



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Johnsson

Barn och reklam i en digital värld
– om barns marknadsrättsliga skydd på
internet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2016

Innehåll

SUMMARY	3
SAMMANFATTNING	5
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 Allmänt	8
1.2 Syfte och frågeställning	9
1.3 Avgränsning	9
1.4 Perspektiv och metod	10
1.5 Forskningsläge	10
1.6 Material	11
1.7 Disposition	11
2 MARKNADSRÄTTEN	12
2.1 Bakgrunden till dagens marknadsrätt	12
2.2 Förhållandet mellan marknadsrättsliga regelverk	14
2.3 Otillbörlig marknadsföring	14
2.4 EU:s inverkan på marknadsrättens territoriella räckvidd	15
3 BARNES MARKNADSRÄTTSLIGA SKYDD	18
3.1 Internet och smygreklamen	18
3.2 Direktreklam och barn	19
3.3 Barnreklamförbudet i tv	20
3.4 Kritik mot dagens system och förslag på nya lösningar	21
4 GRÄNSEN MELLAN MARKNADSRÄTT OCH YTTTRANDEFRIHET	23
4.1 Internet och gränsdragningen	23
4.2 Tv:s barnreklamförbud och gränsdragningen	25

4.3 Direktreklamförbudet och gränsdragningen	26
4.4 Avvägning enligt barnkonventionen	26
5. ANALYS	30
5.1 Allmän analys	30
5.2 Personliga reflektioner	33
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35
Källor	35
Litteratur	37
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	39

Summary

In Sweden it is permitted to aim Internet commercials at children of all ages. However, when it comes to television, mail and e-mail there are certain bans on child commercials. The difference can be difficult to comprehend since Internet commercials frequently are embedded in non-commercial material and since the children now grow up in a digital world. The question formulation of this essay is if there should be a prohibition on commercials aimed at children on the Internet. The objective is to examine the interests in favor of and against this.

During the past decades, the Swedish market law has evolved from self-regulation by the business-sector to legislation influenced by EU law. The EU has through a full harmonization directive limited the member states' opportunity to decide the strength of their regulation concerning consumers' rights. Although Sweden has been able to navigate around this by claiming that the ban on children TV-commercials fall outside of the scope of the directive, the geographical range of the ban has been limited due to the country-of-origin principle of the EU. When it comes to economic activities on-line, the Swedish Market Court has so far considered that the country-of-effect principle applies, despite the fact that e-handelslagen (which implemented the directive on electronic commerce) prescribes the country-of-origin principle.

Furthermore, the freedom of expression limits the extent of market law interventions to pure commercial expressions. It has also been established that general prohibitions on commercials possibly require explicit provisions in constitutional law. Nevertheless, there is still a risk that a prohibition would breach the freedom of expression according to the children's rights convention if it cannot be proven that the commercials harm the child's well being or that a prohibition would be in accordance with the best interest of the child. However, such a motivation would be

possible if the commercial endangers the health of the child, the child's relationship to its parents, relatives or friends, or their opportunity to grow up into perceptive consumers.

The interest of protecting children in combination with the fact that Internet commercials can be difficult to identify, advocates a ban on children commercials on-line. However, a prohibition runs the risk of being ineffective due to conflicts with the freedom of expression, the freedom of information and the freedom of movement within the EU. If a prohibition were to be imposed, it is important that the motivation allows it to avoid profound restriction by the above-mentioned interests.

Sammanfattning

På internet är det tillåtet att rikta reklam till barn i alla åldrar. För tv, post och e-post finns det däremot särskilda barnreklamförbud. Denna skillnad kan te sig märklig då internetreklam ofta är inbäddad i icke-kommersiellt material och då dagens barn växer upp i en digital värld. Frågeställningen i denna uppsats är om det bör införas en form av barnreklamförbud även på internet. Syftet är att undersöka vilka intressen som talar för och emot detta.

Marknadsrätten i Sverige har under de senaste decennierna utvecklats från att utgöras av näringslivets egna upprättade normer till att bestå av lagar anpassade till EU-rätten. EU har genom fullharmoniseringsdirektiv begränsat medlemsländernas möjligheter att själva bestämma styrkan av sina konsumentskyddsregler. Sverige har visserligen kommit runt direktivet genom att argumentera för att barnreklamförbudet för tv faller utanför direktivets tillämpningsområde, men förbudets geografiska räckvidd är likväl inskränkt p.g.a. den EU-rättsliga ursprungslandsprincipen. Vad gäller näringsverksamhet på internet har MD hittills ansett att effektlandsprincipen enligt MFL ska gälla trots att e-handelslagen (som genomfört e-handelsdirektivet) föreskriver en ursprungslandsprincip.

Yttrandefriheten begränsar marknadsrättsliga ingripanden till att endast gälla rent kommersiella meddelanden. För generella reklamförbud har det visats att det kan behövas uttryckliga medgivande i grundlagen. Dessutom riskerar ett förbud att strida mot informationsfriheten enligt barnkonventionen om det inte kan visas att reklamen skadar barnets välfärd eller att förbudet vore i enlighet med barnets bästa. En sådan motivering skulle förvisso kunna vara möjlig ifall reklamen riskerar barns hälsa, deras förhållande till föräldrar, släkt eller vänner eller deras möjligheter att växa upp till insiktsfulla konsumenter.

Intresset av att skydda barn i kombination med att internetreklam kan vara särskilt svår att identifiera talar för ett barnreklamförbud på internet. Ett sådant förbud riskerar dock att bli ineffektivt p.g.a. konflikter med yttrandefriheten, informationsfriheten och den fria rörligheten inom EU. Om ett förbud ska införas är det därför viktigt att det motiveras på ett sådant sätt att det undgår alltför långtgående inskränkningar av de ovannämnda intressena.

Förkortningar

AV-direktivet	Direktiv 2010/13/EU om audiovisuella tjänster
E-handelslagen	Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska Unionen
ICC	Internationella Handelskammaren
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
RF	Regeringsformen
RTL	Radio- och tv-lagen (2010:696)
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TF	Tryckfrihetsförordningen
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

1 Inledning

1.1 Allmänt

Idag växer barn upp i en digital värld. Två tredjedelar av alla svenska barn börjar använda internet redan i tvåårsåldern och drygt hälften av alla sexåringar använder internet dagligen. Aktiviteterna på internet består främst av att se på korta filmer på Youtube, spela spel och närvara på sociala medier.¹ Parallellt med denna digitala utveckling har samhället blivit alltmer kommersiellt. Näringsidkare kan med hjälp av nya kommunikationsmedel nå ut till en större konsumentkrets samt i högre grad anpassa reklamen till respektive målgrupp, såsom barn. Ett problem är att reklamen många gånger ligger inbäddad i underhållning och redaktionellt material.²

För att förhindra att barn p.g.a. av sin godtrogenhet och oerfarenhet vilseleds av dold reklam har den Internationella Handelskammaren (ICC) i sina grundregler för reklam och marknadskommunikation, ICC-koden, ställt högre krav på annonsidentifikation för reklam riktad mot barn.³ Till skillnad från barnreklam i tv (inkluderat beställ-tv), post och e-post föreligger dock inget förbud mot att rikta reklam till barn på internet.⁴ Det har nyligen förts en debatt i massmedia huruvida regleringen är tillräcklig med hänsyn till den mängd smygreklam som förekommer på internet.⁵ Detta väcker frågan om det skulle vara mer effektivt med ett barnreklamförbud på internet och om det ens vore möjligt. Hur ingripande marknadsrätten får vara begränsas av andra viktiga samhällsintressen, såsom yttrande- och informationsfriheten, EU:s skydd för den fria marknaden och intresset av en förhållandevis betydande självreglering i marknadsrätten.

¹ Internetstiftelsen i Sverige: Svenskarna och internet 2015 s. 52ff.

² Jarlbro & Söderlund (2012) s. 24.

³ Se art. 18 ICC-koden.

⁴ Konsumentverket: Vägledning om marknadsföring riktad till barn och unga s. 10 f.

⁵ Persson (2013).

1.2 Syfte och frågeställning

Min frågeställning är om vi i lag bör förbjuda reklam riktad till barn på Internet. Syftet med uppsatsen är att försöka utreda de olika intressena för och emot ett sådant förbud. Jag kommer undersöka hur barns marknadsrättsliga skydd på internet ser ut jämfört med skyddet i andra medier. Vidare kommer en del av uppsatsens fokus läggas på de yttrandefrihetsrättsliga avvägningarna som torde krävas vid införandet av ett sådant förbud. Dessutom kommer jag diskutera hur ett sådant förbud skulle förhålla sig till barnkonventionen. Jag kommer även belysa de EU-rättsliga aspekterna samt argument om självreglering kontra lagstiftning.

1.3 Avgränsning

I uppsatsen kommer jag presentera några vaga exempel på hur ett förbud skulle kunna se ut, men min frågeställning går inte ut på att föreslå en konkret lösning på hur förbudet skulle utformas (exempelvis vilken åldersgräns som skulle vara aktuell). Det jag istället fokuserar på är att utreda de kolliderande intressena som aktualiseras vad gäller barn och reklam och ta ställning till vad som väger tyngst.

Vad gäller de yttrandefrihetsrättsliga aspekterna kommer jag inte gå närmare in på hur art. 10 Europakonventionen om mänskliga rättigheter⁶ (EKMR) förhåller sig till reklam eftersom Europadomstolen har uttalat att länderna ska ha en bred ”margin of appreciation” för när marknadsrättsliga ingripanden ska få inskränka yttrandefriheten.⁷

⁶ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rom 4 november 1950, SÖ 1952:35; se även lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁷ Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. the Federal Republic of Germany, no 10572/83, ECHR:1989:11 punkt 33.

1.4 Perspektiv och metod

Uppsatsen har först och främst ett rättspolitiskt perspektiv då jag undersöker det samhälleliga behovet av, samt intressena för och emot ny lagstiftning. I syfte att kunna förklara motiven bakom dagens reglering kommer jag även att anlägga ett rättshistoriskt perspektiv. Jag använder mig av en rättsdogmatisk metod för att förklara gällande rätt på området.⁸

1.5 Forskningsläge

Trots att det i media har diskuterats om barns marknadsrättsliga skydd på internet är tillräckligt har ämnet knappt berörts i den juridiska doktrinen. Inte heller verkar lagstiftaren ha varit särskilt benägen att se över hur barn marknadsrättsligt skyddas på internet. Däremot finns en del skrivet om barn och reklam ur ett mer generellt perspektiv samt om förbudet mot barnreklam i tv. Lena Olsen, som är professor i civilrätt vid Uppsala universitet, har analyserat frågorna rörande barn och reklam mot bakgrund av barnkonventionen. Hon har även kritiserat dagens system, framförallt barnreklamförbudet i tv, och lagt fram förslag till nya lösningar.⁹

Internationellt sett har det förekommit en utbredd debatt om hur reklam riktad till barn ska regleras. Det har skrivits både komparativa och kritiska artiklar som visat på skillnaderna mellan och bristerna med de olika regleringsmodellerna i exempelvis USA, Kanada, Australien och inom EU. Flera av artiklarna är inriktade på hur reklam för skräpmat riktad till barn ska regleras.¹⁰

⁸ Korling & Zamboni (2013) s. 21.

⁹ Olsen (2006).

¹⁰ Cain Reid (2014) & Handsley m.fl. (2014).

1.6 Material

Uppsatsen stöds till stor del på förarbeten till de relevanta lagarna. Jag kommer även använda mig av en hel del praxis för att förklara gällande rätt. Därtill bygger mycket av argumentationen på juridiska artiklar och doktrin, framförallt ”Barnet, marknadsföringen och rätten” av Lena Olsen. Jag vill dock betona att vissa av Olsens argument som gäller barnkonventionen bör ses ur ett aningen kritiskt perspektiv eftersom de inte uttryckligen bekräftas av konventionen eller ens av barnrättskommitténs kommentarer (som för övrigt inte är bindande). Detsamma gäller för argumenten från artikeln ”A Children’s Rights Perspective on Food Advertising to Children”.¹¹

1.7 Disposition

I det nästkommande kapitlet kommer jag att undersöka bakgrunden till dagens marknadsrätt. Jag kommer även att förklara hur MFL fungerar i stora drag, hur lagen förhåller sig till de marknadsrättsliga speciallagarna och hur dess räckvidd påverkas av EU-rätten.

I kapitel 3 presenterar jag barns marknadsrättsliga skydd i tv, e-post och vanlig post samt på internet. Jag kommer här utreda motiven till de redan existerande förbuden samt hur de fungerar i praktiken eftersom detta kan vara vägledande för svaret på min frågeställning. Mycket av fokus ligger på barnreklamförbudet i tv och jag kommer ta upp de EU-rättsliga aspekterna vad gäller detta. Slutligen redogör jag för Olsens kritik mot dagens system.

I kapitel 4 behandlas avvägningen mellan marknadsrätt och yttrandefrihet. Jag kommer först gå in på hur inskränkningar av marknadsföring generellt har motiverats ur ett yttrandefrihetsrättsligt perspektiv och sedan utreda den särskilda avvägningen när barnperspektivet kommer in i bilden. I avsnitt 4.4 undersöker jag avvägningen enligt barnkonventionen.

¹¹ Handsley m.fl. (2014).

2 Marknadsrätten

I detta kapitel kommer jag sammanfatta de baskunskaper om marknadsrätten som jag anser nödvändiga för en djupare förståelse av intressena för och emot ett förbud mot barnreklam på internet.

2.1 Bakgrunden till dagens marknadsrätt

Den tidiga marknadsrätten utgjordes främst av näringslivets egna upprättade normer, däribland ICC:s riktlinjer som gavs ut i sin första version redan år 1937.¹² Det var alltså näringslivets självreglering som skulle lösa eller förhindra problem på marknaden, vilket innebar stor flexibilitet samt en enkel och för staten billig tillämpning.¹³ Däremot var det tveksamt om egenåtgärderna kunde anses vara tillräckligt effektiva i det kommersiellt växande samhället.¹⁴

På 1970-talet pågick en intensiv debatt kring marknadsföring och år 1970 fick Sverige den första marknadsföringslagstiftningen (lag 1970:412 om otillbörlig marknadsföring).¹⁵ Med denna konsumentskyddsbetonade lagstiftning uppkom möjligheten till tvångsvisa åtgärder mot marknadsföring, men samtidigt kvarhölls betydelsen av näringslivets egenåtgärder. Lagstiftaren valde nämligen att ha en allmänt hållen generalklausul (1 §) som möjliggjorde förbud mot marknadsföring i strid med god affärssed, men som istället för att precisera innebörden av god affärssed, hänvisade till näringslivets självregleringsnormer. Dessa utgjordes bland annat av de tidigare nämnda riktlinjerna från ICC.¹⁶

Den generellt reklamkritiska debatten som fördes på 70-talet blev så småningom mer inriktad på särskilda frågor som exempelvis reklam riktad

¹² Bernitz (2013) s. 37.

¹³ Jonson (2001) s. 298.

¹⁴ Prop. 1994/95:123 s. 35.

¹⁵ Bernitz (2013) s. 37.

¹⁶ Prop. 1970:57 s. 1 & 24.

till barn.¹⁷ Debatten gällde då framförallt marknadsföring i tryckt skrift såsom tidningsannonser och affischer. Det var nämligen först vid början av 1990-talet som det öppnades upp för reklamfinansierad radio och tv.¹⁸ Man uppställde dock vissa villkor för reklamen, t.ex. att tv-reklam inte fick riktas till barn under 12 år. Numera är de före detta spridda lagarna på radio- och tv-området hopslagna till radio- och tv-lagen (2010:696), RTL. Idag finns det dock fortfarande kvar kanaler, t.ex. SVT1, i vilka det råder totalförbud mot att sända reklam.¹⁹

Den senaste utvecklingen av marknadsrätten har främst handlat om att anpassa de svenska lagarna till EU-rätten samt till den nya tekniska utvecklingen. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder²⁰ som sedan 2008 är införlivat i marknadsföringslagen (2008:486), MFL, har genom sin fullharmoniserande effekt satt gränserna för vilka krav som får ställas på marknadsföringsåtgärder i syfte att skydda konsumenter.²¹ På liknande sätt har AV-direktivet²² införlivats i svensk lag genom RTL och utvidgat lagen till att även omfatta beställ-tv som tillhandahålls via internet.²³

¹⁷ Bernitz (2013) s. 38.

¹⁸ Prop. 1990/91:149 s. 1.

¹⁹ SVT:s sändningstillstånd 17 §.

²⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004.

²¹ Prop. 2007/08:115 s.53 ff.

²² Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella tjänster.

²³ Se 1 kap. 1 § RTL.

2.2 Förhållandet mellan marknadsrättsliga regelverk

Marknadsföringslagen omfattar hela näringslivet och alla typer av medier, men den kompletteras även av vissa medie- eller varuspecifika lagar. För de flesta av speciallagarna är MFL parallellt tillämplig om inget annat framgår och för vissa speciallagar (s.k. annexlagar) finns till och med hänvisningar till MFL vad gäller förfarande och sanktioner.²⁴ Till dessa hör t.ex. alkohollagen (2010:1622) som begränsar marknadsföring av alkoholhaltiga drycker samt lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, e-handelslagen, som ställer krav på näringsverksamhet online och säkerställer en fri rörlighet av denna inom EES.²⁵ RTL torde ha karaktären av en annexlag till exempelvis den del som lagen ställer upp förbud mot barnreklam i tv.²⁶

Relationen mellan MFL och speciallagarna baseras även på den s.k. lagstridighetsprincipen som innebär att marknadsföringsåtgärder som strider mot lag eller kan leda till lagbrott också strider mot MFL. Principen har ansetts så grundläggande att det inte funnits behov av att lagfästa den.²⁷

2.3 Otillbörlig marknadsföring

Marknadsföring som är otillbörlig får förbjudas enligt 23 § MFL. Vad som är otillbörlig marknadsföring följer av 5-8 §§ MFL. Det kan handla om att marknadsföringen strider mot god marknadsföringssed, är aggressiv eller vilseledande och därmed påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Begreppet god marknadsföringssed definieras i 3 § MFL. Det innefattar god affärssed eller andra vedertagna normer såsom ICC:s grundregler för reklam och marknadskommunikation, konsumentverkets riktlinjer, praxis från

²⁴ Bernitz (2013) s. 148.

²⁵ Se MFL 1 § 2 st; Alkohollag 7 kap.; Prop. 2001/02:150

²⁶ Bernitz (2013) s. 152.

²⁷ Prop. 1994/95:123 s. 43.

Marknadsdomstolen (MD) praxis eller internationellt vedertagna normer inom ramen för lagens syfte.

Marknadsföring kan vidare vara vilseledande enligt 9 §, 10 § eller 12-17 §§ MFL. I 9 § stadgas regeln om reklamidentifiering som innebär att marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det rör sig om marknadsföring. Denna grundläggande princip hänger ihop med marknadsrättens gränsdragning mot yttrandefriheten då den tillförsäkrar att det för konsumenter framgår om ett meddelande är av åsiktsbildande karaktär eller har vinstsyfte som huvudmål.²⁸ Principen finns även med i ICC:s grundregler och dess betydelse betonas särskilt för reklam som är riktad till barn under 12 år.²⁹

2.4 EU:s inverkan på marknadsrättens territoriella räckvidd

Avgörande för MFL:s geografiska räckvidd är den s.k. effektlandsprincipen. Principen innebär att MFL är tillämplig om marknadsföringsåtgärdernas kommersiella effekt riktar sig mot konsumenter och näringsidkare i Sverige. Det saknas alltså betydelse *varifrån* en marknadsföringsåtgärd vidtas. Eftersom MFL enligt 2 § 2 p. ska tillämpas på tv-sändningar som omfattas av RTL innebär det att tv-sändningar från utlandet som riktar sig till svensk publik faller inom MFL:s tillämpningsområde.³⁰

AV-direktivet bygger däremot på den EU-rättsliga huvudprincipen, den s.k. ursprungslandsprincipen, som innebär att *sändarlandets* lagstiftning ska reglera villkoren för tv-reklam.³¹ AV-direktivet har införlivats i svensk lag genom RTL och är ett minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna får ha strängare villkor än de som föreskrivs i direktivet under förutsättning att

²⁸ Prop. 2007/08:115 s. 82.

²⁹ Se art. 18 ICC-koden.

³⁰ Levin (2014) s. 24 f.

³¹ Se kap. 2 art. 2 AV-direktivet.

de är förenliga med EU-rätten.³² Detta betyder att en medlemsstat som tillämpar strängare regler än direktivet kan få acceptera att mindre stränga regler tillämpas på reklam om sändningen utgår från ett annat EU-land.

Det föreligger alltså en konflikt mellan AV-direktivet och MFL vad gäller den territoriella tillämpligheten av svensk marknadsrättslig reglering för tv-reklam. Denna konflikt har prövats i De Agostini-målet som rörde en tv-sändning från Storbritannien innehållande reklam för en barntidning. EU-domstolen uttalade att AV-direktivet visserligen inte hindrar att ett land har strängare regler för programföretag än de som föreskrivs i direktivet, men de strängare reglerna får inte gälla för utländska programföretag. Domstolen menade att direktivet innehåller ett fullständigt system av bestämmelser till skydd för minderåriga med avseende på tv-reklam och att det inte behövdes ytterligare krav.³³ Följden blev att Sveriges förbud inte kunde tillämpas på kanaler med säte i andra EU-länder, såsom TV3 och Kanal 5.³⁴

Beträffande marknadsföring via internet torde det även här föreligga en konflikt mellan effektlandsprincipen och ursprungslandsprincipen. E-handelslagen (2002:562) som införlivade e-handelsdirektivet³⁵ i svensk lag är tillämplig på näringsverksamhet online och föreskriver att ursprungslandsprincipen som huvudregel ska tillämpas inom lagens samordnade område.³⁶ Enligt propositionen faller krav på marknadsföring inom det samordnade området.³⁷ Detta innebär att enligt 3 § 1 st. e-handelslagen ska svensk marknadsrätt som huvudregel inte vara tillämplig på marknadsföringsåtgärder som vidtagits i ett annat EES-land. Enligt 3 § 2 st. får det dock göras undantag från ursprungslandsprincipen förutsatt att det finns stöd i lag och att ingripandet sker med hänsyn till den allmänna

³² Prop. 2009/10:115 s. 73.

³³ C-34-36/95, KO mot De Agostini (Svenska) Förlag, EU:C1997:344 p. 57-62.

³⁴ Bernitz (2013) s. 153.

³⁵ Se art. 3.1-2 Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/31/EG om vissa aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden;

³⁶ Jfr p. 18 i preamble, e-handelsdirektivet.

³⁷ Prop. 2001/02:150 s. 63.

säkerheten, folkhälsan eller konsumenter. Sådana begränsande ingripanden får dock inte ske i andra fall än då tungt vägande skäl föreligger.³⁸

MD verkar emellertid ha en annan uppfattning och har anfört att e-handelslagen inte ska tillmätas någon större betydelse vid marknadsföringsåtgärder som riktas till Sverige. Istället anser MD att den generella effektlandsprincipen ska gälla även för marknadsföringsåtgärder på internet, oavsett var de vidtas.³⁹ Denna ståndpunkt har kritiserats för att strida mot e-handelslagens bestämmelser.⁴⁰

³⁸ Prop. 2001/02:150 s. 122.

³⁹ MD 2004:17.

⁴⁰ Lindsoug (2006) s. 406.

3 Barns marknadsrättsliga skydd

Synen på barn som särskilt utsatta för reklamens negativa effekter har lett till flertalet bestämmelser som ger barn extra starkt marknadsrättsligt skydd. Dessa bestämmelser hittas dock inte i MFL utan i speciallagar, självregleringsnormer och praxis.⁴¹ Nedan kommer jag redogöra för de viktigaste bestämmelserna som syftar till att skydda barn och därigenom visa hur reglerna på internet och andra media skiljer sig åt. Slutligen försöker jag sammanfatta professor Lena Olsens argument i ”Barnet, marknadsföringen och rätten” angående bristerna med regelsystemet samt hennes förslag på ett nytt system.

3.1 Internet och smygreklamen

Marknadsföringslagen är medieneutral och kan följaktligen även tillämpas på marknadsföringsåtgärder vidtagna på internet. Vad gäller beställ-tv via internet gäller dock RTL:s bestämmelser om marknadskommunikation (se mer om RTL:s barnreklamförbud i avsnitt 3.3).⁴² De regler som genom marknadsföringslagen blir relevanta för barn är bestämmelserna i art. 18 ICC-koden som stadgar att särskild aktsamhet ska iakttas då marknadskommunikation riktas till barn och unga. Det stadgas vidare att barns och ungdomars naturliga godtrogenhet och bristande erfarenhet inte får utnyttjas vid marknadsföringsåtgärder. Detta innebär bland annat att marknadskommunikation som riktas till barn ska vara särskilt tydlig med sin reklamkaraktär.

En stor utmaning på internet är den dolda reklamen som på många webbsidor förekommer inbäddad i underhållning, redaktionellt material och

⁴¹ Se t.ex. 8 kap RTL; art. 18 ICC-koden; MD 1999:26.

⁴² Se 1 kap. 1 § RTL.

liknande.⁴³ Problemet har uppmärksammats i massmedia där man framförallt har fokuserat på smygreklamen i bloggar som inte sällan riktas till barn. Men trots flertalet anmälningar har Konsumentombudsmannen hittills inte drivit ett enda fall till MD. Enligt Konsumentombudsmannen beror detta på svårigheterna att bevisa att det rör sig om just marknadsföring och inte om rena utövande av yttrandefriheten. För att ett meddelande ska bedömas som marknadsföring torde det nämligen krävas att ett avtal mellan näringsidkaren och bloggaren kan påvisas, vilket inte alltid är lätt.⁴⁴

Hösten 2015 fann dock Reklamombudsmannens opinionsnämnd att bevisen var tillräckliga för att i ett beslut fälla bloggerskan Misslissibell som enligt opinionsnämnden hade brustit i ICC:s krav på reklamidentifiering och särskild aktsamhet för reklam riktad till barn. Att inlägget var av ren kommersiell karaktär baserades på att de visade produkterna härrörde från enbart ett företag, att det fanns hänvisningar till företagets hemsida och Instagramkonto samt att det framgick av efterföljande blogginlägg att Misslissibell och företaget hade ett samarbete.⁴⁵ Reklamombudsmannen, som är näringslivets egna tillsynsorgan, fattar emellertid endast vägledande beslut och det är således inte säkert att MD hade gjort samma bedömning.⁴⁶

3.2 Direktreklam och barn

Direktmarknadsföring föreligger då näringsidkaren etablerar en direkt kontakt med konsumenten genom sin reklam, exempelvis via post, telefoni, e-post eller sms.⁴⁷ I praxis har det fastställts att det strider mot marknadsföringslagens generalklausul att skicka direktreklam till barn under 16 år utan förmyndares samtycke.⁴⁸ Anledningen är barns begränsade förmåga att värja sig mot denna påträngande reklamform. Det har även

⁴³ Jarlbro & Söderlund (2012) s. 24.

⁴⁴ Grill Petterson m.fl. (2016).

⁴⁵ Reklamombudsmannens opinionsnämnd, ärende 1503-41.

⁴⁶ Reklamombudsmannen: Om oss.

⁴⁷ Bernitz (2013) s. 140.

⁴⁸ MD 1999:26.

hänvisats till ICC:s grundregler om att marknadsföring inte får försöka utnyttja barn och ungas naturliga godtrogenhet eller bristande erfarenhet.⁴⁹

3.3 Barnreklamförbudet i tv

Tv anses ha en särskilt stark genomslagskraft (jämfört med exempelvis radio) och detta har lett till ett förbud mot tv-reklam som syftar till att fånga uppmärksamheten hos barn under 12 år. Motiven hänger ihop med principen om reklamidentifikation då yngre barn har svårt att skilja mellan reklam och övriga program.⁵⁰ I förarbeten har det hävdats att barn inte uppfattar reklamens konsumtionsuppmuntrande syfte samt att yngre barn inte tar till sig reklamens budskap med det kritiska förhållningssätt som äldre barn ofta lärt sig att göra. Det har även anförts att reklamen kan inverka på barns psykiska hälsa och fysiska välbefinnande då den, p.g.a. barns godtrogenhet, får en stor inverkan på deras värderingar och attityder.⁵¹

I den senaste versionen av RTL har förbudet utvidgats till att även omfatta beställ-tv.⁵² Förbudets tillämpningsområde är dock inte särskilt stort eftersom det utgör en mer ingripande bestämmelse än minimibestämmelserna i AV-direktivet och därmed endast gäller sändningar som utgår från Sverige med hänsyn till den EU-rättsliga ursprungslandsprincipen (se avsnitt 2.4). Vidare har det i praxis och förarbeten utvecklats riktlinjer för vilken reklam som ska omfattas av förbudet. Kravet är att reklamåtgärden i objektiv mening syftar till att fånga uppmärksamheten hos barn under 12 år.⁵³ De faktorer som bör beaktas är den annonserade varan/tjänsten, utformningen av annonsen och sammanhanget där annonsen förekommer, framförallt tidpunkten.⁵⁴ Reklammeddelanden som riktas till både vuxna och barn, s.k. blandade

⁴⁹ MD 2012:14.

⁵⁰ Prop. 1995/96:160 s. 116 f.

⁵¹ Prop. 2007/08:115 s. 131 f.

⁵² Prop. 2009/10:115 s. 144.

⁵³ MD 2001:5.

⁵⁴ Prop. 1990/91:149 s. 121.

meddelanden, har dock inte ansetts falla under förbudets tillämpningsområde.⁵⁵

I samband med att den svenska marknadsrätten anpassades till EU:s direktiv om otillbörliga affärsmetoder diskuterade lagstiftaren om barnreklamförbudet skulle få kvarstå. Direktivet hade kommit till i syfte att fullharmonisera medlemsländernas lagar och författningar till skydd för konsumenters ekonomiska intressen.⁵⁶ Detta innebar att medlemsländerna varken kunde ha mer eller mindre ingripande bestämmelser inom direktivets tillämpningsområde. Visserligen uppmärksammade direktivet att barn behöver skyddas särskilt mot marknadsföring, men alla typer av totalförbud mot barnreklam avråddes uttryckligen.⁵⁷ Barnreklamförbudet var därmed ostridigt en mer ingripande bestämmelse än de av direktivet tillåtna. För att kunna behålla bestämmelsen argumenterade regeringen för att förbudet föll utanför direktivets tillämpningsområde och att det således inte hindrades av direktivet. Denna ståndpunkt motiverades med att barnreklamförbudet hade införts av andra skäl än att skydda konsumenters ekonomiska intressen. Syftet med förbudet var ju att skydda barn från att utsättas för kommersiella meddelanden i tv som p.g.a. mediets särskilda genomslagskraft kan vara vilseledande eller annars skadliga.⁵⁸

3.4 Kritik mot dagens system och förslag på nya lösningar

I boken ”Barnet, marknadsföringen och rätten” kritiserar Lena Olsen det gällande regelsystemet kring barn och reklam. Hon anser att barns marknadsrättsliga skydd är bristfälligt då det saknas ett enhetligt system. Dessutom menar hon att tv-reklamförbudet fungerar dåligt p.g.a. dess begränsade geografiska räckvidd och då det inte omfattar blandade meddelanden som riktas till både vuxna och barn. Förbudet kan även anses

⁵⁵ MD 2001:5.

⁵⁶ Se art. 1 direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder.

⁵⁷ Se p. 18 i preambeln direktivet 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder.

⁵⁸ Prop. 2007/08:115 s. 132.

ha fått mindre betydelse på senaste tiden då barn numera exponeras för reklam på internet istället.⁵⁹ Olsen menar vidare att det i första hand bör vara lagstiftaren och inte näringsidkaren som tar tag i problemet så att det kan införas ett mer konsekvent regelsystem.⁶⁰ Hon föreslår alltså lagstiftning framför självreglering.

En fråga som Olsen behandlar är om barn rättsligt sett kan betraktas som konsumenter och i så fall från vilken ålder. Barn under 18 år står ju under vårdnaden av en förmyndare och har som huvudregel enligt 9 kap. 1 § föräldrabalken inte rätt att själva råda över egendom eller åta sig förbindelser. Enligt Olsen bör det dock vara otvivelaktigt att en 17 åring är att anses som en konsument medan det är mer problematiskt att betrakta yngre barn som ”seriösa motparter i kommunikationshänseende”.⁶¹ Eftersom de marknadsrättsliga bestämmelserna till stor del handlar om att skydda konsumenters ekonomiska intressen uppkommer frågan om vilka intressen som ska motivera regler som skyddar (yngre) barn mot reklam ifall de inte ska bedömas vara konsumenter.⁶² Olsen menar att folkhälsa och allmän ordning skulle kunna vara sådana intressen. Baserat på dessa motiv föreslår hon ett nytt regelsystem som är anpassat till skillnaderna i barns ålder och utveckling. Detta system ska innehålla ett på barnkonventionen grundat totalförbud mot reklam riktad till barn under 8 år, en bestämmelse i marknadsföringslagen som ålägger näringsidkare att ta hänsyn till barns mindre kunskaper och erfarenheter vid marknadsföring riktad till barn under 12 år samt ett skydd mot farlig reklam som ska gälla även de äldsta barnen.⁶³

⁵⁹ Olsen (2006) s. 136 f.

⁶⁰ Ibid. s. 145.

⁶¹ Ibid s. 46 & s. 149 ff.

⁶² Ibid. s. 25.

⁶³ Ibid. s. 160 ff.

4 Gränsen mellan marknadsrätt och yttrandefrihet

Vid introduceringen av en bestämmelse i allmän lag som möjliggör för staten att ingripa mot vissa marknadsföringsmetoder krävs att en avvägning görs med hänsyn till yttrandefriheten (inbegripet informationsfriheten). I det följande ska jag först skildra den generella gränsdragningen och därefter redogöra för de särskilda övervägandena som har gjorts i samband med att de olika barnreklamförbuden utvecklats. Slutligen ska jag undersöka vad barnkonventionen säger om gränsdragningen mellan barns informationsfrihet och deras skydd mot marknadsföring.

4.1 Internet och gränsdragningen

Yttrandefriheten på internet skyddas delvis av yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) enligt 1 kap. 9 § och i övrigt endast av det allmänna yttrandefrihetsskyddet enligt 2 kap. 1 § regeringsformen (RF) och art. 10 EKMR. Att YGL blir tillämplig innebär bland annat att ansvaret klargörs, att en viss yttrandefrihetsprocess ska anlitas och att det föreligger meddelarskydd.⁶⁴ För webbsidor som drivs av svenska massmedieföretag gäller ett automatiskt skydd enligt 1 kap. 9 § YGL och för övriga internetsidor kan man frivilligt ansöka om ett utgivningsbevis för att få sitt material att skyddas av YGL. För att erhålla ett utgivningsbevis krävs dock enligt 1 kap. 9 § 2 st. att endast utgivaren råder över innehållet.

I MD:s praxis har det fastställts att gränsdragningen mellan det yttrandefrihetsrättsliga och det marknadsrättsliga området ska se lika ut oavsett om det berörda mediet skyddas av YGL eller TF. Detta eftersom regelverken bygger på samma principer och att det därför inte finns någon anledning att göra skillnad mellan respektive gränsdragning.⁶⁵ På samma vis

⁶⁴ Se 1 kap. 2 & 4 §§ & 6 kap. YGL.

⁶⁵ MD 2001:17.

ska det enligt det s.k. Änglamarksmålet inte vara någon skillnad mellan gränsdragningen som görs för de framställningar på internet som skyddas av YGL och de framställningar på internet som inte åtnjuter sådant skydd. MD:s förklaring till detta var en önskan av att så långt som möjligt undvika ingripanden enligt MFL som skulle kunna hindra eller försvåra för näringsidkare att använda internet för opinionsbildning och åsiktsyttring. Man ville alltså undvika en rättstillämpning som kunde te sig tveksam från yttrandefrihetsrättslig synpunkt.⁶⁶

Var går då gränsen mellan marknadsrätt och yttrandefrihet? Eftersom avvägningen ska göras lika oavsett om det gäller internet eller tryckt skrift finns det anledning att se tillbaka på de övervägningar som gjorts angående gränsdragningen mellan TF och den första marknadsföringslagen (1970:412). I förarbetena underströks att försiktighet måste iakttas vid möjliggörandet att med stöd av allmän lag ingripa mot meddelanden i tryckt skrift. Det ansågs vara av ytterst stor vikt att lagen inte skulle komma att tillämpas i strid med tryckfrihetens syfte. Med anledning av svårigheterna att dra en klar gräns mellan framställningar som skulle falla innanför respektive utanför TF:s tillämpningsområde, ställde man höga krav på meddelandets karaktär för att ett ingripande enligt MFL skulle vara berättigat. Det krävdes att meddelandet var av kommersiellt utpräglad natur samt ej avsåg nyhetsförmedlingen eller åsiktsbildningen i samhället. Med detta menades att meddelandet skulle vara lämnat i kommersiellt syfte samt ha rent kommersiella förhållanden till föremål (avse näringsidkares affärsverksamhet eller tillhandahållna tjänster).⁶⁷ Generalklausulen i MFL skulle alltså inte kunna användas för att reglera reklam inriktad på att påverka det allmänna beteendet i viss riktning eller på att förmedla vissa allmänna värderingar. Kravet på att meddelanden ska vara av utpräglad kommersiell natur för att ingripanden enligt MFL ska kunna ske utan hinder av TF har senare bekräftats i praxis.⁶⁸

⁶⁶ MD 2005:11.

⁶⁷ Prop. 1970:57 s. 65 ff.

⁶⁸ NJA 1975 s. 589; MD 1987:27.

4.2 Tv:s barnreklamförbud och gränsdragningen

Att barnreklamförbudet för tv inte strider mot YGL framgår av 1 kap. 12 §. Paragrafen godkänner uttryckligen att det i lag ställs upp villkor för, eller förbud mot reklam i radio och tv. Bakgrunden till 1 kap. 12 § var det starka intresset av att kunna kontrollera reklamsändningar i tv. Man hade visserligen varit medveten om reklamintäkternas väsentliga betydelse för massmedieföretagens ekonomiska resurser, men menade å andra sidan att YGL:s ändamål inte var att trygga en finansieringskälla till sådan verksamhet.⁶⁹ Eftersom bestämmelsen skulle medge lagstiftning som förbjöd eller villkorsreglerade reklam (och inte endast ingripanden i efterhand) valde man att införa den i grundlagen. Till skillnad från i TF framgår alltså möjlighet till reklamangripande uttryckligen i lagtexten och inte bara efter en tolkning av grundlagens syfte. Det ska dock påminnas att YGL:s gränsdragning gentemot marknadsrätten inte skiljer sig från TF:s. Villkoren som får ställas upp enligt 1 kap. 12 § YGL måste också hålla sig inom ramen för grundlagens syfte.⁷⁰

Förarbetena till barnreklamförbudet går inte närmare in på en avvägning mellan yttrandefriheten och behovet av ett marknadsrättsligt skydd för barn utan hänvisar istället till alkohollagens förarbeten.⁷¹ Alkohollagen som förbjuder viss alkoholreklam i tryckta skrifter, föregicks på liknande sätt som RTL av en förändring i grundlag (1 kap. 9 § TF) som tydliggjorde att begränsningarna inte skulle strida mot grundlagen. Paragrafen underbyggdes av det starka samhällsintresset att hålla nere konsumtionen av farliga eller olämpliga varor.⁷² Då barnreklamförbudet i TV från en yttrandefrihetsrättslig synvinkel bör betraktas på liknande sätt torde detta också anses vara motiverat av ett starkt samhällsintresse.⁷³

⁶⁹ Prop. 1990/91:64 s. 92 f.

⁷⁰ Karnov internet, YGL 1 kap. 12 §, not 46, 2016-05-19

⁷¹ Prop. 1990/91:149 s. 123.

⁷² Prop. 1973:123 s. 43.

⁷³ Prop. 1990/91:149 s. 123.

4.3 Direktreklamförbudet och gränsdragningen

Som det har förklarats i avsnitt 3.2 utvecklades direktreklamförbudet genom praxis. I MD 1999:26 bedömdes förbudets förenlighet med tryckfrihetsförordningen (TF). Domstolen hänvisade till rådande rättsprinciper om att TF inte hindrar en tillämpning av MFL på framställningar av ren kommersiell natur. Samtidigt anförde domstolen att inte heller kommersiell reklam under alla förhållanden faller utanför TF:s tillämpningsområde eftersom 1 kap. 9 § TF i så fall skulle vara överflödig. Lagstiftaren har nämligen ansett att det strider mot tryckfriheten att ha ett förbud avseende reklam i tryckt skrift som är så generellt att det riskerar att kränka den yttrande- och informationsfrihet som TF syftar att skydda. Domstolen hade därför att utreda om ett förbud mot direktreklam riktad till barn var att anse som ett förbud med en sådan generell räckvidd. Det som talade för detta var att förbudet skulle gälla all reklam oavsett budskap och innehåll. Det som talade emot var att förbudet endast gällde reklam riktad till barn och enbart direktreklam. Vid en helhetsbedömning ansåg domstolen att förbudet kunde meddelas obehindrat av tryckfriheten så länge det endast avsåg rent kommersiell reklam.⁷⁴

4.4 Avvägning enligt barnkonventionen

Regeringen vill göra barnkonventionen till svensk lag vilket gör det särskilt intressant att diskutera dess betydelse i sammanhanget. Inkorporeringen i svensk lag skulle innebära att konventionen ensamt kan utgöra grund för domstolars och andra myndigheters avgöranden i mål och ärenden. Den kan även väntas medföra att barns rättigheter i högre utsträckning blir uppmärksammade samt tillgodosedda i lagstiftningsärenden och i de fall som detta misslyckas kan konventionen fungera som en utfyllnad.⁷⁵

⁷⁴ MD 1999:26.

⁷⁵ SOU 2016:19 s. 19 ff.

I barnkonventionen fastställs ett fullständigt erkännande av barn som rättighetsbärare och barns behov av skydd i olika situationer betonas.⁷⁶ Enligt art. 3.1 ska barnets bästa sättas i främsta rummet vid alla beslut som rör barn. Detta innebär att barnets bästa ska beaktas i all lagstiftning som kan vara relevant för barn och prioriteras högt i händelse av en konflikt med andra intressen.⁷⁷ Barnets bästa ska även vara vägledande vid konflikter mellan barnkonventionens inbördes rättigheter.⁷⁸

Den faktiska innebörden av barnets bästa är inte definierat i konventionen. FN:s kommitté för barnets rättigheter (barnrättskommittén) som publicerar allmänna, icke-bindande kommentarer för hur barnkonventionen ska tolkas, har dock preciserat närmare vilka faktorer som ska beaktas vid avgöranden om vad som är barnets bästa. Bland dessa finns barns rätt till hälsa, utbildning, skydd och säkerhet, barns behov av en bevarad familjemiljö och deras behov av att upprätthålla relationer till familj, släkt och vänner.⁷⁹ Olsen anför att reklam som bedöms riskera dessa rättigheter eller behov kan anses vara olämplig eller i vart fall diskutabel enligt barnkonventionen. Exempelvis skulle reklam för ohälsosamma produkter kunna anses tvivelaktig. Även reklam som utsätter barns förhållande till jämnåriga, t.ex. genom att visa att barn som saknar en viss leksak har en sämre ställning än de som har köpt leksaken, kan med hänsyn till barns behov av att upprätthålla relationer, förefalla icke önskvärd. Detsamma gäller för reklam som leder till att barn tjarar på sina föräldrar för att få en viss produkt.⁸⁰ Det bör dock observeras att vid bedömningen av barnets bästa ska hänsyn tas till principen om barnets framväxande förmågor.⁸¹

En annan hypotes är att barnreklam kan ses som en form av ekonomisk exploatering, vilket barn är skyddade mot enligt art. 32 i

⁷⁶ SOU 2016:19 s. 91.

⁷⁷ CRC/C/GC/14 p. 31 & 39.

⁷⁸ CRC/C/GC/14 p. 33.

⁷⁹ CRC/C/GC/14 p. 55-74 & 77-79.

⁸⁰ Olsen (2006) s. 123 f.

⁸¹ CRC/C/GC/14 p. 85.

barnkonventionen.⁸² Exploatering innebär ofta att flera grundläggande rättigheter – såsom rätten till familjeliv, utbildning och hälsa – försummas samtidigt.⁸³ Något förenklat, har det med hänsyn till att reklam kan riskera att hämma barns relation med sina föräldrar samt deras mentala utveckling till insiktsfulla konsumenter, argumenterats för att barnreklam kan ses som åtminstone en potentiell form av ekonomisk exploatering. Om så vore fallet innebär det att begränsningar av reklam har stöd i art. 32.⁸⁴

Barns informationsfrihet framgår av art. 13 och är en del av yttrandefriheten. Med informationsfrihet menas att barn har rätt att söka och motta information.⁸⁵ Möjligen skulle denna rättighet kunna tolkas som att barn enligt barnkonventionen även har rätt till reklam.⁸⁶ I andra stycket sägs dock att rättigheten får begränsas i lag under vissa förutsättningar, närmare bestämt, om det är nödvändigt för att respektera andra personers rättigheter eller anseende, för att skydda den nationella säkerheten, den allmänna ordningen, folkhälsan eller den allmänna sedligheten.

Inskränkningens möjlighet beror möjligtvis även på barnets ålder. De allra yngsta barnen som inte har förmåga att tillgodogöra sig information torde därav inte kunna kräva en sådan rätt.⁸⁷

En annan betydelsefull artikel i kontexten är art. 17 som kräver att konventionsstaterna erkänner massmediers viktiga uppgift som informationskälla samt uppmuntrar massmedier att sprida information av kulturell och social betydelse för barn. Artikeln uppmuntrar också att konventionsstaterna upprättar lämpliga riktlinjer för att skydda barn från information som är till skada för barnets välfärd, med beaktande av dels yttrandefriheten enligt art. 13, dels föräldrarnas viktiga roll i barnets uppfostran och utveckling enligt art. 18. Det kan därmed anses finnas en inbördes konflikt i art. 17. Å ena sidan förespråkar den rätten att få information från en variation av källor, vilket kan ses som en garanti att få

⁸² Handsley m.fl. s. 132 f.

⁸³ Van Bueren (1998) s. 262.

⁸⁴ Handsley m.fl. s. 132 ff.

⁸⁵ Olsen (2006) s. 36.

⁸⁶ Sjöberg (2013) s. 79.

⁸⁷ Olsen (2006) s. 37

tillgång till reklam. Å andra sidan framgår det av artikeln att det inte finns någon rätt till information som riskerar att skada barns välfärd, vilket man kan argumentera för att viss marknadsföring, såsom t.ex. snabbmatsreklam, gör.⁸⁸

Exakt hur informationsfriheten och rätten till media enligt barnkonventionen förhåller sig till reklam och annan marknadsföring kan ej utläsas ur varken artiklarna eller barnrättskommitténs kommentarer. Det nämns dock att yttrandefriheten måste beaktas i samband med en reglering av medierna i syfte att skydda barn mot skadligt material samt att barnets ålder och mognad ska fungera som vägledning för en avvägning.⁸⁹

I en komparativ artikel publicerad i *International Journal of Children's Rights* år 2014, analyserades förhållandet mellan barnkonventionen och matreklam i tv riktad till barn. Artikeln behandlade regelsystemen för sådan reklam i bland annat Australien, Nya Zeeland, Kanada, USA, Storbritannien, Sverige och Norge. Enligt artikeln ansågs länderna som hade någon form av barnreklamförbud – exempelvis Sverige och Norge – tillgodose principen om barnets bästa. Detta eftersom länderna hade satt barnets bästa i främsta rummet vid en avvägning med andra intressen. Visserligen uppmärksammades att effektiviteten av systemet i Sveriges begränsas av EU:s reglering för den fria rörligheten, vilket väckte frågan om hur effektivt barns intressen är skyddade.⁹⁰ Trots det var det enligt artikeln klart möjligt att argumentera för att de strängare systemen uppfyller principen om barnets bästa i större mån än de mer tillåtande, själregleringsdominerade systemen.⁹¹

⁸⁸ Handsley m.fl. (2014) s. 126f.

⁸⁹ CRC/C/GC/16 p. 58; CRC/C/GC/14 p. 83.

⁹⁰ Handsley m.fl. (2014) s. 129.

⁹¹ Ibid. s. 103 & 134.

5. Analys

I den svenska marknadsrätten verkar det stå klart att barn ska betraktas som särskilt skyddsvärda med hänsyn till deras godtrogenhet och oerfarenhet. Styrkan på barns marknadsrättsliga skydd varierar dock beroende på vilken informationskanal som berörs. Vad gäller internet är skyddet relativt svagt. Jag kommer i det följande analysera min frågeställning, huruvida det bör införas ett generellt barnreklamförbud på internet. Min analys är uppdelad i en allmän del i vilken jag utreder intressena för och emot, samt i en del där jag redovisar mitt personliga ställningstagande i frågan.

5.1 Allmän analys

Barns medievanor blir alltmer digitaliserade och innefattar aktiviteter som att se på kortare Youtube-klipp, närvara på sociala medier och spela spel på diverse spelsajter. På dessa webbsidor förekommer ofta reklam som är inbäddad i annat material vilket gör det extra svårt för barn – som i allmänhet anses vara godtrogna och oerfarna – att urskilja de kommersiella meddelandena. Visserligen föreskriver art. 18 i ICC-koden krav på särskild aktsamhet och på särskilt tydlig reklamidentifiering när reklam riktas till barn, men det råder inget förbud mot barnreklam på internet såsom det gör i tv. Skillnaden mellan regleringarna föranleder frågan *om* och i så fall *varför* tv-reklam anses utgöra en större skaderisk för barn än internetreklam. Den förklaring som förarbetena gav till varför ett barnreklamförbud i tv var särskilt angeläget var att barn riskerar att sammanblanda reklam med yttrandefrihetsskyddade meddelanden p.g.a. tv:s särskilda genomslagskraft. När barnreklamförbudet för tv infördes hade dock inte internet den betydelse för barn som mediet har idag.

Vad gäller ett barnreklamförbuds överensstämmelse med överordnade normer, är det intressant att undersöka vad barnkonventionen säger om marknadsföring riktad till barn. Konventionen föreslås nämligen bli svensk lag och skulle därmed kunna få högre status i både lagstiftnings- och domstolsärenden. Av art. 3.1 barnkonventionen framgår att principen om barnets bästa bör beaktas vid alla beslut som rör barn. Enligt barnrättskommittén ska några av de avgörande faktorerna för barnets bästa vara barns rätt till hälsa, utbildning, skydd och säkerhet, barns behov av en bevarad familjemiljö och av att upprätthålla relationer till familj, släkt och vänner. Olsen menar att om reklam äventyrar dessa rättigheter eller behov kan den ses som direkt olämplig eller i vart fall diskutabel. Som exempel tar hon upp reklam för ohälsosam mat och reklam som riskerar att leda till utanförskap eller konflikter med föräldrar. Dessutom har det i International Journal of Children's Rights diskuterats om barnreklam kan anses utgöra åtminstone en potentiell form av ekonomisk exploatering enligt art. 32. I samma artikel har det även argumenterats för att de strängare regelsystemen (exempelvis det svenska) som föreskriver förbud mot barnreklam, verkar tillgodose principen om barnets bästa i större utsträckning än de mer tillåtande regelsystemen.

Att konstruera ett totalt förbud mot barnreklam på internet skulle dock kunna leda till att barn går miste om viktig information som de borde ha rätt till. I barnkonventionens art. 13 och 17 stadgas att barn har rätt att söka och motta information samt att få sådan information från en variation av källor. Enligt barnrättskommittén krävs därför att dessa bestämmelser om informationsfrihet iakttas vid upprättandet av marknadsrättsliga normer som ska skydda barn från skadligt material. Som jag har förklarat i avsnitt 4.4 är dock denna gränsdragning mycket svår att göra och man måste även ta hänsyn till principen om barnets framväxande förmågor som torde innebära att de allra yngsta barnen inte har någon informationsfrihet. Dessutom följer av art. 17 att barn inte har rätt till information som riskerar att skada deras välfärd.

Det är även av betydelse hur ett barnreklamförbud på internet skulle förhålla sig till de marknadsrättsliga EU-direktiven på området. Det gäller för det första fullharmoniseringsdirektivet om otillbörliga affärsmetoder som hindrar att medlemsstaterna har mer eller mindre ingripande bestämmelser än de i direktivet. För barnreklamförbudet i tv har Sverige dock lyckats undgå hinder av direktivet genom att motivera förbudet med andra skäl än skyddet för konsumenters ekonomiska intressen. Det kan vidare ifrågasättas om de yngre barnen ens är att anse som konsumenter då de inte har rätt att råda över egendom eller ingå förbindelser. Ska barn inte betraktas som konsumenter kan alla marknadsrättsliga barnskyddsbestämmelser, i vart fall enligt regeringens argumentation, anses falla utanför direktivets tillämpningsområde eftersom de inte kan handla om konsumentskydd.

Vad gäller den territoriella tillämpligheten för marknadsrätten som reglerar näringsverksamhet på internet är det enligt MD effektlandsprincipen som gäller i nuläget. Det är dock inte säkert om denna princip skulle stå sig mot ursprungslandsprincipen i en prövning av EU-domstolen, med hänsyn till e-handelsdirektivet som införlivats i svensk rätt. Men även om e-handelslagen skulle tillmätas betydelse för ett barnreklamförbud på internet kan det finnas möjlighet att avvärja lagens tillämplighet, i vart fall för viss reklam, om man kan argumentera för att marknadsföringen skadar folkhälsan.

För att ett barnreklamförbud på internet inte ska komma i konflikt med yttrandefriheten skulle det krävas att förbudet endast avser rent kommersiella meddelanden. Detta eftersom gränsdragningen mellan marknadsrätt och yttrandefrihet ska göras på samma sätt oavsett om det handlar om medier som skyddas av TF eller om internetframställningar som åtnjuter eller inte åtnjuter skydd av YGL. Det är dock möjligt att förbudet skulle anses så generellt att det skulle behövas en föregående ändring i YGL liksom det krävdes för radio- och tv-lagen.

Sammanfattningsvis framstår det som att intresset av att skydda barn mot reklamens negativa effekter i kombination med den grundläggande principen om reklamidentifiering, talar för att det skulle behövas en reform vad gäller barns marknadsrättsliga skydd på internet. I denna uppsats föreslås ett förbud mot reklam riktad till barn på internet. Ett sådant förbud skulle både kunna vara förenligt respektive oförenligt med yttrandefriheten, barnkonventionen och EU-rätten beroende på hur det motiveras. En modell vore att införa ett förbud som liknar det för tv, med motiveringen att skydda barn mot att bli utnyttjade av reklam p.g.a. av deras godtrogenhet och oerfarenhet. Risker är dock att ett sådant förbud skulle få en lika snäv räckvidd och omfattning. En annan lösning vore att införa ett förbud mot viss skadlig reklam, såsom ohälsosam mat, som motiveras av folkhälsoskäl och som därmed skulle kunna undgå begränsningar av EU-rätten, yttrandefriheten samt informationsfriheten enligt barnkonventionen.

5.2 Personliga reflektioner

Jag anser att möjligheten till ett barnreklamförbud på internet bör utredas. Beaktat internets starka, målgruppsinriktade attraktionskraft menar jag att webbsidor ska bedömas ha en lika stark genomslagskraft som tv. Även med hänsyn till att internetreklamen ofta är inbäddad i annat material förefaller det särskilt angeläget att genom lagstiftning införa strängare regler som förebygger att barn och unga vilseleds genom dold marknadsföring. Jag vill även tillägga att det trots den mediala uppmärksamheten kring smyg reklam i bloggar, inte har prövats ett enda mål i MD, vilket tyder på att dagens självreglering inte fungerar särskilt effektivt.

Ett förbud mot barnreklam på internet skulle däremot kunna visa sig mer effektivt. Det skulle innebära att domstolen slipper göra en bedömning om särskild aktsamhet har vidtagits eller om reklamen framgår tillräckligt tydligt, och endast behöver avgöra om reklamen syftar att fånga uppmärksamheten hos barn under 12 år. Ett förbud hade även kunnat sända signaler om att reklam riktad till barn ska tas på större allvar vilket skulle

kunna leda till fler anmälningar samt att Konsumentombudsmannen faktiskt prövar vissa av dessa i MD. Om förbudet visas vara mer effektivt och i högre grad skyddar barn mot exponering av reklam som kan riskera deras hälsa, familjerelationer eller övriga välbefinnande, kan det argumenteras för att en större förenlighet med barnkonventionen uppnås.

En svår gränsdragning blir dock att avgöra vad som ska anses som reklam riktad till barn under 12 år. Visst kan man ta hjälp av den praxis som gäller för tv-reklamförbudet men det skulle exempelvis inte vara möjligt att ha sändningstid som en indikator eftersom det inte förekommer någon sådan bestämd tid på internet. Dessutom uppkommer frågan om hur förbudet ska förhålla sig till blandade meddelanden riktade till familjen som helhet. Om sådana meddelanden skulle anses falla utanför förbudets tillämpningsområde, såsom de gör för tv, blir förbudet inte särskilt effektivt eftersom barn likväl utsätts för reklam riktad till dem.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta Källor

Offentligt Tryck:

Sverige

Utredningsbetänkanden

SOU 2016:19 Barnkonventionen blir svensk lag.

Propositioner

Prop. 1970:57 med förslag till lag om otillbörlig marknadsföring.

Prop. 1973:123 med förslag till ändring i tryckfrihetsförordningen.

Prop. 1990/91:64 om yttrandefrihetsgrundlagen m.m.

Prop. 1990/91:149 om radio- och TV-frågor.

Prop. 1994/95:123 Ny marknadsföringslag.

Prop. 1995/96:160 Radio- och TV-lag.

Prop. 2001/02:150 Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.

Prop. 2007/08:115 Ny marknadsföringslag.

Prop. 2009/10:115 En ny radio- och tv-lag.

Elektroniska källor

Anna Persson: ”KO kritiseras efter granskning om dold reklam i sociala medier”, Dagens juridik, <<http://www.dagensjuridik.se/2013/11/ko-kritiseras-efter-granskning-om-dold-reklam-i-sociala-medier-har-inte-gjort-tillrackligt>>, besökt 2016-05-02.

Gunilla Jarbro & Magnus Söderlund, ”Reklam i nya kläder”

<http://www.konsumentverket.se/Global/Konsumentverket.se/Beställa%20och%20ladda%20ner/rapporter/2012/KOV_Reklam_i_nya_klader.pdf>,

besökt 2016-05-19.

ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation, <http://reklamombudsmannen.org/shared-media/media/final_marketing_code_swe.pdf>, besökt 2016-05-01

Internetstiftelsen i Sverige, ”Svenskarna och internet 2015”, <https://www.iis.se/docs-/Svenskarna_och_internet_2015.pdf>, besökt 2016-05-11.

Johanna Sjöberg; I marknadens öga – barn och visuell konsumtion. 2013 <<http://liu.diva-portal.org/smash/get/diva2:622472/FULLTEXT01.pdf>>, besökt 2016-05-15.

Karnov internet, Yttrandefrihetsgrundlagen 1 kap. 12 §, not 46, 2016-05-19

Konsumentverket, ”Vägledning om marknadsföring riktad till barn och unga”, <<http://www.konsumentverket.se/Global/Konsumentverket.se/Beställa%20och%20ladda%20ner/Vägledningar/Dokument/vagledning-om-marknadsforing-riktad-till-barn-och-unga.pdf>>, besökt 2016-05-23

Michael Grill Petterson m.fl.: ”Tusen kronor för en länk- så lätt blev SVT Nyheter erbjudet reklampengar”, SVT Nyheter, <<http://www.svt.se/nyheter/inrikes/tusen-kronor-for-en-lank-sa-latt-blev-svt-nyheter-erbjudet-reklampengar>>, besökt 2016-05-16.

Reklamombudsmannen, ”Om oss”, http://reklamombudsmannen.org/ro__ron, besökt 2016-05-23.

Reklamombudsmannens opinionsnämnd, ärende 1503-41, 2015-06-09. <<http://reklamombudsmannen.org/uttalande/misslisibell-och-jfr>>, besökt 2016-05-19.

Tillstånd för Sveriges Television AB att sända tv och sökbar text-tv,
<http://www.svt.se/omsvt/fakta/publicservice/article1713807.svt/binary/Sändningstillstånd%202014%20-%202019>, besökt 2016-05-24.

Barnrättskommitténs allmänna kommentarer

Barombudsmannen, Barnkonventionen, ”Allmänna kommentarer”

<<http://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/barnkonventionen/allmanna-kommentarer/>>, besökt 2016-05-20:

CRC/C/GC/14 Barnets rätt att få sitt bästa sätt i främsta rummet, 2013.

CRC/C/GC/16 Staternas skyldigheter rörande näringslivets påverkan på barnets rättigheter, 2013.

Litteratur

Bernitz, Ulf (2013), *Svensk och europeisk marknadsrätt*, upplaga 1:1, Nordstedts Juridik AB i Stockholm.

Cain Reid, Rita-Marie (2014), "Embedded Advertising To Children: A Tactic That Requires A New Regulatory Approach." *American Business Law Journal* 51.4 s. 721-777.

Handsley, E, Mehta, K, & Handsley, Elizabeth, Kaye Mehta, & John Coveney (2014) "A Children's Rights Perspective On Food Advertising To Children." *International Journal of Children's Rights* 22.1 s. 93-134.

Jonson, Lars (2001), ”Marknadsrätten, särskilt regleringen av reklam”, *SvJT* s. 293-299.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Levin, Marianne (2014), *Marknadsföringslagen – en kommentar*, Karnov Group Sweden AB i Stockholm.

Lindskoug, Patrik (2006), ”Om e-handelslagens tillämplighet vid gränsöverskridande marknadsföring” *SvJT* s. 397-409.

Olsen, Lena (2006), *Barnet, marknadsföringen och rätten*, Nordstedts Akademiska Förlag i Stockholm.

Van Bueren, Geraldine (1998), *The international law on the rights of the Child*, Kluwer Law International, Haag, Nederländerna.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1975 s. 589.

Marknadsdomstolen

MD 1987:27.

MD 1999:26.

MD 2001:5.

MD 2001:17.

MD 2004:17.

MD 2005:11.

MD 2012:14.

Europa

EU-domstolen

C-34-36/95, KO mot De Agostini (Svenska) Förlag, EU:C1997:344.

Europadomstolen

Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. the Federal Republic of Germany, no 10572/83, ECHR:1989:11.