamhet riktad till Sverige. Eftersom Sony hade en ”svensk” hemsida fick även resten av företagets marknadsföring anses vara riktad mot Sverige, och ansvar för det länkade materialet kunde utkrävas. Här poängterade dock domstolen även att sådana faktorer som att det via den engelskspråkiga hemsidan gick att länka sig till en sida för inköp i Sverige, även det gjorde att den utländska sidan kunde anses vara riktad mot Sverige. Målet överklagades till HD, men endast i den del som rörde utdömande av vite.¹³³ Genom hovrättens dom torde även rent marknadsföringsrättsliga åtgärder kunna bedömas enligt samma princip.

De nordiska konsumentombudsmännen har intagit den ståndpunkten att näringsidkare inte bör länka till webbplatser eller material, som vid en omedelbar granskning inte lever upp till principerna i den gemensamma ståndpunkten. Om en näringsidkare uppmärksammar att en webbplats, som denne länkar till, strider mot lagstiftning bör näringsidkaren ta bort den ifrågasvarande länken. Likaså menar de att när det länkas från en hemsida till en annan så skall det tydligt framgå att konsumenten lämnar den första hemsidan.¹³⁴

4.2 Speciallagstiftningen

Inom marknadsföringsrätten finns fler viktiga lagar än marknadsföringslagen, även om denna är den centrala.¹³⁵ Dessa speciallagar, även kallade annexlagar, fungerar oftast som en precisering och förstärkning av MFL: s regler genom hänvisningar till just MFL. Det finns främst två skäl till att marknadsföringsrätten blivit splittrad på detta vis, till skillnad från exempelvis konkurrenslagstiftningen. Det första är att det i vissa fall rent lagstiftningstekniskt har fallit sig naturligt att även reglera de marknadsföringsrättsliga aspekterna inom ett område när resten

¹³³ HD: s dom B 1624-03.

¹³⁴ ”De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet” – kap 9.

¹³⁵ Nordell, ”Marknadsrätten – en introduktion”, 2004, s. 45.

av området skall regleras. Ett andra skäl ligger i påverkan från EG-rätten, eftersom dagens marknadsföringsrätt till stor del bygger på denna. Istället för att göra om MFL varje gång exempelvis ett nytt direktiv inom området har kommit, har det varit lättare att implementera direktivet genom en separat lag.¹³⁶

Exempel på speciallagar är prisinformationslagen (1991:601), produktsäkerhetslagen (2004:451), lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal och lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. Det finns ett flertal andra lagar som också reglerar marknadsföring av speciella produkter och en parallell tillämpning av MFL kan bli aktuellt.

Speciallagarna har i många fall egna sanktionsregler, men med användning av den så kallade lagstridighetsprincipen kan en viktig funktion av MFL aktualiseras. Vid bedömning av vad som är otillbörlig marknadsföring enligt 4 § 1 st. MFL kan, såsom tidigare konstaterades, tillämpning av lagstridighetsprincipen bli aktuellt. Detta innebär att ett agerande i strid med speciallagstiftningen även kan dömas som otillbörligt enligt MFL. Härigenom får KO möjlighet att ingripa och MFL:s sanktionssystem blir tillämpligt utöver de sanktioner som stadgas i speciallagstiftningen. Detta förutsätter dock att det inte i speciallagarna klart framgår att någon parallell tillämpning av lagarna ej är möjlig.¹³⁷

4.2.1 Prisinformationslagen

Generalklausulen om information i MFL 4 § 2 st talar inte direkt om vilken information som kan anses vara av särskild betydelse från konsumentsynpunkt, men det anses uppenbart att prisinformation är av sådan vikt.¹³⁸ Kravet på prisinformation är dock sedan början av 1990-talet reglerat inte enbart i MFL, utan har kompletterats med en prisinformationslag som grundas dels på MFL, Konsumentverkets riktlinjer samt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/6/EG om konsumentskydd i samband med prismärkning av varor som erbjuds konsumenterna.¹³⁹ Prisinformationslagen har genomgått flera ändringar och den senaste trädde i kraft 1 oktober, 2004.

PIL har till ändamål att främja god prisinformation till konsumenterna (1 §), och gäller för sådana näringsidkare som i sin yrkesmässiga verksamhet tillhandahåller produkter till konsumenterna (3 §). Häri ligger en nyhet som kom i och med 2004 års ändringar, genom att 3 § hänvisar till ”produkter” istället för till ”varor och tjänster” som i den tidigare

¹³⁶ A.a. s. 69.

¹³⁷ Bernitz, ”Marknadsföringslagen”, 1997, s. 96.

¹³⁸ Nordell, ”Marknadsrätten – en introduktion”, 2004, s. 76.

¹³⁹ SOU 2002:54 s. 24.

prisinformationslagen.¹⁴⁰ Med ”produkter” menas enligt 2 § vara, tjänst eller annan nytthet, dock inte fast egendom och arbetstillfälle. Detta innebär att den nya PIL har utvidgat objektet för själva prisinformationen till att gälla även andra konsumentnyttigheter såsom exempelvis teletjänster och andra former av elektroniska kommunikationstjänster.¹⁴¹ Ett av skälen till denna utvidgning var att utvecklingen på dessa områden har varit så väsentlig sedan 1991 års PIL kom och att den tidigare lagen därmed inte var tillräcklig för att täcka även dessa aspekter.¹⁴²

PIL uppställer i 7 § krav på information både om pris och jämförpris när det gäller marknadsföringen av varor. För andra produkter än varor finns inget motsvarande krav på jämförpris, såvida inte regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer har föreskrivit det. Jämförpris behöver enligt 8 § inte heller anges om det på grund av produktens karaktär eller ändamål kan antas att det skulle sakna betydelse eller om det skulle skapa förvirring. Detta gäller alltså även vid marknadsföring av varor.

Prisinformationen som ges, skall enligt 10 § vara korrekt och tydlig, vilket inkluderar även ett krav på att avgifter och andra kostnader skall anges särskilt. Denna bestämmelse stämmer överens med vad som gällde enligt 5 § 1 st i den tidigare PIL (1991:601), och innebär att prisuppgifter skall vara väl synliga och lätta att uppfatta, så att de inte skapar någon osäkerhet hos konsumenten. De extra kostnader som här hänvisas till är så kallade icke-obligatoriska kostnader, såsom faktureringsavgifter, kortbetalningsavgifter etc.¹⁴³ Att mervärdesskatt och liknande obligatoriska kostnader skall anges i priset framgår av 2 §.

MD fick i MD 2004:25, *3-Net AB/3 Call AB*, anledning att pröva huruvida den prisinformation som företaget lämnade vid marknadsföring via e-post och sms var tydligt och klart angiven i enlighet med dåvarande 5 § PIL. Detta rättsfall har tagits upp tidigare i framställningen, men då med betoningen på de problem från reklamidentifierings- och sändarangivelsesynpunkt som aktualiserades. Företaget hade vid marknadsföringen av de tjänster som erbjöds angett priset för detta med förkortningar såsom ”avreg:stop 12 kr/sms”, ”12 kr sms/skickat” och liknande. MD menade att det därigenom inte tydligt framgick vad det var som kostade 12 kronor, eftersom mottagaren kunde tolka påståendet på flera sätt, t.ex. att det skulle kosta 12 kr att avregistrera sig. Informationen lämnades dessutom sent i meddelandet, vilket innebar att konsumenten var tvungen att läsa nästan hela meddelandet för att få del av informationen. Priset för tjänsten var därför inte korrekt eller tydligt angivet och marknadsföringen ansågs otillbörlig.

¹⁴⁰ 2 § prisinformationslag (1991:601).

¹⁴¹ SOU 2002:54 s. 124.

¹⁴² A. a. s. 91.

¹⁴³ Prop. 2003/04:38 s. 30.

Näringsidkaren behöver lämna prisinformationen skriftligen endast om konsumenten inte kan få den på något annat likvärdigt sätt. Detta innebär att informationen om priset kan lämnas även muntligt, om det anses likvärdigt. I förarbetena till den tidigare PIL anges att kravet på "likvärdighet" inkluderar att konsumenten skall kunna få den muntliga informationen lika lätt som skriftlig information.¹⁴⁴

Genom hänvisning i 12 § PIL kopplas lagen till MFL, vilket får betydelse bland annat för val av sanktioner vid agerande i strid mot PIL. Detta får till effekt att endast förbud och ålägganden, eventuellt förenade med vite, kan bli aktuellt. Marknadsstörningsavgift kan enligt 22 § MFL endast dömas ut vid vissa brott mot bestämmelser ur regelkatalogen samt vid brott mot vissa bestämmelser i tobakslagen (1993:581), alkohollagen (1994:1738), radio- och TV-lagen (1996:844) samt, när det gäller ett erbjudande som inte är riktat endast till andra än konsumenter, lagen (1995:1571) om insättningsgaranti och lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet. Marknadsstörningsavgift kan därmed inte bli aktuellt vid åtgärder i strid med PIL.

I den nya PIL kommenterade utredningen frågan om huruvida det fanns någon anledning till att utvidga tillämpningsområdet för Prisinformationslagen avseende marknadsföring på Internet. Utredningen kom fram till att eftersom det i lagen inte görs någon åtskillnad mellan vilken medieform som näringsidkaren marknadsför sina produkter på, ansågs Internet inte behöva någon särreglering, utan PIL är ändå tillämplig på marknadsföring via Internet.¹⁴⁵ Huruvida en marknadsföringsåtgärd, där PIL aktualiserats, är att anse som otillbörlig marknadsföring via Internet har varit uppe för MD: s bedömning bland annat i MD 2001:24 *GE Capital Finans*. Målet rörde prisinformation på en banks hemsida. Hemsidans startside visade ett roterande kreditkort märkt Finax Card, men ingen information gavs om att det krävdes att användaren klickade på detta kort för att få tillgång till prisinformation om den effektiva räntan samt övrig kostnadsinformation. Banken menade att man här måste jämföra en hemsida med en hel reklambroschyr och inte en ensidig tidningsannons, eftersom man precis som när man bläddrar i en broschyr klickar sig fram genom en hemsida. Detta skulle då få till följd att eftersom det i broschyrer inte krävs att all information skall koncentreras på en och samma sida så bör det inte heller ställas ett sådant krav på hemsidor. MD valde att inte kommentera detta påstående från bankens sida utan gjorde enbart en bedömning utifrån informationen som sådan och sade att eftersom det stred mot 6 § KkredL och KOV: s riktlinjer i frågan att inte tydligt visa den effektiva räntan så var annonseringen att anses såsom otillbörlig.

¹⁴⁴ Prop. 1990/91:171 s. 27.

¹⁴⁵ Prop. 2003/04:38 s. 23.

4.2.2 Produktsäkerhetslagen

Genom produktsäkerhetslagen (2004:541) implementeras Europaparlamentet och rådets direktiv 2001/95/EG av den 3 december 2001 om allmän produktsäkerhet och lagen tar upp flera krav gällande information vid marknadsföring. De huvudsakliga informationskraven gäller säkerhets- och varningsinformation enligt 14–15 §§. PSL reglerar inte enbart marknadsföringsrättsliga åtgärder utan har till syfte att säkerställa att varor och tjänster som tillhandahålls konsumenterna inte orsakar skada på person (1 §). Lagen tillämpas, enligt 2 §, i fråga om varor och tjänster som tillhandahålls i näringsverksamhet och i offentlig verksamhet. Genom att lagen inte är mediespecifik torde den, i enlighet med exempelvis bedömningen av MFL:s tillämplighet, även aktualiseras vid marknadsföring av varor och tjänster via Internet.

En förutsättning är att varan eller tjänsten är avsedd för konsumenterna eller kan antas komma att användas av konsumenterna. I 7 § PSL finns generalklausulen som stadgar att varor och tjänster som tillhandahålls av näringsidkare skall vara säkra. Vad som innebär att en vara eller tjänst är säker är ett relativt begrepp som måste bedömas utifrån varje enskilt tillfälle. Utgångspunkten är enligt förarbetena dock att säkerhetsnivån skall vara socialt godtagbart. Hänsyn skall därför inte tas till olika näringsidkares förutsättningar att uppfylla kravet eller en enskild konsumentens uppfattning om vad som utgör en godtagbar risknivå.¹⁴⁶ Kravet på säkra varor eller tjänster får stor påverkan på informationskravet, eftersom tillverkaren av varan, eller näringsidkaren som tillhandahåller tjänsten, enligt 13 § skall lämna sådan säkerhetsinformation som behövs för att en konsument skall kunna bedöma riskerna med varan eller tjänsten och skydda sig mot dessa risker. Säkerhetsinformationen behöver dock inte lämnas, om riskerna är uppenbara. Vad som kan göra att en risk är så uppenbar att säkerhetsinformation inte behöver lämnas kan inte generellt anges, men bedömningen får ske enligt de ovan nämnda kriterierna för säkra varor och tjänster.¹⁴⁷

Kravet på säkra varor och tjänster får även effekten att när en tillverkare har tillhandahållit en farlig vara eller en näringsidkare har tillhandahållit en farlig tjänst skall de utan dröjsmål informera om skaderisken och om hur den kan undanröjas, om det behövs för att förebygga skadefall (14 § 1 st). Informationen skall enligt 14 § 2 st lämnas så att den kan antas komma till de berörda kännedom genom framställningar som näringsidkaren använder i sin marknadsföring. Överträdelse av skyldigheten att lämna varningsinformation bör enligt förarbetena uppstå först efter att näringsidkaren har fått kännedom om sådana uppgifter om risker hos en vara eller tjänst som innebär att denna är farlig, men trots detta inte utan dröjsmål ser till att effektiv varningsinformation lämnas.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Prop. 2003/04:121 s. 95.

¹⁴⁷ A.a. s. 108.

¹⁴⁸ Prop. 2003/04:121 s. 113.

De sanktioner som kan aktualiseras vid bristande information enligt PSL är främst förbud och förelägganden enligt 27 §, och sanktionsavgift enligt 37 §. En näringsidkare skall åläggas att betala sanktionsavgift om denne, eller någon som handlar på dennes vägnar, uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutit mot informationsskyldigheten i 13–14 §. En förutsättning för att PSL:s sanktioner skall kunna aktualiseras är att det för den aktuella varan eller tjänsten inte finns någon speciallagstiftning som har ett motsvarande sanktionssystem. Detta går att utläsa ur 4 § 2 och 3 st, där det stadgas att bestämmelserna i 13 och 14 §§ inte skall tillämpas på varor om det finns speciallagstiftning som har bestämmelser som reglerar samma fråga och som har samma syfte, och i förhållande till speciallagstiftning som inte genomför ett EG-direktiv eller som finns i en EG-förordning, uppfyller motsvarande krav i denna lag.

Reglerna i PSL, PIL och MFL kompletteras även av andra lagar och förordningar, exempelvis distansavtalslagen och lagen om elektronisk handel (e-handelslagen), där kraven på information är en viktig del.

4.2.3 Distansavtalslagen

Den 20 maj 1997 antog rådet och europaparlamentet direktiv 97/7/EG om konsumentskydd vid distansavtal, ett minimidirektiv där reglerna är ett lägsta krav på den nationella lagstiftningen som skall implementera direktivet.¹⁴⁹ I Sverige har direktivet implementerats genom lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal, vilken trädde i kraft 1 juni 2000. I lagen regleras, såsom namnet antyder, även hemförsäljning och kom att ersätta 1981 års hemförsäljningslag. Distansavtalslagen gäller för avtal varigenom en näringsidkare överlåter eller upplåter lös egendom till, eller utför tjänster åt, en konsument, om avtalet ingås uteslutande på distans eller vid hemförsäljning. Lagen gäller även för marknadsföring som syftar till sådana avtal (1 §). Distansavtalslagen är enligt 8 § tvingande till konsumentens fördel.

Vem som är att anse som konsument har varit uppe till bedömning bland annat av KO:s informationsförelägganden IF 2002:1, där ett bolag utförde marknadsföring via Internet och telefon och den information de hade om den som marknadsföringen riktade sig mot kom från ett näringslivsadresser som köpts från SCB. Bolaget var därför av uppfattning att distansavtalslagen inte var tillämplig. KOV sade dock att endast det faktum att de som hade kontaktats var innehavare av ett bolag inte kunde anses medföra att de kan anses ha kontaktats i sin egenskap av näringsidkare, vilket gjorde att distansavtalslagen var tillämplig i ärendet (se definitionen av konsument i 2 §).

¹⁴⁹ Ingress – punkt 4.

I direktivets ingress punkt 11, konstateras att användning av tekniker för distanskommunikation inte får leda till någon minskning av den information som tillhandahålls konsumenten. Vad som menas med tekniker för distanskommunikation går att finna i direktivets artikel 2.4, och inkluderar varje teknik som, utan att leverantören och konsumenten samtidigt är fysiskt närvarande, kan användas för ingående av avtal mellan dessa parter. En icke uttömmande lista över sådana tekniker ges i direktivets bilaga 1, där bland annat elektronisk post anges. Dock finns andra Internetrelaterade tekniker som anses vara exempel på teknik för distanskommunikation, exempelvis webbplatser.¹⁵⁰

Distansavtalslagen behandlar därmed frågan om information vid marknadsföring på Internet. I direktivet talas om förhandsinformation, men då den svenska lagstiftaren såg de tydliga marknadsrättsliga kopplingarna, valdes att implementera bestämmelsen såsom gällande information vid marknadsföring.¹⁵¹ Att avtalsingående via Internet ingår som distansavtalsingående ter sig självklart, och det var just behovet av ökat konsumentskydd vid Internet-handel som låg till grund för mycket av arbetet med distansavtalslagen.¹⁵²

Vad som skall anses som ett avtal som uteslutande ingås på distans är dock inte alltid lätt att avgöra, eftersom det ibland kan förekomma avtal, och marknadsföring av dessa, som befinner sig i ”utkanten” av vad som bör anses som distans. Ett exempel som kan ges är om en konsument bestämmer sig för att handla via Internet, efter att en marknadsföringsåtgärd lyckats påverka denne, men innan köpet har denne haft kontakt med en köpare via datorskärmen. Om säljaren visar sitt ansikte och kontakten sker genom webbkamera samtidigt som direkt koppling finns personerna emellan, är detta då fortfarande distanskontakt? Såsom Hultmark väljer att uttrycka det: Ligger i ordet distans att man inte kan lukta på varandra?¹⁵³ Det är nog snarare den fysiska kontakten som åsyftas, men precis som Hultmark påpekar så är frågan om vad det är som gör att just fysisk närvaro skulle göra marknadsföring och avtalsingående lättare att ”förstå” för en konsument.¹⁵⁴ Regeringen kommenterar detta förhållande i propositionen, men ger inget klart svar på frågan.¹⁵⁵

Informationskravet i lagen återfinns i lagens 9 §, som anger vilken sorts information som skall anges vid marknadsföring som syftar till distansavtal. Dessa krav motsvaras i stort av de krav som ställs i övriga lagar och regler på området, bland annat krav på namn och adress för näringsidkaren, priset på varan eller tjänsten och andra avtalsvillkor. I distansavtalsdirektivets artikel 4.1.g., liksom i artikel 22–24 i ICC:s Internetregler, stadgas att om en tjänst eller en vara debiteras genom användandet av en teknik, exempelvis vid Internettjänster som debiteras via Internetabonnemanget, skall priset för

¹⁵⁰ Lindberg och Westman, ”Praktisk IT-rätt”, 2002, s. 42.

¹⁵¹ Ds 1999:45 s. 43.

¹⁵² Prop. 1999/2000:89 s. 13.

¹⁵³ Hultmark, ”Ny distansavtalslag”, JT 2000-01 s. 51.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Prop. 1999/2000:89 s. 27.

detta anges så snart kostnaden för detta överstiger normaltaxa. Detta informationskrav torde därmed även ställas enligt den svenska lagen.

Informationen skall ges i rimlig tid innan ett avtal ingås, vilket enligt promemorian innebär att en näringsidkare inte får ge informationen omedelbart innan avtalet ingås utan konsumenten måste ha tid att ta del av informationen och överväga villkoren.¹⁵⁶ I direktivet användes begreppet ”i god tid”, vilket även föreslogs i promemorian, men efter ett förslag av lagrådet ändrades detta till ”i rimlig tid” för att bättre stämma överens med direktivets engelska (in good time) och franska (en temps utile) lydelse.

Informationen skall ges klart och begripligt och med användning av metoder som är anpassade till det medel för distanskommunikation som används. Att informationen skall ges ”klart” innebär att den skall anges på ett sådant sätt att konsumenterna normalt sett inte har några svårigheter att ta del av den. Informationen skall vara lätt att hitta på hemsidan, och den skall även vara begriplig, det vill säga att konsumenterna inte skall ha några problem med att förstå den. Här övervägde regeringen att reglera vilket språk informationen skall lämnas på, men man ansåg att det ändå borde ligga i näringsidkarens intresse att informera på exempelvis svenska om marknadsföringen riktar sig till den svenska marknaden. Dessutom torde kravet på begriplighet i vissa fall ändå innebära att informationen ges på exempelvis svenska.¹⁵⁷

Vid utebliven information skall enligt 12 § distansavtalslagen MFL tillämpas. Informationen som krävs i lagen skall därvid anses vara sådan information av särskild betydelse från konsumentsynpunkt som avses i 4 § 2 st MFL. Distansavtalslagen har därmed inget eget sanktionssystem utan vid åtgärder i strid mot denna lag är det MFL som aktualiseras. Detta får till effekt att endast förbud och ålägganden, eventuellt förenade med vite, kan bli aktuellt. Marknadsstörningsavgift kan enligt 22 § endast dömas ut vid vissa brott mot bestämmelser ur regelkatalogen samt vid brott mot vissa bestämmelser i tobakslagen (1993:581), alkohollagen (1994:1738), radio- och TV-lagen (1996:844) samt, när det gäller ett erbjudande som inte är riktat endast till andra än konsumenter, lagen (1995:1571) om insättningsgaranti och lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet. Marknadsstörningsavgift kan därmed inte bli aktuellt vid åtgärder i strid med Distansavtalslagen. Detta motiverades i propositionen med att de skäl som låg till grund för införandet av avgiften, nämligen ett mer påtagligt behov av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen, inte kunde anses föreligga här.¹⁵⁸

Från lagen undantas ett antal avtal, trots att dessa kan vara av distansavtalstyp. Sådana avtal är de som avser försäkring, kredit eller någon annan finansiell tjänst, de avtal som avser uppförande av byggnad eller en

¹⁵⁶ Ds 1999:45 s. 99.

¹⁵⁷ Prop. 1999/2000:89 s. 39.

¹⁵⁸ Prop. 1999/2000:89 s. 43 f.

annan fast anläggning på mark eller i vatten, de avtal som ingås med hjälp av en varuautomat eller annan liknande automat eller en automatiserad affärslokal, de avtal som ingås med en teleoperatör genom användning av en offentlig telefonautomat, samt de avtal som ingås vid en auktion där budgivningen normalt inte sker automatiskt (3 §).

Bestämmelserna om informationsplikt vid marknadsföring som syftar till distansavtal, samt bestämmelserna om påföljder vid bristande information gäller inte, enligt distansavtalslagen 5 §, distansavtal om sådan upplåtelse eller överlåtelse som avses i lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende.

Däremot är inte sådana avtal som nämns i artikel 3.2 i direktivet undantagna från informationsplikten vid marknadsföringen, vilket de är enligt direktivet. De är undantagna andra krav som nämns i lagen, exempelvis krav på information vid avtalets ingående, men lagstiftaren ansåg inte att det fanns tillräckliga skäl till att undanta de aktuella avtalen från bestämmelsen om information vid marknadsföring.¹⁵⁹ Detta innebär att i stort sett all marknadsföring som syftar till avtal på Internet, förutom undantaget i 5 § och de allmänna undantagen under 3 §, måste uppfylla distansavtalslagens informationskrav.

4.2.4 E-handelslagen

Genom lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen) har Sverige implementerat Europaparlamentet och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel (e-handelsdirektivet).¹⁶⁰ Vid implementeringen valde den svenska lagstiftaren att inte ta upp samtliga regler från direktivet i den nya lagen, eftersom man ansåg att flertalet av dessa redan var reglerade i svensk lag. Exempel på regler som inte togs upp i den nya lagen är kravet på reklamidentifiering i artikel 6, vilket ansågs vara tillräckligt reglerat genom MFL.¹⁶¹

Med informationssamhällets tjänster menas enligt definitionen i 2 § tjänster som normalt utförs mot ersättning och som tillhandahålls på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare. Lagen tillämpas enligt 1 § 2 st inte på frågor som rör beskattning, behandling av personuppgifter, konkurrensbegränsande samarbete mellan företag, notariatverksamhet eller liknande verksamhet i den mån den har direkt samband med myndighetsutövning, verksamhet som innebär att försvara eller som ombud företräda en klient inför domstol, eller hasardspel där penningvärden satsas. En stor skillnad mellan e-handelslagen och

¹⁵⁹ A.a. s. 62.

¹⁶⁰ Lagen trädde i kraft 1 juli 2002.

¹⁶¹ Prop. 2001/02:150 s. 72.

distansavtalslagen är att den förstnämnda inte uppställer några krav på att aktörerna är näringsidkare och konsument, utan reglerna är även tillämpliga när en näringsidkare utnyttjar Internets tjänster.

I förarbetena till e-handelslagen lades stor vikt vid att den nya lagen skulle vara teknikoberoende och teknikneutral för att undvika att i framtiden inte kunna tillämpa lagen på nya medier. Man menade dock att med den utveckling som sker på området kan det hända att direktivet inom kort kan vara helt eller delvis överspelat och att webbsidor kanske inte längre kommer att vara det dominerande sättet att sprida information över öppna nät. Därför ansågs det inte vara möjligt att utforma en lagstiftning som är fullständigt teknikoberoende och teknikneutral, utan lagen är präglad av den ”teknikinsikt” som finns idag och sedan får man utöva en kontinuerlig översyn över lagen allteftersom.¹⁶²

E-handelslagen ställer upp allmänna informationskrav när en tjänsteleverantör tillhandahåller informationssamhällets tjänster. De flesta av dessa informationskrav motsvaras av liknande krav i andra lagar, såsom marknadsföringslagen, distansavtalslagen och prisinformationslagen, men har ändå specificerats i e-handelslagen. Dock finns i artikel 6 i e-handelsdirektivet informationskrav som inte tagits upp i den svenska lagen eftersom lagstiftaren ansåg att motsvarande reglering redan fanns i marknadsföringslagen.¹⁶³

Enligt 8 § e-handelslagen skall tjänsteleverantören alltid ge information om sitt namn, sin adress i etableringsstaten och sin e-postadress. I förekommande fall skall även organisationsnummer, registreringsnummer för mervärdesskatt och behörig tillståndsmyndighet uppges. Om tjänsteleverantören bedriver reglerad yrkesverksamhet, skall även information lämnas om yrkestitel och den stat där denna erhållits, den yrkesorganisation eller liknande där tjänsteleverantören är registrerad och de bestämmelser som är tillämpliga på yrkesverksamheten och sättet att få tillgång till dem. Informationen skall finnas tillgänglig för tjänstemottagare och myndigheter på ett enkelt, direkt och stadigvarande sätt. Vad som menas med detta krav är svårt att säga. I förarbetena konstaterades att det enda som egentligen krävs är att upplysningarna alltid skall ges på det för teknikformen mest tillgängliga sättet. Som exempel gavs att vid marknadsföring via Internet kan det räcka att man håller informationen tillgänglig via en länk eller genom en hänvisning till en webbsida där informationen lätt kan hittas.¹⁶⁴

Vad som menas med det sistnämnda kravet på att informationen skall finnas tillgänglig på ett enkelt, direkt och stadigvarande sätt är svårt att säga. I förarbetena konstaterades att det enda som egentligen krävs är att upplysningarna alltid skall ges på det för teknikformen mest tillgängliga

¹⁶² Prop. 2001/02:150 s. 51.

¹⁶³ A. a. s. 72.

¹⁶⁴ Prop. 2001/02:150 s. 116.

sättet. Som exempel gavs att vid marknadsföring via Internet kan det räcka att man håller informationen tillgänglig via en länk eller genom en hänvisning till en webbsida där informationen lätt kan hittas.¹⁶⁵

Lagens 9 § behandlar kravet på prisangivelse och om pris anges, skall dessa anges klart och otvetydigt. 9 § ställer krav även på marknadsföraren att ange särskilt om skatt och leveranskostnader tillkommer. Vid en jämförelse med 2 § PIL och 9 § 3 p distansavtalslagen finns här en skillnad, som ligger i att de två senare lagarna stadgar att skatter och avgifter skall vara inbegripet i priset och därmed ge direkt information om slutpris. Detta utgör dock ingen faktisk skillnad i slutpriset och då PIL enligt 5 § är subsidiär till andra lagar bör e-handelslagens tillvägagångssätt vara gällande i konsumentförhållanden som kan aktualiseras enligt denna lag. Däremot vid distansavtal torde ordningen i 9 § 3 p vara gällande.

I samband med beställning skall tjänsteleverantören tillhandahålla lämpliga och effektiva tekniska hjälpmedel som gör det möjligt för en tjänstemottagare att upptäcka och rätta till sina eventuella fel innan denne gör en beställning (10 §). Det skall även lämnas information om dessa tekniska hjälpmedel enligt 11 § 1 p. Även viss annan information skall enligt 11 § ges innan beställning görs, något som motsvarar regleringen i E-handelsdirektivets artikel 10. Detta krav på information faller dock bort om avtalet endast ingås genom utväxling av e-post eller motsvarande personliga meddelanden (14 §). Kravet på utförlig information enligt 10–12 §§ är dispositiva i näringsidkarförhållanden (14 § 2 st).

E-handelslagen är även intressant ur ett lagvals-perspektiv, som får en stor effekt på vilka marknadsföringsåtgärder som kan anses såsom otillbörliga i Sverige. Såsom tidigare nämnts, i kapitel 3.2., tillämpas ursprungslandsprincipen som huvudregel enligt e-handelslagen, vilket går att utläsa ur 3 § 1 st. Undantag görs dock enligt 3 § 2 st för tjänster som allvarligt riskerar att skada allmän ordning och säkerhet, folkhälsan eller konsumenter. Det uppställs dock ett krav i 3 § 3 st att åtgärden måste stå i rimlig proportion till det intresse som skall skyddas.

E-handelsdirektivet anger att det är upp till medlemsstaterna att bestämma påföljdssystem vid överträdelse av de nationella regler som implementerar direktivet. Det enda kravet som uppställs är att de skall säkerställa att bestämmelserna efterlevs och att de skall vara verkningsfulla, proportionerliga och avskräckande (artikel 20). I den svenska lagen hänvisas direkt till MFL för påföljdsbestämmelse och sanktionssystemet är därmed uppbyggd på liknande sätt som i distansavtalslagen och PIL. Om en tjänsteleverantör inte ger information i enlighet med 8 och 9 samt 11-13 §§ skall MFL tillämpas. Informationen skall därvid anses vara sådan information av särskild betydelse från konsumentens synpunkt som avses i 4 § 2 st MFL. De sanktioner som aktualiseras är därför även här främst förbud, ålägganden samt skadestånd. Vid marknadsföring gentemot näringsidkare är

¹⁶⁵ Ibid.

det dock i stort sett endast förbud mot fortsatt marknadsföring, eventuellt i förening med vite, samt skadestånd som kan bli aktuellt. Informationsföreläggande enligt 15 § MFL aktualiseras endast vid konsumentförhållanden.

I MD 2004:5, *TBS*, behandlade domstolen ett fall där både distansavtalslagen och e-handelslagen aktualiserades. Företaget Trom Brom Srom, som tillhandahöll betalsidor på Internet med huvudsakligen pornografiskt innehåll, hade enligt KO vid ingående av avtal med konsumenterna underlåtit att lämna information om hur man skall gå tillväga för att ingå ett avtal om utnyttjande av betaltjänsten, i strid mot 10–11 §§ e-handelslagen. Företaget hade på sina hemsidor en liten ruta med information om avtalsingående, men i denna visades endast en mindre del av villkoren. För att nå resterande villkor var användaren tvungen att ”scrolla” ner övrig text och när detta gjordes dök en ”pop-up-ruta”, med texten ”säkerhetsvarning”, upp mitt i textrutan, vilket täckte villkoren. Det gick att flytta på rutan, men ”scrollnings”-funktionen blev då satt ur spel. Enda sättet att nå övrig information var genom att trycka i ”ja”-knappen på pop-up-rutan. Genom att trycka ja omkopplades dock användaren till TBS modempool, vilket innebar att användaren blev uppkopplad till en betalsida som kostade 299 kr per uppkoppling. Någon information om att detta skedde gavs ej. Även om KO:s talan byggde på att informationen var sådan som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt, vilket i första hand korresponderar med ett åläggande enligt 15 § MFL, men då yrkandet var om förbud hade domstolen att avgöra huruvida denna sanktion kunde aktualiseras. MD konstaterade att förutsättningarna för att meddela förbud var uppfyllda och förbjöd TBS att vid marknadsföring av Internettjänster underlåta att, innan en beställning av en betaltjänst görs, tydligt informera om hur en konsument skall gå till väga för att ingå avtal om utnyttjande av betaltjänsten.

MD 2004:5, *TBS*, aktualiserade även kravet i 9 § distansavtalslagen på att näringsidkaren skall, vid marknadsföring som syftar till distansavtal, i rimlig tid innan ett avtal ingås lämna viss information, såsom sitt namn och sin adress, varans eller tjänstens huvudsakliga egenskaper etc. På företagets hemsidor lämnades ingen information om näringsidkarens adress och bolagets namn. Det fanns inte heller någon närmare uppgift om tjänstens innehåll eller några tydliga prisuppgifter. Vissa prisuppgifter gick endast att erhålla genom att ”scrolla” ner på sidan, och om man klickade på någon av länkarna på sidan kom en liknande pop-up-ruta som den som nämnts ovan, där det enda sättet att få bort den var att trycka i ”ja”-rutan, och därigenom bli debiterad. Eftersom den information, som enligt 9 § distansavtalslagen skall lämnas på hemsidorna, inte har lämnats eller, som i fallet med prisinformationen, har varit svårtillgänglig eller till och med omöjlig att ta del av innan uppkoppling skett mot TBS modempool, fann domstolen att TBS inte uppfyllde lagens krav på information och KO:s talan vann bifall. TBS ålades att vid marknadsföring av Internettjänster till konsumenter som syftar till distansavtal lämna klar och begriplig information om företagets

namn och adress, tjänstens huvudsakliga egenskaper, tjänstens pris och gällande ångerrätt.

5 Analys

Marknadsföring via Internet har blivit allt vanligare och både konsumenter och näringsidkare har insett vilken potential som ligger bakom detta ”nya” medium. Samtidigt höjs röster om vilka nackdelar, främst ur konsumentsynpunkt, som följer med utvecklingen. Man har talat om att konsumenter skulle vara mer utsatta vid marknadsföring som når dem i hemmet och att de är mer beroende av den information som näringsidkaren lämnar, eftersom den är svårare att bedöma. Antaganden liknande dessa har gjorts i flera framställningar, både i form av lagförarbeten och i övrigt, och har givits som skäl både till ändringar i ett antal redan existerande lagar samt som grund för ny lagstiftning. Flertalet lagar har genomgått förändringar i och med Internets genomslag, däribland PIL, som ändrades år 2004 och YGL, som sedan år 2003 uttryckligen även är tillämplig på Internet.

Användandet av Internet har accentuerat problem som fanns förut, men som nu blivit tydligare genom gränsöverskridande handel och ett område där sådana problem har uppkommit är Internetmarknadsföringen. Många antog från början att Internet var nästintill laglöst och att det genom bristen på nationella gränser inte skulle vara möjligt att lagstifta om förehavanden på Internet. Visst uppkommer vissa frågor om Internet som inte har sin motsvarighet i frågor som rör andra medier, men som visas nedan är inte problemet, åtminstone inte när det gäller informationskravet vid marknadsföring via Internet, så stort som synes från början.

Den svenska marknadsföringsrätten är spridd över flera olika lagar och områden och den uppvisar inte samma enhetlighet som exempelvis den närliggande konkurrensrätten. Detta får till följd att vid bedömningen av huruvida en marknadsföringsåtgärd är otillbörlig eller ej måste bedömaren ha överblick över ett vitt lagstiftningsfält, både på nationell och på internationell nivå. Ett antal rättskällor aktualiseras därmed vid frågor om otillbörlig marknadsföring och marknadsföringslagens uppbyggnad kring generalklausuler, som lämnar ett stort tolkningsutrymme, gör det möjligt att ta hänsyn till dessa kringliggande normer. Eftersom Internet är ett så internationellt medium, torde denna struktur öppna möjligheter för att flera länders lagstiftning och rättspraxis baseras på liknande regler, vilket i sig skulle innebära att risken med motsägande lagstiftningar länder emellan minskas.

I Sverige regleras marknadsföringsrätten främst i marknadsföringslagen, som enligt praxis även skall tillämpas på marknadsföring via Internet. Lagen är inte mediespecifik och därmed har man funnit att det inte finns några formella hinder mot att tillämpa MFL även på detta medium. Problemen har snarare legat på ett internationell-privaträttsligt plan där frågan har varit om ursprungslandets lag eller effektlandets lag skall tillämpas. Här har, som behandlats ovan, praxis lett till att om

marknadsföringsåtgärden sker inom ett EG-rättsligt harmoniserat område skall ursprungslandsprincipen tillämpas, med de undantag som kan finnas i relevant lagstiftning, men att det annars är tillåtet att tillämpa effektlandsprincipen om det önskas inom den nationella rättstillämpningen. Detta får till följd att vid tillämpandet av EG-rättsligt grundade lagar såsom E-handelslagen, som uttryckligen tillämpar ursprungslandsprincipen, kan svensk lag, som huvudregel, inte bli tillämplig på Internetmarknadsföring som en tjänsteleverantör med en annan etableringsstat än Sverige inom EES tillhandahåller. Om tjänsteleverantören är etablerad utanför EES, torde dock inga hinder föreligga för att tillämpa svensk lag på marknadsföringen så fort denna riktar sig mot den svenska marknaden. Här kan självklart en rad avgränsningsproblem uppstå, men som behandlats ovan, har MD konstaterat att det här gäller att göra en avvägd bedömning där faktorer såsom språket på marknadsföringen, valutan som prisinformationen ges i och om det finns möjliga kontaktuppgifter i Sverige spelar in.

En fråga som här kan uppstå, och som behandlats tidigare i framställningen, gäller länkning mellan två hemsidor som båda är del av en näringsidkares marknadsföring, men de båda hemsidorna är riktade till olika länder. Exemplet som jag gav var att den ena hemsidan är riktad till Sverige, där det är förbjudet att marknadsföra en viss produkt, medan den andra hemsidan är riktad till ett annat land, där marknadsföring av samma produkt är tillåten. I ett liknande fall, Svea hovrätts dom B68-02, *Sony*, kom domstolen fram till att även den engelskspråkiga sidan kunde anses vara riktad till den svenska marknaden av det skälet att det gick att länka sig mellan de olika hemsidorna. Jag anser att denna bedömning är alltför långtgående, eftersom det i princip innebär att alla multinationella företag som marknadsför sig via Internet skulle bli ansvariga inför samtliga länders marknadsföringsregler så länge de anser att det landet ingår i dess marknad och det finns en länk mellan de olika hemsidorna. Det som borde vara avgörande här anser jag snarare vore hur själva länken används. Om näringsidkaren vid marknadsföringen på den svenska sidan anger att produkt X är förbjuden att marknadsföra i Sverige, men samtidigt lägger upp en länk direkt till den produkten på sin utländska sida, torde man kunna se det som att även den senare riktar sig mot Sverige. Endast det faktum att produktinformationen finns via länk kan inte utgöra en sätt att kringgå ansvarsreglerna. Om länken däremot inte finns i anslutning till någon produktinformation, utan kanske läggs upp från den svenska startsidan till den utländska startsidan, ser jag inte att detta skulle göra att den senare sidan skulle anses riktad till Sverige.

Analysen kommer att fortsätta med en genomgång av de rättsregler som aktualiseras vid marknadsföring via Internet och hur dessa samspelar inom området. Sedan kommer en mer specifik analys göras utifrån de tre större områdena för information som är genomgående för framställningen, kravet på produktinformation, information om avtalsvillkor samt reklamidentifiering och sändarangivelse. De frågeställningar jag har för avsikt att behandla är vilka regler som finns inom området för informationskraven vid Internetmarknadsföring idag och om dessa är tillräckliga, eller om det krävs mer mediespecifik lagstiftning.

Samspelet mellan rättsreglerna

Vid tolkningen av vad som innebär otillbörlig marknadsföring enligt marknadsföringslagen spelar Internationella Handelskammaren och dess regler för reklam en stor roll, vilket underlättar för bedömningen av ett internationellt medium såsom Internet. Genom ICC:s regler har företagen gett uttryck åt sin vilja till självreglering, vilket gör att företag över hela världen står bakom reglerna, oavsett vilken nationell rättsordning de annars tillhör. Genom systemet med de övergripande Grundreglerna som bas och de övriga reglerna, däribland Internetreglerna och DM-reglerna, som specificerande regelverk, kan flera olika marknadsföringsrättsliga aspekter komma att behandlas gemensamt i olika länder. Internetreglerna stadgar dessutom uttryckligen att dessa regler bör användas som grund för domstolsbedömning i de olika länderna, vilket visserligen är upp till varje land att bestämma, men åtminstone i Sverige har Marknadsdomstolen i flera fall hänvisat till ICC:s regler. Detta innebär att ju fler länders lagstiftning och rättspraxis som går i ICC:s anda, desto färre problem med motsägande lagstiftning torde uppkomma. Ett problem som kan uppstå här är att reglerna, oavsett att de är liknande, kan tolkas olika i de skilda länderna. Detta problem är dock svårt att hantera och går nästan inte att åtgärda ens inom en och samma rättsordning. Däremot borde de gemensamma reglerna som sagt åtminstone minska risken för motsägande lagstiftning.

Även de övriga internationella ansträngningar som gjorts, innebär att skillnaderna mellan de olika ländernas lagstiftning minskar. Genom att marknadsföringsområdet är intressant i ett europeiskt harmoniseringsperspektiv är denna effekt än mer påtaglig inom Europa. Dock är Internet inte ett europeiskt medium, utan även länder utanför unionen har samma tillgång till nätet, vilket får till följd att mer globala regelverk såsom ICC:s regler får ökad betydelse. Man bör dock inte förringa EU:s ansträngningar med harmoniseringar, eftersom dessa är av annan karaktär än ICC:s regler och blir därmed bindande för medlemstaterna. Problemet med att de olika harmoniserade områdena tolkas olika i skilda länder torde även kunna minskas med EG-rättsliga regler jämfört med de globala reglerna, såsom ICC:s regelverk, då EG-rättsliga regler skall ges en EG-konform tolkning och skulle alltför många frågor om tolkning uppstå finns ofta möjligheten att vända sig till EG-domstolen för förhandsbesked. Genom att denna praxis blir gällande i samtliga medlemsländer torde problemen med skilda tolkningar kunna minskas.

Även andra internationella normbildare, såsom de nordiska konsumentombudsmännen, har en liknande harmoniserande effekt och många av de regler som behandlas har motsvarigheter i övriga regelverk.

För svenskt vidkommande är det dock främst marknadsföringslagen som fungerar som central lag och genom informationsklausulen i 4 § 2 st stadgas att all information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt är av extra vikt vid marknadsföring. Vilken information som är av sådan vikt

går dock inte att utläsa direkt ur paragrafen, vilket får effekten att en tolkning av kravet är nödvändig. Här kommer de övriga normerna in vid bedömningen och tolkningen får göras med hjälp av både tidigare svensk praxis, doktrin, riktlinjer från exempelvis Konsumentverket samt med hjälp av andra nationella och internationella riktlinjer och regler. Även MFL:s regelkatalog spelar roll vid bedömningen eftersom de regler som upptas här skall vara en specificering av åtgärder som är att anse såsom otillbörliga enligt generalklausulerna.

Inom Sverige finns ett flertal andra lagar än MFL som reglerar informationsskyldighet vid marknadsföring, och som även de är tillämpliga på Internet. Exempel på sådana lagar är de i framställningen behandlade prisinformationslagen, distansavtalslagen och e-handelslagen. Dessa lagar specificerar flera aspekter som även kan bedömas enligt MFL, men som ändå har tagits in i egna regleringar eftersom dessa lagar behandlar inte endast marknadsföringsrättsliga aspekter. Detta får som konsekvens att vissa informationskrav behandlas i flera lagar, vilket torde motverka förutsebarheten för näringsidkare när de skall utforma sin marknadsföring. Strukturen med flera olika gällande normer, på så sätt som är fallet inom marknadsföringsrätten kan verka förvirrande och kräva ett stort ansvar från näringsidkarens sida, men vid en närmre anblick ter sig inte reglerna så olika från varandra.

Informationskravet vid distansavtal behandlas främst genom distansavtalslagen, där 9 § är central. Här krävs att informationen skall ges i rimlig tid och för Internets del borde detta innebära att näringsidkaren så tidigt som möjligt lämnar informationen på hemsidan, och inte väntar tills konsumenten i princip redan har bestämt sig för köp. Det torde inte vara "i rimlig tid" att exempelvis lämna namn, adress eller varans pris som ett sista steg innan konsumenten "klickar OK" för köp. Vid det laget torde de flesta konsumenter redan ha bestämt sig för köp och den information som lämnas ges ingen större vikt. Informationen borde därmed gå att finna tidigt på hemsidan, innan konsumenten klickar vidare i sitt köpbeslut.

Informationskravet i e-handelslagen inriktar sig främst på information om avtalsvillkor och om sändarangivelse. Vid marknadsföring via Internet är det främst ICC:s Internetregler, den Internetspecifika EU-lagstiftningen samt de nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt som skiljer sig åt från de regler som gäller för övrig marknadsföring.

Produktinformation

Regler om produktinformation återfinns bland annat i 6 § 1 p MFL och i PSL. 6 § 1 p MFL reglerar vilseledande reklam. Viss information som lämnas, eller utelämnas, vid marknadsföringen kan innebära att reklamen

anses som vilseledande. Detta gäller en rad olika framställningar, såsom art, mängd, kvalitet och andra egenskaper. Genom att hänvisa till andra egenskaper lämnar MFL även här ett tolkningsutrymme och även i andra normer ges fler exempel på vilken produktinformation som är extra känslig för att få en vilseledande effekt. I ICC:s regler ges exempel på att information måste var korrekt angående tillverkningssätt, produktionstidpunkt och prestanda. Vid tolkningen av vilka egenskaper som är av vikt vid produktionsinformation vid marknadsföring via Internet kan även de nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt vara ledande, eftersom dessa utgör en gemensam vilja från konsumentombudsmännens sida om vad som bör gälla inom området. De krav på produktinformation som uppställs i ståndpunkten skiljer sig dock inte från de andra reglerna, det samma gäller de i 9 § 1 p. Distansavtalslagen upptagna kraven på att varans eller tjänstens huvudsakliga egenskaper skall lämnas vid information vid marknadsföring som syftar till distansavtal. Genom att MFL är tillämplig på Internet, torde detta innebära att det inte finns någon synbar skillnad mellan produktinformationskravet för traditionell marknadsföring och Internetmarknadsföring. Något som ytterligare stärker denna slutsats är att varken ICC:s Internetregler eller E-handelslagen, som är utpräglade Internetrelaterade regelverk, lägger någon vikt vid produktinformationen, utan låter detta informationskrav regleras genom de mer allmänt giltiga normerna.

Något av en särställning vad gäller produktinformationskravet har dock PSL, där bristande produktinformation vid tillhandahållandet av varor och tjänster kan innebära både förbud eller föreläggande och åläggandet av en sanktionsavgift, som kan bli betydande. PSL reglerar härigenom att den information som skall lämnas är sådan som kan förebygga skadefall, och detta torde gälla även vid marknadsföring via Internet eftersom lagen inte är mediespecifik.

Information om avtalsvillkor

Information om avtalsvillkor har getts ett stort utrymme inom marknadsföringsrätten. I MFL finns kraven utspridda på ett flertal lagrum och det är inte ett lättöverskådligt system som uppvisas, speciellt inte eftersom vissa krav i MFL har motsvarande regler i andra regelkomplex. Exempel på avtalsvillkor som är av betydelse är kravet på prisinformation. Om detta stadgas i 6 § 3 p MFL, där sådan information är av betydelse för bedömningen av huruvida reklamen är vilseledande eller ej. Detta lagrum har motsvarigheter även i vissa speciallagar. I PIL regleras prisinformationen ingående och liknande krav har upptagits i samtliga regleringar som behandlats i denna framställning. PIL reglerar dock endast förhållanden mellan näringsidkare och konsumenter och MFL, vars 6 § 3 p även gäller i förhållande till andra näringsidkare, ställer inte upp ett klart krav på att prisinformation skall ges utan behandlar snarare frågan om den information som ges är vilseledande eller inte.

Även i AvLK behandlas marknadsrättsliga bestämmelser angående lämnandet av information rörande avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Lagen stadgar att om ett sådant villkor är att anse såsom oskäligt kan MD förbjuda näringsidkaren att i framtiden i liknande fall använda samma eller väsentligen samma villkor, om förbudet är påkallat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse (1 § AvLK). Vilka avtalsvillkor som skall anses vara oskäligt är dock inte uttryckligen stadgat, även om det i förarbetena är sagt att ett avtalsvillkor vara oskäligt ur tre olika hänseenden, antingen när det är stridande mot tvingande konsumentskyddande lagstiftning, vid vissa tillfällen då avtalsvillkoren avviker mot dispositiva regler och när villkoren har gjorts vilseledande eller oklara. Lagen fyller därmed den funktionen att MD härigenom har möjlighet till att i vissa fall meddela förbud mot användandet av oskäliga avtalsvillkor.

I e-handelslagen, som reglerar alla relationer inom elektronisk handel, uppställs inte heller ett krav på att prisinformation skall ges utan behandlar frågan om huruvida den information som ges är korrekt. I 9 § e-handelslagen stadgas att om pris anges skall dessa anges klart och otvetydigt. Användandet av ”om pris anges” kan ge intrycket av att prisinformation ej är nödvändig, men om förhållandet gäller mellan en näringsidkare och en konsument finns krav på detta bland annat i 6–10 §§ PIL, och i 9 § 3 p. distansavtalslagen, vilket gör att det endast är i förhållanden mellan näringsidkare som prisangivelse inte behöver lämnas.¹⁶⁶ Vid marknadsföring via Internet är det dock endast renodlade business-to-business hemsidor som skulle kunna aktualiseras här, eftersom det måste finnas prisinformation om marknadsföringen även riktar sig mot konsumenter.

Enligt 10 § PIL behöver näringsidkaren lämna informationen skriftligen endast om konsumenten inte kan få den på något annat likvärdigt sätt. Kravet på ”likvärdighet” inkluderar att konsumenten skall kunna få den muntliga informationen lika lätt som skriftlig information, vilket inte torde vara fallet med Internetmarknadsföring. Vid marknadsföring via Internet bör därför inte exempelvis en prisangivelse på skärmen vara likvärdigt med att få ett telefonnummer som konsumenten kan ringa upp för att få prisinformation.

ICC:s roll som utomrättslig normbildare förringar inte dess position vid utformandet av vilka krav på information som kan ställas på näringsidkare vid marknadsföring via Internet. Exempelvis läggs i artikel 20–24 i Internetreglerna stor tyngd vid kostnadsinformation eftersom det är vanligt att vid tjänster via Internet att näringsidkaren tar betalt genom Internetabonnemanget, men utöver normal taxa. Motsvarande regler finns både i EG-rättsliga normer, såsom artikel 4.1.g. i distansavtalsdirektivet, och i de nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet, kapitel 3. Så fort näringsidkaren

¹⁶⁶ Se diskussion i prop. 2001/02:150 s. 72.

debiterar ett pris som övergår normal taxa, skall denne informera konsumenten om detta och dessutom skall detta göras i god tid innan tjänsten påbörjas. Detta innebär i princip att så fort en näringsidkare vill ta betalt för sin tjänst, skall denne informera konsumenterna om det. Det är därmed i strid mot bland annat ICC:s kodifiering att först i efterhand förklara för en konsument att de debiterats för den tjänst som de utnyttjat, eller att i efterhand debitera ett pris som inte stämmer överens med vad som informerades om innan tjänsten utnyttjades. Rättsuppfattningen har även bekräftats i av MD i MD 2004:5, *TBS*, där användarna debiterades 299 kr per uppkoppling, utan att användarna själva var medvetna om att uppkoppling skedde när de tryckte på en ”ja”-knapp för att få bort en skrymmande pop-up-ruta, som täckte övriga villkor på företagets hemsida. Eftersom informationen enligt artikel 21 i Internetreglerna skall ges innan debitering torde detta innebära att så länge information om kostnad inte angivits skall debitering inte kunna ske.

I MFL finns även andra avtalsvillkor som är av vikt att näringsidkaren informerar om, såsom när ett erbjudande, som baseras på en jämförelse med en annan näringsidkares produkter, upphör att gälla, vilka villkor som kan finnas vid ett förmånserbjudande och vid garantier etc. I 9 § 6 p distansavtalslagen och artikel 10 i ICC: s DM-regler stadgas om viktig information om ångerrätt. Enligt distansavtalslagen har konsumenter en ångerrätt, så att de kan frånträda avtalet inom en viss tid. Information om detta måste lämnas innan avtalsbindningen. Denna ångerrätt kan aktualiseras vid avtalsbindning via Internet och i enlighet med 9 § 6 p distansavtalslagen skall denna information lämnas redan vid marknadsföringen.

Reklamidentifiering och sändarangivelse

Kraven på sändarangivelse och reklamidentifiering har uppkommit genom marknadsföringens krav på öppenhet, då det är av stor vikt att den som står bakom marknadsföringen tydligt kan identifieras och även att det kommersiella budskapet inte misstolkas som icke-kommersiellt. Kraven på reklamidentifiering och sändarangivelse återfinns i 5 § MFL och har motsvarigheter både i ICC: s Grundregler, artikel 5.1.a och 12 (angående reklamidentifiering) samt artikel 18–19 i Internetreglerna.

Vid marknadsföring via Internet ställs kraven lika högt på reklamidentifiering och sändarangivelse som för övrig marknadsföring, men de åtgärder som är möjliga via Internet har ännu inte blivit föremål för exempelvis MD: s bedömning och varje sådan ny åtgärd måste analyseras utifrån den praxis som finns sedan tidigare. En sådan möjlig åtgärd är så kallad ”framing”, vars effekter borde kunna jämföras med de i rättsfall såsom MD 1987:5, *Skoladan*, där inramningen av reklamen gjorde att det förvirrade konsumenterna och kravet på reklamidentifiering därmed inte var uppfyllt. ”framing” på Internet innebär kortfattat att sidan som visas på datorskärmen kan delas upp i flera olika ytor så att exempelvis en del av sidan består av en ram som kan ligga kvar medan den löpande texten byts

ut. Som exempel kan ges att en tidnings namn ligger kvar som ram, medan innehållet på sidan är hämtat från någon helt annan plats. Om detta sker att innehållet är rent kommersiellt medan ramen ger sken av att artikeln är av redaktionell karaktär torde det innebära att det strider mot kravet på reklamidentifiering enligt MFL. Sådan form av marknadsföring är därmed otillbörlig.

Även vid länkning mellan skilda dokument kan brister i sändarangivelse och reklamidentifiering uppstå. Näringsidkaren måste därmed vid användning av länkar försäkra sig om att när innehållet på datorskärmen är av kommersiell natur, måste detta klart framgå för konsumenten. Detta kan aktualiseras exempelvis när en näringsidkare har, som en del av sin marknadsföring, köpt sig en länk på en tidnings hemsida. I dessa fall torde kravet på reklamidentifiering kräva att även länken tydligt visar att det dokument som länken leder till är av kommersiell natur. I ICC:s Internetregler, artikel 19, stadgas att till exempel rubriker (headers), i vilket man skulle kunna tolka in hyperlänk-texten, inte skall vara förvirrande och att innehållets kommersiella natur inte skall förvridas.

E-handelslagen och distansavtalslagen tar inte upp kravet på reklamidentifikation nämnvärt. Vid implementeringen av e-handelslagen ansåg lagstiftaren att detta krav redan reglerades tillräckligt i svensk rätt och i distansavtalslagen tar endast denna aspekt upp vid marknadsföring per telefon, där näringsidkaren i början av samtalet skall ge konsumenten information om samtalets syfte (9 § sista st).

Däremot uppställs krav på säljarens identifikation, och då är det främst näringsidkarens namn och adress som skall anges.¹⁶⁷ Vid elektronisk handel skall även tjänsteleverantörens e-postadress anges enligt 8 § e-handelslagen. e-handelslagen uppställer i detta lagrum även krav på en rad andra uppgifter som skall lämnas, när detta är möjligt. MFL uppställer inga uttryckliga krav på vad sändarangivelsen skall innehålla, men i förarbetena konstaterades att man normalt uppfyller kravet genom en upplysning om annonsörens namn eller firma.

Den information som lämnas enligt distansavtalslagen skall finnas tillgänglig för tjänstemottagare och myndigheter på ett enkelt, direkt och stadigvarande sätt (8 § sista st). I förarbetena till e-handelslagen angavs härvid exemplet att det vid marknadsföring via Internet kan räcka med att man håller informationen tillgänglig via en länk eller genom en hänvisning till en webbsida där informationen lätt kan hittas. Det bör dock enligt min mening även vara ett krav att själva länken, eller hänvisningen, är lätt att hitta och att det tydligt framgår att det är information som hänvisas till. Annars torde det vara lätt att gömma undan länken, så att Internetanvändaren inte uppmärksammar att information finns att tillgå. ’

¹⁶⁷ 9 § 1p distansavtalslagen samt 8 § e-handelslagen.

En fråga som här uppkommer är dock huruvida inte problemet med otillräcklig sändarangivelse torde vara mindre vid marknadsföring via Internet än vid vanlig marknadsföring, eftersom det sällan är så att man när man är ute på Internet inte vet vem som står bakom marknadsföringen på hemsidan. Självklart finns det exempel på motsatsen, se exempelvis det ovan behandlade MD 2004:5, *TBS*, där företaget hade underlåtit att lämna information som var av vikt ur ett sändarangivelseperspektiv, exempelvis företagets firma och adress, men med tanke på Internets upplägg med olika hemsidor, som kan rymma en stor mängd information, torde dock problemet vara mindre än i övriga medier.

En effekt av lämnad sändarangivelse via Internet kan bli att konsumenten lätt kan ta kontakt med näringsidkaren, exempelvis för att kunna avsäga sig framtida marknadsföring. Detta är en möjlighet främst om näringsidkaren har lämnat mer information än endast sitt namn eller firma, som dock är i enlighet med kraven i förarbetena till MFL. Dock skall även sådan övrig kontaktinformation lämnas vilken möjliggör att konsumenten lätt kan nå näringsidkaren vid marknadsföring via e-post enligt 13 c § MFL. Även exempelvis de nordiska konsumentombudsmännen har i sin gemensamma ståndpunkt tagit upp att näringsidkaren bör ha on-linemöjligheter till kontakt.

Även i förhållande till övrig information kan Internets upplägg underlätta informationstillgången, eftersom det egentligen inte finns samma gränser för marknadsföringen som det finns i övriga medier. Vid marknadsföring via TV eller radio är tiden en begränsande faktor, vid marknadsföring via tidningar finns ett begränsat utrymme och att lämna alltför omfattande information kan leda till stora kostnader för näringsidkaren. Vid marknadsföring via Internet finns inte liknande begränsningar och så länge det tydligt på hemsidans ingångssida, eller i de elektroniska annonserna, ges hänvisningar till viktig information kan marknadsföringen utformas så att den både är estetiskt tilltalande och informativ. Vid ”analog” marknadsföring har den estetiska utformningen och platsutrymmet givits som skäl till varför marknadsföringen brustit i informationshänseende, exempelvis i MD 1981:4, *Electrolux*, där företaget ansåg att en alltför betungande informationsplikt i sina broschyrer skulle innebära att det i slutändan skulle uppstå onödiga kostnader för konsumenterna. Även i MD 2004:24, *Vodafone*, har begränsningen i reklammediet använts som argument för bristande information. Vodafone ansåg att det räckte med att de kompletterade sin bristfälliga information i en tidningsannons med mer utförlig information på sin hemsida. MD höll dock inte med och bedömde marknadsföringen såsom otillbörlig. Liknande argumentering torde inte behöva föras vid ren Internetmarknadsföring.

Är dagens lagstiftning tillräcklig?

Marknadsföringsrätten är, som sagt, ett mycket disparat rättsområde, där många av bedömningarna som görs baseras på olika sorters rättskällor. Detta innebär att det även vid marknadsföring via Internet inte bara finns en

lag att utgå ifrån, utan de lagar och regler som är aktuella vid ”traditionell” marknadsföring skall istället tolkas utefter de förutsättningar som råder på Internet. Eftersom det inte finns en specifik ”Internet-lag”, vilket torde vara mer eller mindre en lagstiftningsteknisk omöjlighet med tanke på alla aspekter som aktualiseras genom Internet, verkar många ha trott att Internet är laglöst och att det här skulle vara fritt fram att utföra vilken sorts marknadsföring som näringsidkaren behagar. Så har visat sig inte vara fallet. Internet är precis lika reglerat som övriga medier när det gäller informationskraven vid marknadsföring och det är som huvudregel så att de lagar som gäller i den analoga världen, gäller även på Internet.

Härmed är inte sagt att dagens lagstiftning och övriga regler fullt ut fungerar tillfredställande. Det finns idag ett så stort antal lagar och regler att beakta att området ter sig snårigt och svåröverskådligt. Vissa aspekter regleras gemensamt i vissa rättskällor, medan de inte har liknande reglering i andra frågor etc. Ibland har lagstiftaren exempelvis valt att ”dubbel-reglera” ett visst förfarande, för att kanske poängtera vikten av att exempelvis informera om pris och andra avtalsvillkor, medan lagstiftaren i andra fall har valt att inte ta upp vissa regler i ytterligare en lag eftersom man anser att det redan är reglerat, såsom var fallet vid implementeringen av e-handelslagen. Systemet i sig anser jag är ostrukturerat och det är förståeligt att en näringsidkare inte alltid kan ha full insikt i vad det är som gäller. Här har de självreglerande momenten, såsom ICC och DM-nämnden, en viktig roll att spela. Genom att ställa upp vissa etiska krav på företagen, kan dessa lättare se vad som är eftersträvansvärt beteende vid marknadsföring. En annan positiv funktion av självreglering är att detta arbete som regel kan gå mycket snabbare än traditionell lagstiftning, vilket är positivt när reglerna behandlar medier i så snabb förändring som Internet.

Självklart får inte en självreglering samma effekt som lagstiftning när det gäller sanktioner och dessutom kan andra intressen än annars få större tyngd i självregleringen, eftersom det är de som reglerar som även blir reglerade. Det är då lätt att inte sätta kraven lika högt som en utomstående part hade gjort. Detta anser jag dock inte verkar vara något större problem för exempelvis ICC, och dess regler har även vunnit stor respekt världen över. Dessutom är dagens system i övrigt mycket uppbyggt kring ”good-will” från näringsidkarens sida eftersom det ändå är relativt få fall som kommer till MD och blir föremål för exempelvis marknadsstömningsavgift. Oftast leder en anmälan endast till en bedömning av KO eller sådana självreglerande kanaler som MER och ERK, vilket i sin tur kan leda till publicering av en negativ bedömning. Det verkar därmed oftast vara respekten för att få en anmälan mot sig, inte de rättsliga sanktionerna i sig, som hindrar åtminstone seriösa näringsidkare från att ägna sig åt otillbörlig marknadsföring.

De rättsregler som idag gäller för marknadsföring anser jag är fullt tillräckliga för att även reglera informationskravet vid Internetmarknadsföring, speciellt med de förtydliganden som skett genom den EG-rättsliga lagstiftning som tillkommit genom distansavtalslagen och

E-handelslagen. Genom att MFL är uppbyggd kring generalklausuler som tillåter ett stort tolkningsutrymme anser jag att om än mer lagstiftning skulle komma inom Internetmarknadsföring, skulle detta göra rättstillämpningen än mer invecklad och oöverskådlig. Dessutom är frågan om konsumentintressena verkligen skulle vinna på det, då även konsumenterna kan dra fördel av den växande andelen marknadsföring som sker via Internet och med allt fler ingående regler skulle kanske näringsidkarna dra sig för att använda detta nya medium på det sätt som är fallet idag. Att de flesta Internet-relaterade lagändringarna och skapandet av nya lagar skedde i slutet av 1990-talet och i början av 2000-talet, då Internet hade blivit en stor faktor att räkna med, anser jag också tyder på att man från början trodde att lagstiftningsbehovet var större än vad som faktiskt var fallet. Självklart krävs att de lagar och regler som gäller för Internetmarknadsföring utvärderas och följs upp allteftersom Internet fortsätter att växa, för att dessa skall kunna följa med i utvecklingen, men något behov av någon mer utpräglad "Internetmarknadsföringslag" anser jag inte behövas i dagsläget.

Bilaga A

The world business organization

Department of Policy and Business Practices

38, Cours Albert 1er, 75008 – Paris, France 25 October 2004 JA//FBL/ef
Telephone +33 1 49 53 28 28 Fax +33 1 49 53 28 59 Document 240/394
Web site E-mail icc@iccwbo.org

ICC Guidelines on Marketing and Advertising using Electronic Media

Prepared by the Commission on Marketing and Advertising, October 2004

These ICC Guidelines provide principles on marketing including advertising, which use the Internet, online and interactive services, and electronic communication networks including the telephone.

Introduction

§1 This edition of the ICC Guidelines on Marketing and Advertising using electronic media follows the well-established ICC policy of promoting high standards of ethics in marketing via self-regulatory codes and guidelines intended to complement the existing framework of national and international law.

These Guidelines, which were first issued in 1996, and revised in 1998, are an expression of the business community's recognition of its social responsibilities in respect of marketing activities and communications. The Guidelines have been updated in light of experience acquired, and ICC, conscious of the ongoing development, commits itself to regularly review them to ensure their continued viability.

§2 ICC is the world's foremost developer of self-regulatory codes for marketing and advertising practices. ICC believes that marketing and advertising using electronic media should reflect the highest standards of ethical conduct as laid down in the ICC International Code of Advertising Practice and other relevant ICC Codes, thereby leading to efficient international markets and significant benefits for both consumers and companies, as well as for society as a whole.

§3 The Guidelines are designed primarily as an instrument for self-discipline, but they are also intended for use by the courts as a reference document within the framework of applicable laws.

§4 The new communications technologies are of great public interest, and their global nature has to be fully taken into account as businesses and governments discuss the best ways of introducing these technologies and of sharing with consumers the benefits they offer.

§5 In the current communications environment, traditional notions of time and place linked to media consumption are gradually disappearing. The type of media and the means of transmission, may become obsolete criteria when it comes to regulating the different forms of marketing and advertising messages.

§6 Electronic media must be able to develop fully within a broadbased framework of trust and stability, in the interests of both the users and of the various parties operating within this environment.

§7 It is in the interest of business to be able to use legitimate commercial e-mail and be associated with ethical e-mail marketing using industry codes of conduct such as these guidelines.¹

¹ See ICC/BIAC discussion paper on spam, February 2004

§8 Given fast moving technological and economic developments, business and consumers alike benefit from a normative framework that is sufficiently flexible and dynamic. Therefore, such a framework should be largely based on a coherent self-regulatory approach where all parties in marketing and advertising share responsibility, commensurate with their role in the communication.

§9 With the above in mind, ICC recommends the world-wide use of the guidelines below, which intend to fulfil the following objectives:

- to enhance overall confidence of the public at large in marketing and advertising using the electronic media;
- to ensure an adequate level of privacy to maintain consumers' trust in the electronic media;
- to honour consumer preferences;
- to safeguard freedom of expression for advertisers and other marketers, hereafter advertisers/marketers;
- to provide practical and flexible solutions; and
- to minimize the need for governmental and/or inter-governmental legislation or regulations;

Scope of the Guidelines

§10 These Guidelines apply to all marketing and advertising using electronic media for the promotion of any form of goods and services. They highlight and address issues of particular importance in that field. However, the Guidelines are not exhaustive; they build on the ICC International Code of Advertising Practice and the ICC International Code of Direct Marketing and should be read in conjunction with those. Those codes provide the general principles to be observed, and contain certain specific rules of relevance, such as those on data collection and use of the telephone.

§11 Depending on the nature and contents of the communication or activity in question, other ICC codes² may need to be consulted (see below).

- ICC International Code of Advertising Practice
- ICC International Code of Direct Marketing
- ICC International Code of Environmental Advertising
- ICC International Code of Sales Promotion
- ICC International Code on Sponsorship
- ICC International Code of Direct Selling
- ICC/ESOMAR International Code of Marketing and Social Research Recommendations on best practices for customer redress and dispute resolution in online business are found in the ICC documents "Putting it right" and "Resolving disputes online".

² See ICC's website – www.iccwbo.org

§12 These Guidelines set standards of ethical conduct to be followed by all (e.g. advertisers/marketers, agencies or media) involved with marketing and advertising using electronic media within the scope of responsibilities laid out in Article 13.

Interpretation

§13 The Guidelines are to be applied in the spirit as well as in the letter, bearing in mind the characteristics of different kinds of marketing and advertising messages and the varying degrees of knowledge, experience and discriminatory ability of

those to whom they are directed. The guidelines are to be applied within the framework of applicable laws.

§14 For the purpose of these guidelines:

- **Consumer:** Any person to whom a marketing or advertising message is addressed or who can reasonably be expected to be reached by it whether as a final consumer or as a trade customer or user.
- **Content:** Any information, such as text, picture, animation, video, and audio including that which is embedded in software.
- **Electronic Media:** Any media providing electronic, interactive communications, such as the Internet, online services, electronic and communication networks including the telephone.
- **Interactive service:** Any content or service sent out in a manner which allows the receiving party to reply, send back a message or engage in automated communications.
- **Personal data:** Any information relating to an identified or identifiable individual.
- **Preference service:** The administration and operation of suppression files i.e a list of consumers who have registered their wish not to receive unsolicited marketing approaches, against which marketing lists can be matched.

Basic Principles

Article 1

§15 All marketing and advertising using electronic media should be legal, decent, honest, and truthful. It should be prepared with a due sense of social responsibility and should conform to the principles of fair competition as generally accepted in business.

§16 Marketing and advertising should not be designed or transmitted in such a way as to impair public confidence in the use of electronic media.

Rules

Origin and jurisdiction

Article 2

§17 Marketing and advertising using electronic media should be subject to the rules and regulations in the country of origin or, where permissible, of the country stipulated by the advertiser/marketer.³ Advertisers/marketers are urged to be cognizant to the rules and regulations of the jurisdictions where they target their advertising or marketing messages as the applicable laws may differ.

³ For further reference to ICC's position on country of origin, please see the ICC website – www.iccwbo.org

Identity

Article 3

§18 Advertisers/marketers of goods and services who post marketing and advertising messages via electronic media should always disclose their own identity and that of the relevant subsidiary, where appropriate, in such a way that the consumer can contact the advertiser/marketer without difficulty.

Identification

Article 4

§19 Where electronic communications have a commercial purpose, this should be apparent through the subject matter and context. Subject headers should not be misleading and the commercial nature should not be obscured.

Article 5

§20 Any material factor likely to affect consumers' decisions, e.g. the price and other sales conditions, should be communicated in such a way and at such a time that the consumers can take it into account before accepting an offer or making any other commitment. Software or other technical devices should not be used to conceal or obscure such factors.

§21 Consumers should always be informed beforehand of the steps leading to the placing of an order, a purchase, the conclusion of a contract or any other commitment. If consumers are required to provide data for this purpose, they should be given an adequate opportunity to check the accuracy of their input before being subjected to any commitment. Where appropriate, the advertiser/marketer should respond by accepting or rejecting the consumer's order.

Cost of communications and premium rates

Article 6

§22 When the cost of accessing a message or service is higher than the basic telecommunication rate e.g. premium rate, the marketer/advertiser should provide consumers with notice of the cost, expressed either as cost per minute or cost per connection. This information should be provided in all marketing materials as well as at the time the consumers are about to access the message or service.

§23 The notice mechanism should allow consumers a reasonable amount of time, once the notice has been given, to disconnect from the service without incurring the charge.

§24 When a connection is made to a service charged at a premium rate, the marketer/advertiser should ensure either that the rate is not charged until the consumer can fulfil the purpose of the connection, or that the consumer is not kept waiting an unreasonable time in order to fulfil the purpose of the connection.

Respect for public groups

Article 7

§25 Advertisers/marketers should respect the terms and conditions of particular electronic media, e.g. news groups, forums or bulletin boards and general server software for web page content editing which may have rules and standards as to acceptable commercial behaviour. Marketing and advertising messages posted to such public meeting places are appropriate when the forum or site has implicitly or explicitly indicated consent to the receipt of such messages.

Data and privacy rules

Article 8

§26 When collecting personal data from individuals, advertisers/marketers should ensure they respect and protect their customers by complying with relevant privacy rules and regulations and the ICC International Code on Direct Marketing, which governs the following:

- Informing the data subject.
- Collection, use and transfer of data.
- Security of data.
- Provision and use of privacy policy statements.

§27 In jurisdictions where no privacy legislation currently exists, companies are encouraged to implement privacy principles such as those elaborated in the ICC Privacy Toolkit⁴.

⁴ See ICC's website – www.iccwbo.org

§28 Advertisers/marketers should give a clear statement of any collection or processing that is taking place which is not self-evident so that the consumer can at any time easily obtain further information on the privacy policy e.g. via a link to a privacy policy posted on a website.

§29 Consumers should be able to accept, refuse or delete such data collection methods according to their privacy preference settings and be made aware of these options.

Unsolicited messages

Article 9

§30 Advertisers/marketers who send unsolicited marketing and advertising messages via electronic media should have reasonable grounds to believe that the consumers who receive such messages will have an interest in the subject matter or offer.

Honouring consumer preferences

Article 10

§31 Advertisers/marketers should respect consumer's preferences expressed to them either directly to the sender or through participation in a preference service programme. They should also ensure that the application they use to enable consumers to open other marketing or advertising messages are transparent and do not interfere with the users' normal usage of electronic media.

§ 32 Marketing and advertising sent via electronic media should provide a clear and transparent mechanism through which consumers may express their wishes not to receive future solicitations. Such mechanism should only be used for this purpose, and should be easy to find, easy to understand, and easy to implement.

Advertising to children

Article 11

§33 Advertisers/marketers offering goods or services to children via electronic media should respect provisions on marketing and advertising to children in the ICC International Code of Advertising Practice and other codes mentioned above and in particular observe the following:

- not exploit the inexperience or credulity of children or strain their sense of loyalty towards their parents and guardians;
- refrain from using content which might result in harm to children;
- collect only the information reasonably required to allow the child to engage in the activity;
- encourage parents and/or guardians to participate in and/or supervise their children's interactive activities;
- encourage children to obtain their parent's and/or guardian's permission before they provide information via electronic media, and make reasonable efforts to ensure that parental consent is given;
- refrain from using the data collected from children to advertise and promote products or services other than those designed for/appropriate for children;
- not collect from children data related to the financial situation or to the privacy of other members of the family;
- only disclose identifiable personal information of children to third parties after obtaining parental consent or where authorized by law. Third parties do not include agents or others who provide support for operational purposes of the website and who do not use or disclose a child's personal information for any other purpose.

§34 Advertisers/marketers are encouraged to make available information to parents and/or guardians about ways to protect their children's privacy when using electronic media.

Respect for the potential sensitivities of a global audience

Article 12

§35 Given the global reach of electronic networks, and the variety and diversity of possible recipients, advertisers/marketers should:

- be especially sensitive that a particular marketing and advertising message should not cause offence or be inconsistent with the general principles on social responsibility as expressed in the ICC International Code of Advertising Practice; and
- clearly identify material intended only for adults.

Responsibility

Article 13

§36 All marketing and advertising using electronic media should conform to these Guidelines.

Responsibility is shared by all parties commensurate with the role they play in the process, from the conception to the diffusion of the marketing and advertising practice on electronic media, within the limits of their respective functions.

§37 All concerned parties are encouraged to include in their contracts and other agreements pertaining to marketing and advertising, in electronic media, information about their commitment to adhere to the applicable self-regulatory rules and respect decisions thereon of the relevant selfregulatory bodies.

Document n° 240/394

Litteraturförteckning

Litteratur

- Armstrong, Gary och Kotler, Philip, *Marketing – an introduction*, sjunde upplagan, Pearson Education Inc., 2005.
- Bernitz, Ulf *Marknadsrätt – en komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer*, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlag AB, 1969.
- Bernitz, Ulf, *Marknadsföringslagen*, Concurrentia AB och Norstedts Juridik AB, 1997.
- Carlén-Wendels, Thomas, *Nätjuridik – lag och rätt på Internet*, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, 2000.
- Hedman, Anders och Pappinen, Lauri *Affärer och marknadsföring via Internet*, andra upplagan, Pagina, 1999.
- Lindberg, Agne och Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, 2002.
- Melin, Mats och Schäder, Göran *EU:s konstitution*, sjätte upplagan, Norstedts Juridik AB, 2004.
- Nodell, Per Jonas, *Marknadsföring – en introduktion*, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, 2004.
- Svensson, Carl Anders *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, trettonde upplagan, Student litteratur, 2004.

Artiklar

- Bernitz, Ulf och Pehrson, Lars *Problemet märkesdifferentiering* NIR 1978 s.190.
- Bogdan, Michael, *Gränsöverskridande marknadsföring via Internet*, JT 2000-01 sid. 621.
- Hultmark, Christina, *Ny distansavtalslag*, JT 2000-01 s. 48.
- Jonsson, Lars *Marknadsrätten, särskilt regleringen av reklam*, SvJT 2001 s. 293.

- Nordell, Per Jonas, *Avtalsfrihet och prisinformation*, SvJT 1995 s.132.
- Nordell, Per Jonas, *Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse*, SvJT 1999 s. 846.
- Serner, Anna *De Agostini-målet, ett mål med bara förlorare*, JT 1999-98 s.799.
- Strömberg, Håkan *Tryckfrihet och marknadsföring* SvJT 1980 s. 25.

Offentligt tryck

- Dir. 1991:70 (Direktiv om översyn av Marknadsföringslagen.)
- DS 1999:45 (Distansavtalslag.)
- Prop. 1970:57 (Förslag till lag om otillbörlig marknadsföring m.m.)
- Prop. 1975/76:34 (Med förslag till Marknadsföringslag m.m.)
- Prop. 1986/87:151 (Om ändringar i tryckfrihetsförordningen m.m.)
- Prop. 1990/91:171 (Om en prisinformationslag.)
- Prop. 1994/95:17 (Oskäligen avtalsvillkor m.m.)
- Prop. 1994/95:123 (Ny Marknadsföringslag.)
- Prop. 1999/2000:89 (Lag om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal.)
- Prop. 2001/02:74 (Yttrandefrihetsgrundlagen och Internet.)
- Prop. 2001/02:150 (Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster m.m.)
- Prop. 2003/04:38 (En ny prisinformationslag m.m.)
- Prop. 2003/04:121 (Ny produktsäkerhetslag.)
- SOU 1993:59 (Ny Marknadsföringslag.)
- SOU 1997:49 (Grundlagsskydd för nya medier.)
- SOU 2002:54 (En ny prisinformationslag.)

Internet

www.arla.se

www.bbbonline.com
www.dm-namnden.org

www.etiskaradet.org

www.google.se/intl/sv/why_use.html

www.icc.se

www.iccwbo.org

www.internetworldstats.com

www.konsumentverket.se

www.marknadsetiskaradet.org

www.nix.nu

www.seologik.se/optimeringsavtal.asp

www.Sony.com

www.SonyStyle.com

www.truste.org

Övrigt

DM-nämndens uttalande den 2003-10-31, Dnr 374/2003

JK-beslut 2001-11-09, dnr 3249-00-31

JK-beslut 2000-11-09, dnr 2841-00-31

KO: s förbudsförelägganden FF 2004:5

KO: s informationsförelägganden IF 2002:1

MER: s Uttalande 18/04 – Dnr 20/2004, *Nordic Defense Production*

”De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet” – oktober 2002. Tillgänglig på www.Konsumentverket.se.

Rättsfallsförteckning

MD

MD 1974:23	<i>Helg-Extra</i>
MD 1977:1	<i>Vivo-Favör</i>
MD 1977:22	<i>Alcro</i>
MD 1981:4	<i>Electrolux</i>
MD 1987:5	<i>Skoladan</i>
MD 1989:6	<i>Scanorama</i>
MD 1994:21	<i>Boverket</i>
MD 1995:1,	<i>Sjuka hus</i>
MD 1995:2	<i>Verandi mot N.N. och Tidningen Aftonbladet AB</i>
MD 1998:17	<i>de Agostini (C-34/95, C-35/95 och C-36/95, REG 1997, s. 3843)</i>
MD 2000:8	<i>Bodion</i>
MD 2000:19	<i>STOP v. Elinge Electronica</i>
MD 2001:17	<i>Wasa,</i>
MD 2001:19	<i>Goldside Electronics LLC</i>
MD 2001:24	<i>GE Capital Finans</i>
MD 2003:10	<i>Hälsingekuriren</i>
MD 2002:13	<i>AMF Pension</i>
MD 2003:27	<i>Flashback</i>
MD 2003:32	<i>Axet,</i>
MD 2004:5	<i>TBS</i>
MD 2004:9	<i>Royal Canin Sverige v. Hill's Pet Nutrition Ltd</i>
MD 2004:17	<i>STOP v. KeyCard</i>
MD 2004:24	<i>Vodafone</i>
MD 2004:25	<i>3-Net AB/3 Call AB</i>

HD

NJA 1975 s. 589	<i>Helg-Extra</i>
NJA 1977 s. 751	<i>Vivo-Favör</i>
NJA 1995 s. 677	<i>Boverket</i>
B1624-03	<i>Sony</i>

HovR

B68-02	<i>Sony</i>
--------	-------------