



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sabrina Curan

I betalt samarbete med...

En analys av den marknadsrättsliga gråzonen vid
influencer-marknadsföring

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: David Dryselius

Termin: VT 2020

Innehållsföreteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 BAKGRUND	4
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	4
1.3 AVGRÄNSNINGAR.....	5
1.4 METOD OCH MATERIAL	5
1.5 DISPOSITION.....	6
2 REGLER FÖR MARKNADSFÖRING	7
2.1 ALLMÄNT OM MARKNADSFÖRINGSLAGEN.....	7
2.2 MARKNADSFÖRINGSLAGENS UPPBYGGNAD.....	8
2.3 MARKNADSFÖRINGSLAGENS TILLÄMPLIGHET	9
2.4 SANKTIONER OCH ANSVAR.....	9
3 INFLUENCER-MARKNADSFÖRINGENS FÖRHÅLLANDE TILL GÄLLANDE RÄTT	11
3.1 FÖRHÅLLET MELLAN MARKNADSFÖRINGSLAGEN OCH TRYCK- OCH YTTTRANDEFRIHETEN.....	11
3.2 KOMMERSIELL MARKNADSFÖRING.....	12
3.3 REKLAMIDENTIFIERING OCH SÄNDARANGIVELSE	12
4 KONSUMENTSKYDDASPEKTEN VID INFLUENCER-MARKNADSFÖRING	14
5 PRAXIS	16
5.1 INLEDNING	16
5.2 KISSIE-FALLET	16
5.2.1 Yrkanden, inställning och överklagan.....	17
5.2.2 Marknadsföringens utformning.....	18
5.2.3 Utgångspunkter för domstolens bedömning.....	18
5.2.4 Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning.....	20
5.3 KENZA-FALLET	22
5.3.1 Yrkanden och inställning.....	23
5.3.2 Marknadsföringens utformning.....	23
5.3.3 Patent- och marknadsdomstolens bedömning.....	24
5.3.4 Överklagan till Patent-och marknadsöverdomstolen.....	26
6 SLUTSATS OCH AVSLUTANDE REFLEKTIONER	27
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	30
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	32

Summary

Influencer marketing is a result of an increasingly digitalized world. An influencer is a person whose profession involves influencing, primarily through social media. Influencer marketing is a unique and profitable marketing strategy for companies. However, the profession has raised a number of legal questions regarding marketing law.

The Marketing Act is extensive and covers the legal problems that can arise with influencer marketing, even though the law was established several years before this type of marketing became relevant. However, it can be difficult to determine whether a post is commercial marketing or merely editorial content, as the law does not apply to editorial content.

The Official Report of the Swedish Government "*An advertising landscape in change - consumer protection and supervision in a digitalized world*" states that problems with digital marketing are not attributable to shortcomings in the legislation. The investigation finds that, among other things, influencer marketing is problematic from a consumer protection perspective. Instead, the investigation suggested dissemination of information to strengthen digital consumer protection. However, the question that remains is how effective this measure is.

Currently, there are only two judgments in this area. The first case provides some guidance on how influencer marketing should be presented. The court concluded that it is important that a marketing collaboration is marked as *paid*, in order for the consumer to perceive that the post is of a commercial nature. The second case concerns the distinction issues regarding commercial and editorial content. In this case, the court found that when assessing what constitutes commercial marketing, special attention should be given to the agreement between the influencer and the company whose product or service is being marketed. The cases are unique and have provided much-needed guidance.

In conclusion, influencer marketing is something of a gray area of the law where there yet is no clear answer to how this type of marketing should be handled.

Sammanfattning

Influencer-marknadsföring är en produkt av de senaste årens allt mer digitaliserade värld. En influencer är en person vars yrke innebär att influera, främst genom sociala medier.

Influencers är en unik och lönsam marknadsföringsstrategi. Däremot har yrket aktualiserat ett antal marknadsföringsrättsliga frågor.

Marknadsföringslagen är omfattande och täcker även de juridiska problem som kan uppstå vid influencer-marknadsföring, trots att lagen stiftades flera år innan denna typ av marknadsföring blev aktuell. Däremot kan det uppstå svårigheter vid bedömning av om ett marknadsföringsinlägg utgör kommersiell marknadsföring eller enbart redaktionellt innehåll, då lagen inte är tillämplig på redaktionellt innehåll. De bestämmelser som är särskilt aktuella är lagrummen beträffande reklamidentifiering (9 § 1 st. MFL) och sändarangivelse (9 § 2 st. MFL).

SOU ”Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld” konstaterar att problem med dagens digitala marknadsföring inte är hänförligt till brister i lagstiftningen. Utredningen konstaterar att bland annat influencer-marknadsföring är problematiskt ur ett konsumentskyddsperspektiv. Utredningen föreslog informationsspridning för att stärka det digitala konsumentskyddet. Däremot kvarstår frågan hur effektiv denna åtgärd är.

I nuläget finns det enbart två domar på detta område. Det först fallet, *Kissie-fallet*, ger viss vägledning om hur marknadsföringen ska utformas. Domstolen kom fram till att det är viktigt att ett samarbete märks som *betalt* om ersättning utgår, för att konsumenten ska uppfatta att inlägget är av kommersiell karaktär. Det senare fallet, *Kenza-fallet*, berör gränsdragningsproblematiken mellan kommersiellt och redaktionellt innehåll. I detta fall konstaterar domstolen att vid bedömningen av vad som utgör kommersiell marknadsföring ska särskild vikt läggas vid avtalet mellan influencern och näringsidkaren vars produkt eller tjänst marknadsförs. Rättsfallen är unika och har bidragit med efterlängtd vägledning.

Sammanfattningsvis är influencer-marknadsföring något av en marknadsrättslig gråzon där det ännu inte finns något enhetligt svar på hur denna typ av marknadsföring ska hanteras.

Förkortningar

Direktiv 2005/29/EG	Europaparlamentet och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder)
Kenza-fallet	PMD:s avgörande PMT 798-19
Kissie-fallet	PMD:s avgörande PMT 11949-16 samt PMÖD:s avgörande PMT 2054-18
KO	Konsumentombudsmannen
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen (2008:486)
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Internets framväxt har lett till en teknisk revolution som har resulterat i att majoriteten av den svenska befolkningen har tillgång till internet. Med revolutionen har också nya digitala plattformar uppkommit, exempelvis sociala medier. Samtidigt har de traditionella medierna, som till exempel tv och radio, successivt fått en sekundär roll.¹ Sakta men säkert har ett nytt yrke vuxit fram: *influencer*. En influencer är någon vars syfte är att influera, främst genom sociala medier. Samarbeten mellan företag och influencers benämns som *influencer marketing* eller influencer-marknadsföring, vilket är en starkt växande marknadsföringstrend.

Influencers använder sina plattformar i syfte att styra konsumtionsattityder och köpbeteenden, ofta för andra företags räkning. Marknadsföringen sker genom att influencern kreativt exponerar, rekommenderar och använder företagets produkter och tjänster. Denna marknadsföring utgör en del av innehållet på influencers plattformar, vilket resulterar i att marknadsföringen sprids effektivt till influencers följare.² Problem uppstår emellertid när gränserna mellan kommersiell marknadsföring och influencers övriga innehåll blir flytande, vilket näringsidkare utnyttjar genom dold marknadsföring.³ Till följd av detta tillsatte bland annat regeringen en statlig utredning för att utreda vilken effekt dessa omfattande förändringar av reklamlandskapet har på konsumentskyddet. Framväxten av nya marknadsföringsstrategier med influencers i spetsen har följaktligen aktualiserat ett antal marknadsföringsrättsliga frågor, vilket detta arbete kommer att beröra närmare.⁴

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att redogöra för hur influencers marknadsföring förhåller sig till gällande rätt i Sverige. För att uppfylla uppsatsens syfte ska följande frågeställningar besvaras:

- När är marknadsföringslagen tillämplig på influencer-marknadsföring och vilka bestämmelser är särskilt aktuella?
- Hur ser konsumentskyddet ut vid influencer-marknadsföring?

¹ SOU 2018:1 s. 41.

² <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/influera> (28-03-2020).

³ Svensson m.fl., 2010, s. 218; SvJT, 2015, s. 202.

⁴ SOU 2018:1 s. 37.

- Finns det praxis där domstolen tillämpat gällande rätt på influencer-marknadsföring och vad ger det för vägledning?

1.3 Avgränsningar

Arbetet fokuserar på svenska influencers marknadsföring samt svensk rättspraxis avseende influencer-marknadsföring. Uppsatsen avgränsas även genom att endast fokusera på influencers marknadsföring på sociala medier samt bloggar. Därutöver berörs enbart influencers marknadsföring av produkter och tjänster åt andra näringsidkare. Därmed berör arbetet inte den rättsliga situation som uppstår när influencern marknadsför sina egna produkter eller tjänster. Trots att ämnet tangerar även andra rättsliga frågor, till exempel beskattningsrelaterade samt avtalsrättsliga frågor, berörs enbart de marknadsrättsliga frågorna i arbetet.

1.4 Metod och material

Den metod som har använts till arbetet är den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metodens syfte är att rekonstruera en rättsregel eller lösningen på ett rättsligt problem genom att applicera en rättsregel. Metodens utgångspunkt är allmänt accepterade rättskällor, vilket är lagstiftning, rättspraxis, förarbeten samt rättsdogmatiskt orienterad litteratur. Rättsdogmatiken utgår vanligen från ett reellt problem.⁵ Den valda metoden påvisar inte bara rättsläget utan kan användas för att kritisera det som framkommit. Genom metoden har arbetets material studerats och tolkats *de lege lata*, det vill säga genom att tillförlitligt återge det aktuella rättsläget.⁶

Arbetet utgår från den rådande marknadsföringslagen (2008:486). För att beskriva marknadsföringslagens syfte, uppbyggnad och tillämplighet har främst doktrin författad av Bernitz samt Nordell använts.⁷ För att undersöka konsumentskyddet vid influencer-marknadsföring har främst SOU ”Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld” använts.⁸ Med anledning av att det i nuläget enbart finns två

⁵ Kleineman i Nääv & Zamboni, 2018, s. 21–23.

⁶ Kleineman i Nääv & Zamboni, 2018, s. 36.

⁷ Bernitz, 2013; Nordell, 2020.

⁸ SOU 2018:1.

domstolsavgöranden, Kissie-fallet respektive Kenza-fallet, inom området har de båda getts stort utrymme i arbetet med anledning av dess vägledande karaktär. Därutöver har även annat material använts för att uppfylla syftet samt besvara frågeställningarna, bland annat artiklar samt ett Youtube-klipp.

1.5 Disposition

Arbetet är indelat i sex kapitel. I det *andra kapitlet* framställs gällande rätt, främst genom att beskriva marknadsföringslagens bakgrund, uppbyggnad och tillämplighet. Därefter, i det *tredje kapitlet*, skildras influencer-marknadsföringens förhållande till marknadsföringsrätten samt den grundlagsskyddade yttrande- och tryckfriheten. I det *fjärde kapitlet* diskuteras konsumentskyddet i den digitaliserade världen. Vidare i det *femte kapitlet* redogörs det för den vägledande praxis som finns, vilket är Kissie-fallet samt Kenza-fallet. Det avslutande kapitlet, det *sjätte kapitlet*, är en analys av vad arbetet presenterat i de tidigare kapitlen.

2 Regler för marknadsföring

2.1 Allmänt om marknadsföringslagen

Marknadsföringslagen (2008:486) är den primära lagstiftningen för marknadsföringsrättsliga frågor. Sverige har under en längre tidsperiod haft konsumentskyddande lagstiftning. Så tidigt som år 1970 infördes lag (1970:412) om otillbörlig marknadsföring, som med tiden började kallas marknadsföringslagen. Nuvarande marknadsföringslag från år 2008 har en liknande systematik som dess föregångare. Genom den nuvarande lagstiftningen implementerades Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder.⁹

Marknadsföringslagens syfte stadgas i dess första paragraf. Lagens syfte är att främja konsumenternas och näringslivets intressen vid marknadsföring och därmed att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot såväl konsumenter som näringsidkare. Av paragrafens utformning kan såväl konsumenternas skyddsintresse som näringslivets intresse av att bekämpa otillbörlig marknadsföring samt illojal konkurrens identifieras. Emellertid är vikten av ett konsumentskydd mer framstående.¹⁰

Vid tillämpning och tolkning av marknadsföringslagen är det primära intresset att försäkra konsumenterna ett effektivt skydd samt att garantera att god marknadsföringssed efterföljs, även i näringsidkarnas inbördes förhållanden. Det centrala är därför den reklam och annan marknadsföringsåtgärd som näringsidkaren kommunicerar. Näringsidkarens kredibilitet förutsätter god efterlevnad av lagens bestämmelser. Marknadsföringslagen skyddar inte konsumenterna som individer, utan som kollektiv, mot otillbörlig marknadsföring i varierande former. Däremot bör det belysas att en enskild konsument har möjligheten att kräva skadestånd. Det förutnämnda aktualiseras främst när konsumenten lidit skada på grund av vilseledande uppgifter vid marknadsföringen. Det finns emellertid en betydande begränsning av marknadsföringslagen. Lagen syftar enbart till att skydda konsumenter och näringsidkare, andra personkategorier och samhällsintressen omfattas inte.¹¹

⁹ Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) lagkommentar 1 till 1 § MFL, JUNO (06-04-2020).

¹⁰ Bernitz, 2013, s. 39.

¹¹ Bernitz, 2013, s. 39-40.

2.2 Marknadsföringslagens uppbyggnad

Marknadsföringslagens disposition är en direkt avspegling av direktivet 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoders disposition. I likhet med direktivet 2005/29/EG är marknadsföringslagens materiella rätt uppdelad i tre byggstenar.¹²

Svarta listan utgör den grundläggande byggstenen som stadgar ett kärnområde som är helt förbjudet.¹³ Svarta listan inkluderar 31 förbjudna affärsmetoder. Dessa svartlistade affärsmetoder är alltid förbjudna *per se* och behöver följaktligen inte prövas, vilket stadgas i 7 § 4 st. samt 8 § 2 st. MFL.¹⁴ Däremot går svensk lagstiftning ett steg längre än direktivet, genom att i 4 § 3 st. MFL stadga att svarta listan även ska tillämpas när marknadsföringen riktas mot näringsidkare.¹⁵¹⁶ Svarta listan ska inte tolkas extensivt.¹⁷

Den andra byggstenen är regelkatalogen. Regelkatalogen utgörs av preciserade regler som berör olika kategorier av otillåten marknadsföring.¹⁸ Denna byggsten utgör den primära delen av de materiella bestämmelserna. Katalogreglerna är indelade i två kategorier. Dessa kategorier är aggressiva samt vilseledande marknadsföringsmetoder. Aggressiv marknadsföring återfinns i 7-7a §§ MFL som stadgar ett förbud mot marknadsföring med aggressiva medel.¹⁹ En bedömning ska göras för att avgöra huruvida den aggressiva marknadsföringsåtgärden resulterat i att en konsument eller näringsidkare tagit ett annat affärsbeslut än vad denna annars skulle ha tagit.²⁰ Däremot är det vilseledande marknadsföring som är dominerande av dessa två former.²¹ Vilseledande marknadsföring återfinns i 8 § MFL som i bestämmelserna 9 §, 10 § samt 12-17 §§ MFL närmare berör och definierar vilseledande marknadsföring.²²

Den tredje byggstenen är generalklausulen, 5 § MFL, om god marknadsföringssed.²³ Samtliga marknadsföringsåtgärder som strider mot en eller flera bestämmelser som återfinns i

¹² Bernitz, 2013, s. 40-41.

¹³ Bernitz, 2013, s. 41.

¹⁴ Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) lagkommentar 64 till 7 § 4 st. MFL, JUNO (06-04-2020).

¹⁵ Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) lagkommentar 48 till 4 § 3 st. MFL, JUNO (06-04-2020).

¹⁶ Bernitz, 2013, s. 43.

¹⁷ MD 2009:33; MD 2013:3.

¹⁸ Bernitz, 2013, s. 41.

¹⁹ Bernitz, 2013, s. 43.

²⁰ Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) lagkommentar 57 till 7 § MFL, JUNO (06-04-2020).

²¹ Bernitz, 2013, s. 43.

²² Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) lagkommentar 71 till 8 § 1 st. MFL, JUNO (06-04-2020).

²³ Bernitz, 2013, s. 41.

regelkatalogen anses vara otillbörlig enligt generalklausulen. Följaktligen täcks regelkatalogen av generalklausulen.²⁴

2.3 Marknadsföringslagens tillämplighet

Marknadsföringslagen har en generell räckvidd, vilket innebär att lagen gäller för hela näringslivet vilket kompletteras med vissa särskilda regleringar.²⁵ Att lagen har en generell tillämpning innebär att lagstiftningen gäller för marknadsföring via samtliga former av medier. Följaktligen innebär detta att marknadsföringslagen är tillämplig även på marknadsföring som förekommer på sociala medier och andra digitala plattformar.²⁶

2.4 Sanktioner och ansvar

I marknadsföringslagen återfinns tre sanktionstyper; förbud och åläggande som normalt förenas med vite, marknadsstörningsavgift samt skadestånd. Den mest förekommande sanktionen är förbud (23 § MFL), normalt förenat med vite (26 § MFL). Förbud som sanktion är framåtblickande eftersom näringsidkaren förbjuds att fortsätta eller upprepa en rättstridande marknadsföringsåtgärd.²⁷ Vidare innebär ett åläggande att näringsidkaren åläggs att lämna väsentlig information (24 § MFL).²⁸ Marknadsstörningsavgift (29 § MFL) utdöms som sanktion i grövre fall och tillämpas i repressivt syfte.²⁹ Slutligen är skadestånd (37 § MFL) en rent civilrättslig sanktion.³⁰

Utgångspunkten är att den som har gjort sig skyldig till otillbörlig marknadsföring ska ansvara för detta. Därutöver kan även den som handlat på näringsidkarens vägar och därutöver var och en som väsentligen bidragit till marknadsföringen hållas ansvarig för otillbörlig marknadsföring. Således aktualiseras ett så kallat *medverkaransvar*.³¹ Lagstiftarens syfte med ett medverkaransvar, vilket framkommer av äldre förarbeten, var att till exempel reklambyråer

²⁴ Nordell, 2020, s. 56.

²⁵ Prop. 2007/8:115 s. 61.

²⁶ Bernitz, 2013, s. 47.

²⁷ Bernitz, 2013, s. 164.

²⁸ Nordell, 2020, s. 55.

²⁹ Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) lagkommentar 200 till 29 § MFL, JUNO (06-04-2020).

³⁰ Bernitz, 2013, s. 164.

³¹ PMT 2054-18 s. 48.

och andra aktörer som medverkar till att utforma eller lägga upp marknadsföringskampanjer på uppdrag av en näringsidkare skulle falla under lagens tillämpning.³²

³² Prop. 1970:57 s. 77; s. 91.

3 Influencer-marknadsföringens förhållande till gällande rätt

3.1 Förhållandet mellan marknadsföringslagen och tryck- och yttrandefriheten

En fundamental och komplex fråga som uppenbaras vid influencer-marknadsföring är marknadsföringslagens förhållande till den grundlagsstadgade tryck- och yttrandefriheten, vilket regleras i tryckfrihetsförordningen (1949:105) respektive yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469). Marknadsföring, i dess olika former, är ett sätt att främja såväl kommersiell affärsverksamhet som opinionsbildning, vilket influencers dagligen gör vid utformandet av innehåll till deras sociala plattformar. Av den anledningen kan det uppstå en kamp mellan dels upprätthållandet av rätten till tryck- och yttrandefrihet, dels strävanden att förhindra otillbörlig marknadsföring.³³

Tryckfriheten och yttrandefriheten är grundlagsstadgade mänskliga rättigheter i Sverige som gäller exklusivt inom sina respektive tillämpningsområden. Det innebär således att om en influencers innehåll faller inom ramen för vad som täcks av de två grundlagarna ska enbart deras respektive bestämmelser för ansvar tillämpas. I förläggningen innebär detta att marknadsföringslagen inte är tillämplig i dessa fall. Vid gränsfall är det grundlagarna som tillämpas framför marknadsföringslagen eftersom att de har en högre nivå i normhierarkin. Följaktligen leder utformningen av grundlagarnas skydd till att det görs en väsentlig åtskillnad mellan *kommersiell marknadsföring* och *icke-kommersiell marknadsföring*. Möjligheten att ställa en aktör inför ansvar för ovederhäftighet vid icke-kommersiell marknadsföring är minimal.³⁴

Näringsidkares marknadsföring är till större del kommersiella. Däremot är så inte alltid fallet, vilket även kan återfinnas i influencers marknadsföring. Icke-kommersiell marknadsföring kan avse till exempel allmän informationsspridning eller en ansats till att influera värderingar och beteenden. Följaktligen kan en näringsidkares, och därigenom en influencers, marknadsföring vara av opinionsbildande karaktär som faller utanför marknadsföringslagens tillämpningsområde, även om marknadsföringen i allra högsta grad har ett kommersiellt syfte.³⁵

³³ Bernitz, 2013, s. 59.

³⁴ Bernitz, 2013, s. 59-60.

³⁵ Bernitz, 2013, s. 60.

3.2 Kommersiell marknadsföring

Lagstiftaren har valt att varken definiera eller reglera kommersiell marknadsföring i lagstiftningen. Den avgörande gränsdragningen mellan kommersiell och icke-kommersiell marknadsföring har följaktligen bildats genom praxis. Särskilt komplext är fallet vid *blandade meddelanden*, det vill säga material som innehåller såväl kommersiell som icke-kommersiell marknadsföring.³⁶ Vid förekomsten av blandade meddelanden ska det göras en åtskillnad av vad i materialet som är kommersiell marknadsföring och vad som är icke-kommersiell marknadsföring. Följaktligen tillämpas grundlagsskyddet på den icke-kommersiella marknadsföringen medan marknadsföringslagen blir tillämplig på materialets kommersiella marknadsföring.³⁷

3.3 Reklamidentifiering och sändarangivelse

Ett centralt problem vid influencer-marknadsföring är reklamidentifiering (9 § 1 st. MFL).³⁸ Bristande reklamidentifiering leder till dold reklam. Även när influencern markerar att inlägget avser någon form av marknadsföring är denna markering inte alltid tydlig. Därutöver sker marknadsföringen på en plattform där influencern även agerar som konsument vilket öppnar upp för ytterligare problematik.³⁹

Kravet på reklamidentifiering kan uppfyllas på två olika sätt. Det första alternativet är genom att influencern utformar marknadsföringen på ett sådant sätt att den i sig ger konsumenten ett tydligt intryck av att innehållet är reklam och inte annan typ av innehåll. Det andra alternativet är att influencern uttryckligen anger att det är fråga om ett reklambudskap. Direkt angivelse av reklam är att ses som huvudregel. Konsumenten ska redan vid en flyktig kontakt med materialet kunna avgöra om innehållet avser reklam.⁴⁰

Förutom kravet på reklamidentifiering behöver influencers särskilt förhålla sig till principen om sändarangivelse (9 § 2 st. MFL), som har utvecklats genom praxis.⁴¹ Syftet är att konsumenten med enkelhet ska veta vem det är som står bakom marknadsföringen samt hur

³⁶ Bernitz, 2013, s. 62.

³⁷ Nordell, 2020, s. 108.

³⁸ Se PMT 2054-18; PMT 798-19.

³⁹ SOU 2018:1 s. 193-194.

⁴⁰ Nordell, 2020, s. 63.

⁴¹ Se PMT 2054-18; PMT 798-19.

denne kan kontaktas.⁴² Kravet på sändarangivelse kan också tillgodoses på två sätt. Det första alternativet är att avsändaren och kontaktuppgifter till denna tydligt anges i marknadsföringen. Det andra alternativet är genom att identifiera avsändaren på ett annat vis.⁴³

⁴² Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) lagkommentar 75 till 9 § 2 st. MFL, JUNO (06-04-2020).

⁴³ Nordell, 2020, s. 63.

4 Konsumentskyddsaspekten vid influencer-marknadsföring

Marknadsföringslagstiftningens primära skyddsintresse är konsumenterna.⁴⁴ Lagstiftningens centrala funktion återfinns i skärningspunkten mellan en marknadsföringsåtgärd och ett affärsmässigt beslut. Målet är att en marknadsföringsåtgärd ska styra konsumenten till näringsidkarens vara eller tjänst, med konsumentens önskade egenskaper och villkor. I det fall konsumenten efter transaktionen blir missnöjd uppstår frågan om problemet ligger i näringsidkarens marknadsföringsåtgärd eller konsumentens bristande uppfattning.⁴⁵ Konsumentverket är den centrala förvaltningsmyndighet som ansvarar för konsumentfrågor på marknadsföringsrättens område. Verksamhetens syfte är bland annat att stärka konsumenternas ställning på marknaden. Även Konsumentombudsmannen bistår konsumenter i marknadsföringsrättsliga frågor.⁴⁶

Onekligen har reklamlandskapet väsentligen förändrats sedan den senaste marknadsföringslagen utkom, varför regeringen under år 2016 tillsatte en utredning för att analysera konsumentskyddet vilket resulterade i främst SOU:n *”Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld”*. Utredningen konstaterar att sociala medier är en problematisk plattform eftersom marknadsföring har blivit en omfattande del av innehållet på sociala medier.⁴⁷

Utredningen konstaterar att influencers marknadsföring är problematisk då det förekommer dold reklam. När marknadsföringen väl har en reklammarkering är den inte alltid tillräckligt tydlig. Att kända profiler använts som ambassadörer eller haft sponsorskap med företag är inget nytt och var därutöver vanligt förekommande även innan digitaliseringen. Däremot är den typ av marknadsföring som skapas av influencers ofta svårare att identifiera. Anledningen till detta är att det är influencern själv som skapar materialet på samma plattform som influencern även rekommenderar produkter och tjänster i egenskap av konsument. Därutöver är bandet mellan influencern och dess följare ofta väldigt stark, vilket gör att influencern blir ännu mer inflytelserik. Följarna kan uppleva influencern som en vän vilket gör att influencern har en omfattande kredibilitet vid marknadsföring, som blir problematiskt om

⁴⁴ Nordell, 2020, s. 49.

⁴⁵ Nordell, 2020, s. 54.

⁴⁶ Nordell, 2020, s. 51.

⁴⁷ SOU 2018:1 s. 1; s. 172.

marknadsföringen inte är tydligt markerad. Utredningen pekar på att detta är särskilt problematiskt när influencern har unga följare.⁴⁸

Utredningen konstaterar att de digitala marknadsföringskanalerna är problematiska ur ett konsumentperspektiv. Däremot menar utredningen att detta inte beror på brister i marknadsföringslagstiftningen och tror inte att problem beträffande exempelvis dold reklam kan lösas genom lagändringar. Snarare föreslås fortsatt arbete med utbildning, rådgivning och tydliga riktlinjer för att på så sätt sprida kunskapen om gällande rätt med hjälp av bland annat Konsumentverket.⁴⁹ Efter att SOU:n färdigställts publicerade Konsumentverket under år 2019 en kortare film på deras Youtube-kanal där myndigheten på ett enkelt och pedagogiskt sätt vänder sig till influencers med en beskrivning av hur de ska agera vid framförandet av kommersiell marknadsföring. Däremot har filmen inte fått någon större spridning, baserat på dess dryga 2 000 visningar och faktumet att den inte heller erhållit någon större medial uppmärksamhet.⁵⁰

⁴⁸ SOU 2018:1 s. 193-194.

⁴⁹ SOU 2018:1 s. 18-20.

⁵⁰ https://www.youtube.com/watch?v=u1HaVVg5sZc&feature=emb_tixtle (14-04-2020).

5 Praxis

5.1 Inledning

Eftersom yrket influencer inte har existerat särskilt länge är utbudet av praxis minimalt. Däremot finns det två vägledande avgöranden, Kissie-fallet respektive Kenza-fallet. Domstolens avgörande i det första fallet ger viss efterlängtd vägledning rörande hur influencers bör anpassa sin marknadsföring för att uppnå lagens krav. I det senare fallet berörs gränsdragningsproblematiken mellan redaktionellt innehåll och kommersiell marknadsföring.

5.2 Kissie-fallet

Alexandra Nilsson, tidigare känd under pseudonymen Kissie, var den första influencern i Sverige som ställdes inför rätta för dold reklam i sociala medier. Möjligen var målet även det första i världshistorien av sitt slag.⁵¹ Konsumentverket undersökte under år 2016 den marknadsföring som bedrevs på influencerns blogg samt Instagramkonto. Bloggen som influencern drev var under den aktuella perioden en av Sveriges största bloggar. Under denna period drevs bloggen av Kissie Media Sweden AB (Kissie Media) som därefter ändrade företagsnamn till Alexandra Media Sweden AB (Alexandra Media). Bloggens drift ombesörjdes av företaget Tourn Media AB (Tourn), som också var part i målet. Företaget agerade som webbhotell för bloggen och ansvarade för de tekniska aspekterna för den server som bloggen låg på. Därutöver hade Tourn också funktionen av en mellanhand för att koppla samman influencern med näringsidkare genom att förmedla reklamuppdrag. Alexandra Media hade även tecknat en premiumtjänst hos Tourn. Inom ramen för premiumtjänsten tog Tourn en mer aktiv och långtgående roll vid förmedling av reklamuppdrag, där influencern erhöll ett reklamförslag, inklusive uppgift om ersättning, som influencern kunde välja att acceptera eller avböja.⁵²

År 2016, mer specifikt i mars månad, sände Konsumentverket ut ett tillsynsbrev till Alexandra Media till följd av den granskning som utförts. Ärendet hänsköts till KO som därefter väckte talan mot Alexandra Media och Tourn för överträdelse av marknadsföringsrätten. Talan väcktes på grund av två inlägg på bloggen respektive ett inlägg på Instagram. Samtliga inlägg

⁵¹ <https://digital.di.se/artikel/konsumentverket-om-rattegangen-mot-kissie-varldshistorisk> (12-04-2020).

⁵² PMT 11949-16 s. 5.

var ett reklamuppdrag för Mobilåtervinning i Sverige AB (Mobilåtervinning), vars verksamhet drevs genom en hemsida där företaget erbjöd sig att köpa upp gamla telefoner. Mobilåtervinning var inte part i målet.⁵³

5.2.1 Yrkanden, inställning och överklagan

I Patent- och marknadsdomstolen yrkade KO i första hand att Alexandra Media vid vite skulle förbjudas att uppträda som konsument. Vidare yrkade KO i andra hand att domstolen vid vite skulle förbjuda Alexandra Media att utforma marknadsföring på ett sådant sätt att det inte omedelbart och otvetydigt framgår att det rör sig om reklam. Yrkandet hänförde sig följaktligen till bestämmelsen om reklamidentifiering. I sitt tredje yrkande hävdade KO att Alexandra Media handlat i strid mot reglerna om sändarangivelse genom att inte tydligt ange vilken aktör som stod bakom marknadsföringen och yrkade därför att influencern skulle åläggas att göra det. Därutöver yrkade KO att Tourn hade ett medverkaransvar, eftersom Tourn hade förmedlat reklamuppdraget mellan Alexandra Media och Mobilåtervinningen samt till viss del företrätt Alexandra Media inom ramen för premiumtjänsten. Såväl Alexandra Media som Tourn bestred samtliga yrkanden.⁵⁴

Patent- och marknadsdomstolen fann att blogginlägg 1 samt Instagraminlägget stred mot marknadsföringslagens bestämmelser. Käromålet mot Tourn lämnades däremot utan bifall.⁵⁵ Målet överklagades till Patent- och marknadsöverdomstolen. KO justerade sin talan i överklagandet som bland annat innebar att domstolen i första hand skulle pröva om influencern felaktigt uppträtt som konsument. I andra hand yrkade KO att båda aktörer vid vite skulle åläggas att följa bestämmelserna om reklamidentifiering respektive sändarangivelse. KO yrkade därmed att domstolen skulle bifalla yrkandena fullt ut för att därmed även omfatta blogginlägg 2.⁵⁶

⁵³ PMT 11949-16 s. 6.

⁵⁴ PMT 11949-16 s. 6-8; bilaga 1-3.

⁵⁵ PMT 11949-16 s. 1-2.

⁵⁶ PMT 2054-18 s. 23-24.

5.2.2 Marknadsföringens utformning

Marknadsföringen på uppdrag av Mobilåtervinningen var uppdelad i tre delar. I det första blogginlägget *”Tjäna pengar på dina gamla mobiler!”* skrev influencern att hon funnit ett företag som kunde omhänderta hennes gamla mobiler. Influencern rekommenderade tjänsten eftersom den både var bra för miljön och plånboken då kunden fick ersättning för den gamla mobilen. Under texten fanns två länkar till Mobilåtervinningens hemsida och tre bilder, varav två bilder på influencern där hon håller i två mobiler. I slutet av inlägget, längst ner i höger hörn, stod det *”Inlägget är i samarbete med”*, utan att det anfördes vilket företag som var samarbetspartnern. Det andra blogginlägget var en redigerad version av det första inlägget. Tourn hade reviderat inlägget efter kommunikation med Konsumentverket. Det reviderade blogginlägget hade tillägget *”sponsored post”* i ljus text under blogginläggets rubrik samt ett tydliggörande i slutet av inlägget om att blogginlägget var i samarbete med Mobilpengar.se.⁵⁷

Inlägget publicerat på Instagram avsåg en bild på influencern poserandes med två mobiltelefoner i handen. Texten till bilden innehöll en koncis redogörelse för tjänsten. Beskrivningen avslutades med *”#samarbete”*. Emellertid framgick det inte vilket företag som var samarbetspartnern.⁵⁸

5.2.3 Utgångspunkter för domstolens bedömning

Patent- och marknadsöverdomstolen menade inledningsvis att influencers är en effektiv marknadsföringsmetod för näringsidkare då de har ett stort förtroende på sina plattformar. Anledningen till att frågan om hur influencer-marknadsföring ska utformas har lyfts är eftersom reklamen varvas med inlägg där influencern agerar som konsument, vilket är problematiskt.⁵⁹

Domstolen skulle ta ställning till hur bestämmelserna om reklamidentifiering (9 § 1 st. MFL) respektive sändarangivelse (9 § 2 st. MFL) skulle tillämpas på de tre inläggen. Normalt ska ett transaktionstest, en analys i två steg, genomföras för att avgöra om marknadsföringen är otillbörlig. Däremot menade domstolen att konsumentens agerande i en affärssituation ofta är relaterat till marknadsföringens innehåll, varför det torde vara möjligt att istället göra en

⁵⁷ PMT 11949-16 s. 6, s. 9-, bilaga 1-2.

⁵⁸ PMT 11949-16 s. 10; bilaga 3.

⁵⁹ PMT 2054-18 s. 25-26.

helhetsbedömning inom transaktionstestet. Relevanta omständigheter att ta i beaktande vid denna bedömning är exempelvis hur marknadsföringen har utformats, på vilken plattform innehållet publicerats, vem som är genomsnittskonsumenten samt hur dessa omständigheter påverkat konsumentens möjlighet att ta ett välgrundat ekonomiskt beslut.⁶⁰

Vidare var frågan om influencern felaktigt uppträtt som konsument, vilket är förbjudet enligt punkten 22 i svarta listan. Svarta listan är, som tidigare belysts, en uppräknning av affärsmetoder som alltid är förbjudna. Följaktligen innebär detta att om affärsmetoden omfattas av svarta listan behöver det inte utföras någon bedömning beträffande påverkan på konsumentens ekonomiska beteende. Domstolen konstaterade därför att en prövning av om en affärsmetod strider mot svarta listan ska göras innan en prövning enligt de övriga bestämmelserna beträffande vilseledande respektive aggressiv marknadsföring.⁶¹

Huruvida en marknadsföringsåtgärd är otillbörlig ska bedömas med utgångspunkt från genomsnittskonsumentens uppfattning, vilket introducerats i marknadsföringsrätten genom praxis från EU-domstolen. Patent- och marknadsdomstolen fann att genomsnittskonsumenten var en kvinna, 18–34 år, som var en van användare av sociala medier och därutöver återkommande besökare av den aktuella influencerns plattformar. Däremot kom Patent- och marknadsöverdomstolen till en annan bedömning. Domstolen anförde att utredningen i målet stödjer påståendet att besökarna av influencerns sociala medier till en majoritet utgjordes av kvinnor i åldersgruppen 18–34 år. Däremot menade domstolen att direktivet om otillbörliga affärsmetoder syftar till att uppnå en hög konsumentskyddsnivå varför direktivets ändamålsenliga verkan inte ska förminska genom att genomsnittskonsumenten definieras för snävt. Därför fastställdes genomsnittskonsumenten till unga kvinnor i Sverige. Genomsnittskonsumenten bedömdes däremot inte behöva ha särskilda egenskaper. Domstolen konstaterade även att influencerns följare tar del av inläggen på ett selektivt vis där bilderna i inläggen är centrala. Det anförda menade domstolen talar för att kraven på reklammarkering måste ställas relativt högt.⁶²

⁶⁰ PMT 2054-18 s. 28-31.

⁶¹ PMT 2054-18 s. 33.

⁶² PMT 2054-18 s. 34-39.

5.2.4 Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning

KO anförde i sitt yrkande att influencern felaktigt agerat som konsument i samtliga tre inlägg. Domstolen konstaterade att näringsidkaren som åsyftas i punkten 22 svarta listan är den näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig, vilket i detta fall är Mobilåtervinningen. Eftersom KO inte yrkat att Mobilåtervinningen felaktigt agerat som konsument saknades det skäl för domstolen att bifalla myndighetens förstahandsyrkande. Därutöver förutsätter punkt 22 i svarta listan i princip att näringsidkaren dolt sin identitet vid marknadsföringen. Som tidigare belysts var influencern vid tidpunkten för marknadsföringen en av de största influencerna i Sverige. Därmed var genomsnittskonsumenten dels bekant med influencerns identitet, dels van vid att influencern bedrev kommersiell verksamhet på sina sociala plattformar. Domstolen konstaterade därför att influencern inte felaktigt uppträtt som konsument på det sätt som bestämmelsen föreskriver och således kunde inte KO:s yrkande, varken mot Alexandra Media eller Tourn, bifallas.⁶³

Domstolen prövade därefter inläggens bristande reklamidentifiering. Inledningsvis konstaterade domstolen att blogginlägg 1 inte nämnvärt skiljde sig från bloggns övriga inlägg, vilket därför förutsätter att det för genomsnittskonsumenten redan vid en flyktig kontakt med inläggets innehåll skulle framgå att blogginlägget utgjorde marknadsföring. Domstolen menade att rubriken visserligen kunde uppfattas som säljande, men denna rubricering avviker inte nämnvärt från övriga blogginlägg. Vidare ansågs hänvisningen till Mobilåtervinningen otillräcklig. Även om själva informationen hade varit tillräcklig var den tillgänglig för genomsnittskonsumenten först efter att denne läst hela eller stora delar av blogginlägget. Reklammarkeringen i slutet av inlägget var också otillräcklig. Influencern angav varken vem samarbetspartnern var eller om ersättning utgått. Därutöver placerades reklammarkeringen längst ner i blogginlägget och var skriven i en liten teckenstorlek. Sammantaget ansåg domstolen att blogginlägget inte var utformat på ett sådant sätt att genomsnittskonsumenten redan vid en flyktig kontakt kunde uppfatta att inlägget avsåg marknadsföring. Därmed var inlägget vilseledande och utgjorde följaktligen otillbörlig marknadsföring.⁶⁴

⁶³ PMT 2054-18 s. 37-38.

⁶⁴ PMT 2054-18 s. 40-42.

Därefter skulle blogginlägg 2 bedömas, där den enda skillnaden mellan blogginläggen var en annan reklammarkering genom ”sponsored post” i ljusrosa färg placerad under rubriken. Frågan var om detta tillägg var tillräckligt. Visserligen stödjer det bevismaterial som Alexandra Media och Tourn presenterat att genomsnittskonsumerten förstår innebörden av uttryck som ”sponsored post”. Domstolen menade dock att det inte var tillräckligt i detta fall. Eftersom reklammarkeringen utformats på ett sådant sätt att den inte drog till sig genomsnittskonsumertens uppmärksamhet i den utsträckning som fordras fann domstolen, till skillnad från den undre instansen, att även blogginlägg 2 var vilseledande marknadsföring som därmed var otillbörlig.⁶⁵

Vad gäller Instagraminlägget menade domstolen att reklammarkeringen ”#samarbete” inte var tillräcklig då det inte framgår om någon ersättning utgått varför genomsnittskonsumerten kan ha svårt att förstå att det rör sig om kommersiell marknadsföring. Även om möjligheterna att utforma inläggen på Instagram är något begränsade ansåg domstolen att det inte funnits något omfattande hinder att utforma en tydlig reklammarkering. Således fann domstolen att även Instagraminläggets utformning sannolikt påverkat genomsnittskonsumertens möjlighet att ta ett välgrundat affärsbeslut med anledning av bristande reklamidentifiering vilket utgör vilseledande och följaktligen otillbörlig marknadsföring.⁶⁶

Vidare prövades frågan om sändarangivelse. En näringsidkares bristande sändarangivelse är att bedömas som otillbörlig till exempel i det fall genomsnittskonsumerten vilseleds till att tro att det är någon annan som står bakom marknadsföringen, vilket leder till att konsumenten fattar ett felaktigt affärsbeslut med anledning av avsaknad av avgörande information. Domstolen konstaterade att genomsnittskonsumerten förvisso inte redan vid en flyktig kontakt förstod vilken aktör som stod bakom marknadsföringen. Däremot fanns det inget stöd i utredningen för att denna brist, sedd för sig, resulterat i att målgruppen saknat väsentlig information för att göra ett välgrundat ekonomiskt beslut. Därför lämnades yrkandet utan bifall.⁶⁷

Slutligen skulle ansvarsfrågan prövas. I och med att Patent- och marknadsöverdomstolen funnit att samtliga inlägg utgjort otillbörlig marknadsföring med anledning av bristande

⁶⁵ PMT 2054-18 s. 42-44.

⁶⁶ PMT 2054-18 s. 44-45.

⁶⁷ PMT 2054-18 s. 45-47.

reklamidentifiering hade domstolen att avgöra vem som skulle förbjudas att fortsätta med denna otillbörliga marknadsföring. Utgångspunkten inom marknadsföringsrätten är att den näringsidkare som gjort sig skyldig till den otillbörliga marknadsföringen ska åläggas med förbud. Emellertid kan förbudet riktas mot även andra deltagande aktörer, det vill säga ett så kallat *medverkaransvar*. Den bevisning som lagts fram i målet fastslår att Alexandra Media, genom influencern, utformat inläggen samt haft slutgiltig kontroll över vad som faktiskt publicerats, trots de övriga aktörernas inflytande. Således fann domstolen att Alexandra Media hade ett medverkaransvar genom att slutgiltigt utformat och förverkligat marknadsföringen och förbud skulle därför meddelas.⁶⁸

Vidare prövades Tourns ansvar. Utredningen visade att Tourn förmedlat det omtvistade reklamuppdraget. För att ett medverkaransvar ska kunna fastställas krävs emellertid att Tourn haft en mer formell ställning vid företräddandet av Mobilåtervinningen. Domstolen menade att det inte var visat att Tourn haft en sådan ställning att företaget hade handlat på Mobilåtervinningens vägar. Därutöver visade inte utredningen att Tourn till följd av avtalet haft något större inflytande på marknadsföringens slutgiltiga utformning. Sammantaget fann domstolen att utredningen inte visade att Tourn väsentligen bidragit till den bristande reklamidentifieringen i de tre inläggen. Således kunde inget ansvar utdömas.⁶⁹

5.3 Kenza-fallet

Vid årsskiftet 2016/2017 observerade Konsumentverket inlägg på influencern Kenza Zouiten Subosics Instagram, Facebook samt blogg. Plattformarna drevs av företaget Kenza Zouiten AB som huvudsakligen bedrivs genom influencern. Målet berörde nio Instagraminlägg, nio Facebook-inlägg, tio blogginlägg samt två vloggar. I samtliga inlägg bar influencern solglasögon från företaget Chimi Eyewear AB (Chimi). Ett flertal av bilderna togs i samband med en resa till Zanzibar, vilket var en del av avtalet mellan företaget och influencern då Chimi betalat för ett Instagraminlägg samt ett blogginlägg. KO övertog ärendet och inkom med en stämningsansökan för de anförda inläggen.⁷⁰

⁶⁸ PMT 2054-18 s. 47-52.

⁶⁹ PMT 2054-18 s. 52-54.

⁷⁰ PMT 798-19 s. 2.

5.3.1 Yrkanden och inställning

KO yrkade i första hand att domstolen skulle vid vite förbjuda influencern att på sina sociala plattformar agera som konsument vid marknadsföring. Vidare yrkades att domstolen vid vite skulle förbjuda influencern att utforma, alternativt medverka till att utforma, innehåll som inte omedelbart och tydligt kan identifieras som marknadsföring. Därutöver yrkades att domstolen vid vite skulle ålägga influencern att följa lagens bestämmelser om sändarangivelse. Svaranden bestred samtliga yrkanden.⁷¹

5.3.2 Marknadsföringens utformning

Av de totalt nio Instagraminläggen var enbart två markerade med texten *"This post is in collaboration with @chimieyewear."* i slutet av inlägget med ytterligare referenser till företagets produkter. Majoriteten av inläggen innehöll tags där det stod "chimieyewear", vilket enbart var synligt för konsumenten om denne aktivt klickade på fotot. Utöver detta fanns det tags till andra företag men även fotografen Fabian Wester, som var den fotograf som bekostades av Chimi vid resan till Zanzibar. Samtliga nio Facebookinlägg bestod av en eller flera bilder, där influencern bar företagets solglasögon, med kortfattad text därtill. Enbart ett inlägg markerades med *"This post is in collaboration with @chimieyewear."* Av de tio publicerade blogginläggen var enbart tre inlägg märkta med *"This post is in collaboration with @chimieyewear."* i inläggets inledning. Samtliga inlägg var utformade på liknande sätt med en text, där Chimi i vissa inlägg nämnts, och ett antal bilder. Under vissa bilder har influencern skrivit *"sunglasses from Chimi Eyewear/Chimi"*, ofta i anslutning med andra produkter som funnits på bilderna. Vloggarna, som publicerades på bloggen, filmades i Zanzibar. I vloggarna bar influencern solglasögon från företaget. I slutet av den första vloggen sa influencern *"I am here together with Chimi Eyewear. These are Chimi sunglasses and we are having a collaboration later on."* I texten till den andra vloggen angavs *"Ni får hänga med när jag plåtar för Chimi Eyewear (samarbete)."*⁷²

⁷¹ PMT 798-19 s. 3-4.

⁷² PMT 798-19 s. 2; s. 11-13.

5.3.3 Patent- och marknadsdomstolens bedömning

Domstolens utgångspunkter i målet liknar i stora delar bedömningen av Patent- och marknadsöverdomstolen i Kissie-fallet, till exempel vad gäller fastställandet av genomsnittskonsumenten.⁷³

Domstolen menade inledningsvis att enbart på grund av att en influencer erhållit en resa som ersättning för viss marknadsföring innebär det inte att samtliga inlägg som publiceras i samband med resan utgör marknadsföring. Vidare kan en influencer publicera inlägg där denne visar eller nämner en produkt från en näringsidkare som influencern har ett pågående avtal om att marknadsföra utan att inlägget utgör marknadsföring. Domstolen menade att samtliga omständigheter i fallet bör avgöra huruvida det rör sig om marknadsföring. Faktumet att Kenza Zouiten AB, under pågående avtalsperiod med Chimi, publicerat inlägg där influencern bar solglasögonen och i vissa inlägg, på olika sätt, hänvisat till Chimi talar dock för att inläggen avser marknadsföring.⁷⁴

Flera av inläggen har markerats med texten ” *This post is in collaboration with @chimieyewear* ” eller liknande. Dessa typer av markeringar är emellertid inte avgörande för bedömningen av om ett inlägg utgör marknadsföring. Domstolen menade att om sådana markeringar automatiskt skulle innebära att inlägget avser marknadsföring hade det följaktligen inneburit att influencern i fråga ensidigt skulle kunna avgöra vad som är marknadsföring. Domstolen poängterade även att ett samarbete mellan två aktörer inte tvunget behöver avse ett samarbete i avsättningsfrämjande syfte med ersättning. Istället bör utgångspunkten för en objektiv bedömning vara vad aktörerna kommit överens om. Därav har e-postkorrespondensen mellan aktörerna ett högt bevisvärde. Till följd av detta kunde domstolen inte finna tillräckligt stöd för en annan slutsats än den aktörerna kommit överens om i sin korrespondens. Följaktligen innebar detta att domstolen enbart skulle pröva de två inlägg som överenskommelsen avsåg. Övriga inlägg publicerades alltså inte som ett led i uppdraget.⁷⁵

Inledningsvis belyste domstolen att influencern har ett stort antal följare. Domstolen menade därför att det kunde förutsättas att genomsnittskonsumenten var medveten om att influencern

⁷³ Se exempelvis PMT 798-19 s. 22.

⁷⁴ PMT 798-19 s. 16-17.

⁷⁵ PMT 798-19 s. 17-19.

publicerade kommersiell marknadsföring på sina sociala medier. Domstolen konstaterade att influencern inte hade uppträtt som konsument eftersom att hon i det omstridda inlägget markerat att det rörde sig om ett samarbete. Domstolen menade att genomsnittskonsumenten skäligen inte kan ha fått intrycket att influencern uppträtt som en konsument på så sätt som stadgas i punkten 22 i svarta listan, varför KO:s talan i denna del avslogs.⁷⁶

Därefter hade domstolen att pröva yrkandet om bristande reklamidentifiering. Domstolen konstaterade att de omstridda inläggen publicerats i en digital miljö där en konsument kan ta hastiga affärsbeslut genom att enkelt handla från näringsidkarens hemsida. Sådana omständigheter talar för att det ska ställas höga krav på utformningen av denna typ av marknadsföring.⁷⁷

Vad gäller blogginlägget menade domstolen att ordet ”collaboration” inte är tillräckligt för att genomsnittskonsumenten ska förstå att influencern erhållit ersättning för marknadsföringen, vilket är en förutsättning för att genomsnittskonsumenten ska förstå att inlägget utgör kommersiell marknadsföring. Vid en sammantagen bedömning ansåg domstolen att influencerns blogginlägg brustit i reklamidentifieringen som således är vilseledande marknadsföring som är otillbörlig eftersom det i inlägget inte framkommit tillräckligt tydligt att det rör sig om marknadsföring. Även Instagraminlägget bedömdes som vilseledande marknadsföring som är otillbörlig till följd av bristande reklamidentifiering. Detta eftersom det inte var tillräckligt tydligt för genomsnittskonsumenten att inlägget avsåg marknadsföring eftersom reklammarkeringarna bedömdes vara otydliga. Däremot menade domstolen att det inte framkommit några omständigheter som stödjer påståendet att bristande sändarangivelse, sedd för sig, har medfört att genomsnittskonsumenten inte har kunnat tagit ett välgrundat affärsbeslut eftersom det saknats väsentlig information, varför KO:s yrkande avslogs. Kenza Zouiten AB bedömdes ha ett medverkaransvar eftersom det saknades förutsättningar att ålägga ett delat huvudansvar med Chimi.⁷⁸

⁷⁶ PMT 798-19 s. 23-24.

⁷⁷ PMT 798-19 s. 25.

⁷⁸ PMT 798-19 s. 25-31.

5.3.4 Överklagan till Patent-och marknadsöverdomstolen

Målet har i skrivande stund överklagats till Patent- och marknadsöverdomstolen. Målet överklagades av KO och har beviljats prövningstillstånd.⁷⁹

⁷⁹ PMT 2479-20 aktbilaga 5.

6 Slutsats och avslutande reflektioner

Inledningsvis kan det konstateras att marknadsföringslagen är tillämplig på marknadsföring som skapats av influencers. Marknadsföringslagen är omfattande och täcker även de juridiska problem som kan uppstå vid influencer-marknadsföring, trots att lagen stiftades flera år innan denna typ av marknadsföring blev aktuell. De bestämmelser som är särskilt aktuella är lagrummen beträffande reklamidentifiering (9 § 1 st. MFL) och sändarangivelse (9 § 2 st. MFL). Därutöver har praxis samt SOU:n *”Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld”* visat att punkt 22 i svarta listan, att felaktigt uppträda som konsument, också är aktuell.

Influencers marknadsföring kan hamna i kläm mellan marknadsföringslagstiftningen och den grundlagsstadgade tryck- och yttrandefriheten. Detta på grund av den komplexa gränsdragningen mellan kommersiellt och icke-kommersiellt innehåll. Den praxis som arbetet presenterat visar att sociala medier inte är en renodlad marknadsföringsplattform, utan snarare en plattform där var och en har möjlighet att uttrycka sina åsikter även utan ersättning, vilket ytterligare försvårar gränsdragningsproblematiken. Ponera att en, för den större allmänheten, helt okänd person startar en blogg eller ett Instagramkonto. Med tiden får personen en större följarsbas och kan titulera sig som influencer. Därefter vill företag ingå samarbetsavtal med influencern. Innehållet på plattformen kanske inte *i sig* förändras drastiskt, men det resulterar i uppkomsten av kommersiella inlägg vilket ger upphov till gränsdragningsproblematik i det fall marknadsföringen inte tydligt markerats.

SOU *”Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld”* är en mycket intressant utredning. Särskilt eftersom utredningen konstaterar att influencers marknadsföring är problematisk ur ett konsumentskyddsperspektiv, i synnerhet när det kommer till yngre användare av sociala medier. Däremot fann utredningen inte att problemet var hänförligt till brister i lagstiftningen. Istället föreslogs fortsatt arbete med utbildning, rådgivning och tydliga riktlinjer för att på så sätt sprida kunskapen om gällande rätt. Det förutnämnda är intressant att diskutera. Influencers kunskap om marknadsföringslagstiftningen torde inte vara särskilt omfattande. Därför är en satsning för att sprida information välkommen. Däremot kvarstår frågan hur effektivt det är, då materialet som Konsumentverket hittills har publicerat inte verkar fått någon större spridning. Min åsikt är att

denna typ av åtgärd inte kommer nå den önskade effekten och är därmed en ineffektiv lösning till ett allt växande problem.

Det som däremot sannolikt redan har, och kommer även i framtiden, få stor effekt på sättet influencers arbetar med kommersiell marknadsföring är Kissie-fallet respektive Kenza-fallet. De är och har under en lång tid varit bland de största influencerna i Sverige. Således kan slutsatsen att de är väldigt inflytelserika i sin bransch dras. De idoliseras av såväl sina följare som de influencers som aspirerar att nå deras nivå. Därför har dessa domar en betydande effekt inom branschen, i synnerhet Kissie-fallet eftersom det var det första fallet av detta slag. Om större och således även mer inflytelserika influencers alltid tydligt markerar sin marknadsföring finns det en större möjlighet att aspirerande influencers tar efter. Det ger troligen en större effekt än all typ av informationsspridning som skulle kunna skapas av svenska myndigheter. Därutöver är yrket influencer ett väldigt socialt yrke där information sprids snabbt via de digitala kanalerna. Således kan slutsatsen dras att de flesta inom denna bransch borde vara informerade om dessa fall och dess utgång. Förhoppningen är att dessa domar resulterar i en preventiv effekt som leder till att fler influencers rättar sig efter lagens bestämmelser gällande marknadsföring.

Kissie-fallet är onekligen ett tufft prejudikat för hela branschen. Patent- och marknadsöverdomstolen fastställde att sponsrade inlägg i sociala medier ska tydligt markera att det rör sig om ett *betalt* samarbete, något som det i branschen har slarvats med. KO har uppenbart drivit målet för att få ett välbehövligt prejudikat på marknaden. Domstolens bedömning har i viss mån klarlagt vad som gäller beträffande reklamidentifiering och sändarangivelse vid influencer-marknadsföring. Till följd av detta finns det nu vägledning för hur konsumentskyddet ska upprätthållas i denna nya bransch, vilket konsumenterna tjänar mest på i längden.

Avgörandet i Kenza-fallet har återigen fastställt att det ställs höga krav på reklamidentifiering vid influencer-marknadsföring men med fokus på åtskillnaden av redaktionellt och kommersiellt innehåll. Domstolen fastställde att de kommersiella inläggen tydligt ska skilja sig från övrigt redaktionellt innehåll och att det därutöver ska framgå att det rör sig om ett betalt samarbete. Målet har överklagats och prövningstillstånd har beviljats vilket innebär att vi inom kort kommer att få ett nytt prejudikat på området, vilket är välkommet. Det ska bli intressant att se vad Patent- och marknadsöverdomstolen finner i detta fall.

Influencer-marknadsföring är något av en marknadsrättslig gråzon där det ännu inte finns något enhetligt svar på hur denna typ av marknadsföring ska hanteras. Marknadsföringslagen är visserligen tillämplig på denna typ av marknadsföring, men ger egentligen ingen vidare vägledning om *hur* exakt marknadsföringen bör utformas. Det är viktigt att dessa typer av frågor fortsätter att behandlas i utredningar samt tas upp till prövning i domstol. Min stora förhoppning är att det i framtiden kommer fler tydliga riktlinjer samt avgöranden där influencer-marknadsföring behandlas.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1970:57, *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om otillbörlig marknadsföring m.m.*

Prop. 2007/8:115, *Ny marknadsföringslag.*

SOU 2018:1, *Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld.*

Doktrin

Bernitz, Ulf, (2013), *Svensk och europeisk marknadsrätt 2*, Nordstedts juridik.

Hovstadius Sara, (2015), 'Innehållskontroll av kommersiella meddelanden i bloggar', SvJT.

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i: Nääv Maria & Zamboni, Mauro (red.), (2018), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur.

Nordell, Per Jonas, (2020), *Marknadsrätten: en introduktion*, Nordstedts juridik.

Svensson, Carl Anders, Stenlund, Anders, Brink, Torsten, Ström, Lars-Erik, Carlén Wendels, Thomas, (2010), *Praktisk marknadsrätt*, Nordstedts juridik.

Lagkommentarer

Levin, Marianne, *Marknadsföringslag (2008:486)*, JUNO. Hämtad 06-04-2020.

Elektroniskt material

Michaela Karlén, *Konsumentverket om rättegången mot Kissie: Världshistorisk*, hämtad 12-04-2020.

<https://digital.di.se/artikel/konsumentverket-om-rattegangen-mot-kissie-varldshistorisk>

Nationalencyklopedin, *Influera*, hämtad 28-03-2020.

<https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/influera>

Konsumentverket, *Vägledning för marknadsföring i sociala medier*, Di Digital, hämtad 14-04-2020.

https://www.youtube.com/watch?v=u1HaVVg5sZc&feature=emb_title

Övrigt

Aktbilaga 5 mål 2479-20, Patent- och marknadsöverdomstolens meddelande om prövningstillstånd i mål KO mot Kenza Zouiten AB.

Rättsfallsförteckning

Marknadsdomstolen

MD 2009:33

MD 2013:3

Patent- och marknadsdomstolen

PMT 11949-16

PMT 798-19

Patent- och marknadsöverdomstolen

PMT 2054-18