



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anton Johansson

Näringsidkare ger profil 2 miljoner i dricks

- Om smygreklam på sociala medier

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: HT 2016

Innehållsförteckning

Förkortningar	3
Summary	4
Sammanfattning	6
1. Introduktion	8
1.1 Inledning	8
1.2 Syfte och frågeställning.....	9
1.3 Avgränsningar	10
1.4 Material och metod	10
1.5 Disposition.....	11
2. Sociala medier	13
3. Marknadsföringslagen	15
3.1 Marknadsföringslagens tillämpningsområde	15
3.2 Gränsen mellan yttrandefrihet och marknadsföringslagen	17
3.3 Konsument eller näringsidkare	19
3.4 Marknadsföringslagens regler om innehållskontroll.....	20
3.4.1 Reklamidentifikation	23
3.4.2 Sändarangivelse	24
3.5 Ansvar och sanktioner	26
4. Marknadsföring på sociala medier	29
5. Radio tv-lag	34
5.1 Ursprungslands- och Effektlands-principen.....	35
5.2 Produktplacering	35
5.3 Sponsring	38
6. Reklam riktad mot barn	41
7. De lege feranda	46
7.1 Sanktioner.....	46
7.1.1 Interimistiska sanktioner	48
7.1.2 Ny sanktion i MFL.....	49
7.3 Radio- och tv-lagen i dagens internetsamhälle.....	50
7.4 Barn och reklam.....	51
8. Avslutning	52
Bilaga 1	54
Bilaga 2	55
Käll- och litteraturförteckning	56
Rättsfallsförteckning	61

Förkortningar

AV-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/65/EG om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska Unionen
ICC	Internationella handelskammaren
ICC:s regler	ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation
KO	Konsumentombudsmannen
KOV	Konsumentverket
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
RO	Reklamombudsmannen
RON	Reklamombudsmannens nämnd
RTVL	Radio- och tv-lag (2010:696)
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1496)

Summary

Today more and more businesses are using the internet and social media to reach out with their messages. Through these media, they have found new opportunities to disseminate information. Given that information on social media sites often is perceived as personal and credible advice, consumers may easily mistake marketing for information. Traders have recognized the advantage of confusing marketing for information or advice. So-called hidden marketing has increased significantly on social media in recent years.

A user of social media is usually a person who conveys non-commercial messages. But famous social media users with a high number of followers can often make a lot of money writing commercial messages every now and then. Therefore, it is often particularly difficult to determine what can be considered a commercial message on social media. When there is an explicit agreement between a social media user and a trader to produce content, it is clear that the message is within the scope of the Swedish Marketing Act. However, traders have made it common practice to send out free products to famous social media users in the hope that they will get a positive message on social media sites in return. This paper targets the issue of how the Swedish Marketing Act can be applied on such conduct.

The main purpose of this paper is to investigate the applicability of the Swedish Marketing Act on commercial messages posted on social media. The Swedish Marketing Act is applied to all forms of marketing, regardless of medium. It is complemented by special legislation and industry self-regulation. The most basic requirement for all marketing is the principle that all advertisements have to be identified as marketing. The purpose of this paper is therefore to analyze what is needed to meet those requirements for posts on social media. The paper also examines marketing aimed at children on social media. Children are one of the biggest target audiences using social media and they are more vulnerable to hidden advertising because of their lack of experience and critical thinking.

The paper also contains a chapter discussing the Swedish marketing laws in light of *lex ferende*, what the law should be. Since 2014, the internet is a bigger marketing platform than television in terms of revenue. Therefore, I find that the more restrictive rules for marketing on television than on any other medium – internet included - might be outdated and ineffective. To discuss this, the paper highlights the differences between Swedish Marketing Act and the Swedish Radio and Television Act. Without claim of completeness, the paper discusses the issue of whether advertising on the internet and social media should be subject to more restrictive special regulation similar to that for the TV medium.

Sammanfattning

Idag använder allt fler näringsidkare internet och sociala medier för att nå ut med sina budskap. Genom dessa medier har de fått nya möjligheter att sprida information. Mot bakgrund av att information på sociala medier ofta uppfattas som personliga och trovärdiga tips har näringsidkare också insett fördelen med att sprida marknadsföring som kanske inte uppfattas som marknadsföring. Så kallad dold marknadsföring har ökat kraftigt på sociala medier de senaste åren. Inlägg i marknadsföringssyfte markeras ibland inte alls som reklam eller så används otydliga reklam-markeringar.

Den förmedlande parten på sociala medier är vanligtvis en fysisk person som förmedlar icke-kommersiella meddelanden. Stora profiler på sociala medier kan dock tjäna mycket pengar på att skriva kommersiella inlägg då och då. Därför är det ofta extra svårt att avgöra vad som kan anses utgöra ett kommersiellt meddelande på sociala medier. När det finns ett uttryckligt avtal mellan den förmedlande sociala medierprofilen och en näringsidkare är det tydligt att meddelandet faller in under marknadsföringslagens tillämpning. Det är dock vanligt att näringsidkare skickar ut kostnadsfria produkter i hopp om ett positivt inlägg om produkten. En av frågeställningarna denna uppsats fokuserar på är hur marknadsföringslagen kan tillämpas vid dessa tillfällen.

Syftet med denna uppsats är till stor del att utreda marknadsföringslagens tillämplighet på kommersiella meddelanden som publiceras på sociala medier. Den svenska marknadsföringslagen tillämpas på all marknadsföring, oavsett form och medium. Den kompletteras av speciallagstiftning samt branschens självreglering. Det mest grundläggande kravet för marknadsföring på sociala medier är principerna om reklamidentifiering och sändarangivelse. Syftet med uppsatsen är därför också att analysera vad som krävs för att uppfylla kraven på reklamidentifiering och sändarangivelse. Även reklam riktad mot barn på sociala medier utreds då barn är en stor målgrupp på sociala medier som är extra utsatta.

Uppsatsen innehåller även ett *de lege ferenda*-perspektiv. Då marknadsföring på internet idag är större än den på tv-mediet är en diskussion om radio- och tv-lagens

ändamålsenlighet angelägen. För att kunna diskutera detta belyser uppsatsen de skillnader som finns mellan marknadsföringslagen och radio- och tv-lagen. Utan anspråk på fullständighet diskuteras frågan om reklam på internet och sociala medier bör bli föremål för mer begränsande specialreglering likt den som finns för tv-mediet.

Slutsatserna som dras i uppsatsen är att det oftast krävs ett uttryckligt avtal mellan en näringsidkare och en sociala medier-profil för att inlägg om hemskickade gratisprodukter ska behöva markeras som reklam. I vissa fall kan dock avtal ingås genom konkludent handlande. I uppsatsen fann jag också att reklam på internet inte bör bli föremål för specialreglering likt radio- och tv-lagen men att MFL behöver en ny sanktion för att kunna verka avskräckande mot smygreklam på sociala medier.

1. Introduktion

1.1 Inledning

Sociala medier har under de senaste åren fått en allt större del i vår vardag. Det har lett till att näringsidkare allt mer ser på sociala medier som potentiella marknadsföringskanaler. Inlägg får extra stort genomslag ur ett marknadsföringsperspektiv då de ofta kan uppfattas som personliga tips. Den förmedlande parten på en social plattform är vanligtvis en fysisk person som förmedlar såväl kommersiella som icke-kommersiella meddelanden i samma flöde, utan tydliga distinktioner. Därför är det i många fall inte tydligt för användare att ett inlägg kan vara marknadsföring på samma sätt som reklam på tv eller en annons i tidningen.¹ Ämnet är brinnande aktuellt och regeringen har nyligen tillsatt en utredning som under ledning av Gunnar Larsson, generaldirektör på kammarkollegiet, ska kartlägga och utreda dold reklam på sociala medier.²

När det finns ett uttryckligt avtal mellan en näringsidkare och en profil på sociala medier³ är det tydligt att marknadsföringslagens (2008:486) (MFL) regler ska tillämpas för inlägg som rör avtalet. Inläggen måste utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det rör sig om marknadsföring.⁴ Det är dock en svårare bedömning när det inte finns ett uttryckligt avtal mellan näringsidkaren och profilen. Annonsörer kan utnyttja detta faktum genom så kallad dold marknadsföring och smygreklam.⁵ Dold marknadsföring och smygreklam används i denna uppsats som synonymer. Idag är det vanligt förekommande att en näringsidkare kostnadsfritt skickar en produkt till en populär profil med förhoppningen att det ska leda till ett positivt inlägg om produkten på profilens kanaler. Frågan är då vilka lagar och riktlinjer som gäller när det inte finns ett uttryckligt avtal mellan näringsidkaren och profilen. Profiler som Blondinbella,

¹ <http://www.svt.se/nyheter/inrikes/youtube-ar-deras-vardagsrum> hämtad 2016-08-30

² Dir. 2016:84 Ett reklamlandskap i förändring. Hämtad från <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2016/10/det-forandrade-reklamlandskapet-ska-utredas/> 2017-01-02

³ En användare med många följare på sociala medier. Benämnd som profil eller sociala medier-profil i uppsatsen.

⁴ Se kap. 3.4.1

⁵ Konsumentverket, Vägledning om marknadsföring i bloggar och andra sociala medier

Clara Henry och Samir kan ha hundratusentals personliga svenska följare⁶ vilket såklart är lockande ur ett marknadsföringsperspektiv. Dessutom är många följare ofta barn och unga, vilket leder till att extra hänsyn borde tas vid marknadsföringskampanjer som kan antas tilltala barn. Det kan nämnas kort att namnet på uppsatsen är en pastisch på tidernas sämsta namn på en film: "Polis ger servitris två miljoner i dricks". Det refererar alltså inte till något riktigt fall.

1.2 Syfte och frågeställning

Att få uttrycka sina personliga åsikter faller in under det grundlagsskyddande området för yttrandefrihet enligt 2 kap. 1§ 1p regeringsformen (2011:109) (RF). Utgör ett inlägg ett kommersiellt meddelande är det dock föremål för marknadsföringslagen. Distinktionen mellan ett kommersiellt och ett icke-kommersiellt meddelande är alltså avgörande för hur det ur en rättslig synvinkel ska hanteras. Syftet med denna uppsats är till stor del att utreda och redogöra för marknadsföringslagens tillämplighet på meddelanden som förmedlas via sociala medier. En avgörande fråga för denna bedömning är hur gränsdragningen ska göras mellan kommersiella och icke-kommersiella meddelanden, varför denna fråga tar upp stor del. En frågeställning som är aktuell för marknadsföring på sociala medier är om det krävs att det föreligger ett uttryckligt avtal mellan en näringsidkare och en profil för att ett inlägg ska bli föremål för marknadsföringslagens tillämpning.

Syftet med uppsatsen är också att utreda vad som krävs för att uppfylla marknadsföringslagens krav på kommersiella meddelanden. Kravet på reklamidentifikation och sändarangivelse är vanligtvis de mest aktuella för uppsatsens område. Därför kommer frågan om vad som krävs för att uppfylla dessa krav lämnas stort utrymme. Uppsatsen kommer även behandla frågan om reklam riktad mot barn med frågeställningen om de skyddas tillräckligt av dagens regelverk då de är extra utsatta för dold marknadsföring på sociala medier på grund av deras brist på erfarenhet.

⁶ Följare är användare som har valt att följa profilen. Användarna ser då allt som profilen publicerar i sitt personliga flöde. I det personliga flödet hamnar innehåll från alla profiler och andra användare som en användare väljer att följa.

Slutligen kommer jag utifrån ett de lege ferenda-perspektiv diskutera marknadsföringslagens regler i enlighet med marknadsföring på internet och sociala medier. Även marknadsföringslagens sanktioner kommer beröras för att kort kunna diskutera om de är tillräckliga för att motverka dold marknadsföring. Utvecklingen går snabbt framåt i interneteran och det kan vara så att marknadsaktörer ligger ett eller ett par steg före lagstiftaren. Det kan därför vara värt att diskutera ändamålsenligheten av att tv-reklam idag regleras hårdare än reklam på internet. Mot denna bakgrund är syftet med uppsatsen också att belysa likheter och skillnader mellan marknadsföringslagen och radio- och tv-lagen för att diskutera hur reglerna för marknadsföring på internet enligt mig bör utformas utifrån ett de lege ferenda-perspektiv.

1.3 Avgränsningar

Speciallagstiftning som alkohol- och tobakslagen berörs inte då jag ansåg att inkluderandet av dessa inte skulle bidra till uppsatsens diskussion. Endast speciallagstiftningen RTVL fann jag lämplig att diskutera med tanke på att det är lätt att dra paralleller från radio och TV till plattformar på sociala medier. Uppsatsen kommer inte heller behandla nyttjandet av big data i marknadsföringsändamål och inte beröra frågan om personlig integritet på internet i anslutning till big data. Marknadsföring som är inbyggd i plattformen, som reklamklipp på Youtube eller reklamintägg på Instagram, på sociala medier berörs heller inte. Uppsatsen fokuserar på innehåll skapat av användare av plattformen, inte plattformsägarna.

I den del som rör reklam mot barn har hänsyn tagits endast till sociala medier. Inte till spel och annat på internet som kan rikta reklam mot barn.

1.4 Material och metod

Den metod som använts under arbetet med uppsatsen är den traditionellt rättsdogmatiska metoden. För att tolka gällande rätt har lagtext, förarbeten, praxis och doktrin tillämpats enligt den traditionella rättskällevärdet med uppdelningen av lagtext och annan författning som primära rättskällor och förarbeten, praxis och doktrin som sekundära.⁷ Uppsatsen innehåller en fortlöpande analys genom alla kapitel.

⁷ Håkan Andersson m.fl. Juridisk metodlära s. 29 ff.

MFL, bygger på grundsynen att det är näringslivet som i första hand bär ansvaret för MFL:s efterlevnad. Marknadsdomstolen avgör bara drygt 30 ärenden per år, varav endast cirka hälften avser marknadsföringsrätt.⁸ Näringslivets mest betydelsefulla regelverk utgörs av Internationella Handelskammarens regler för reklam och marknadskommunikation (ICC:s Regler). Vid tolkningen av dessa regler bör beaktas att reglerna är etiska regler av utomrättslig karaktär, det vill säga utvecklade av näringslivet självt. ICC:s regler har dock hög ställning då de utgör en internationell hederskodex och global standard som används av medlemsstaternas domstolar.⁹ Självreglering har en mycket viktig roll att fylla. Den kan bidra till att undvika onödig lagstiftning och detaljregleringar. Det kan vara bättre att branschen själv tar ansvar för att marknadskommunikation håller en hög etisk nivå. Egenåtgärder är ofta enklare, billigare och snabbare förfaranden jämfört med en lagstiftning som inte alltid hänger med och utdragna processer i domstolar.¹⁰ Reklamombudsmannen bekostas exempelvis av näringslivet och belastar därmed inte skattebetalarna. I uppsatsen förekommer mycket material både från näringslivets självreglering och från lagstiftning och praxis.

Rättspraxis i uppsatsen kommer mestadels från marknadsdomstolen. Även granskningar och beslut från konsumentverket och reklamombudsmannen berörs. Doktrin på området är väldigt begränsat eftersom det är ett nytt och relativt outforskat område. I brist på doktrin har jag använt mig av desto fler artiklar och elektroniska källor, då det är i huvudsak endast där ämnet har hunnit behandlas såhär långt. Mycket består därför av min egen tolkning av regelverk på det aktuella området.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en beskrivning av sociala medier för att ge kontext till läsaren. I kapitel 3 behandlas marknadsföringslagen och dess tillämpning på sociala medier. Kapitlet är det längsta i uppsatsen för det behandlar MFL:s tillämplighet, skillnaden

⁸ Nordell, Marknadsrätten. En introduktion s. 122 ff

⁹ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 113

¹⁰ <http://bos.nu/wp-content/uploads/2016/07/AvsiktsforklaringSPERBOS.pdf> hämtad 2016-11-11

mellan kommersiella och icke-kommersiella meddelanden samt regler om innehållskontroll och marknadsföringslagens sanktioner. I kapitel 4 kommer sen en sammanfattande redogörelse för hur informationen från kapitel 3 kan appliceras på sociala medier. I kapitel 5 finns en redogörelse för RTVL samt en studie av likheter och skillnader med MFL. De viktigaste inslagen i RTVL är reglerna om produktplacering och sponsring som utgör stor del av marknadsföring på sociala medier men som inte berörs direkt i MFL. I kapitel 6 kommer en kort redogörelse om reklam riktad mot barn och hur barn och unga påverkas av sociala medier och reklamen som finns där. I kapitel 7 diskuteras den marknadsrättsliga regleringen för sociala medier ur ett *de lege ferenda*-perspektiv. Jag försöker komma med förslag på hur lagstiftningen skulle kunna se ut för att skydda konsumenter mot dold marknadsföring och göra rättsläget mer tydligt. En kort avslutning sammanfattar och avslutar uppsatsen.

2. Sociala medier

Sociala medier kännetecknas av att de bygger på ett innehåll som produceras av dem som använder medierna och att användare ges möjlighet att integrera med varandra. Exempel på sociala medier som är populära idag är Facebook, Youtube, Instagram, Snapchat och Twitter. Även podcasts och bloggar brukar räknas in som sociala medier och kommer göra så i denna uppsats.¹¹

77% av befolkningen över 12 år använder sig regelbundet av sociala medier i någon form och bland ungdomar, en eftertraktad grupp av marknadsförare, är andelen ännu högre.¹² I genomsnitt spenderas nästan en timme om dagen per person på olika sociala medier.¹³

Bloggar och Facebook slog igenom med kraft i mitten av 00-talet och sedan smartphonens intåg i våra hem har användningen av sociala medier ökat enormt de senaste åren.¹⁴ Näringsidkare har såklart insett de stora möjligheterna som finns med att nå ut med sitt budskap eller sin produkt genom sociala medier. Information om produkter på sociala medier uppfattas som mer trovärdig och personlig i jämförelse med exempelvis tv-reklam.¹⁵ Populära profiler i Sverige kan ha hundratusentals följare på sociala medier.¹⁶ På dessa kanaler är det alltså möjligt både för seriösa och mindre seriösa näringsidkare att snabbt nå ut till en stor grupp konsumenter som tycker om och ofta litar på profilens åsikter.¹⁷ Då användare av sociala medier själva skraddarsyr sitt flöde kommer allt innehåll från andra användare som de har valt att följa. Det skapar en miljö där det kan vara svårt för konsumenten att skilja på genuina tips och dold reklam.

¹¹ <http://www.skolverket.se/skolutveckling/resurser-for-larande/kollakallan/kallkritik/sociala-medier/fakta> 2016-12-04

¹² Svenskarna och internet s. 5 och 40ff

¹³ A.a. s.48

¹⁴ Svenskarna och sociala medier s. 9

¹⁵ <http://www.svt.se/nyheter/inrikes/youtube-ar-deras-vardagsrum> 2016-12-03

¹⁶ <http://www.socialamedier.com/2016/01/05/svenska-konton-storst-instagram-foljare/> 2016-12-03

¹⁷ <http://battrehalsa.nu/forskning-visar-att-kandisar-paverkar-hur-vi-uppfattar-och-skoter-var-halsa/> 2016-12-03

Internetanvändandet stod 2015 för 31% av den totala mediekonsumtionen för svenskar mellan 9-79 år och inget tyder på att andelen har blivit mindre under 2016.¹⁸

I en studie från 2015 fann man att unga konsumenter reagerade negativt på företagssponsrade blogginlägg, i de fall där det framgår att det är ett sponsrat inlägg.¹⁹ Det hade även en negativ effekt på konsumenters köpbeteende och köpintentioner. Inlägg med misstänkt dold marknadsföring hade inte samma negativa effekter. Det finns alltså ett tydligt incitament för näringsidkare att inlägg om deras produkter inte tydlig markeras som reklam.

Flera kända sociala medier-profiler har också uttryckt att riktlinjerna är otydliga. I samband med att SVT granskade fenomenet dold marknadsföring i början av 2016²⁰ framgick det tydligt att det finns viss irritation mot att reglerna inte är tydligare.²¹

¹⁸ Myndigheten för radio och tv, Medieutveckling 2015 s. 31

¹⁹ Liljander, V., Gummerus, J. & Söderlund, M. (2015). Young consumer's responses to suspected covert and overt blog marketing. *Internet Research*, 25(4), ss. 610-632

²⁰ http://www.svt.se/nyheter/amne/_doldreklam 2016-11-07

²¹ Se exempelvis <http://blogg.ng.se/clara-henry/2016/01/27328476> 2016-11-07 eller <https://www.youtube.com/watch?v=EjCyunJ9GGQ> 2016-11-07

3. Marknadsföringslagen

3.1 Marknadsföringslagens tillämpningsområde

Marknadsföringslagen trädde i kraft den 1 juli 2008 och är en implementering av EU:s direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden.²² Marknadsrätten har harmoniserats inom EU då den har ett direkt samband med den fria rörligheten för varor och tjänster.²³ Tidigare så skiljde sig medlemsstaternas lagstiftning åt på ett sätt som ansågs skapa hinder för näringsidkare, särskilt vid marknadsföring över gränserna.²⁴ Syftet med direktivet om otillbörliga affärsmetoder är att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå. Endast affärsmetoder som direkt påverkar konsumentkollektivets ekonomiska intressen omfattas. Direktivet omfattar därmed inte konkurrerande näringsidkares ekonomiska intressen.²⁵ MFL:s syfte som går utläsa i 1 § MFL är att främja konsumenters och näringslivets intressen i samband med marknadsföring och produkter samt att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. MFL går således längre än direktivet och omfattar även konkurrerande näringsidkares ekonomiska intressen. Det innebär att lagen är ett skydd för näringsidkare mot illojal konkurrens från andra näringsidkare.

Begreppet marknadsföring definieras i 3 § 6st MFL som reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare. Lagen är tillämplig när näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter i sin verksamhet enligt 2 § 1p MFL.

Lagen har generell räckvidd och täcker hela marknadens utbud och efterfrågan av produkter.²⁶ Det spelar alltså inte någon roll om marknadsföringen framförs i butik, på en affisch eller på sociala medier. Lagen omfattar alla former av media. Det ska dock

²² Prop. 2007/08:115 s. 58 ff.

²³ Praktisk marknadsrätt s. 21-22.

²⁴ Prop. 2007/08:115 s. 54.

²⁵ Prop. 2007/08:115 s. 61.

²⁶ Se Prop. 2007/08:115 s. 61

påpekas att lagen enligt 1 § MFL kompletteras med särskild reglering av marknadsföring av vissa produkter samt användningen av vissa försäljningssätt och media genom speciallagstiftning.

Marknadsföring kan bestå av olika typer av upplägg eller upplevelser. Bilder, text, ljud, videoklipp och former kan utgöra marknadsföring. Vid tolkningen av ett kommersiellt meddelande tas inte endast hänsyn till de faktiska orden eller bilderna utan det är hela upplevelsen av marknadsföringen som ingår i bedömningen.²⁷

Marknadsföringslagen ska vara allmän och teknikneutral, vilket innebär att lagen är tillämplig på marknadsföring oavsett vilket medium som används.²⁸ Detta innebär alltså att MFL är tillämplig när det rör sig om marknadsföring som publiceras på internet. Det gäller dock att marknadsföringen är riktad mot en svensk publik och den svenska marknaden. Enligt marknadsrätten gäller som grundregel effektlandsprincipen. Enligt effektlandsprincipen bedömer man om marknadsföringen helt eller delvis är riktad till en svensk publik. Om så är fallet, anses den svenska marknadsföringslagen tillämplig, även om den utförs av ett utländskt företag.²⁹ Effektlandsprincipen är en grundregel inom marknadsrätten och gäller oberoende av medium, alltså även på internet.³⁰ Varifrån marknadsföringen kommer ifrån saknar betydelse för lagvalet, liksom placeringsorten för en webbserver eller annan teknisk utrustning.³¹ Marknadsföringslagen är heller inte tillämplig på marknadsföringsåtgärder som härrör från Sverige och som enbart riktar sig mot andra länder.³² Bedömningen avseende vilken publik och marknad en viss marknadsföringsåtgärd på internet ska anses rikta sig mot utgår utifrån omständigheter i det enskilda fallet. Hänsyn tas bland annat till språk, produktens förekomst på den svenska marknaden respektive andra marknader samt vilken valuta som anges.³³ Inom EES gäller dock inte effektlandsprincipen. Inom EES gäller etableringslandsprincipen som innebär att marknadsföring på internet ska följa lagen i det EES-land där

²⁷ Stenlund, Kommunikationsrätt i det elektroniska medielandskapet s. 195

²⁸ A.a. s. 195 ff.

²⁹ jfr Prop. 1970:57 s. 92 och MD 1989:6

³⁰ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s.80

³¹ SOU 2006:76 s. 98 och Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 79

³² Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 79

³³ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 80

marknadsföraren är etablerad.³⁴ Då marknadsföringslagen grundas på ett fullharmoniseringsdirektiv från EU bör dock regelmässigt marknadsföringslagens bestämmelser överensstämma och därmed i praktiken gälla.³⁵

3.2 Gränsen mellan yttrandefrihet och marknadsföringslagen

De yttrandefrihetsrättsliga reglerna gäller för förmedling av åsikter och information. Reklam och annan marknadsföring är en form av informationsförmedling som skulle kunna omfattas. För att avgöra när marknadsföringslagen ska tillämpas prövas om förmedlingen är ett kommersiellt eller icke-kommersiellt meddelande. MFL är endast tillämplig på framställningar och andra meddelanden med rent kommersiellt syfte och rent kommersiella förhållanden till föremål.³⁶ Vid bedömningen måste man således försöka framställa meddelandets syfte och innehåll. Både syftet och innehållet ska vara utpräglat eller rent kommersiellt för att marknadsföringslagen ska gälla.³⁷ Det spelar ingen roll var meddelandet har framställts om det anses vara ett kommersiellt meddelande. Oavsett om det införts på betald annonsplats eller under redaktionellt material är MFL tillämplig.³⁸ Om framställningen har ett så kallat blandat innehåll, med både kommersiellt och icke-kommersiellt innehåll ska de olika delarna i skiljas åt i bedömningen i den mån det går.³⁹ Det innebär att samma framställning kan vara både grundlagsskyddad och föremål för marknadsföringslagen i olika delar. Marknadsdomstolen har vidare konstaterat att vissa icke-kommersiella inslag i en annons inte gör att annonsen förlorar egenskapen av reklam och marknadsföring.⁴⁰

I MD 2005:18 ansågs en webbsida innehålla blandat innehåll med både marknadsförande och opinionsbildande syfte i skilda delar. MD konstaterade att MFL inte kunde tillämpas på den opinionsbildande delen, oavsett hemsidans i övrigt marknadsförande syfte.

³⁴ A.a. s. 80-81

³⁵ A.a. s.21

³⁶ Marianne Levin Marknadsföringslagen en kommentar s.23 ff.

³⁷ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 64

³⁸ A.a. s. 64-65.

³⁹ Se MD 2005:18

⁴⁰ NJA 2001 s. 319. Se vidare SOU 2004:88 s. 52.

Att det är svårt att dra gränsen mellan vad som kan bedömas enligt MFL märks tydligt på praxis. Högsta domstolen har understrukit att generellt med hänsyn till de viktiga intressen som tryckfrihetsförordningen (1949:105) (TF) avser skydda så ges företräde åt TF framför MFL i tveksamma fall.⁴¹ Detsamma får numera anses gälla rörande yttrandefriheten på internet.⁴² Motiven till yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469) (YGL) framhåller att någon ändring av TF:s innebörd i förhållande till reklam inte har skett genom de uttryckliga reglerna om reklam.⁴³ Detta bekräftades av marknadsdomstolen i MD 2005:11 som menade att gränsen för MFL:s räckvidd beträffande framställningar på internet bör bestämmas efter samma kriterier som i förhållande till medier som skyddas av TF.⁴⁴ Det råder alltså en huvudregel om ”medieneutralitet”. Den principiella utgångspunkten enligt marknadsdomstolen bör vara att det saknas anledning att göra skillnad mellan mediet internet och andra medier i förhållandet mellan MFL och TF eller YGL.⁴⁵ Marknadsdomstolen menade att yttrandefriheten är oumbärlig för demokratin och ett fritt samhällsskick. Återhållsamhet bör visas i fråga om ingripanden med stöd av marknadsföringslagen som kan hindra eller försvåra för näringsidkare att använda internet för opinionsbildning och andra åsiktsyttringar.⁴⁶

I MD 2007:31 blev Vattenfall stämnda av Greenpeace angående publicering av information på Vattenfalls hemsida. Greenpeace menade att informationen var vilseledande marknadsföring men marknadsdomstolen konstaterade att det inte rörde sig om ett kommersiellt meddelande eftersom det inte fanns någon direkt eller indirekt uppmaning till potentiella kunder att förvärva Vattenfalls produkter eller tjänster i ett avsättningsfrämjande syfte.

⁴¹ NJA 1999 s. 749

⁴² Se Nordell, Marknadsrätten. En introduktion s. 116 och Levin, Marknadsföringslag (2008:486) Inledning, Lexino 2014-06-03

⁴³ Prop. 1990/91:64 s. 90 ff.

⁴⁴ Se domskäl MD 2005:11

⁴⁵ A.a. Se också MD 2000:18 och MD 2001:19 där frågan om MFL var tillämplig på internet togs upp. Marknadsdomstolen konstaterade där att lagen är tillämplig då näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet, och någon begränsning med avseende på de medier som kan komma till användning vid marknadsföring finns inte.

⁴⁶ Se domskäl MD 2005:11

I MD 2011:4 hade företrädare för ett bolag på en webbplats framfört negativa påståenden om ett annat bolags produkter. Vektorgrafik, som var samarbetspartner med det anklagade bolaget, stämde företaget som publicerat uppgifterna som de ansåg utgjorde otillbörlig marknadsföring. Vektorgrafik menade att deras avsättning påverkades negativt då deras samarbetspartner hamnade i dåligt ljus. Marknadsdomstolen avslag dock talan då påståendena inte berörde Vektorgrafiks produkter eller tjänster.

Av dessa fall tycker jag att man kan utläsa att för att en framställning ska tillmätas grundlagsskydd får den inte knyta an till egna produkter eller tjänster. Gränsdragningen för kommersiella och icke-kommersiella meddelanden har alltså att göra med om framställningen knyter an till produkter eller tjänster på den svenska marknaden.

3.3 Konsument eller näringsidkare

Marknadsföringslagen omfattar såväl konsumenters som näringsidkares intressen. Ordet konsument definieras i 3 § som en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet. Näringsidkare definieras också i 3 § som en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten. Om det inte direkt går att utläsa vid exempelvis köp av en vara eller tjänst om en person handlar i egenskap av konsument eller näringsidkare så är det avsikten som är det avgörande kriteriet. Är avsikten att handla för ett ändamål som huvudsakligen faller utanför näringsverksamhet är den fysiska personen att definiera som konsument. Är avsikten att handla för ändamål som har samband med näringsidkarverksamhet är personen att definiera som näringsidkare.

När det gäller verksamhet som bedrivs av en fysisk person ska vissa villkor vara uppfyllda för att det ska vara näringsverksamhet. Det krävs att verksamheten är av ekonomisk natur och har en yrkesmässig karaktär. Med yrkesmässig menas att verksamheten ska ha en viss omfattning och varaktighet.⁴⁷ Verksamheten behöver dock

⁴⁷ http://www.skatteverket.se/download/18.18e1b10334ebe8bc8000114672/mhl_kap8.ppd 2016-11-26

inte drivas på heltid och det finns heller inget krav på vinstsyfte för att betraktas som näringsidkare. Termen näringsidkare är att förstå som ett vidsträckt begrepp.⁴⁸

Sociala medier kan drivas av en fysisk eller juridisk person. Företag, verksamheter och organisationer kan använda sig av sociala medier för att sprida information och för marknadsföring. Om avsändaren är en fysisk person kommer flödet vanligtvis bestå av både kommersiella och icke-kommersiella meddelanden. Det finns personer som driver sina sociala medier, då kanske främst bloggar och videobloggar, som sin huvudsakliga syssla och primära inkomstkälla.⁴⁹ Vissa använder sina sociala medier mer som en hobby, med få eller inga intäkter. Det som genererar intäkter på sociala medier är främst annonser samt avtal för att mot betalning skriva inlägg. För att avgöra om avsändaren är att anse som näringsidkare får man se till kriterierna ovan. Ekonomisk natur och yrkesmässig karaktär. Jag anser att om det bedrivs regelbunden annonsförsäljning och/eller marknadsföring som härrör ur avtal bör avsändaren, i vårt fall profilen, ses som en näringsidkare.

3.4 Marknadsföringslagens regler om innehållskontroll

Marknadsföringslagen föreskriver att marknadsföring ska överensstämma med god marknadsföringssed. Enligt 3 § 4 st. MFL utgörs god marknadsföringssed av god affärssed eller andra vedertagna normer. Definitionen av god affärssed finns mestadels i ICC:s regler.⁵⁰ Mot bakgrund av att ICC:s regler används som global standard som nämnts ovan används de som tolkningsgrund för god sed i svenska domstolar.⁵¹ Kravet på god marknadsföringssed finns i generalklausulen 5 § MFL medan 7 och 8 §§ MFL är mer specifika hinder mot otillbörlig marknadsföring. 5 § MFL kan tillämpas för att ingripa mot samtliga marknadsföringsframställningar som strider mot marknadsföringslagens bestämmelser. Tanken är dock att lagens mer specifika bestämmelser ska ges företräde när någon av dessa är tillämpliga.

⁴⁸ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 120.

⁴⁹ <http://www.nynashamnsposten.se/kultur/therese-kan-leva-pa-sin-youtube-kanal>
hämtad 2016-12-12

⁵⁰ Se prop. 2007/08:115 s. 69.

⁵¹ A.a. s. 76.

Svarta listan är en bilaga till direktivet om otillbörliga affärsmetoder som utgör en lista på åtgärder som alltid presumeras som otillbörliga till följd av dess allvarliga karaktär.⁵² Enligt 4 § MFL gäller svarta listan som lag i Sverige.

I kravet på god marknadsföringssed ligger ett allmänt krav på vederhäftighet.⁵³ God marknadsföringssed innefattar även andra vedertagna normer för marknadsföring. Med det avses bl.a. speciallagstiftning, konsumentverkets föreskrifter och allmänna råd, de normer som MD har skapat genom sin praxis samt andra internationellt vedertagna normer inom ramen för lagens syfte. Därtill tillkommer den så kallade lagstridighetsprincipen.⁵⁴ Enligt lagstridighetsprincipen är marknadsföringsåtgärder som innehåller moment som strider mot någon annan lagstiftning automatiskt i strid med kravet på god marknadsföringssed enligt 5 § MFL. Principen kommer till uttryck i artikel 1 ICC:s Regler. Den nämns inte uttryckligen i MFL då den ansågs så väl förankrad att det inte var nödvändigt att skriva ut.⁵⁵

Reklamombudsmannen (RO) och Reklamombudsmannens nämnd (RON) har en viktig roll när det gäller marknadsföring på internet. RO är en stiftelse skapad av näringslivet som syftar till att övervaka att reglerna följs och att ge branschen en möjlighet att fungera självsanerande.⁵⁶ Reklamombudsmannen är näringslivets självreglering och är alltså inte en statlig myndighet. RO meddelar beslut i enklare ärenden om praxis finns. När praxis saknas hänskjuter RO ärendet till RON för prövning.. Det är viktigt att betona att RO inte kan förbjuda en marknadsföringsåtgärd eller utdöma andra sanktioner. Stiftelsens beslut publiceras dock på RO:s hemsida, vilket kan innebära dålig publicitet för den drabbade näringsidkaren. Ett uppmärksammat fall från RO rörande dold reklam handlade om den populära sociala medier-profilen Misslissibell.⁵⁷

En framställning måste uppfylla det så kallade transaktionstestet för att anses som otillbörlig enligt marknadsföringslagen. Det ska dock påpekas att

⁵² Se prop. 2007/08:115 s. 111.

⁵³ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s.189-190.

⁵⁴ Jfr prop 2007/08:115 s. 77 och prop. 1994/95:123 s.43

⁵⁵ Prop. 2007/08:115 s. 149

⁵⁶ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen s. 23.

⁵⁷ Se vidare om målet i kap. 6.

marknadsföringsåtgärder som faller under svarta listan inte kräver något transaktionstest. Åtgärder som återfinns på svarta listan är som sagt alltid otillbörliga.

Transaktionstestet sker i två steg. Först bedöms om en affärsmetod strider mot någon av generalparagraferna i MFL; om åtgärden strider mot god marknadsföringssed, om åtgärden är aggressiv eller om åtgärden är vilseledande. Därefter görs en bedömning av om åtgärden har effekt på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁵⁸ Transaktionstestet innebär alltså att marknadsföringsåtgärder endast ska anses som otillbörliga om de påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Detta gäller både om åtgärden riktas mot en konsument eller en annan näringsidkare. När transaktionstestet utförs ska utgångspunkten vara ett hypotetiskt resonemang med en genomsnittskonsument. Genomsnittskonsumenten förväntas vara en normalt informerad och skäligen upplyst och uppmärksam person ur den målgrupp respektive kollektiv som marknadsföringsåtgärden riktas mot i det givna fallet. Enligt EU-domstolen ska man ta hänsyn till de omgivande sociala, kulturella och språkliga faktorerna spelar roll för hur genomsnittskonsumenten kan tänkas se ut i det givna fallet.⁵⁹

Bedömningen i andra ledet, om åtgärden har en effekt på mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, skiljer sig beroende på vilken typ av otillbörlig marknadsföring det handlar om. För marknadsföringsåtgärder som strider mot god marknadsföringssed eller aggressiv marknadsföring krävs det att marknadsföringsåtgärden *märkbart* påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. När det gäller vilseledande marknadsföring är det tillräckligt att marknadsföringen *påverkar* eller *sannolikt påverkar* mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁶⁰

⁵⁸ Prop. 2007/08:115 s. 111.

⁵⁹ jfr med Mål C-210/95 REG 1998 s. 1-4657.

⁶⁰ Se lagtextens utformning i MFL 5-7 jämfört med 8 §§.

3.4.1 Reklamidentifikation

Principen om reklamidentifiering är av grundläggande betydelse på det marknadsrättsliga området.⁶¹ Med reklamidentifiering menas att det görs tydlig åtskillnad mellan redaktionellt material och kommersiella meddelanden. Enligt 9 § MFL ska all marknadsföring utformas och presenteras så att det tydligt framkommer att det är fråga om marknadsföring. Paragrafen är en kodifiering av artikel 9 och 10 i ICC:s grundregler för marknadsföring och den anknyter till den svarta listan i direktivet om otillbörliga affärsmetoder.⁶² Reklam får inte vara utformad så att den uppfattas som redaktionellt innehåll, utan det ska uppfattas som just reklam. Kravet på reklamidentifikation är absolut. Frågan är hur reklamidentifikation på sociala medier bör utformas. Det kan antas att det finns näringsidkare som inte vill att konsumenten ska uppfatta ett inlägg som marknadsföring. Som nämnt ovan uppfattas meddelanden på sociala medier ofta som mer trovärdiga personliga tips om så inte sker. Det kan också antas att vissa profiler på sociala medier helst inte vill bli förknippade med att de sprider reklam. De vill såklart inte att deras plattform ska framstå som en reklamplats. Därför kan det vara så att båda parter i vissa fall kan ha intresse av att inte fullgöra kravet på reklamidentifikation.

I MD 2006:15 slog domstolen fast att en konsument omedelbart ska kunna utläsa att det är fråga om reklam, även vid en flyktig läsning av framställningen. Enligt domstolen ska det redan från början av framställningen tydligt framgå om det är frågan om marknadsföring. Det räcker inte att konsumenten kan ana det så småningom.⁶³ Eftersom flöden på sociala medier oftast huvudsakligen består av redaktionellt material torde marknadsföring lätt kunna uppfattas som just redaktionellt materia. Därför bör kravet på reklamidentifikation vara extra högt på sociala medier.⁶⁴ För att uppfylla kraven anser jag att läsaren bör informeras om att det rör sig om marknadsföring såväl i rubrik som i den inledande delen av framställningen.

⁶¹ Prop 2007/08:115 s.82-83.

⁶² Punkt 11 och 22 på svarta listan anknyter till reklamidentifiering.

⁶³ Se MD 2006:15 domskäl.

⁶⁴ Se Svensson m.fl., Praktiskt marknadsrätt s. 76 och De Nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om dold marknadsföring s. 5 ff

I MD 2009:15 slog domstolen fast att layouten på ett inlägg med marknadsföring bör utformas på ett sådant sätt att det inte går att missta det kommersiella meddelandet som redaktionellt material. På vissa sociala medier, så som Twitter och Instagram, går det dock inte att ändra layouten på inlägg. Då blir det enligt min mening extra viktigt att i text och/eller bild markera så att det för läsaren omedelbart framgår att det rör sig om marknadsföring.

Ytterligare en aspekt som kan bli problematisk är hur näringsidkare hanterar de sponsrade inläggen som har producerats enligt avtal. Enligt punkt 11 på den ovan nämnda svarta listan är det förbjudet för näringsidkare att använda material från medier om näringsidkaren själv har betalat för materialet. Regeln kan aktualiseras om en näringsidkare betalar för ett positivt inlägg och sedan hänvisar till inlägget i sin egen reklam. Även här torde det enligt min mening krävas en tydlig markering som omedelbart ger uppfattningen att det föreligger ett avtal mellan profilen som skrivit inlägget och näringsidkaren för att inte strida mot punkt 11.

Punkt 22 på svarta listan förbjuder näringsidkaren att påstå eller skapa intryck av att näringsidkaren inte agerar i syften som rör dennes näringsverksamhet, affärsverksamhet, yrkeskår eller yrkesområde, eller att felaktigt uppträda som konsument. Regeln avser situationer när det står klart att näringsidkaren står bakom meddelandet men då näringsidkaren döljer syftet med sina åtgärder genom att ikläda sig en annan roll. Om sociala medier-profilen är att anse som näringsidkare enligt kapitel 3.3 ovan torde regeln enligt min mening kunna tillämpas om profilen skriver ett inlägg enligt avtal men ger sken av att det inte är ett sponsrat inlägg.

För att uppfylla kravet på reklamidentifikation på sociala medier bör det enligt mig omedelbart framgå att meddelandet är ett reklammeddelande. Då det är extra lätt att missta reklam för vanligt innehåll på sociala medier då allt kommer i samma flöde bör kravet vara högt. Ett kort meddelande om att inlägget var sponsrat eller dylikt i slutet av en framställning torde inte uppfylla kravet på reklamidentifiering.

3.4.2 Sändarangivelse

Enligt 9 § 2 st. MFL ska det tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Paragrafen är en kodifiering av artikel 10 av ICC:s regler. Huvudregeln vad gäller

sändarangivelse är att annonsörens företagsnamn eller firma tydligt ska anges.⁶⁵ I undantagsfall kan det vara tillräckligt att marknadsföringen anger ett välkänt varumärke om det är så pass etablerat att det direkt associerar till ett visst företag.⁶⁶ Underlåtelse att lämna sändarangivelse innebär att framställningen är att definiera som vilseledande marknadsföring enligt 12 § MFL.⁶⁷

I MD 2014:6 framgår det att mottagaren av meddelandet omedelbart ska kunna avgöra vem som är avsändaren.⁶⁸ Enligt min mening ska det inte tolkas som att sändarangivelse måste anges i rubrik eller den inledande texten utan med omedelbart menas att det ska vara tydligt markerat, ofta i slutet av ett inlägg. Enligt ICC:s artikel 10 ska även kontaktinformation till avsändaren anges men detta krav finns inte uppställt i marknadsföringslagen. Anledningen är att marknadsföringslagen ska vara teknikneutral och kravet på kontaktinformation anses medföra tillämpningssvårigheter i vissa medier.⁶⁹ Det vanliga idag är att näringsidkaren anger sin webbplats, vilket är tillräckligt.⁷⁰ Det kan nämnas att i MD 2014:6 kom domstolen fram till att uppgifter om fler än en näringsidkare i sändarangivelsen försvårar för mottagaren av meddelandet att avgöra vem som är avsändare.⁷¹ Jag tolkar det som att då är kravet på tydlig sändarangivelse extra högt om flera näringsidkare står bakom meddelandet. På samma sätt torde kravet sättas högt om läsaren av meddelandet lätt kan missta marknadsföringen för redaktionellt material.⁷²

9 § 2st. MFL har ett undantag för så kallade teasers. Sändarangivelse behöver inte uppges i en teaser. En teaser är en mindre framställning vars enda syfte är att skapa uppmärksamhet inför en uppkommande större framställning. En vanlig variant av en

⁶⁵ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 9 §, Karnov kommentar 52 2013-04-01, hämtad 2016-11-18

⁶⁶ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 9 §, Karnov kommentar 53 2013-04-01, hämtad 2016-11-18 och MD 2013:13 punkt 427.

⁶⁷ Nordell, Marknadsrätten. En introduktion s. 66

⁶⁸ Jfr också med MD 2011:15.

⁶⁹ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 227

⁷⁰ Nordell, Marknadsrätten. En introduktion s. 66

⁷¹ Se MD 2014:6 punkt 84-94.

⁷² Jfr Nordell, Marknadsrätten. En introduktion s. 60 ff.

teaser är en kort teaser-video, ofta på bara några sekunder, som berättar att en längre trailer för exempelvis en film är på gång inom kort.⁷³

Avseende marknadsföring i sociala medier är kravet på sändarangivelse, i likhet med kravet på reklamidentifikation, en kritisk bestämmelse. När det är fråga om en framställning i form av ett inlägg på sociala medier, exempelvis ett blogginlägg, en video eller en bild på Instagram, är de ofta inte tydligt vem som är avsändare eftersom marknadsföringen ofta är utformad som en recension där kärnan i marknadsföringen är profilens åsikter om en viss produkt. Det är alltså profilens tankar om produkten som är i fokus, vilket förstärks av att inlägget publiceras på profilens plattform. Det gör att meddelandet lätt kan misstas för redaktionellt innehåll. För att framställningen ska anses uppfylla kravet på sändarangivelse enligt 9 § 2 st. MFL bör därför kravet vara högt. Inlägget, med beaktande av dess redaktionella karaktär, bör enligt min mening innehålla en mycket tydlig uppgift om att det är näringsidkaren och inte profilen som är avsändare till meddelandet. Uppgiften behöver inte lämnas i början eller toppen av en framställning, utan det viktiga är att det är tydligt. Även näringsidkarens webbplats bör anges enligt ovan.

3.5 Ansvar och sanktioner

Förbud kan utfärdas mot näringsidkare vars framställningar varit otillbörliga. Enligt 23§ MFL förbjuds näringsidkare i dessa fall att fortsätta med den otillbörliga framställningen eller andra liknande framställningar. Ett förbud förenas med vite enligt 26§ MFL. Det åligger näringsidkaren att visa att framställningen inte är otillbörlig eftersom näringsidkaren sitter inne med alla fakta.⁷⁴ Omvänd bevisbörda gäller alltså. Förbud får riktas mot näringsidkaren, en anställd hos näringsidkaren, någon som handlar å näringsidkarens vägnar och var och en som i övrigt bidragit till marknadsföringen. På detta sätt ska de som handlar i näringsidkarens namn eller för dennes räkning likställas med näringsidkaren. På så sätt kan inte näringsidkaren undgå ansvar genom att exempelvis anlita en reklambyrå.⁷⁵ Näringsidkare har en skyldighet

⁷³ Nygren och Wadbring, På väg mot mediavärlden 2020 s. 162

⁷⁴ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 23 §, Karnov kommentar 157 2013-04-01, hämtad 2016-11-29

⁷⁵ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 23 §, Karnov kommentar 162 2013-04-01, hämtad 2016-11-29

att kontrollera att marknadsföring de står bakom inte är otillbörlig.⁷⁶ Det kan tilläggas att enligt MD 1994:10 framgår det att en näringsidkares efterkorrigering av otillbörligheten inte eliminerar framställningens otillbörlighet. Detta för att det skulle strida mot huvudprincipen att varje enskild framställning självständigt ska uppfylla kravet på vederhäftighet. Detta följs dock inte helt i praktiken utan näringsidkare kan ofta undvika sanktioner genom en korrigering i efterhand.⁷⁷

Den grundläggande sanktionen enligt MFL är förbud enligt 23 § som kan förenas med vite enligt 26 §. Det talas ibland om att marknadsföringslagen kan delas in i två områden, ett yttre och ett inre.⁷⁸ I det yttre området, som berör god marknadsföringssed, finner vi de regleringar där en underlåtelse eller en överträdelse kan leda till ett förbud eller åläggande.⁷⁹ I det inre området hamnar de övriga otillåtna marknadsföringsåtgärderna.⁸⁰ Vid en överträdelse av en bestämmelse i det inre området kan marknadsstörningsavgift utdömas utöver förbud och åläggande. Det ska beaktas att marknadsstörningsavgiften är kopplad till bestämmelser som reglerar särskilt klandervärda förfaranden. Av sanktionens namn framgår att marknadsfunktionen antas ha störts i de fall där överträdelsen leder till avgift. Ett exempel på en sådan störning kan vara att en framställning riskerar leda till att en hel bransch får bristande tilltro från konsumenterna. Marknadsstörningsavgiften är därmed en sanktion som används sällan.

Ett vitesförbud är den ojämförligt vanligaste sanktionen för överträdelser av MFL.⁸¹ Det vanliga är att konsumentombudsmannen (KO) utfärdar ett förbud- eller informations-föreläggande med åläggande av vite. KO har dock endast befogenhet att utge förelägganden i fall som är av mindre vikt.⁸² I fall av större vikt kan KO väcka talan i marknadsdomstolen. Talan med yrkande om förbud eller åläggande vid vite kan också

⁷⁶ Se MD 2011:15 och Stenlund, Kommunikationsrätt i det elektroniska medielandskapet s. 328.

⁷⁷ Se mer kap. 7.1.

⁷⁸ Nordell, Per Jonas,, Marknadsrätten en introduktion s. 14.

⁷⁹ A.a. s. 14 ff.

⁸⁰ 7-20 §§ MFL

⁸¹ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 23 §, Lexino 2013-04-01, hämtad 2016-12-02

⁸² Lagrådsremiss 17 mars 2016 hämtad från

<http://www.regeringen.se/contentassets/d0b32eb1d6854d808cf69e14c4120d12/starkta-sanktionsmojligheter-for-konsumentombudsmannen> se kap 4.3 2016-11-30

väckas i marknadsdomstolen av en näringsidkare som berörs av marknadsföringen eller en sammanslutning av konsumenter, näringsidkare eller löntagare. För att KO ska väcka talan efter ansökan av en konsument eller näringsidkare krävs att tvisten i fråga har betydelse för rättstillämpningen genom att antingen rättsläget behöver klargöras, eller att tvisten berör ett stort antal konsumenter och därför har betydelse ur ett allmänt konsumentintresseperspektiv. Om KO väljer att väcka talan står staten för konsumenternas rättegångskostnader. KO har under 2016 för första gången valt att väcka talan mot en sociala medier-profil för misstänkt dold reklam.⁸³ I det aktuella fallet hade den populära profilen Kissie skrivit ett inlägg på sin blogg med rubriken ”Tjäna pengar på dina gamla mobiler!”. Endast ett kort meddelande om att inlägget var ett samarbete med företaget mobilpengar.se fanns längst ner på inlägget, under alla bilder, visade att det rörde sig om marknadsföring.⁸⁴ Kissie publicerade även ett liknande inlägg på instagram. Enligt mig är det superviktigt att KO valt att ta detta till domstol då tydlig praxis verkligen behövs. Enligt mig bör Kissies reklam-markering inte uppfylla kravet på reklamidentifikation.

Förbud och ålägganden vid vite innebär att näringsidkaren inte drabbas av någon påföljd om föreläggandet från KO eller domstolens avgörande följs. Om en näringsidkare däremot överträder dessa kan KO väcka talan om utdömande av vitet. En annan sanktion som finns att tillgå i MFL är skadestånd i enlighet med 37 §. För att det ska föreligga rätt till skadestånd ska det enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer finnas ett adekvat orsakssamband mellan marknadsföringsåtgärden och den uppkomna skadan.⁸⁵

⁸³ Konsumentverket stämningsansökan Dnr 2016/411

⁸⁴ <http://kissies.se/102134-2/> hämtad 2016-12-21

⁸⁵ Se Prop. 1994/95:123 s.112.

4. Marknadsföring på sociala medier

Det blir allt vanligare att näringsidkare väljer att marknadsföra sina produkter och tjänster på sociala medier.⁸⁶ Sociala medier drivs i första hand av fysiska personer som använder olika plattformar för att inom ramen för sin yttrandefrihet uttrycka åsikter av olika slag. Den ökade användningen av marknadsföring på sociala medier gör att gränsdragningen mellan kommersiella och icke-kommersiella meddelanden blir allt mer väsentlig.⁸⁷ Som nämnts ovan bestäms marknadsföringslagens räckvidd på internet av samma kriterier som på andra medium.⁸⁸ För att ett inlägg ska räknas som ett kommersiellt meddelande krävs det därför ett uppdragsavtal mellan en näringsidkare och profilen som publicerat inlägget. Frågan vad som utgör ett avtal är väsentlig när det gäller många tveksamma inlägg på sociala medier. Som nämnts ovan är det till exempel mycket vanligt att populära profiler får produkter hemskickade gratis, utan instruktioner. Om sändaren förväntar sig ett positivt inlägg om produkterna i fråga, kan det då anses utgöra ett avtal?

Varken avtalslagen eller annan speciallagstiftning på avtalsrättens område definierar vad som utgör ett avtal.⁸⁹ Huvudregeln för att fastställa om avtal har ingåtts är den så kallade anbud-acceptmodellen och det är den enda modellen för avtalsingående som är reglerad i avtalslagen. Enligt den modellen anses avtal komma till stånd genom en utväxling av anbud och accept med ett överensstämmande innehåll.⁹⁰ För att ett avtal ska anses ha uppstått krävs det att avtalsparterna haft en avsikt att ingå avtal och att denna avsikt har kommit till uttryck i en viljeförklaring. Modellen bygger på att parterna lämnar varsin viljeförklaring och när dessa är likalydande har ett avtal ingåtts. Först lämnar anbudsgivaren ett anbud, det vill säga ett förslag på avtal. Detta anbud svarar mottagaren på genom att lämna en accept till anbudsgivaren. Accepten får inte innehålla någon invändning på avtalsinnehållet eller någon annan reservation för att ett avtal ska anses ha uppkommit. Vid en bedömning av en viljeförklaring är det avgörande

⁸⁶ Svenskarna och internet 2015 av IIS s, 59

⁸⁷ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 208

⁸⁸ Eltell, Tobias, Åberg, Johan, Reklamjuridikguiden, s. 133

⁸⁹ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I, s. 7

⁹⁰ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt s. 74.

vad som kan utläsas utifrån ett objektivt befogat intryck som utgår från vad som i den särskilda situationen kan anses sedvanligt.⁹¹

När en näringsidkare och en sociala medier-profil ingått ett uttryckligt avtal enligt vilket profilen ska marknadsföra näringsidkaren är det enkelt att avgöra att inlägget utgör ett kommersiellt meddelande. Men det blir svårare när det inte föreligger ett uttryckligt avtal mellan näringsidkaren och profilen, utan när näringsidkaren skickat en produkt till profilen med en förhoppning att profilen ska göra ett positivt inlägg om produkten. Frågan är då vad som kan anses utgöra anbud och accept. Är näringsidkarens handling att gratis ge ut produkten till profilen ett underförstått anbud om avtal och kan profilens handling att göra en framställning om produkten anses som accept? I detta fall finns varken ett skrivet eller ett muntligt avtal mellan parterna. I vissa fall kan dock avtal ingås genom så kallat konkludent handlande. Ett sådant avtal kan ingås utan någon uttrycklig viljeförklaring från någon av parterna. Konkludent handlande innebär att båda parterna agerar som om det förelåg ett avtal och därigenom anses ett avtal uppkommit dem emellan. Exempel på avtal som ingås konkludent är när man parkerar på en parkeringsplats, handlar i en matvarubutik eller tar ut pengar från en bankomat. Genom att företa dessa handlingar accepterar du de villkor som har ställts upp. För mindre betydande avtal som dessa vållar konkludent handlande sällan några problem. När avtal av större betydelse ska träffas blir det dock svårare att förlita sig på att avtalet ingås konkludent då det i efterhand kan vara svårt att bevisa vilka villkor som ska gälla i avtalsförhållandet. Den beskrivna situationen ovan, med en näringsidkare som gratis skickar hem produkter till en profil utan uttryckligt avtal dem emellan, skulle kunna utgöra konkludent handlande. För konkludent handlande krävs en riktad och tydlig viljeförklaring från näringsidkarens sida samt att profilen genom sitt uppträdande accepterar avtalet.⁹² Det torde vara ganska enkelt att avgöra att näringsidkarens avsikt med detta handlande är att marknadsföra sin produkt. Att det skulle kunna röra sig om någon slags benefik rättshandling ser jag som uteslutet. Möjligtvis kan syftet vara att skapa goodwill för senare samarbeten. Vanligtvis utgår jag dock ifrån att näringsidkaren hoppas på positiva inlägg om gratisprodukter de levererar till populära

⁹¹ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I s.53

⁹² NJA 2010 s. 600 (nr 14)

profiler. Det är dock svårare att avgöra profilens avsikt med att skriva ett inlägg om en erhållen produkt.

Profiler på sociala medier har ofta, men inte alltid, en särskild inriktning på sina kanaler. Det kan exempelvis handla om träning, teknik, mode eller mat. Tips om olika produkter på området i fråga utgör såklart ett viktigt redaktionellt material på kanalen. Därför måste man beakta att bloggarens avsikt mycket väl kan vara att producera redaktionellt material genom att skriva om en produkt de fått hemskickad, snarare än att marknadsföra produkten. Det är därför problematiskt att anse profilens inlägg som konkludent handlande.

Ur ett strikt marknadsrättsligt perspektiv kan konsument- och näringsidkarskyddet anses bli stärkt av att marknadsföringslagen tillämpas på inlägg i situationen som beskrivs ovan. Om profilen anses skyldig att utforma inlägget i förenlighet med MFL bidrar det till att konsumenten inte riskerar att vilseledas och att de betraktar inlägget på ett mer kritiskt sätt. Det skulle dock innebära att yttrandefriheten inskränks, vilket inte är förenligt med ovan nämnda praxis om förhållandet mellan marknadsföringslagen och yttrandefrihet. En annan fråga värd att beakta är om inläggets utformning kan påverka om det är att anse som konkludent handlande eller inte. Ett positivt inlägg torde åtminstone enligt mig tala mer för konkludent handlande från profilens sida än ett negativt eller neutralt inlägg då det är mer i linje med avsikten att främja näringsidkarens näringsverksamhet. Det kan dock uppstå situationer där en profil kanske redan har bestämt sig för att publicera ett inlägg om en viss produkt och sedan får profilen produkten skickad till sig. Enligt min mening kan det bli märkligt att den detaljen, som inte profilen har kunnat påverka, ska avgöra vilka krav som ställs på det efterföljande inlägget.

Hänsyn bör också tas till om näringsidkaren tidigare levererat produkter som har fått positiva inlägg skrivna om sig. Om det har skett upprepade gånger kan näringsidkaren ha en befogad anledning att anta att inläggen kommer fortsätta om de skickar fler produkter. I sådana omständigheter torde ett avtal kunna anses ha ingåtts. Hur många leveranser och inlägg som behövs för att ett avtal ska uppstå genom konkludent handlande på detta vis är svårt att säga. Kravet bör åtminstone sättas högt med tanke på de yttrandefrihetsrättsliga argumenten ovan.

Ett annat problem med konkludent handlande är att avtalet inte är tydligt definierat. Flera avtalsrättsliga problem kan uppstå i den beskrivna situationen. Det är exempelvis svårt att avgöra under hur lång tid marknadsföringsavtalet sträcker sig och vilken part som ska anses ansvarig vid otillbörlig marknadsföring. Det kan också uppstå problem om näringsidkaren inte är nöjd med inlägget som producerats om deras produkt. Att avgöra avtalets innehåll är erkänt problematiskt med avtal som ingåtts genom konkludent handlande.⁹³ Men rättstillämpningen erkänner avtal som ingåtts genom konkludent handlande så därför ska det inte uteslutas att den ovan beskrivna situationen kan anses utgöra konkludent handlande från bägge parter.⁹⁴

Något annat som bör tas hänsyn till är om profilen innan har framställt positiva inlägg efter att ha fått hem gratisprodukter. Frågan är om det i någon mån ska det påverka bedömningen av konkludent handlande. Produkter som skickats från andra företag, som genom hörsägen gjort att en profil förknippas med att göra positiva framställningar om denne får gratisprodukter bör enligt mig inte indikera att avtal ingås genom konkludent handlande om ett annat företag skickar en fri produkt. Som nämnts ovan bör de företag som ett antal gånger fått positiva framställningar för gratisprodukter räkna med att avtal kan ha ingåtts genom konkludent handlande.

Enligt mig är det klart att en helhetsbedömning utifrån de specifika omständigheterna i det enskilda fallet bör göras.

Jag har också uppfattat att det finns en missuppfattning från många profiler att de i sina egna kanaler får göra reklam för sina egna produkter utan att särskilt markera det som reklam. Detta undantag gäller dock bara om det rör sig om rena marknadsföringskanaler, som exempelvis ett konto för Webhallen.⁹⁵ Då räknas det inte som smygreklam eftersom det är underförstått att läsaren förstår att hen är i en marknadsföringskanal. Den populära profilen Blondinbella blev fälld av RON för smygreklam på sin blogg om en egen produkt.⁹⁶ Profilen Tyra Sjöstedt blev fälld av

⁹³ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 95

⁹⁴ Se NJA 1961 s. 658

⁹⁵ Bo Bergström, Effektiv visuell Kommunikation s. 31ff.

⁹⁶ RO Ärende 1602-36 2016-12-03

RO för ett inlägg som inte markerats som reklam. Försvaret att Tyra Sjöstedt ägde företaget hon gjorde reklam för konstaterades ogiltigt eftersom inlägget publicerats på hennes blogg som vanligtvis inte bestod av marknadsföringsmaterial. Därmed kunde hennes blogg inte anses utgöra en ren marknadsföringskanal.⁹⁷

⁹⁷ RO Ärende 1511-212

5. Radio tv-lag

Marknadsföringslagen är som nämnt ovan teknikneutral. Trots detta finns speciallagstiftning för kommersiella meddelanden som förmedlas via radio och TV. Anledningen är att radio och TV ansågs ha sådan genomslagskraft att det krävde särskild skyddsreglering.⁹⁸

Radio och TV har länge varit de två överlägset största medierna, med TV som den största kanalen för marknadsföring, men de senaste åren har internetanvändningen ökat starkt. Enligt den rapport från myndigheten för radio och tv från 2015 som tas upp i kapitel 2 ovan spenderas nu mer tid på internet än på radio eller tv.⁹⁹ Internet har sedan 2012 varit den största reklambäraren i Sverige och annonseringen på internet ökar för varje år som går.¹⁰⁰ Frågan är om det då fortfarande kan anses ändamålsenligt att tv-mediet är föremål för speciallagstiftning medan internet inte är det. Det kan nämnas att marknadsföringslagens generella regler om innehållskontroll av kommersiella meddelanden gäller även för även för reklam på radio och tv.¹⁰¹

1 augusti 2010 trädde den nya radio- och tv-lagen (RTVL) i kraft. Bakgrunden till införandet av den nya lagen var implementeringen av AV-direktivet.¹⁰² Genom implementeringen av AV-direktivet krävdes vissa ändringar i radio- och RTVL som baserades på ett äldre EU-direktiv, det så kallade tv-direktivet.¹⁰³ AV-direktivet är ett minimidirektiv. Det innebär att medlemsstaterna får föreskriva strängare eller mer långtgående regler än det ursprungliga direktivet under förutsättning att reglerna överensstämmer med unionsrätten.¹⁰⁴ Reglerna i AV-direktivet stämmer ganska väl överens med det gamla tv-direktivet men det finns några undantag. Några viktiga

⁹⁸ Se Prop. 1990/91:149 s. 108ff.

⁹⁹ Svenskarna och internet 2015 av IIS s, 8 ff.

¹⁰⁰ Myndigheten för radio och tv, Medieutveckling 2015 s. 15-16

¹⁰¹ Se prop. 2007/08:115 s. 80f

¹⁰² Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/65/EG om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television

¹⁰³ Rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television

¹⁰⁴ Se Prop. 2009/10:115 s. 73 f

skillnader är att reglerna nu görs tillämpliga på kommersiella meddelanden när det gäller både linjära (tv-sändningar i tablålagd tv) och icke-linjära (beställtjänster som fås på begäran) audiovisuella medietjänster.

5.1 Ursprungslands- och Effektlunds-principen

Det är den medlemsstat varifrån sändningen sker som ska säkerställa att leverantören följer nationella lagar för radio- och tv-reklam. För tv-kanaler som sänder från andra länder än Sverige, till exempel TV3 och Kanal 5 som sänder från Storbritannien, gäller således sändarlandets regler enligt ursprungslandsprincipen.

Utgångspunkten för marknadsföring på internet är som nämnts ovan att den ska omfattas av samma regler som traditionell marknadsföring. Internet är dock sällan indelat i de tydliga delar som program respektive reklampausar på tv och i radio är, utan istället är en hemsida något som är under ständig förändring. Det är också ofta svårt att veta exakt var en hemsida eller tjänst har sina servrar placerade, och de kan finnas flera servrar i olika länder. På internet är det därför mycket svårare att tillämpa ursprungslandsprincipen så istället bör effektlundsprincipen tillämpas enligt ovan.¹⁰⁵

5.2 Produktplacering

Produktplacering definieras i RTVL som förekomsten i ett program av en vara, en tjänst eller ett varumärke, om detta sker i marknadsföringssyfte och mot betalning eller liknande ersättning till leverantören av medietjänsten enligt 3 kap 1§ 10p. RTVL. Dock undantas varor och tjänster av obetydligt värde om de tillhandahållits gratis. Produktplacering som begrepp fanns inte i svensk lag innan implementeringen av AV-direktivet.

Den enklaste formen av produktplacering är när en produkt helt enkelt placeras i rutan under ett tv-program eller i en film. Men produktplacering kan också ske genom att produktens namn nämns i en dialog eller att det knyts an till handlingen på något sätt.¹⁰⁶ Produktplacering är idag en stor marknadsföringsmetod och en betydelsefull

¹⁰⁵ Se kap. 3.1

¹⁰⁶ Se prop. 2009/10:115 s. 155

finansieringskälla för produktioner. Huvudregeln i RTVL är att produktplacering är förbjudet. Det är dock lite missvisande att tänka så då det finns betydande undantag. Av 2 § RVTL framgår att produktplaceringen är tillåten avseende program som inte huvudsakligen vänder sig till barn under 12 år och som inte innehåller produktplacering av tobaksvaror, alkohol, receptbelagda läkemedel eller modersmjölksersättning under förutsättning att kraven i 3 och 4 §§ RTVL efterlevs.

I enlighet med 6 kap. 4 § RVTL ska information om att det förekommer produktplacering lämnas i början såväl som i slutet av ett program samt när programmet börjar igen efter ett reklamavbrott. Informationen ska endast bestå av en neutral upplysning om förekomsten av produktplacering och om den vara eller tjänst som har förekommit i programmet. Produktplacering som inte informeras om enligt dessa regler kan med enkelhet jämföras med smygklam. Produktplacering som har formen av smygklam är otillåten.¹⁰⁷

Förhållandet mellan RTVL och MFL angående produktplacering har endast prövats en gång av Marknadsdomstolen. Fallet hade dock väldigt specifika omständigheter så det är svårt att dra generella slutsatser angående marknadsföringslagens tillämpning på produktplacering utifrån det¹⁰⁸ Men då MFL ska tillämpas parallellt med RTVL¹⁰⁹ bör produktplacering som skulle stått i strid med RTVL kunna angripas av MFL. Enligt lagstridighetsprincipen, som innebär att marknadsföring inte får strida mot annan lag eller leda till lagbrott, bör alltså produktplacering som sker på andra medier, exempelvis sociala medier på internet, falla in under 9 § MFL om reklamidentifikation.

Frågan är då vad som ska räknas som produktplacering på sociala medier. Som nämnts ovan undantas varor av obetydligt värde som erhållits gratis från regleringen om produktplacering. Någon tydlig beloppsgräns för vad som kan anses utgöra obetydligt värde finns inte.¹¹⁰ I ett fall från kammarrätten diskuteras det om en t-shirt är av obetydligt värde.¹¹¹ Utifrån det drar jag slutsatsen att åtminstone allt som är mer värt

¹⁰⁷ AV-direktivet skäl 55.

¹⁰⁸ Se MD 1992:19

¹⁰⁹ SOU 2008:116 s. 148ff. och Praktisk marknadsrätt s. 687

¹¹⁰ RÅ 2010 ref. 33

¹¹¹ Kammarrätten i Jönköping (2008-02-15) mål nr 2750-1999

än en t-shirt inte kan vara av obetydligt värde. En produkt med icke obetydligt värde som erhålls gratis torde alltså kunna utgöra produktplacering om den figurerar i en bild eller video på sociala medier. Ett krav dock, som nämnts ovan, är att det sker i marknadsföringssyfte. Om en profil mot betalning har med en produkt i en framställning enligt kriterierna ovan utgör det produktplacering. Det svåra är även här att avgöra vad som gäller med produkter som skickas hem gratis utan anvisningar. Att avgöra en sociala medier-profils syfte med att exempelvis bära en hemskickad klocka eller ha en produkt i bakgrunden på en bild eller video är såklart svårt. Hänsyn måste tas till omständigheterna i det enskilda fallet men jag tycker att kravet bör sättas högt. Att recensera eller prata om en produkt som man har fått hemskickad gratis bör lättare kunna anses utgöra marknadsföringssyfte än att produkten syns eller nämns i en framställning. Upprepade fall av tydlig produktplacering på internet bör dock falla in under 9 § MFL. I brist på andra underlag utgår jag från att de regler som tagits fram för radio och tv kan utgöra norm även för annan media, såsom internet.

Med tanke på den svenska marknadsföringslagens stränga bestämmelser avseende reklam, och att teknikutvecklingen medfört att reklam i dagens läge kan nå fram till konsumenterna på en mängd olika sätt kan det ifrågasättas om det verkligen är motiverat att krav ska sättas högt för att anses som produktplacering på internet och sociala medier. Denna fråga har till viss del berörts av lagstiftaren som, när det gäller tv, gjort en intresseavvägning och kommit fram till att en tittare genom den tekniska utvecklingen också har fått större möjligheter att på olika sätt undvika reklaminslag.¹¹² Som en följd av detta har programföretagen fått det svårare att finansiera sin verksamhet. Lösningen blev då att tillåta produktplacering som uppfyller vissa restriktioner. På internet och sociala medier finns än större möjligheter att undvika reklaminslag, bland annat med särskilda datorprogram som blockerar annonser, så kallade annonsblockerare, eller genom premiumversioner genom vilken konsumenten betalar en avgift för att slippa reklambudskap på en tjänst. För att lyckas nå fram till potentiella nya konsumenter tvingas näringsidkare i dag att komma på nya idéer och söka nya vägar för att nå ut med sina kommersiella budskap. Det är då tillsynes inte orimligt att tänka sig att produktplacering ska tillåtas, med lämpliga restriktioner, även på internet.

¹¹² SOU 2008:116 s. 269ff.

Reklamidentifikation ska omedelbart upplysa tittaren om att det rör sig om reklam. När det gäller produktplacering ska tittaren informeras både i starten och i slutet av ett program att produktplacering förekommer. Tittar vi på vad som gäller för exempelvis TV3 och Kanal 5, som sänder från Storbritannien, så ska de markera produktplacering med en logotyp. Logotypen består av två "P" inuti varandra, som måste synas i rutan i tre sekunder vid programmets början och slut, samt efter varje reklamavbrott.¹¹³ Frågan är hur tydligt denna logotyp förmedlar att programmet innehåller produktplacering för en genomsnittskonsumant. Tv-kanaler i Sverige och Storbritannien har en ungefär lika sträng lagstiftning på pappret i detta avseende.¹¹⁴ Vid en jämförelse ska alltså produktplacering enligt de svenska reglerna markeras oftare men det kan argumenteras för att det krävs tydligare markering för att uppfylla reglerna om reklamidentifikation.

Produktplacering bör enligt mig även behöva markeras på sociala medier. En inte orimlig tanke vore att videoklipp på sociala medier med inslag av produktplacering bör markera det i början och slutet av videon, i likhet med ett tv-program. I en bild eller text torde det räcka att det nämns tydligt, i enlighet med reklamidentifikation.

Enligt den svenska RTVL gäller produktplaceringsreglerna bara när *mediebolaget* får betalningen. När *produktionsbolaget* får betalningen gäller inte informationskravet. Då gäller troligen sponssreglerna eller de allmänna reglerna om otillbörligt kommersiellt gynnande istället.¹¹⁵ Gränsdragningen mellan sponssåring och produktplacering därför blir extra viktig.

5.3 Sponsring

Internationella handelskammaren definierar sponsring såsom en affärsöverenskommelse enligt vilken en sponsor, till gagn för både sponsorn och den sponsrade parten, kontraktuellt tillhandahåller finansiering eller annat understödande för att skapa en association mellan sponsorns image, varumärken eller produkter och det sponsrade objektet i utbyte mot rättigheter att lansera denna association och/eller

¹¹³ Se <http://www.dagensmedia.se/medier/rorligt/sa-hanterar-kanalerna-de-nya-ofcom-reglerna-6176720> hämtad 2016-12-02

¹¹⁴ Se <http://www.dagensmedia.se/marknadsforing/strategi-analys/ny-tv-regel-ger-klirr-for-mtg-6211714> hämtad 2016-12-04

¹¹⁵ Jansson Håvik, Radio- och tv-lag (2010:696) 3 kap 1 § 10p, Karnov kommentar nr 20, 2013-01-01, hämtad 2016-12-29

åtnjutande av vissa överenskomna direkta eller indirekta förmåner.¹¹⁶ Definitionen av sponsring återfinns i svensk rätt i RTVL 3 kap. 1 § 14 p. Där definieras sponsring som bidrag som någon som inte tillhandahåller eller producerar ljudradio, tv-sändning, beställ-tv eller sökbar text-tv ger för att finansiera dessa medietjänster eller program i syfte att främja bidragsgivarens namn, varumärke, anseende, verksamhet, produkt eller intresse. Sponsring är alltså en kommersiell aktivitet, där en part - i vårt fall en sociala medier-profil - tillåter en näringsidkare att nyttja profilens målgrupp i utbyte mot pengar eller andra resurser. Sociala medier är idag en storplattform för sponsring eftersom de underlättar interaktionen mellan företag och konsumenter.¹¹⁷ Reglerna om sponsring för tv återfinns i kapitel 7 RTVL och för radio i kapitel 15 RTVL.

Skillnaden mellan reklam och sponsring är inte helt tydlig. Begreppet sponsring används ofta felaktigt som en synonym till produktplacering. Den stora skillnaden ligger i att produktplacering innebär en faktisk exponering av en produkt i avsättningsfrämjande syfte medan sponsring istället innebär ett bidrag till exempelvis ett tv-program. Reklam, så som produktplacering, är till för att sprida information, skapa uppmärksamhet och/eller för att sälja en produkt eller tjänst. Sponsring är en relation mellan sponsorn och i vårt fall en sociala medier-profil. Sponsorn betalar för att få exponering och att förknippas med profilen. Ett sponsorkontrakt är ofta ett längre och pågående avtal.¹¹⁸ I korthet är reklam när en näringsidkare betalar ett belopp för att få en produkt presenterad inför allmänheten. Sponsring betalar hela eller delar av kostnaderna för att producera ett program, exempelvis ett tv-program, en podcast eller en videoserie på Youtube, mot att förknippas med innehållskaparen.

I enlighet med 7 kap. 4 § och 15 kap. 10 § RTVL ska ett meddelande om vem som bidragit till finansieringen av ett program i en tv-sändning eller i beställ-tv lämnas antingen i början eller i slutet av ett program. I likhet med marknadsföringslagens krav på reklamidentifiering måste meddelandet innehålla sponsorns namn, logotyp, eller annat kännetecken. Sponsringsmeddelandet får inte lämnas på ett sådant sätt som resulterar i att det innehåller säljfrämjande inslag, i likhet med reglerna om

¹¹⁶ ICC International code on sponsorship s. 2-3.

¹¹⁷ Meenaghan, McLoughlin & McCormack, *New Challenges in Sponsorship Evaluation Actors, New Media, and the Context of Praxis*.

¹¹⁸ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt* s.690.

produktplacering. Meddelandet får således inte vara utformat som reklam. Sponsorn vill givetvis att så mycket information som möjligt ska framgå. Det ligger således i sponsorns intresse att sponsringsmeddelandet visas eller hörs såväl i början som i slutet av programmet. Lagstiftaren är dock tydlig med att ett sponsringsmeddelande inte får likna ett reklaminslag, och gränsen är ibland hårfin för vad som utgör ett godtagbart sponsringsmeddelande respektive ett otillåtet säljfrämjande meddelande. Kravet är mycket strängt och att lägga till orden ”expert på” har konstaterats utgöra otillåten säljfrämjande karaktär av ett sponsringsmeddelande på TV.¹¹⁹

Sponsring på sociala medier skulle enligt min erfarenhet väldigt ofta anses säljfrämjande enligt RTVL. Exempelvis podcasts använder sig flitigt av sponsring på den svenska marknaden.¹²⁰ ”Vi är denna vecka sponsrade av”¹²¹ är en väldigt vanlig inledning i svenska podcasts och sedan följer ofta en genomgång av vad sponsorn gör samt en uppmaning att använda sig av sponsorns tjänst eller produkt. Detta skulle såklart anses säljfrämjande enligt RTVL:s regler om sponsring. För de fall att sponsringen leder till kommersiell reklam, som i podcasts, blir dock MFL aktuell och en bedömning sker enligt reglerna för reklamidentifikation. Det blir alltså en väldigt stor diskrepans när det gäller sponsring mellan radio och podcasts, två väldigt liknande format. Det kan också i vissa fall vara problematiskt att skilja mellan de två då det inte finns några tydliga definitioner vad som utgör radio (och internetradio, som faller under RTVL) och vad som utgör podcasts på internet.

¹¹⁹ Mål nr 3797-11 och 5728-11 Kammarrätten Stockholm

¹²⁰ Se <http://podcasters.se/index.php/en/att-gora-en-pod?showall=1&limitstart=> hämtad 2016-10-29

¹²¹ För exempel lyssna på podcasterna ”Alex & Sigges podcast”, ”Della Monde” eller ”Allt du velat veta”

6. Reklam riktad mot barn

Barn och unga hör till en särskild utsatt målgrupp i samhället. Principen om att barn anses utgöra en särskilt skyddsvärd grupp vid marknadsföring framgår av bland annat förarbeten till marknadsföringslagen, ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation och Marknadsdomstolens praxis. Anledningen till att de anses som särskilt skyddsvärda är att bristen på erfarenhet gör dem mer mottagliga för kommersiella budskap. Barn och unga anses inte kunna ställa sig kritiska inför näringsidkarnas vinstsyften på samma sätt som vuxna. Då barn är mer okritiska än vuxna har de lättare att bli påverkade av reklam.¹²²

Eftersom barn är mindre kritiska och mer lättpåverkade finns det särskild reglering för marknadsföring till barn. Marknadsföring riktad mot barn är inte förbjuden, men barnen skyddas genom olika regler som beskriver hur reklam får se ut och vad den får innehålla. Enligt ICC:s regler får man exempelvis inte marknadsföra olämpliga produkter för barn eller unga i medium som riktar sig till dessa. Barn och unga får inte avbildas i riskfyllda situationer eller i aktiviteter som kan vara skadliga för dem själva eller andra eller som uppmuntrar dem att delta i den typen av aktiviteter.¹²³ Barn och unga kan också påverkas negativt av marknadsföring med våldsamma inslag. Reklam får därför inte uppmuntra till våld eller ge intryck av en overseende inställning till våld.¹²⁴ Marknadsföring får inte heller ge intryck av att en viss produkt ger barn eller unga ett fysiskt, socialt eller psykologiskt övertag över jämnåriga eller att avsaknad av produkten kan få motsatta följder.¹²⁵

I den svarta listan som beskrivits ovan finns en uppräkningslista av marknadsföringsåtgärder som alltid är förbjudna under alla omständigheter. Enligt punkt 28 är direkta köpuppsmaningar till barn alltid förbjudna. Svarta listan gäller för alla medier, alltså inklusive internet. Det är alltså tillåtet med reklam till barn på internet men reklamen får inte innehålla direkta köpuppsmaningar.

¹²² Bernitz, Ulf, Marknadsföring och försäljning till underåriga över internet JT 2013/14 s.373-379.

¹²³ Artikel 18 ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation.

¹²⁴ MD 1996:7

¹²⁵ Artikel 18 ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation.

I Sverige finns det extra hårda bestämmelser om reklam riktad mot barn i radio- och tv-lagen. Vad gäller tv-kanaler som sänder från Sverige finns det i 8 kap. 3 § RTVL ett omfattande förbud mot reklam som riktar sig till barn under 12 år. Reklam får inte förekomma före, under eller efter ett program riktat mot barn. Det är också förbjudet att ha produktplacering i program riktade mot barn under 12 år.¹²⁶ Många av tv-kanalerna vi tittar på i Sverige sänder dock sina program från andra länder. Exempelvis TV3 och Kanal 5, som sänder från Storbritannien och därmed lyder under brittisk lag som nämnts ovan. Det gör att de inte träffas av det svenska barnreklamförbudet. Frågan om barnreklam är särskilt reglerad inom EU dock och det finns vissa gemensamma regler. Bland annat att reklam inte får uppmana minderåriga att köpa något genom att utnyttja deras oerfarenhet eller godtrogenhet och att barnreklam inte får vara vilseledande eller uppmuntra minderåriga att övertala sina föräldrar att köpa något.¹²⁷

Men barn och unga i dagens samhälle har ofta ett intresse av ny teknik. Många sociala medier-profiler är dessutom unga själva och har en ung målgrupp.¹²⁸ Nästan alla barn och ungdomar ser på Youtube och 64 procent av barn mellan 7-15 år gör det dagligen.¹²⁹ Den enskilt största målgruppen på plattformen Instagram är tjejer mellan 12-15 år.¹³⁰ Enligt mig bör mycket av marknadsföringen på sociala medier därför kunna anses vara riktad mot barn.

För även om marknadsföring riktas mot konsumenter i allmänhet, men riskerar att i märkbar mån påverka det ekonomiska beteendet hos en viss specifik identifierbar grupp konsumenter som är särskilt känsliga för en marknadsåtgärd, ska genomsnittskonsumenten identifieras som den genomsnittlige konsumenten i denna

¹²⁶ Reglerna gäller för tv-program. Till skillnad mot reglerna för tv-reklam finns inget förbud mot att radioreklam riktas till barn under 12 år

¹²⁷ Konsumentverket, Vägledning om marknadsföring riktad till barn och unga s.10

¹²⁸ Se <http://www.nynashamnsposten.se/kultur/therese-kan-leva-pa-sin-youtube-kanal> och <http://www.svt.se/nyheter/inrikes/youtube-ar-deras-vardagsrum> hämtade 2016-10-11

¹²⁹ Svenskarna och internet 2015 av IIS s, 59

¹³⁰ A,a, s, 43

grupp. En sådan identifierbar grupp kan vara konsumenter av låg ålder.¹³¹ Riktas marknadsföringen åt en viss specifik målgrupp, så som barn och unga i en viss ålderskategori, bestäms däremot genomsnittskonsumenten ur denna grupp.¹³² Om marknadsföring riktas till barn ska bedömningen alltså göras utifrån hur ett genomsnittligt barn uppfattar marknadsföringen. Det innebär att en näringsidkare som väljer att rikta sig mot barn måste anpassa marknadsföringen utifrån hur ett barn uppfattar reklambudskapet.

Konsumentverket har tillsammans med sina nordiska motsvarigheter tagit fram två ståndpunkter om marknadsföring på internet. Den första ståndpunkten som antogs 1998 och reviderades 2010 innehåller en rad bestämmelser som gäller när en näringsidkare riktar marknadsföring på internet till barn och ungdomar.¹³³ Bland annat framgår det att en näringsidkare ska göra en bedömning av den planerade marknadsföringen och i samband med det överväga om marknadsföringens form och innehåll och produktens art motiverar särskild hänsyn för att skydda den aktuella målgruppen. Näringsidkaren får inte heller använda eller medverka till användandet av produktplacering eller annan form av dold reklam på egna eller andra webbplatser som riktar sig mot barn och unga. Under 2012 antogs ytterligare en nordisk ståndpunkt om marknadsföring i sociala medier.¹³⁴ Där framgår det bland annat att näringsidkare inte bör använda barn och ungdomar i försäljnings och marknadsföringssyfte och att de inte heller bör uppmana användare av det sociala mediet att dela marknadsföring om den särskilt vänder sig till barn och ungdomar.

Reklamombudsmannen har i ett fall fällt en sociala medier-profil för smyg reklam och reklam riktad mot barn.¹³⁵ Den aktuella profilen, Misslisibell, var vid tillfället 14 år och

¹³¹ Prop. 2007/08:115 s. 67

¹³² Prop. 2007/08:115 s. 67 och ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation, s. 6

¹³³ De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet, 2010.

¹³⁴ De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om marknadsföring via sociala medier, den 3 maj 2012

¹³⁵ RO Ärende 1503-41

hennes kanaler riktar sig till största del mot barn.¹³⁶ I det aktuella fallet hade Misslisibell lagt upp en video på Youtube där hon pratade om produkter från ett företag. Hon erbjöd även en rabattkod till dessa produkter. RO kom i de aktuella delarna fram till att en direkt köpuppmaning i strid med svarta listan inte förekom i videon. RO menade att Misslisibell endast gjort allmänna hänvisningar till företagets produkter och hemsida och att det inte kunde ses som direkta köpuppmaningar. Däremot fann RO att videon inte var utformad med särskild aktsamhet med hänsyn till barn och ungdomar och att den därmed stred mot artikel 18 i ICC:s regler. RO fann också att videon inte uppfyllde kravet på reklamidentifikation med motivationen: *”När reklam riktas till barn som i detta fall kan antas vara i yngre tonåren eller ännu yngre, bör vid annonsmarkering hänsyn tas till att barn inte är lika erfarna som vuxna när det gäller att särskilja reklam från annat material.”*

I dagsläget finns det ännu inga specifika bestämmelser som tar sikte på barn och marknadsföring via internet, vilket jag tycker är märkligt då barn i dagens samhälle använder internet i så pass stor utsträckning. Praxis gällande tv-reklam riktad till barn visar att sändningstid och utformning kan locka barn på olika sätt och det blir därför viktigt att skydda barnen.¹³⁷ På internet finns större möjligheter för näringsidkare att integrera reklam i upplevelsen. Integreringen gör det ännu svårare för barn att urskilja reklamens budskap att locka till köp. Reklam via internet kan alltså vara än mer riskfyllt för barn än vad reklam via TV. Något som borde regleras hårdare enligt mig.

Endast två mål har berörts i MD som tar sikte på marknadsföring som riktar sig till barn över Internet.¹³⁸ Målen får enligt Bernitz anses som hedervärda pilotmål där domstolen tagit på sig en viktig roll.¹³⁹ Tyvärr är det inget av dem som fokuserar på dold reklam eller sociala medier så det vore önskvärt med ytterligare praxis på området. Målen stärker dock barns rättigheter på internet rörande ingående av avtal och köp av

¹³⁶ <http://www.expressen.se/noje/misslisibell-falls-for-smygreklam-i-video/> hämtad 2016-09-09

¹³⁷ Konsumentverket, Vägledning om marknadsföring riktad till barn och unga s.10 ff.

¹³⁸ MD 2012:14 och MD 2013:9

¹³⁹ Bernitz, Ulf, Marknadsföring och försäljning till underåriga över internet, JT 2013/14 sid. 373-379.

produkter över internet. Marknadsdomstolen konstaterade också i fallen att rättspraxis från högsta domstolen vore önskvärt på området.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Bernitz, Ulf, Marknadsföring och försäljning till underåriga över internet, JT 2013/14 sid. 373-379.

7. De lege feranda

7.1 Sanktioner

I följande avsnitt kommer det diskuteras om den nuvarande regleringen av marknadsföring på sociala medier kan anses ändamålsenlig och tillräckligt effektiv. Såväl MFL som RTVL utgör implementering av EU-direktiv, vilket gör att vi i Sverige inte kan lagstifta på detta område utan att ta hänsyn till de EU-rättsliga reglerna.

Dold reklam på internet och sociala medier växer i takt med att nya sociala medier utvecklas. Sedan 2011 har antalet fällande beslut kring dold reklam hos RO nästan tredubblats om man jämför med 2015, och 2016 är antalet anmälningar redan större än de var 2015.¹⁴¹ När SVT lanserade sin kampanj #Doldreklam i början av året ställdes frågan på sin spets.¹⁴² De visade under kampanjen hur enkelt det var att få ut dold marknadsföring och smyg reklam på olika sociala medier. Mot bakgrund av detta kan det ifrågasättas om tillämpningen av MFL på detta område är tillfredsställande. Konsumentombudsmannen menade i samband med kampanjen på SVT att ny lagstiftning kunde bli nödvändig men att tydligare gränser och riktlinjer är första steget. Därför driver nu KO ett mål i marknadsdomstolen mot profilen Kissie för att fastställa var gränserna för smyg reklam går på sociala medier.¹⁴³

Avseende motarbetandet av smyg reklam på sociala medier är det enligt KOV svårt för myndigheten att bevisa att det finns ett uppdragsförhållande mellan en profil och en näringsidkares kopplat till ett positivt inlägg på sociala medier. Eftersom varken bloggaren eller näringsidkaren normalt vill erkänna förekomsten av ett uppdragsförhållande, eftersom de då riskerar att drabbas av sanktioner, finns det inte mycket som KOV kan göra för att bevisa deras inbördes affärsförhållande.

¹⁴¹ <http://www.vlt.se/naringsliv/smygreklam-allt-vanligare> hämtad 2016-11-10

¹⁴² http://www.svt.se/nyheter/amne/_doldreklam hämtad 2016-09-15

¹⁴³ Se Konsumentverket stämningsansökan Dnr 2016/411 2016-09-21 och <http://www.dagensmedia.se/marknadsforing/kissie-stams-av-ko-6788636> hämtad 2016-12-15

Mot bakgrund av att förekomsten av smyg reklam på sociala medier är omfattande och drabbar konsumenter med följd att konsumentskyddet försvagas kan det ifrågasättas om det är ändamålsenligt att KOV är restriktiva i sin tillämpning av MFL:s sanktionskatalog.¹⁴⁴

Att ärenden läggs ner för att näringsidkare vidtar en frivillig rättelse kan sända en signal till näringslivet om att det inte behöver frukta KOV:s tillsyn i denna fråga. En korrigerande i efterhand hindrar inte den ursprungliga framställningen från att vara otillbörlig. Att näringsidkare och profiler kan undkomma ansvar till följd av att de på KOV:s begäran i efterhand rättar till en otillbörlig framställning kan enligt min mening göra att näringsidkare inte har något egentligt incitament mot att försöka sig på dold reklam.¹⁴⁵ För att motverka förekomsten av smyg reklam i sociala medier bör därför KOV verkställa en striktare tillämpning av MFL:s sanktionskatalog. Allt fler fall av misstänkt smyg reklam anmäls till KOV, under 2016 uppgick antalet till över 50 anmälningar¹⁴⁶, men mycket få fall tas upp till granskning.¹⁴⁷

I de fall KOV lyckas samla in bevisning för att visa att ett uppdragsförhållande föreligger mellan en viss bloggare och en näringsidkare utan att detta nämnts i framställningen, bör myndigheten lämpligen gå vidare med ärendet så att ett utdömande av en sanktion blir möjligt. Som nämnts blir det allt vanligare med dold reklam på sociala medier och risk för sanktioner torde kunna vara effektivt i förebyggande syfte. Jag inser att detta förslag lite går emot grundtanken att det är näringslivet och inte staten som i första hand bär ansvaret för att MFL:s regler följs. Mot bakgrund av den allvarliga situation som nu föreligger som jag beskrivit i denna uppsats kan KOV inte längre bara förlita sig på näringslivets egna åtgärder. Under 2016 har konsumentverket startat två tillsynsärenden rörande dold reklam på sociala medier

¹⁴⁴ Konsumentverket, Konsumentrapporten 2016, s. 36ff

¹⁴⁵ Se exempel i bilaga 1

¹⁴⁶ Jämfört med 26 anmälningar år 2013. Se

<http://www.svt.se/nyheter/inrikes/smygreklam-byter-socialt-medium> 2016-11-07

¹⁴⁷ Se bilaga 2 och jfr

<http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=1646&artikel=5576431> 2016-12-09

och i ett av fallen har KO valt att ta frågan till domstol.¹⁴⁸ Förhoppningsvis leder det till praxis som kan tillämpas på området

7.1.1 Interimistiska sanktioner

Den sanktion som oftast utdöms av Marknadsdomstolen, som skulle kunna bli aktuella för mål som rör dold reklam och sociala medier, är förbud i förening med vite i enlighet med 24 och 26 §§ MFL. Förbud i förening med vite syftar endast till att avsluta framställningen och se till att det inte sker igen. Med beaktande av att en marknadsföringskampanj ofta är avslutad när ett förbud meddelas går det dock att ifrågasätta sanktionens negativa konsekvenser för näringsidkaren och profilen. Viss negativ goodwill kan avskräcka, men uppmärksamheten en dom skulle innebära skulle också i vissa fall kunna anses vara positiv för en profil som vill nå ut till fler användare. Med hänsyn till att fall rörande vår fråga inte ens tagit sig till marknadsdomstolen än enligt ovan måste det anses som en relativt svag sanktion att drabbas av.

Svagheten som kan anses föreligga avseende ett förbud i förening med vite som sanktion kan delvis motverkas genom en aktiv användning av interimistiska förbud i enlighet med 27 § MFL.¹⁴⁹ Som allmän förutsättning för ett interimistiskt förbud gäller att käranden kan visa sannolika skäl för att denne slutligt kommer att vinna målet. Det ställs också krav på att det skäligen kan befaras att betydelsen av ett slutligt förbud eller åliggande riskerar att förringas om svaranden får fortsätta sin åtgärd ostörd. Eftersom bestämmelsen kan användas för att stoppa en pågående marknadsföringskampanj, vilket resulterar i en direkt ekonomisk förlust för annonsören, bör det delvis kunna motverka ett medvetet otillåtet förfarande. Att beakta är dock att bestämmelsens sannolikhetsrekvisit mot bakgrund av de bevissvårigheter som ofta föreligger enligt ovan bör innebära att ett interimistiskt förbud inte i särskilt många situationer kan meddelas i rätt tid för att stoppa en pågående kampanj. Därför tycker inte jag att ett interimistiskt beslut i enlighet med 27 § MFL har tillräckligt stor avskräckande effekt för att väga upp för de svaga sanktionerna i övrigt.

¹⁴⁸ <http://www.konsumentverket.se/om-konsumentverket/press/pressmeddelanden/2016/ko-tar-bloggaren-kissie-till-domstol/2016-12-21>

¹⁴⁹ Se Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2. Marknadsföringsrätten s. 168ff.

7.1.2 Ny sanktion i MFL

Enligt min mening bör därför marknadsföringslagen kompletteras med en sanktion som medför ekonomiskt bestraffning för den otillbörliga framställningen som redan har framställts. Det finns möjlighet till en sanktionsavgift i MFL idag, den så kallade marknadsstörningsavgiften i 29 § MFL. Marknadsstörningsavgiften ska dock endast tillämpas i särskilt allvarliga fall där en marknadsföringsåtgärd riskerar att leda till att konsumenterna och andra näringsidkare får en bristande tilltro till en hel bransch. Marknadsstörningsavgiften ska därmed endast användas som sanktion i vissa särskilt allvarliga fall där det finns ett påtagligt behov av att skydda konsument- och näringsidkarintressen.¹⁵⁰ Det finns också möjligheter till skadestånd enligt 37 § MFL. För att det ska föreligga en rätt till skadestånd ska det enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer finnas ett adekvat orsakssamband mellan marknadsföringsåtgärden och den uppkomna skadan. Både konkurrerande näringsidkare och konsumenterna kan få skadestånd men ur ett praktiskt perspektiv är det ganska ovanligt och omständligt.¹⁵¹

En sanktionsavgift som kan användas för överträdelser mot det inre området i MFL borde kunna vara en effektiv lösning enligt mig. Avgiftens storlek, möjligheter till överklagan och vem som kan bli sanktionerad är viktiga frågor vid utformningen av en ny avgift. Om sociala medier-profilen är att anse som näringsidkare tycks det problemfritt att både profilen och näringsidkaren inblandade i framställningen kan drabbas av sanktionsavgiften. Är profilen inte att anse som näringsidkare bör ansvar kunna utgå genom en formulering som ”eller någon ansvarar på näringsidkarens vägnar”. Förslagsvis bör KOV få möjlighet att förelägga om avgiften, snarare än att behöva väcka talan i domstol. Avgiftens storlek bör sättas tillräckligt hög för att ha avskräckande effekt för att få bukt med det stora problemet med dold marknadsföring som vi har idag.

¹⁵⁰ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s.140.

¹⁵¹ A.a. s.143-144

7.3 Radio- och tv-lagen i dagens internetsamhälle

Tv-mediet ansågs ha sådan genomslagskraft att det fanns ett behov av specialreglering för att skydda konsumenter mot reklam.¹⁵² Som redogjorts för ovan är dock internet idag det enskilt största mediet för reklam. Därför kan det tyckas märkligt att marknadsföring på internet ska vara föremål för mindre restriktiva regler än för reklam på TV. Ur ett marknadsrättsligt perspektiv är det svårt att se ändamålsenligheten.

En av de största skillnaderna mellan reklam på internet som lyder under MFL och reklam som lyder under RTVL är reglerna som rör barn. Tv-reklam är föremål för betydligt mer begränsande regler på området än reklam på internet. Enligt RTVL är det absolut förbjudet att rikta reklam mot barn under 12 år från sändningar i Sverige. Enligt marknadsföringslagen får du visserligen inte rikta direkta köpuppmaningar mot barn och det finns även generella regler om god sed men reglerna är betydligt mer tillåtande.¹⁵³ Mot bakgrund av att internet och sociala medier framförallt omfattas av unga som redogjorts för under uppsatsen anser jag att det inte är ändamålsenligt att det inte finns hårdare regler mot kommersiella meddelanden som riktas mot barn utanför tv-mediet.

Reglerna om produktplacering och sponsring återfinns också endast i RTVL. Jag kan tycka att den stora diskrepansen mellan exempelvis SVT Play och Youtube, där endast förstnämnda lyder under RTVL.¹⁵⁴ är svårköpt i dagens samhälle. För SVT Play gäller samma hårda regler som på tv-sändningar men för den tillsynes mycket liknande tjänsten Youtube gäller endast marknadsföringslagens generella regler om reklam samt Youtubes egna användarpolicier.¹⁵⁵ På samma sätt behöver podcasts endast uppfylla de generella reglerna för reklam medan radio, även internetradio, lyder under de hårdare reglerna i RTVL.

¹⁵² Prop. 1990/91:149 s. 119

¹⁵³ Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 170

¹⁵⁴ <http://statensmedierad.se/larommedier/juridikochmedier/faktaradioochtvlagen.385.html> hämtad 2016-11-26

¹⁵⁵ <https://support.google.com/youtube/answer/154235?hl=sv> hämtad 2016-11-26

Jag tycker inte att en speciallagstiftning liknande RTVL, fast för internet, är rätt väg att gå. Sådan speciallagstiftning riskerar bli inaktuell på samma sätt som RTVL kan anses vara det idag. För att hantera framtidens utveckling anser jag att en teknikneutral marknadsföringslag, likt den vi har idag, är rätt väg att gå. Dock behöver reglerna bli tydligare och enligt mig hårdare när det gäller reklam riktad mot barn. Jag anser att praxis på området hade kunnat fastställa många osäkerheter och utreda de problem som finns idag. Därför är det ett steg i rätt riktning att KO nu har valt att ta ett fall rörande smyg reklam till domstol.

7.4 Barn och reklam

Även om det går att argumentera för att vissa medium är mer riskfyllda än andra, vilket uttalades i förarbetet till RTVL i och med den stora genomslagskraft tv-mediet ansågs ha, finns det idag liten eller ingen anledning att förbjuda reklam riktad mot barn i vissa medier men inte i andra. Att förbjuda reklam via TV men inte reklam via internet trots att medium idag tangerar och går in i varandra torde vara inaktuellt och sakna koherens.

Ett totalförbud riktad mot reklam upp till en viss ålder i likhet med det som finns i radio- och tv-lagen tycker jag inte är rätt väg att gå för ny reglering på området. Som redogjorts för ovan är barn en stor del av användarna av sociala medier och såklart en eftertraktad målgrupp för näringsidkare. Jag tycker därför att MFL bör införa tydligare och något hårdare regler rörande reklam mot barn. Det torde enligt mig krävas ännu tydligare reklam-markeringar för framställningar som riktas mot barn. Att bättre reglera internet endast på en nationell nivå vore dock ganska verkningslöst, då internet är ett till stora delar gränslöst medium. Näringsidkare kan undvika reglerna om reklam riktad till barn på tv genom att sända från ett annat land och det torde vara ännu enklare att undvika nationella regler för internet. Det kan till och med riskera att flytta näringsverksamhet utomlands och konkurrera bort företag från den svenska marknaden. Ett samarbete inom EU om frågan är därför enligt mig motiverat.

8. Avslutning

Den oftast avgörande frågan vid innehållskontrollen av kommersiella meddelanden på sociala medier är hur gränsdragningen ska göras mellan kommersiella och icke-kommersiella meddelanden. Det bör enligt min mening krävas ett uttryckligt marknadsföringsavtal mellan en profil och en näringsidkare för att en positiv framställning ska definieras som ett kommersiellt meddelande och därmed falla in under MFL:s tillämpning. Positiva framställningar på sociala medier, där exempelvis en produkt visas upp och säljs in, som föranletts av att profilen kostnadsfritt erhållit denna produkt bör som huvudregel inte jämföras med ett sådant marknadsföringsavtal. Anledningen till detta är att det skulle utvidga MFL:s tillämpningsområde på bekostnad av yttrandefriheten. Som redogjorts för ovan kan det inte anses förenligt med gällande yttrandefrihetsrättsliga värderingar. Endast då profilen vid upprepade fall skapat positiva framställningar om en produkt efter att kostnadsfritt ha erhållit produkten bör avtal genom konkludent handlande kunna anses ha ingåtts. I sådana fall får näringsidkaren en befogad anledning att tro att fortsatta positiva framställningar kommer fortsätta om kostnadsfria produkter skickas hem till profilen. Endast vid sådant konkludent handlande eller vid uttryckliga avtal kan MFL tillämpas på dessa framställningar.

Jag har också i denna uppsats diskuterat hur ett blogginlägg som är att definiera som ett kommersiellt meddelande bör utformas för att uppfylla MFL:s krav på reklamidentifiering och sändarangivelse enligt 9 § MFL. Inlägg på sociala medier är huvudsakligen av en personlig och ickekommersiell karaktär. Därför är det extra lätt att missta kommersiella meddelanden som personliga tips. Med beaktande av detta bör därför kraven på reklamidentifiering och sändarangivelse ställas högt i dessa fall.

Som redogjorts för ovan finns det inga tecken på att smyg reklam på sociala medier inom de närmsta åren kommer att minska. Mot denna bakgrund har jag argumenterat för att en ny sanktionsavgift i MFL kan behövas. Det skulle behövas i avskräckande syfte för att få bukt med problemet med dold reklam.

Då en stor del av användarbasen på sociala medier är barn har jag även diskuterat ändamålsenligheten med att ha strängare regler för reklam riktad mot barn i tv-mediet

jämfört med på internet. Barn utsätts för mer och mer media under uppväxten och jag tycker därför att tydligare och hårdare reglering kring reklam riktad mot barn bör införas i den teknikneutrala marknadsföringslagen.

Bilaga 1

Bild på efterkorrigerat reklam-meddelande på sociala medier-tjänsten Instagram.

Bild hämtad 14 oktober 2016



♥ 3 552 gilla-markeringar

Här står jag helt casual på en toalett och har bara ett ord att säga till er: OCTOBER20. Skriv in den rabattkoden i kassan om ni är sugna på... mer

Bild hämtad 1 december 2016



♥ 20 196 gilla-markeringar

~~glaciern~~ (OBS!!! Detta är alltså ett reklamlägg. Ifall någon skulle tro något annat. #annonsmärkt)
Här står jag helt casual på en toalett och har bara ett ord att säga till er: OCTOBER20. Skriv in den rabattkoden i kassan om ni är sugna på min världssnygga grå oversizekjol till 20% rabatt ✨
Koden gäller hela helgen! Länk till min webbshop finns i bion.

Bilaga 2

Mailsvar från konsumentverket angående anmälningar om dold reklam.

Vi har fått in drygt 50 st anmälningar i år gällande smygreklam, dold reklam

Med vänlig hälsning

Registraturen

Konsumentverket

Box 48

651 02 Karlstad

.....

vxl: 0771 - 42 33 00

fax: 054-19 41 95

Öppettider helgfria vardagar 9.00-12.00

konsumentverket@konsumentverket.se

www.konsumentverket.se



Oberoende vägledning
genom Konsumentverket

0771-525 525
hallakonsument.se

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1970:57. Om otillbörlig marknadsföring

Prop. 1990/91:64. Om yttrandefrihetsgrundlagen

Prop. 1990/91:149. Om radio- och tv-frågor

Prop. 1994/95:123. Ny marknadsföringslag

Prop. 2007/08:115. Ny marknadsföringslag

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

SOU 2004:88. Om tobakskontroll

SOU 2006:76. Om otillbörliga affärsmetoder

SOU 2008:116. En ny radio- och tv-lag

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Eva Lindell-Frantz, *Avtalsrätt 1*, 14 uppl., Studentlitteratur AB, 2016

Andersson, Håkan, Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, Bastidas, Vladimir, Carlson, Laura, Gräns, Minna, Hydén, Håkan, Kleineman, Jan, Reichel, Jane, Samuelsson, Joel, Schultz, Mårten, Spaak, Torben, Svensson, Eva-Maria, Wahlgren, Peter, Valguarnera, Filippo, *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur AB, 2013

Bergström, Bo, *Effektiv visuell Kommunikation*, 10 uppl., Carlsson, 2016,

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt I : Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, 4 uppl., Nordstedts Juridik AB, 2015

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 2 : Marknadsföringsrätten*, 1 uppl., Nordstedts Juridik AB, 2015

Carlén-Wendels, Thomas, *Nätjuridik- Lag och rätt på Internet*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, 2000

Eltell, Tobias, Åberg, Johan, *Reklamjuridikguiden*, 1 uppl., Liber 2012

Levin, Marianne, *Marknadsföringslagen - en kommentar*, 1 uppl., Karnov Group, 2014

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten. En introduktion*, 6 uppl., Norstedts Juridik, 2014

Nygren, Gunnar, Wadbring, Ingela, *På väg mot mediavärlden 2020*, uppl., 5, Studentlitteratur AB, 2013

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 10 uppl., Norstedts Juridik, 2016

Stenlund, Anders, Olsen, Lena, Bull, Thomas, Forzelius, Jens, Gölstam, Carl-Martin, Hammarén, Anna, Larsson, Magnus, Pettersson, Tord, *Kommunikationsrätt i det elektroniska medielandskapet*, 1 uppl., Liber, 2013

Svensson, Carl Anders, *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, 17 uppl., Studentlitteratur AB, 2016

Svensson, Carl Anders, Stenlund, Anders, Brink, Torsten, Ström, Lars-Erik, Carlén Wendels, Thomas, *Praktisk marknadsrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, 2010

Artiklar

Internetstiftelsen i Sverige, *Svenskarna och internet 2016*

Internetstiftelsen i Sverige, *Svenskarna och sociala medier, 2016*

Myndigheten för radio och tv, *Medieutveckling 2015*

Konsumentverket, *Vägledning om marknadsföring i bloggar och andra sociala medier, 2015.*

Skatteverket, *Yrkesmässig Verksamhet - handledning, 2001*

Konsumentverket, *De Nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om dold marknadsföring, 2016*

Bernitz, Ulf, *Marknadsföring och försäljning till underåriga över internet, JT 2013/14 sid. 373-379.*

Konsumentverket, *Vägledning om marknadsföring riktad till barn och unga 2014*

Konsumentverket, *De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet, 2010.*

Konsumentverket, *Konsumentrapporten 2016*

Konsumentverket, De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om marknadsföring via sociala medier, 2012

Meenaghan, T., McLoughling, D. & McCormack, A. (2013). New Challenges in Sponsorship Evaluation Actors, New Media, and the Context of Praxis. *Psychology & Marketing*, 30(5), ss. 444-460

EU

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/65/EG om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television

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

Reklamombudsmannen

Ärende nr 1511-212 2016-01-20

Ärende nr 1503-41 2015-06-09

Reklamombudsmannens opinionsnämnd

Ärende 1602-36 2016-04-20

Konsumentverket stämningsansökan

Dnr 2016/411 2016-09-21

Andra källor

Jansson Håvik, Rosemarie, Radio- och tv-lag (2010:696) 3 kap 1 § 10p, Karnov kommentar 2013-01-01, hämtad 2016-12-29

Levin, Marianne, Marknadsföringslag (2008:486) Inledning, Lexino 2014-06-03

Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 23 §, Karnov kommentarer 2013-04-01, hämtad 2016-11-29

Elektroniska källor

<http://www.svt.se/nyheter/inrikes/youtube-ar-deras-vardagsrum> publicerad 2016-01-20, hämtad 2016-08-30.

<http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2016/10/det-forandrade-reklamlandskapet-ska-utredas/> publicerad 2016-10-13, hämtad 2017-01-02.

<http://bos.nu/wp-content/uploads/2016/07/AvsiktsforklaringSPERBOS.pdf> publicerad 2016-07-06, hämtad 2016-11-11

<http://www.skolverket.se/skolutveckling/resurser-for-larande/kollakallan/kallkritik/sociala-medier/fakta> publicerad 2015-11-30, hämtad 2016-12-04

<http://www.socialamedier.com/2016/01/05/svenska-konton-storst-instagram-foljare/> publicerad 2016-01-05, hämtad 2016-12-03

<http://battrehalsa.nu/forskning-visar-att-kandisar-paverkar-hur-vi-uppfattar-och-skoter-var-halsa/> publicerad 2016-02-18, hämtad 2016-12-03

http://www.svt.se/nyheter/amne/_doldreklam publicerad 2016-01-20, hämtad 2016-11-07

<http://blogg.ng.se/clara-henry/2016/01/27328476> publicerad 2016-01-21, hämtad 2016-11-07

<https://www.youtube.com/watch?v=EjCyunJ9GGQ> publicerad 2016-02-04, hämtad 2016-11-07

<http://www.regeringen.se/contentassets/d0b32eb1d6854d808cf69e14c4120d12/starkta-sanktionsmojligheter-for-konsumentombudsmannen> publicerad 2016-03-17 hämtad 2016-11-30

<http://www.expressen.se/dinapengar/blondinbella-falls-for-smygreklam-pa-blogg/> publicerad 2016-05-23, hämtad 2016-12-03

<http://www.dagensmedia.se/medier/rorligt/sa-hanterar-kanalerna-de-nya-ofcom-reglerna-6176720> publicerad 2011-03-09 hämtad 2016-12-02

<http://www.dagensmedia.se/marknadsforing/strategi-analys/ny-tv-regel-ger-klirr-for-mtg-6211714> publicerad 2010-10-13 hämtad 2016-12-04

<http://podcasters.se/index.php/en/att-gora-en-pod?showall=1&limitstart=> hämtad 2016-10-29

<http://kissies.se/102134-2/> publicerad 2016-03-06, hämtad 2016-12-21

<http://www.nynashamnsposten.se/kultur/therese-kan-leva-pa-sin-youtube-kanal> publicerad 2015-05-01 hämtad 2016-10-11

<http://www.expressen.se/noje/misslisibell-falls-for-smygreklam-i-video/> publicerad 2015-08-24, hämtad 2016-09-09

<http://www.vlt.se/naringsliv/smygreklam-allt-vanligare> publicerad 2016-08-31, hämtad 2016-11-10

<http://www.dagensmedia.se/marknadsforing/kissie-stams-av-ko-6788636> publicerad 2016-09-21 hämtad 2016-12-15

<http://www.svt.se/nyheter/inrikes/smygreklam-byter-socialt-medium> publicerad 2013-11-06, hämtad 2016-11-04

<http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=1646&artikel=> publicerad 2016-05-01, hämtad 2016-10-21

<http://www.konsumentverket.se/omkonsumentverket/press/pressmeddelanden/2016/ko-tar-bloggaren-kissie-till-domstol/> publicerad 2016-09-21, hämtad 2016-12-21

<http://statensmedierad.se/larommedier/juridikochmedier/faktaradioochtvlagen.385.html> publicerad 2015-10-05, hämtad 2016-11-26

<https://support.google.com/youtube/answer/154235?hl=sv> publicerad 2016-10-04, hämtad 2016-11-26

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1961 s. 65

NJA 1999 s. 749

NJA 2001 s. 319.

NJA 2010 s. 600

Marknadsdomstolen

MD 1989:6

MD 1992:19

MD 1996:7

MD 2000:18

MD 2001:19

MD 2005:11

MD 2005:18

MD 2006:15

MD 2011:15

MD 2014:6

EU-domstolen

Mål C-210/95 REG 1998 s. 1-4657

Kammarrätten

Kammarrätten Jönköping Mål nr 2750-1999

Kammarrätten Stockholm Mål nr 3797-11

Kammarrätten Stockholm Mål nr 5728-11

Regeringsrätten

RÅ 2010 ref. 33