



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Charlotte Johansson

Könsdiskriminerande reklam

Håller argumenten mot lagstiftning?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsning	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Forskningsläge	7
1.5 Disposition	8
2 KÖNSDISKRIMINERANDE REKLAM I SVERIGE	9
2.1 Inledning	9
2.2 Vad är könsdiskriminerande reklam?	9
2.3 Marknadsföringslagens tillämpningsområde	10
2.4 Diskrimineringslagens tillämpningsområde	11
2.5 ICC:s grundregler	11
2.6 Näringslivets egenåtgärder	12
3 SKYDDET FÖR YTTRANDEFRIHET	15
3.1 RF	15
3.2 TF	15
3.3 YGL	17
3.4 EKMR och EU:s rättighetsstadga	18
4 LAGSTIFTNINGSFÖRSÖK	20
4.1 Inledning	20
4.2 Historik	20
4.3 SOU 2008:5	22

5	DANSK RÄTT	26
5.1	Förbud mot könsdiskriminerande reklam	26
5.2	Yttrandefrihet	27
6	NORSK RÄTT	28
6.1	Förbud mot könsdiskriminerande reklam	28
6.2	Yttrandefrihet	29
7	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	31
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	36

Summary

Today, sexist advertisement is not illegal in Sweden. MD has decided that MFL is not applicable on that kind of advertising. Instead, the industry regulates itself through the RO foundations supervision. They use certain criteria established by the ICC and ERK to determine whether advertisement is sexist or not. Although, this system might be seen as ineffective since RO has no right to issue sanctions.

Whether sexist advertisement should be forbidden by law or not, have been frequently discussed. Even though there have been many investigations, none of them have led to legislation. There have been many arguments against legislation. The most frequently referred to is that the freedom of speech in the constitution prevents legislation, that a prohibition against sexist advertisement can't be incorporated in the MFL and that legislation wouldn't solve the problem anyway. This essay will investigate if the arguments are durable or not.

The purpose with the freedom of speech in the constitution is not to protect business owners' economic interests. It becomes more problematic when commercial advertisement contains elements, which are considered worthy of protection. These are called *mixed messages*. Some people mean that this kind of advertising mediate an opinion or valuation, which is worth protecting. It may be considered as a vague argument, which means that the constitution probably doesn't prevent legislation. This will also be discussed in the essay.

MFL aims to protect consumers in their role as consumers and not because of their gender. At the same time, the ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practise are used to interpret the MFL, and these rules state that sexist advertisement is not allowed. Therefore, the argument that a prohibition against sexist advertisement can't be incorporated in the

MFL, because it's against the purpose of the law, may be considered as doubtful.

This essay will explain how it has been able to ban sexist advertising by law in Denmark and Norway. The crucial difference between Sweden and our neighbours might be the freedom of speech. Norway and Denmark refer to the freedom of speech in ECHR as current law, rather than their own national legislation. Meanwhile, Sweden refers to the freedom of speech in the national constitution, which ensures a stronger protection than ECHR. In addition to this, it has been uncertain if the freedom of speech in Norway and Denmark includes commercial advertisement. These are naturally vital aspects of why it has been able to implement legislation against sexist advertisement in these countries.

Sammanfattning

Idag är könsdiskriminerande reklam inte förbjudet i Sverige.

Marknadsdomstolen har fastslagit att den typen av reklam inte faller under MFL:s tillämpningsområde. Istället sköts tillsynen av stiftelsen RO som fungerar som näringslivets självreglering.

Huruvida könsdiskriminerande reklam bör förbjudas i lag eller inte har varit uppe för diskussion vid ett flertal tillfällen. Flera utredningar har gjorts men lagförslagen har alltid landat i att det på ett eller annat sätt inte gått att lagstifta. De mest frekvent använda argumenten är att den grundlagsfästa tryck- och yttrandefriheten hindrar lagstiftning, att förbud mot könsdiskriminerande reklam inte kan inkorporeras i MFL då det strider mot lagens syfte samt att lagstiftning i vilket fall inte skulle råda bot på problemet. Denna uppsats har till syfte att utreda om dessa argument är hållbara.

Efter genomgång av grundlagarnas yttrandefrihetsskydd kan konstateras att det faller utanför syftet med dessa att skydda näringsidkares ekonomiska intressen. Det problematiska uppstår när sådan kommersiell reklam innehåller något moment som anses skyddsvärt, s.k. *blandade meddelanden*. De som menar att grundlagen står i vägen för lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam anser att den typen av reklam förmedlar en åsikt eller en värdering varför dessa moment får anses skyddsvärda. I uppsatsen diskuteras problematiken med detta resonemang och att det får anses vara ett vagt argument varför grundlagen förmodligen inte står i vägen för lagstiftning.

Att det strider mot MFL:s syfte att inkorporera ett förbud mot könsdiskriminerande reklam får också anses tveksamt. Av praxis framgår att MFL skyddar konsumenter i egenskap av just konsumenter och inte i egenskap av tillhörighet till visst kön. Det blir dock fråga om en viss

dubbelmoral då det samtidigt hänvisas till internationella handelskammarens grundregler som tolkningsmedel till marknadsföringslagen. Dessa regler stadgar nämligen att könsdiskriminerande reklam inte är tillåtet.

I uppsatsen redogörs också för hur lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam kunnat ske i Norge och Danmark. Den avgörande skillnaden mellan Sverige och våra två grannländer får anses vara skyddet för yttrandefrihet. I både Norge och Danmark används inte yttrandefrihetsskyddet i EKMR som en minimistandard som förstärks på nationell nivå, så som vi gjort i Sverige. Istället hänvisas ofta till yttrandefrihetsskyddet i EKMR i domar vilket i praktiken gör att skyddet är svagare i Danmark och Norge. Därtill ska tilläggas att det länge varit oklart huruvida deras yttrandefrihetsskydd täcker kommersiell reklam över huvud taget. Dessa är givetvis avgörande aspekter för att reglering mot könsdiskriminerande reklam kunnat komma till stånd.

Förkortningar

DS	Departementsserien
EKMR	Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ICC	Internationella handelskammaren
KO	Konsumentombudsmannen
MD	Marknadsdomstolen
MER	Marknadsetiska rådet
MFL	Marknadsföringslagen (2008:486)
NOU	Norges offentlige utredninger
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
RO	Reklamombudsmannen
RON	Reklamombudsmannens opinionsnämnd
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Sexualisering och schablonisering av kvinnor och män är något som används flitigt vid företags marknadsföring. Till exempel används en kvinnas avklädda kropp för att väcka uppmärksamhet till en produkt som inte alls har med nakenhet att göra samtidigt som en stereotyp bild av mannen som den hårt slitande familjefadern ska locka till att köpa det perfekta tvättmedlet. I debatter tycks de flesta vara överens om att könsdiskriminerande reklam är ett problem. I varken Norge och Danmark är sådana framställningar tillåtna. Ändå finns ingen lag som förbjuder detta i Sverige.

Många försök har gjorts att lagstifta på området men det har alltid slutat med att förslagen lagts på hyllan. Denna uppsats tar upp varför könsdiskriminerande reklam fortfarande är tillåtet i Sverige och om argumenten mot lagstiftning verkligen är hållbara.

1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsning

Syftet med denna uppsats är för det första att undersöka hur Sverige resonerat angående förbud mot könsdiskriminerande reklam och om argumenten mot lagstiftning har någon grund. För det andra är syftet att genom komparativa studier av Norges och Danmarks reglering av könsdiskriminerande reklam få en bild av hur våra nordiska grannländer förhållit sig kring yttrandefrihetsfrågor gentemot lagstiftning.

Följande frågeställningar ligger till grund för den kommande framställningen:

- Är argumenten mot reglering av könsdiskriminerande reklam hållbara?
- Hur har lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam kunnat ske i Norge och Danmark men inte i Sverige?

På grund av uppsatsens begränsning i omfång kommer den inte behandla genusaspekter som annars utgör en naturlig del av problematiken. Av samma anledning behandlas inte de övriga nordiska länderna. Anledningen till att just Norge och Danmark valts beror främst på språkförståelse och tillgängligheten till material.

1.3 Metod och material

Denna uppsats kommer ha utgångspunkt i en rättsdogmatisk metod genom vilken rättsregler, förarbeten, praxis och doktrin studeras. I syfte att öka förståelsen för den nationella rätten kommer ett komparativt tillvägagångssätt användas. Genom jämförelsen med norsk och dansk rätt på området ges förutsättningar att förklara och problematisera den svenska rätten. Vid besvarandet av frågeställningarna kommer tillämpas ett kritiskt perspektiv.

Det material som kommer att ligga till grund för uppsatsen är doktrin som beskriver de svenska, norska, danska och europeiska rättsreglernas tillämplighet. Gällande svensk rätt kommer de att jämföras med förarbeten som beskriver vilka argument som förts fram gällande lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam. På så sätt ges sammantaget en bild av den svenska rätten på området och problematiken med den.

1.4 Forskningsläge

Frågan om huruvida könsdiskriminerande reklam bör regleras i lag eller inte

har varit uppe för diskussion vid ett flertal tillfällen. Diskussionerna har dock haft övervägande politisk prägel och utgörs därmed främst av argument för och emot lagstiftning beroende på politisk tillhörighet. Av den anledningen behandlas sällan frågan om lagstiftning gentemot grundlagen ur ett juridiskt perspektiv i de framställningar som finns att tillgå. Istället konstateras ofta att grundlagen hindrar lagstiftning utan att utvecklas närmare. Ett exempel är en artikel av f.d. regeringsrådet Lars Jonsson i Svensk Juristtidning som behandlar reglering av reklam i allmänhet där han enbart fastställer ovanstående.¹

1.5 Disposition

För att ge en grundläggande förståelse för ämnet kommer inledningsvis att redogöras för vad som utgör könsdiskriminerande reklam samt hur befintliga svenska lagar förhåller sig till problemet idag. I redogörelsen förklaras hur det svenska systemet med näringslivets egenåtgärder är uppbyggt. Då kommersiell yttrandefrihet är relevant för diskussionen om förbud mot könsdiskriminerande reklam kommer både det svenska och europeiska yttrandefrihetsskyddet presenteras. För att belysa problematiken kommer urval av tidigare initiativ till lagstiftning, och därtill efterföljande diskussioner, beskrivas.

Den danska och norska rätten kommer att presenteras i varsitt kapitel som i sin tur består av två underrubriker. I respektive kapitel kommer inledningsvis redogöras för hur regleringen mot könsdiskriminerande reklam ser ut i vederbörande land. Därefter följer en presentation av ländernas yttrandefrihetsskydd.

¹ Jonsson, Lars: ”Marknadsrätten, särskilt regleringen av reklam”. *Svensk Juristtidning* s. 296

2 Könsdiskriminerande reklam i Sverige

2.1 Inledning

I följande avsnitt behandlas hur könssdiskriminerande reklam definieras i Sverige och på vilka grunder varken MFL eller diskrimineringslagen är tillämpliga på problematiken. Då MFL:s uttryck *god marknadsföringssed* öppnar upp för kompletterande rättsregler krävs en genomgång av den icke-förbindande branschpraxis som återfinns i Internationella handelskammarens regler för reklam och marknadskommunikation (*ICC:s grundregler*). För att efterfölja dessa regler har Sverige valt en modell som bygger på näringslivets egenåtgärder. Reklamombudsmannen (RO) är en stiftelse som bedömer huruvida reklam strider mot ICC:s grundregler. Det stannar dock bara vid uttalanden då RO inte har möjlighet att utdöma sanktioner.

2.2 Vad är könssdiskriminerande reklam?

1987 framlade KO kriterier för bedömning av om reklam är att anse som könssdiskriminerande. Ur detta kan två huvudspår utläsas. Det första utgörs av framställningar vars innehåll och budskap direkt nedvärderar män eller kvinnor, s.k. kränkande reklam. Det andra, s.k. schabloniserande reklam, motarbetar strävandet efter ett jämställt samhälle genom att placera män och kvinnor i olika fack och därmed framhävs könsroller. Näringslivets etiska råd mot könssdiskriminerande reklam (ERK) bildades 1988 och använde, förutom de två angivna definitionerna från KO:s utredning, ytterligare ett kriterium: ”reklam som på något annat nedvärderande sätt är uppenbart könssdiskriminerande för kvinnor och män”.²

² Melin 2009, sid. 97

2.3 Marknadsföringslagens tillämpningsområde

MFL verkar för att skydda både konsumentens och näringsidkarens ekonomiska intressen.³ Generalklausulen i lagens första paragraf är allmänt hållen och ger inte mycket underlag för vad som omfattas. Det brukar sägas att den sätter en ”rättslig standard” som kompletteras med normer om vad som utgör *god marknadsföringssed*.⁴ Detta kommer att behandlas utförligare nedan.

Lagen täcker alla former av informationsmedel. Däremot täcks inte all typ av marknadsföring utan bara kommersiell sådan. Gränsdragningen för vad som faller inom och utom området för kommersiell reklam har lagstiftaren lämnat åt praxis att utröna. I de flesta fall är det oproblematiskt att fastställa men då det handlar om reklam som innehåller både kommersiellt och icke-kommersiellt material, s.k. *blandade meddelanden*, är det svårare. Denna problematik har främst att göra med vad som är grundlagsskyddat. Detta kommer att utvecklas i det följande. HD har genom praxis utarbetat en princip för att avgränsa vad kommersiell marknadsföring innebär och således vilken typ av marknadsföring som MFL är tillämplig på. I korthet kan sägas att det handlar om marknadsföring i kommersiell verksamhet som vidtagits i kommersiellt syfte och som har ett rent kommersiellt förhållande till produkten i fråga.⁵ Även om något bedöms som rent kommersiellt och därmed omfattas av MFL får lagen inte tillämpas på ett sådant sätt att konflikt uppstår med tryck- och yttrandefriheten.⁶ I sådant fall, eller då tveksamhet uppstår, har TF och YGL företräde.⁷

Huruvida könsdiskriminerande reklam faller under MFL:s tillämpningsområde eller inte behandlades i MD 1976:8. I fallet hade ett företag (CRC-Lafo) marknadsfört produkten CRC 5-56 (ett smörjmedel mot

³ 1§ MFL

⁴ Bernitz 2013, sid. 54

⁵ Bernitz 2013, sid 63

⁶ MD 1981:5

⁷ SOU 2008:5 sid. 130

rost) genom att använda en bild av en naken kvinnas rygg med företagets logotype sprayat på huden. MD uttalade att MFL bara kan tillämpas som skydd för konsumenter och näringsidkare. Man förklarade vidare att reklamen visserligen var könsdiskriminerande men att det handlade om ett skydd för kvinnan i egenskap av just kvinna och inte i egenskap av konsument. Lagen kan således inte tillämpas som skydd för den personliga integriteten. Av den anledningen var, och är, MFL inte tillämplig på könsdiskriminerande reklam.⁸

2.4 Diskrimineringslagens tillämpningsområde

Diskrimineringslagen (2008:567) har till syfte att motverka diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder eller sexuell läggning. Lagen kan tillämpas när det gäller könsdiskriminering avseende försäljning av varor och tjänster, till exempel då man gör skillnad på kvinnor och män avseende prissättning eller andra köpevillkor. Könsdiskriminerande reklam faller således utanför lagens tillämpningsområde.⁹

2.5 ICC:s grundregler

Som ovan beskrivits faller könsdiskriminerande reklam utanför svenska lagars tillämpningsområden. Det har tidigare även påpekats att generalklausulen i MFL öppnar upp för kompletterande normer vilket gör att MFL inte är ensam rättskälla på området.

Normer om vad som utgör *god marknadsföringssed* kan framgå av särskild lag eller myndighetsföreskrifter. Sådant som strider mot de uppställda principerna kan därmed strida mot generalklausulen i MFL och är således

⁸ MD 1976:8

⁹ Melin 2009, sid. 103

lagstridigt. Något som också omfattas av begreppet god marknadsföringssed är, förutom sådant som är en direkt hänvisning till generalklausulen, även branschpraxis på hur reklam ska vara konstruerad. Dessa regler behandlar vad som är standard för god sed vid marknadsföring. Sådant branschpraxis är inte rättsligt bindande.¹⁰

Det huvudsakliga regelverket gällande sådan oförbindande branschpraxis är *ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation* (eller *ICC:s grundregler*). I förarbetena till MFL står att grundreglerna uppställer etiska krav som utgör god yrkessed, vilka näringsidkaren har ett eget intresse av att följa.¹¹ Enligt ICC:s grundregler är könsdiskriminerande reklam inte tillåtet:

”Marknadskommunikation ska respektera mänsklig värdighet. Marknadskommunikation får inte uppmana eller överse med någon form av diskriminering, inbegripet sådan som hänför sig till ras, nationalitet, härkomst, religion, kön, ålder, funktionsnedsättning eller sexuell läggning”¹²

2.6 Näringslivets egenåtgärder

Då en del av det som utgör god marknadsföringssed finns i utomrättsliga normer, som ICC:s grundregler, behövs ett komplement till lagstiftning för att dessa krav ska efterlevas. För sådant som hamnar utanför lagen är näringslivets egenåtgärder av betydelse.

I Sverige är det RO som har ansvaret för tolkning och tillämpning av ICC:s grundregler. RO är en del av näringslivets självreglering och är således grundad på initiativ av representanter för näringslivet. Genom anmälan eller på eget initiativ prövar stiftelsen om reklam strider mot ICC:s grundregler men de har inte möjlighet att utdöma sanktioner. Istället offentliggörs fällda

¹⁰ Bernitz 2013, sid. 55

¹¹ Prop. 2007/08:115 sid. 70

¹² Art. 4.1 ICC:s grundregler

företags reklam genom publicering på RO:s hemsida, i nyhetsbrev och genom pressmeddelanden. Risken för sämre anseende ska på så sätt mana till att reglerna upprätthålls. Mer komplicerade fall där det saknas tydlig praxis hänskjuts till RON för bedömning.¹³

RO ersatte 2009 de uppgifter som tidigare sköttes av MER och ERK. MER hade till uppgift att självständigt ta ställning till om marknadsföringsåtgärd var i överensstämmelse med god yrkessed.¹⁴ ERK använde sig, som nämnts, av tre kriterier för bedömning av könsdiskriminerande reklam. De har idag övertagits och utvecklats vidare av RO. I det följande ska kriterierna utvecklas och exemplifieras.

Det första kriteriet, *sexistisk reklam*, går ut på att reklamen framställer män eller kvinnor som sexobjekt vilket i sig anses kränkande. Ett illustrerande exempel är en annons för underkläder från Hugo Boss. Annonsen består av en man i underkläder och en naken kvinna som poserar tillsammans. Motiveringen till varför reklamen fälldes var att den avklädda kvinnan inte hade något samband med produkten som marknadsfördes varför hon enbart framställdes som ett sexobjekt.¹⁵

Det andra kriteriet, *schabloniserande reklam*, handlar om att man framhäver ett föråldrat sätt att se på könsroller genom att placera män och kvinnor i olika fack. Ett exempel är den fällda annonsen av Colgate-Palmolive AB i vilken rengöringsmedlet Ajax marknadsförs genom att en mamma städar huset och umgås med barnen samtidigt som männen kommer hem efter att ha varit ute och fiskat. Reklamen fälls bland annat på den grunden att den ger uttryck för en förlegad och stereotyp syn på ansvaret för hushållsarbete.¹⁶

¹³ http://reklamombudsmannen.org/ro_ron (2014-04-07)

¹⁴ Svensson 2010, sid. 30

¹⁵ <http://www.reklamombudsmannen.org/uttalande/hugo-boss> (2014-04-08)

¹⁶ <http://www.reklamombudsmannen.org/uttalande/ajax> (2014-04-08)

Det sista kriteriet är mer allmänt utformat och omfattar reklam som ”på annat nedvärderande sätt är uppenbart könsdiskriminerande för kvinnor och män”.¹⁷

¹⁷ Svensson 2010, sid. 37

3 Skyddet för yttrandefrihet

3.1 RF

I Sverige finns yttrandefriheten och tryckfriheten betonad på flera ställen i grundlagarna. Förhållandet dem emellan kan närmast förklaras som att TF och YGL är en del av den övergripande yttrandefriheten som fastslås i RF. Genom att dela upp regleringen fångas olika informationskanaler upp.¹⁸

I 2 kap. RF uppställs de grundläggande fri- och rättigheterna.

Yttrandefrihetsskyddet definieras i RF som en ”frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor”¹⁹. Det är dock ingen absolut rättighet då det i 2 kap. 20§ RF anges att yttrandefriheten får inskränkas under vissa förutsättningar som utvecklas i 2 kap. 23§ RF. Yttrandefriheten får begränsas med hänsyn till bland annat rikets säkerhet, allmän ordning och säkerhet, enskildas anseende och beivrandet av brott. Vidare föreskrivs att begränsning får ske när det gäller rätten att yttra sig i näringslivet. Detta får göras utan att särskild hänsyn behöver tas. Denna begränsning görs i MFL. Det skydd som uppställs i RF är övergripande och omfattar således alla typer av media.

3.2 TF

Av 1 kap. 1§ 1 st. TF framgår att det som omfattas av lagen är skrifter. Till skrift kan även räknas bilder.²⁰ Syftet med TF är att garantera fri åsiktsspridning och det fria meningsutbytet. Konkret innebär tryckfriheten en rätt att både framställa, utge och sprida skrifter.²¹

¹⁸ Warnling-Nerep & Bernitz 2013, sid. 4-5

¹⁹ 2 kap. 1§ RF

²⁰ 1 kap. 5§ TF

²¹ SOU 1980:28 sid. 92f

I TF finns ett starkt censurförbud som förbjuder staten eller annat offentligt organ att förhandsgranska skrift eller på grund av föregående granskning förhindra publicering.²² Ett liknande förbud uppställs i YGL. Reglerna förhindrar därmed inte åtgärder mot kommersiell reklam i efterhand. Detta har att göra med att det faller utanför TF:s syfte att skydda näringsidkares ekonomiska intresse.²³ Sådana åtgärder som får vidtas i efterhand sker med stöd av MFL.²⁴ Reklam är med andra ord inte generellt undantagen från TF men i och med att reklam ofta är rent kommersiell faller den tidvis utanför TF:s tillämpningsområde. Det framgår dock av praxis att gränsdragningen är svår när det gäller förhållandet mellan TF och reklam. Skyddet mot censur gäller givetvis gentemot reklam men i övrigt förefaller den utbredda uppfattningen vara att reklam har ett lägre skyddsvärde än övrig tryckt media.

Som ovan nämnts så omfattar TF bara vissa typer av medier. Trots det skyddas inte allt innehåll i dessa medier.²⁵ För att avgöra vad som faller inom TF:s tillämpningsområde finns två typer av avgränsningar. För det första kan det ske genom att TF direkt hänvisar till annan tillämplig lag. Ett exempel är 1 kap. 9§ p. 1-2 som hänvisar till särskilda regler om alkohol- och tobaksreklam.²⁶ För det andra kan avgränsning göras bara på grundval av TF:s syfte. Genom rättspraxis har framtagits en mall för att underlätta vid gränsdragningen av vad som faller inom TF:s syfte. Den är negativt formulerad och anger att TF *inte* skyddar framställningar med rent ekonomiskt syfte eller otillbörlig reklam som har rent kommersiellt syfte och avser rent kommersiella förhållanden. Framställningar som har ett rent ekonomiskt syfte ska inte ha någon anknytning till yttrandefriheten och ett typexempel på det är när brott, exempelvis bedrägeri, begås genom tryckt skrift.²⁷ Något som försvårar bedömningen är då reklam innehåller något

²² 1 kap. 2§ TF

²³ Prop. 2007/08:115 sid. 58

²⁴ Bernitz 2013, sid. 62

²⁵ Prop. 2001/02:74 sid. 56

²⁶ Warnling-Nerep & Bernitz 2013, sid. 51

²⁷ Warnling-Nerep & Bernitz 2013, sid. 44-45

moment som kan anses vara skyddsvärt av TF, exempelvis nyhetsförmedling, som gör reklamen till ett blandat meddelande.²⁸

En av de principer som både TF och YGL bygger på är den s.k. exklusivitetsprincipen som innebär att ingripanden på grund av missbruk av tryck- och yttrandefriheten bara får ske i de fall som anges i TF och YGL.²⁹ Det innebär att trots att en framställning omfattas av TF på grund av typen av medium (exempelvis tryckt skrift) och på grund av att innehållet är av sådan karaktär som normalt skyddas av TF (exempelvis opinionsbildning) så kan den falla utanför TF genom att den utgör ett *otillåtet yttrande* eller ett *otillåtet offentliggörande*.³⁰

I 7 kap. 4-5§§ TF uppställs situationer som utgör otillåtna yttranden och otillåtna offentliggöranden. Bland det som utgör ”otillåtna yttranden” uppräknas 18 olika brott. Vissa brott kan bara begås under krig eller andra extrema förhållanden (exempelvis krigsanstiftan, landsförräderi, högförräderi och uppror).³¹ Andra brott uppräknas i paragrafen för att skydda rikets säkerhet även i fredliga tider (exempelvis spioneri, uppvigling, hets mot folkgrupp och förtal).³²

3.3 YGL

En del av de medier som inte omfattas av TF (exempelvis yttranden i tv, radio och andra tekniska upptagningar) skyddas istället av YGL.³³ Tanken är att motsvarande skydd som ges tryckt skrift i TF så långt som möjligt ska tillförsäkras yttranden i teknisk media genom YGL.³⁴

²⁸ RÅ 2010 ref. 115

²⁹ 1 kap. 3§ TF och 1 kap. 4§ YGL

³⁰ Prop. 2001/02:74 sid. 56-57

³¹ Olsson 2012, sid. 160

³² Olsson 2012, sid. 166 ff.

³³ Olsson 2012, sid. 29

³⁴ Warnling-Nerep & Bernitz 2013, sid. 100

Som tidigare nämnt innehåller även YGL ett censurförbud.³⁵ Förbudet är utformat nästan identiskt med det i 1 kap. 2§ TF och omfattar därmed det allmännas förhandsgranskning av material och således inte åtgärder som sker i efterhand. Precis som beträffande TF så faller det även utanför YGL:s tillämpningsområde att skydda näringsidkares ekonomiska intressen varför yttrandefriheten inte är ett hinder mot att reglera reklam i allmän lag.³⁶

Brotten mot yttrandefriheten sammanfaller med brotten som uppräknas i TF då YGL innehåller en hänvisning till 7 kap. 4-5§§.³⁷

3.4 EKMR och EU:s rättighetsstadga

Tryckfriheten och yttrandefriheten kommer till uttryck även i internationella fördrag. För Sveriges del är de relevanta reglerna art. 10 i EKMR och art. 11 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU:s rättighetsstadga).

I art. 10 EKMR stadgas att var och en har rätt till sin egen åsikt samt att staten, på samma sätt som sägs i svensk rätt, ska avstå från inblandning i varje människas rätt att motta och sprida information. Förutom ett förbud mot censur innefattar detta också att stater ska anta ändamålsenlig lagstiftning. Regleringen i konventionen omfattar både skrifter och muntliga yttringar. Det görs heller ingen skillnad på själva syftet och alltså spelar det ingen roll om det handlar om rent kommersiell reklam då även detta omfattas av skyddet.³⁸

Trots det mycket generella skyddet för yttrandefrihet som uppställs i konventionen lämnas dock öppet för undantag i art. 10 p. 2 EKMR. För att en inskränkning i yttrandefriheten ska vara godkänd krävs att den är angiven i lag, nödvändig i ett demokratiskt samhälle och tillgodoser något av de

³⁵ 1 kap. 3§ YGL

³⁶ Svensson 2012, sid. 45

³⁷ 5 kap. 1§ YGL

³⁸ Warnling-Nerep & Bernitz 2013, sid. 147

skyddsvärda intressen som uppräknas, till exempel statens säkerhet, den allmänna säkerheten eller till skydd för hälsa och moral. Angående just skyddsintresset ”skydd för hälsa och moral” har Europadomstolen fastslagit att en enhetlig uppfattning om vad moral innebär är svår att uppnå inom Europa. Därför har konventionsstaterna lämnats stort utrymme att själva bestämma var gränsen går gällande moral.³⁹ Bedömning när det handlar om inskränkning faller med andra ord ofta inom staternas ”margin of appreciation”.

I målet *Karner* slog EU-domstolen fast att reklam omfattas av yttrandefriheten i art. 10 EKMR men att det, enligt art. 10 p. 2 EKMR, är lättare att inskränka denna frihet när den används i kommersiellt syfte.⁴⁰

I EU:s rättighetsstadga utformas yttrandefrihetsskyddet på liknande sätt som i EKMR.⁴¹ De inskränkningar som tillåts uppställs i rättighetsstadgans art. 52 och innefattar liknande krav som EKMR. Inskränkningen ska vara nödvändig, svara mot ett av unionen erkänt samhällsintresse eller vara behövligt på grund av skyddet för människors rättigheter och friheter. Därtill ska proportionalitetsprincipen beaktas. Av rättighetsstadgans art. 52.3 framgår att rättigheter i stadgan som har en motsvarighet i EKMR ska tolkas på samma sätt och ha räckvidd som i konventionen.

Det bör nämnas att det inom EU är av vikt att upprätthålla syftet med fri rörlighet för varor och tjänster. Då förbud mot reklam försvårar gränsöverskridande marknadsföring kan utländska aktörer försättas i ett sämre läge än inhemska ur konkurrenssynpunkt. Av den anledningen får Sveriges förbud mot reklam inte vara mer långtgående än EU-rätten. EU-domstolen prövar utifrån ovan nämnda proportionalitetsprincip vilket i praktiken blir en intresseavvägning mellan yttrandefriheten kontra reklamförbudets syfte.⁴²

³⁹ Warnling-Nerep & Bernitz 2013, sid. 150

⁴⁰ Warnling-Nerep & Bernitz 2013, sid. 160

⁴¹ Art. 11 EU:s rättighetsstadga

⁴² Warnling-Nerep & Bernitz 2013, sid. 160-161

4 Lagstiftningsförsök

4.1 Inledning

Lag som förbjuder könsdiskriminerande reklam varit uppe för debatt vid ett flertal tillfällen. Statliga utredningar och myndigheter har fått till uppgift att utreda möjligheterna till lagstiftning.⁴³ Följande uppräkningslista är bara ett urval för att belysa vilken problematik diskussionerna lett fram till. Den historiska uppräkningslistan fastställer att argumenten mot lagstiftningen främst varit att grundlagen står i vägen för lagstiftning, att ett förbud faller utanför MFL:s syfte samt att lagstiftning i vilket fall inte skulle hjälpa. Av de som förespråkar lagstiftning framställs olika lagtekniska lösningar vilket redogörs för i det följande. Av den senaste utredningen, SOU 2008:5, sammanfattas mycket av den historiska problematiken och slutsatsen av utredningen är att lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam är möjlig då utredningen menar att grundlagen inte är ett hinder. På grund av att SOU 2008:5 är den senaste aktuella utredningen och ger en sammanfattande bild av nu rådande argument för lagstiftning behandlas den i ett eget avsnitt.

4.2 Historik

I en motion som inkom till riksdagen (och avslogs 1977) föreslogs en rad åtgärder för att motverka könsdiskriminering. Bland dessa fanns förslag om en lag som skulle förbjuda kvinnodiskriminerande texter och bilder och därmed även reklam. I ett betänkande från konstitutionsutskottet konstateras, med anledning av motionen, inledningsvis att kommersiell reklam åtnjuter skydd i TF.⁴⁴ Vidare redogörs för de ändringar av TF som genomfördes för att kunna få till stånd en lagstiftning gällande alkohol- och tobaksreklam. Av den anledningen menade konstitutionsutskottet att

⁴³ SOU 2008:5 sid. 41

⁴⁴ KU 1976/77:27

lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam kräver stöd av, och därmed ändring i, TF.⁴⁵

I SOU 1985:32, som presenterades av konsumentpolitiska kommittén, framfördes också att en lag som förbjuder könsdiskriminerande reklam kräver grundlagsändring. I betänkandet påstods den lämpligaste lösningen vara att, då grundlagsändring skett, genom bestämmelser i särskild lag hänvisa till marknadsföringslagen på samma sätt som man löst problemet med alkohol- och tobaksreklam. Därmed skulle det anses som en utökning av begreppet otillbörlig marknadsföring. Utredningen ledde dock aldrig till något lagförslag.⁴⁶

Med konsumentpolitiska kommitténs utredning som grund presenterades i prop. 1985/86:121 ett förslag om att konsumentverket skulle få i uppgift att sammanställa den könsdiskriminerade reklamens omfattning och utveckling.⁴⁷ Lagutskottet lämnade ett betänkande där nämnda proposition behandlades. Enligt utskottet var lagstiftning inte motiverat om det bara rör sig om enstaka fall av kränkande reklam. Däremot menar utskottet att den schabloniserande reklamen var ett större problem. Trots det underströks att det är tveksamt huruvida lagstiftning skulle råda bot på problemet. Därutöver hänvisade lagutskottet till Norge och menade att det vid lagstiftning kan uppstå problem vid gränsdragningen om vad som utgör diskriminerande reklam och inte.⁴⁸

Civildepartementet upprättade en promemoria innehållande ett lagförslag mot könsdiskriminerande reklam i december 1990: *Lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam* (MA 581/89). Förslaget var rent tekniskt upplagt på samma sätt som den konsumentpolitiska kommittén presenterat tidigare, dvs. förbudet skulle framgå av en särskilt lag som återkopplade till marknadsföringslagen. Det öppnade upp för att bedöma

⁴⁵ SOU 2008:5 sid. 44

⁴⁶ SOU 2008:5 sid. 46

⁴⁷ Prop. 1985/86:121 sid. 39

⁴⁸ SOU 2008:5 sid. 49

könsdiskriminerande reklam på samma sätt som otillbörlig marknadsföring i lagens mening.⁴⁹ Civildepartementet bedömde själva att en sådan lag inte skulle strida mot TF medan vissa remissinstanser ansåg att grundlagen stod i vägen. Förutom att TF förhindrade lagens tillkomst anfördes argument från remissinstanserna som främst tog sikte på de tillämpningssvårigheter en sådan lag skulle medföra, att näringslivets egenåtgärder var tillräckliga samt att kopplingen till MFL skulle strida mot MFL:s syfte.⁵⁰

Ett nytt sätt att lösa problemet framlades i promemorian *Diskriminerande reklam* (Ds 1994:64). Promemorian redogjorde för att det förslag till ny marknadsföringslag som precis lagts fram öppnade för möjligheten att tolka in diskriminerande reklam i generalklausulen. Det skulle då gälla reklam som var kränkande i fråga om kön men även ras, religion och nationalitet. För att undvika oklarheter föreslogs att ett tillägg skulle införas i MFL som uppställde vad som skulle tas i beaktande vid bedömningen av kränkande reklam. Som skäl för lagstiftning framlades de internationella förpliktelser Sverige tagit på sig för att motverka diskriminering i samhället.⁵¹ De remissinstanser som var skeptiska menade bland annat att förhållandet mellan grundlag och vanlig lag var oklart samt att frågor om värdering bör lämnas åt den fria opinionsbildningen.⁵²

Att oklarheter mellan lagarna är ett problem och att det krävs ett uttryckligt stöd i grundlagen för att möjliggöra lagstiftning på området framkom också från remissinstanser till prop. 1994/95:123 om ny marknadsföringslag.⁵³

4.3 SOU 2008:5

I den senaste utredningen på området, SOU 2008:5, redogörs för många lagtekniska lösningar men den mest lämpliga hävdas vara att stifta en helt

⁴⁹ SOU 2008:5 sid. 54

⁵⁰ SOU 2008:5 sid. 55

⁵¹ SOU 2008:5 sid. 56

⁵² SOU 2008:5 sid. 58

⁵³ SOU 2008:5 sid. 58

fristående lag mot könsdiskriminerande reklam. Argumenten som anges är att det skulle bli mer överskådligt men framförallt att det inte är en fråga om konsumentskydd varför det faller utanför MFL:s syfte och därför kräver en egen lag.⁵⁴

I utredningen behandlas varför en sådan lagstiftning skulle vara möjligt trots det starka yttrandefrihetsskyddet i grundlagarna. Angående TF fastställer utredningen först att reklam befinner sig i en gråzon mellan det som ryms inom TF:s skyddsområde och det som är uttryckligen undantaget. Dock konstateras att kommersiell reklam bör falla utanför skyddet och att tveksamhet inträder först då man kan anse att reklamen innehåller skyddsvärda yttranden som rena åsikter och värderingar. Utredningen menar att könsdiskriminerande reklam inte bör ses som uttryck för en åsikt då det skulle innebära att yttrandefriheten får användas till rena kränkningar vilket skulle motverka samhällets strävande efter jämställdhet.⁵⁵ Därtill poängteras att den allmänna uppfattningen är att det faller utanför TF:s syfte att skydda näringsidkares ekonomiska intressen.⁵⁶

Utredningen understryker dock att kommersiella yttranden har ett visst grundlagsskydd i och med det ovan nämnda censurförbudet varför det varit omtvistat huruvida det går att införa totalförbud mot reklam i lag. Ändå har det varit möjligt att införa speciallag som reglerar alkohol- och tobaksreklam och lag om namn och bild i reklam. I förarbetena till sistnämnda lag uttalade lagrådet att reklam inte har fullt tryckfrihetsrättsligt skydd. Därmed att det acceptabelt att ingripa mot reklam vid sidan om TF om reklamen är utpräglad kommersiell och inte avser sådant som TF är till för att skydda, exempelvis nyhetsförmedling eller åsiktsbildning.⁵⁷

Angående den lagstadgade yttrandefriheten i RF fastslås att jämställdhet bör vara ett skäl att få inskränka denna frihet då det anses vara ett ändamål som

⁵⁴ SOU 2008:5 sid. 249

⁵⁵ SOU 2008:5 sid. 234

⁵⁶ SOU 2008:5 sid. 236

⁵⁷ SOU 2008:5 sid. 231-232

är acceptabelt i ett demokratiskt samhälle. Det konstateras vidare att en inskränkning i RF inte får gå längre än vad som är nödvändigt och inte heller hota den fria åsiktsbildningen. Här kommenteras ovan nämnda *blandade meddelanden* och det fastslås att könsdiskriminerande reklam inte har något sådant opinionsbildande syfte varför det inte hindrar den fria åsiktsbildningen att förbjuda sådan reklam. När det gäller kravet på att inte gå längre än vad som är nödvändigt konstateras att könsdiskriminerande reklam hindrar jämställdhetssträvanden och då problemen kvarstår bör en lagstiftning anses nödvändig.⁵⁸

Sammanfattningsvis menar utredningen att en lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam är möjlig utan att hinder av grundlagarna då sådan lagstiftning faller utanför det intressen som YGL och TF avser att skydda. Därtill understryks att syftet med grundlagarna inte är att skydda näringsidkares ekonomiska intressen samt att det vid flertal tillfällen yttrats att det är möjligt att reglera reklam i allmän lag om det handlar om ett meddelande av rent kommersiell natur.⁵⁹ För det fall grundlagsändring ändå anses nödvändig är ändring enligt utredningen motiverat då intresset av jämställdhet är lika skyddsvärt som exempelvis förbud mot förtal och reglering av alkohol- och tobaksreklam som lett till inskränkningar i tryck- och yttrandefriheten.⁶⁰

Utredningen blev inte grunden för en ny lag på området utan lades istället till handlingarna.⁶¹ Dåvarande jämställdhetsminister Nyamko Sabuni anförde i en debattartikel att reklam som innehåller värderingar och attitydpåverkan är svårbedömt ur yttrandefrihetsperspektiv. Hon menar att en lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam alltså kommer att hamna i en gråzon när det gäller grundlagstridighet. Hon redogör för att alternativet är att ändra i grundlagen för att komma undan de oklarheter som råder idag. På grund av att hon inte är övertygad om att den föreslagna lagen ger

⁵⁸ SOU 2008:5 sid. 235

⁵⁹ SOU 2008:5 sid. 238

⁶⁰ SOU 2008:5 sid. 242

⁶¹ Regeringsbeslut IJ 2008/111/JÄM

önskad effekt är lagförslaget inte skäl nog för att inskränka yttrandefriheten.⁶²

⁶² <http://www.regeringen.se/sb/d/10100/a/103720> (2014-05-06)

5 Dansk rätt

5.1 Förbud mot könsdiskriminerande reklam

I den danska marknadsföringslagen har generalklausulen en särskild betydelse då denna öppnar upp för många tolkningsmöjligheter. Den är utformad som att näringsidkare som omfattas av lagen ska utöva god marknadsföringssed med hänsyn tagen till konsumenter, andra näringsidkare och samhälleliga intressen. I detta begrepp har sådant som inte uttryckligen regleras i marknadsföringslagen tolkats in.⁶³

Något som ryms inom generalklausulens uttryck *samhälleliga intressen* är förbud mot diskriminerande marknadsföring. Det som omfattas är diskriminering på grund av etniskt ursprung, religion, kön eller liknande så länge marknadsföringen framstår som kränkande eller nedsättande. Av detta framgår förbudet mot könsdiskriminerande reklam.⁶⁴ Av marknadsföringslagens 24§ framgår att den danska motsvarigheten till konsumentombudsmannen ("forbrugerombudsmanden") får ta fram riktlinjer för marknadsföring tillsammans med representanter för konsumenter och branschorganisationer. Av sådana riktlinjer framgår vad som ska anses utgöra könsdiskriminerande reklam. Sammanfattningsvis kan sägas att reklam är könsdiskriminerande om ett kön framställs på ett nedsättande sätt, om nakenhet eller erotik ingår i en framställning som nedvärderar ett kön, om reklamen ger uppfattningen att ett kön är sämre socialt, ekonomiskt eller kulturellt eller tillskriver andra negativa egenskaper som till exempel att det ena könet är mindre begåvat. Därefter poängteras att listan inte är uttömmande.⁶⁵

⁶³ Mortensen och Steinicke 2006, sid. 268

⁶⁴ Mortensen och Steinicke 2006, sid. 269

⁶⁵ <https://www.forbrugerombudsmanden.dk/~media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/Koensrelateret%20reklame.pdf> (2014-05-02)

5.2 Yttrandefrihet

Yttrandefriheten regleras i den danska grundlagens (Grundlovens) 77§. I Danmark skiljer man på formell och materiell yttrandefrihet. Den formella yttrandefriheten innebär ett förbud mot förhandsgranskning och därmed censur. Den materiella yttrandefriheten handlar istället om den efterföljande kontrollen, dvs. straff- och ersättningsansvar för yttringar.⁶⁶ Fram till och med 1990 var uppfattningen att grundlagen bara innefattade ett censurförbud. Den materiella yttrandefriheten, och därmed den kommersiella yttrandefriheten, ansågs inte falla in under skyddet. Idag erkänns den materiella yttrandefriheten i praxis men domstolen tycks snarare referera till art. 10 EKMR än till Grundlovens 77§.⁶⁷ Reklam anses idag alltså ha ett principiellt skydd i 77§ men den materiella yttrandefrihetens gränser är inte preciserade.

På grund av att EKMR är en central del av den danska yttrandefriheten får inskränkningar göras i enlighet med art. 10.2 EKMR, dvs. om begränsningen är föreskriven i lag med hänsyn till särskilda samhällsintressen. Sådana begränsningar görs i marknadsföringslagen. Angående kommersiell yttrandefrihet så har restriktioner i denna hittills inte setts som ett problem.⁶⁸

⁶⁶ Heide-Jørgensen 2008, sid. 123

⁶⁷ Heide- Jørgensen 2008, sid. 145

⁶⁸ Heide-Jørgensen 2008, sid. 152

6 Norsk rätt

6.1 Förbud mot könsdiskriminerande reklam

Den norska marknadsföringslagens 2§ anger att marknadsföring inte får stå i strid med god marknadsföringssed. I paragrafens första stycke sägs också att när denna bedömning görs så tas hänsyn till huruvida framställningen kränker allmänna uppfattningar om etik och moral. Av marknadsföringslagens 2§ 2 st. framgår vidare att annonsörer och utformare av reklam ska se till att framställningen är utformad på så sätt att den inte: motarbetar jämlikhet mellan kön, utnyttjar det ena könets kropp eller ger intrycket av att vara stötande eller nedvärderande mot män eller kvinnor. Tidigare var formuleringen utformad på ett något snävare sätt men ändrades 1997 bland annat för att öka möjligheterna att ingripa mot könsdiskriminerande reklam. Vid bedömningen av den nu gällande formuleringen tas i beaktande vilken mans- eller kvinnosyn som reklamen ger intryck av. Den generella principen är att en objektiv bedömning görs varför man ser till hur reklamen uppfattas och inte vad som är dess egentliga syfte.⁶⁹

Kriteriet att reklamen inte ska strida mot likavärdet mellan könen inkluderar även de två andra kriterierna men är vidare och omfattar således mer. Bedömningen av om reklam strider mot detta kriterium görs mot bakgrund av hur annonsen uppsattas av den aktuella publiken sammantaget med den utbredda uppfattningen om de könsroller som råder i samhället. Det understryks i förarbetena att det som avses hindras är framställningar som skildrar könsrollsmönster på ett nedvärderande sätt.⁷⁰

Det andra kravet, att en reklam inte får utnyttja det ena könets kropp, blir aktuellt då framställningar fokuserar på kroppen för att väcka intresset hos

⁶⁹ Lunde, Mestad och Michaelsen 2010, sid. 41

⁷⁰ Lunde, Mestad och Michaelsen 2010, sid. 42-43

publiken. Det är främst när kroppen och poseraandet inte har någon relevans eller något naturligt samband med produkten eller tjänsten i fråga.

Det tredje kravet som lagen uppställer uttrycks i paragrafen som att reklam inte får utformas så att den ger intryck av stötande eller nedsättande värderingar av män eller kvinnor. Enligt förarbetena handlar det främst om situationer då det ena könet tillskrivs egenskaper som uppfattas som negativa.⁷¹

Av marknadsföringslagens 34§ 2 st. framgår att den norska motsvarigheten till konsumentombudsmannen ska övervaka så att bestämmelsen i 2§ efterföljs. Det står uttryckligen att särskild hänsyn ska tas till hur kvinnor skildras.⁷² I praktiken krävs därför mer för att reklam ska anses vara könsdiskriminerande mot män.

6.2 Yttrandefrihet

Yttrandefriheten regleras i den norska grundlagens (Grunnlovens) 100§. Paragrafen var blev senast ändrad år 2004 efter att en tillsatt kommission lagt fram arbetet NOU 1999:27 *Ytringsfrihed bør finde sted*. Kommissionen hade uttryckligen blivit ombedd att ta ställning till om den nya grundlagen skulle omfatta kommersiell yttrandefrihet. I utredningen hänvisas till praxis från Europadomstolen som säger att kommersiella yttranden omfattas av art. 10 EKMR varför det bör omfattas av den norska yttrandefriheten också.⁷³ Lagförslaget möttes dock av visst motstånd då man från Justis- og Politidepartementet anförde att kommersiella yttranden borde undantas från Grunnlovens 100§ helt och att undantaget skulle framgå explicit av paragrafen.⁷⁴ Över detta anförande röstades särskilt i Stortinget men förslaget avlogs.⁷⁵ Det gör att grundlagsskyddet idag omfattar även

⁷¹ Lunde, Mestad och Michaelsen, sid. 44

⁷² 34§ 2 st. Markedsføringsloven

⁷³ NOU 1999:27 sid. 208

⁷⁴ Heide-Jørgensen 2008, sid. 156

⁷⁵ Heide-Jørgensen 2008, sid. 157

kommersiella yttringar men i och med att modellen efterliknar art. 10 EKMR får kommersiella yttringar anses ha ett lägre skyddsvärde och kan lättare inskränkas.⁷⁶ Stortinget är enigt om att rätten att göra undantag från yttrandefriheten som framgår av Grunnlovens 100§ 2 st. räcker för att legitimera de inskränkningar i den kommersiella yttrandefriheten som finns i marknadsföringslagen.⁷⁷

⁷⁶ Heide-Jørgensen 2008, sid. 158

⁷⁷ Lunde, Mestad, Michaelsen 2010, sid. 30

7 Avslutande reflektioner

Som framgått har könsdiskriminerande reklam varit uppe för diskussion vid ett flertal tillfällen i Sverige. Anledningarna till att lagstiftning inte blivit aktuellt har varit av olika karaktär men i stort går de ut på att grundlagen står i vägen för lagstiftning, att ett förbud inte kan inkorporeras i MFL då det skulle strida mot lagens syfte samt att en lagstiftning ändå inte skulle hjälpa. Är argumenten hållbara?

Till att börja med har jag i min uppsats redogjort för de svenska grundlagarnas innehåll och hur de förhåller sig till reklam. I RF finns den generella yttrandefriheten stadgad och därtill att inskränkningar är tillåtna under vissa förhållanden. Rätten att yttra sig i näringslivet är ett sådant område där inskränkningar får ske och detta görs genom MFL. Angående TF och YGL har uttryckligen framgått att reklam under vissa förhållanden faller utanför grundlagarnas syfte. Med användning av den avgränsningsmodell som redogjorts för, som anger vad som faller inom TF:s tillämpningsområde, bör sådana framställningar inte skyddas av grundlagen. Inte heller den europeiska rätten tycks vara ett hinder då undantag från yttrandefriheten får göras om det är angivet i lag, nödvändigt i ett demokratiskt samhälle och skyddar något av de intressen som uppräknas i EKMR. När det gäller frågor om moral (som detta kan anses utgöra) så har det i praxis framkommit att sådant faller inom staternas margin of appreciation varför det lämnar öppet för statens egen bedömning.

Argumentet att grundlagen hindrar förbud mot könsdiskriminerande reklam förklaras inte alltid närmare vilket framgår av den historiska tillbakablicken ovan. Den senaste utredningen, SOU 2008:5, avväjdes med motiveringen att det fortfarande anses tveksamt hur diskriminerande reklam ska definieras utifrån grundlagarnas skyddsvärda intressen. Reklam som sådan omfattas av grundlagsskyddet men tveksamhet inträder så fort en värdering eller en åsikt blandas in i reklamen. Som redogjorts för ovan så har grundlagen alltid

företräde i osäkra fall. Vad är det då som gör könsdiskriminerande reklam så problematiskt jämfört med annan lagreglerad reklam? Just ett könsdiskriminerande inslag har inte något med produkten i sig att göra varför just denna del inte anses rent kommersiell. Ett vilseledande moment, å andra sidan, handlar om en egenskap i förhållande till produkten, och inte en värdering, varför det inte omfattas av grundlagsskyddet och således kan regleras i MFL.

För att problematisera innebär detta att ett diskriminerande inslag kan göra att reklam som normalt faller utanför grundlagens tillämpningsområde istället är att anse som skyddsvärd då den ger uttryck för en åsikt eller en värdering. Jag anser att det är ett olyckligt resultat i ett demokratiskt samhälle att grundlagen accepterar den typen av yttringar. Å andra sidan kan argumenteras för att poängen med yttrandefriheten är att staten inte ska värdera innehållet i framställningar. Att TF innehåller en brottskatalog som uttryckligen anger att visst innehåll i framställningar inte ska anses som skyddsvärda talar dock för motsatsen. Enligt mig tyder det faktum att exempelvis förtal och hets mot folkgrupp utgör en del av denna brottskatalog på att lagstiftaren ändå avser att skydda individer mot kränkande framställningar. Eftersom dessa yttringar inte anses innehålla skyddsvärda värderingar och åsikter bör inte heller könsdiskriminerande reklam anses göra det.

Att en lagreglering inte kan inkorporeras i MFL för att det strider mot lagens syfte är ett argument som främst tar sikte på den lagtekniska lösningen. Jag anser att påståendet att MFL bara skyddar konsumenter är något vanskligt. Å ena sidan sägs det uttryckligen i praxis att så är fallet men å andra sidan hänvisas också till ICC:s grundregler som en utvidgning av MFL. Detta blir motsägelsefullt då art. 4.1 i ICC:s grundregler anger att marknadskommunikation inte får uppmana eller överse med diskriminering bland annat på grund av kön. Detta tyder på att det inte bör vara konsumenter i egenskap av just konsument som skyddas av MFL.

Argumentet att lagstiftning ändå inte hade hjälpt är enbart spekulativt. Jag upplever det som ett egendomligt sätt att argumentera då det principiellt blir fel att från lagstiftarens sida avstå från reglering av ett erkänt problem för att problemet kommer att kvarstå ändå. Jag menar att lagstiftning, oavsett vad det handlar om, inte går ut på att lösa samhällsliga problem i en handvändning utan snarare vara normerande och fundera som en markering från statens sida.

För att kunna göra en rättvis jämförelse mellan de norska, danska och svenska rättssystemen krävs först en medvetenhet om att denna uppsats inte har möjlighet att kartlägga alla samhällsliga faktorer som spelar roll för lagstiftning. Dessutom behöver inte det faktum att det finns förbud mot könsdiskriminerande reklam i Norge och Danmark innebära att förekomsten av sådana framställningar är mindre förekommande i dessa länder då gränsen för vad som bedöms kränkande och vad som bör tolereras kan se olika ut. Det krävs med andra ord en större kontextuell förståelse som inte får utrymme i denna framställning.

En stor, och troligtvis avgörande, skillnad ligger i ländernas syn på kommersiell yttrandefrihet. I Danmark har den materiella yttrandefriheten längre varit oklar och trots att den nu erkänns ett visst värde så får skyddets ramar anses vaga. Den norska rättsutvecklingen, där den kommersiella yttrandefriheten varit mycket omtvistad, tyder på att skyddet inte är lika självklart som i Sverige. I både Danmark och Norge hänvisas ofta till art. 10 EKMR när det gäller skyddet för, och inskränkningar i, yttrandefriheten. Sverige har använt EKMR som en minimistandard och därefter förstärkt skyddet nationellt. Vid jämförelse är en naturlig slutsats att Norge och Danmark snarare gett yttrandefriheten i EKMR företräde framför nationell reglering. Jag anser att skyddet därför är svagare i de nordiska grannländerna vilket givetvis gjort det enklare att lagstifta mot könsdiskriminerande reklam.

Angående lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam tycks det inte som

att ett resonemang om eventuella skyddsvärda åsikter och värderingar varit en del av diskussionen i Norge och Danmark. Som redan nämnt kan det bero på det generellt svagare yttrandefrihetsskyddet i grannländerna. En annan aspekt gällande Danmark är det faktum att lagstiftning har kommit till innan diskussionen om huruvida materiell yttrandefrihet innefattas i grundlagsskyddet varför det av den anledningen definitivt inte var grundlagsstridigt när lagen kom till. Gällande Norge kan tilläggas att den norska marknadsföringslagen skyddar konsumenter även i egenskap av tillhörig till visst kön. Det framgår av att lagen uttryckligen stadgar att särskild hänsyn ska tas till kvinnors framställning gällande könsdiskriminerande reklam. Denna skillnad på de svenska och norska marknadsföringslagarna kan förklara varför diskussionen om ett eventuellt yttrandefrihetsrättsligt skyddsvärde inte har varit lika aktuell i Norge som i Sverige.

Trots att uppsatsens huvudsakliga syfte inte är att bedöma lämpligheten i lagstiftning mot könsdiskriminerande reklam vill jag ändå tillägga några reflektioner angående detta. Framst vill jag lyfta problematiken kring att inskränka yttringar överhuvudtaget. Jag anser att det starka yttrandefrihetsskyddet är en stark grundpelare i en demokrati och att det därför ska vara väldigt svårt att begränsa denna. Principiellt kan det bli riskfyllt då fler yttranden av liknande karaktär kan önskas regleras från statligt håll. Samtidigt är strävandet efter jämställdhet viktigt och jag menar att RO:s funktion inte sätter samma normerande standard som en lagstiftning skulle göra. Jag anser att det krävs att konsumenten nås av RO:s bedömningar för att det ska få en påverkan på det fällda företags renommé. Idag anser jag inte att informationen når konsumenterna, som är den grupp som har möjlighet att påverka. Detta innebär också att det tappar den normbildande effekt som bör vara eftersträvansvärt. Det gör att lagstiftning inte bör ses som utbytbar mot självreglering. Dessutom är självregleringen inget som lagstiftaren väljer att behålla utan snarare något som anses tacksamt att näringslivet upprätthåller. Lagstiftaren har med andra ord att välja mellan att lagstifta eller att inte lagstifta. Valet är inte

mellan att lagstifta eller tillämpa självreglering.

Slutligen vill jag redogöra för principiella problem som kommit fram i diskussionen om reglering av könsdiskriminerande reklam. Problematiken utgörs främst av att ramarna för yttrandefriheten är oklara. Av det ovan beskrivna kan utläsas att oenighet råder om vad som anses skyddsvärt när det gäller reklam. I Sverige har vi löst det genom att ge grundlagen företräde i osäkra fall. För de som har att bedöma reklam borde det inte vålla några större svårigheter att identifiera ett fall i gråzonen och ge yttrandefriheten företräde. Det är dock svårare för den enskilde att förutse. Rättssystemet ska sträva efter att vara transparent och överskådligt vilket det inte är om gränserna för friheter och skyldigheter är vaga.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Statens offentliga utredningar

SOU 1980:28 Massmediekoncentration

SOU 2008:5 Könnsdiskriminerande reklam – kränkande utformning av kommersiella meddelanden

Propositioner

Prop. 1985/86:121 om inriktningen av konsumentpolitiken mm.

Prop. 2001/02:74 Yttrandefrihetsgrundlagen och Internet

Prop. 2007/08:115 Ny marknadsföringslag

Rättsfall

MD 1976:8

MD 1981:5

RÅ 2010 ref. 115

Övrigt

NOU 1999:27 Ytringsfrihed bør finde sted

Regeringsbeslut IJ2008/111/JÅM

Elektroniska källor

Forbrugerombudsmanden, *Retningslinjer om kønsrelateret reklame*, hämtad 2014-05-02 från:

<https://www.forbrugerombudsmanden.dk/~media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/Koensrelateret%20reklame.pdf>

Reklamombudsmannen, *om RO och RON*, hämtad 2014-04-07 från:

http://reklamombudsmannen.org/ro_ron

Reklamombudsmannen, *Ajax*, hämtad 2014-04-08 från:

<http://www.reklamombudsmannen.org/uttalande/ajax>

Reklamombudsmannen, *Hugo Boss*, hämtad 2014-04-08 från:
<http://www.reklamombudsmannen.org/uttalande/hugo-boss>

Sabuni, Nyamko: ”*Nej till lag mot reklam som könsdiskriminerar*”,
debattartikel, hämtad 2014-05-06 från:
<http://www.regeringen.se/sb/d/10100/a/103720>

Litteratur

Bernitz, Ulf (2013). Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten. 1. uppl. Stockholm: Norstedts juridik

Gram Mortensen, Bent Ole & Steinicke, Michael (2006). Dansk markedsret. 2. udg. København: Jurist- og Økonomforbundet

Heide-Jørgensen, Caroline (2008). Reklameret: konkurrenceret og kommerciel ytringsfrihed. 1. udg. København: Jurist- og Økonomforbundet

Jonsson, Lars: ”Marknadsrätten, särskilt regleringen av reklam”. *Svensk Juristtidning* 2001

Lunde, Tore, Mestad, Ingvild & Michaelsen, Terje Lundby (2010). Markedsføringsloven: med kommentarer. Oslo: Gyldendal

Melin, Stefan (2009). Marknadsrätt. 1. uppl. Malmö: Liber

Olsson, Anders R. (2012). Yttrandefrihet & tryckfrihet: handbok för journalister. 7., [omarb. och uppdaterade] uppl. Lund: Studentlitteratur

Svensson, Carl Anders (2010). Den svenska marknadsföringslagstiftningen. 15., [uppdaterade] uppl. Lund: Studentlitteratur

Warnling-Nerep, Wiweka & Bernitz, Hedvig (2013). En orientering i tryckfrihet & yttrandefrihet. 5., [rev.] uppl. Stockholm: Jure