



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Fredrik Nordqvist

Tillåtna överdrifter eller vilseledande marknadsföring?

En utredning om vilseledande marknadsföring av kosmetika enligt 10 §
marknadsföringslagen.

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT23

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR.....	3
1 INLEDNING.....	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Metod.....	5
1.4 Material och avgränsningar	6
1.5 Forskningsläget	8
1.6 Disposition.....	8
2 UTREDNING AV MARKNADSFÖRINGSLAGEN OCH VILSELEDANDE MARKNADSFÖRING AV KOSMETIKA	9
2.1 Vad är marknadsföringsrätt?	9
2.1.1 Allmänt	9
2.1.2 Annan relevant lagstiftning	10
2.1.3 MFL:s uppbyggnad.....	14
2.1.4 God marknadsföringssed	14
2.2 Vilsedande marknadsföring	18
2.2.1 Omvänd bevisbörda.....	19
2.2.2 Vad innefattas i begreppet vilsedande?	21
2.2.3 Vägledande vid bedömning av vilsedande marknadsföring	24
2.2.4 Förbud mot vilsedande marknadsföring enligt 10 §	25
3 DISKUSSION	28
3.1 Vad utmärker bedömningen av vilsedande marknadsföring av kosmetika?.....	28
3.1.1 Vederhäftighetskravet.....	28
3.1.2 Hudkräm eller läkemedel?.....	28
3.1.3 Genomsnittskonsumenten.....	28
3.1.4 Den omvända bevisbördan	29

3.2	Tillåtna reklamöverdrifter eller vilseledande marknadsföring?	30
3.2.1	Rättstillämparen.....	30
3.2.2	Doktrinen.....	30
KÄLLFÖRTECKNING	32
Källor	32
Litteratur	33

Summary

The Swedish Marketing Act is largely based on the Unfair Commercial Practices Directive. The directive stipulates that an assessment in accordance with the Swedish Marketing Act should be made in line with the directive. In Sweden, there is a long tradition of making strict and restrictive assessments regarding exaggerations in marketing (puffery). Especially when it comes to the marketing of cosmetics, a conservative assessment is made regarding permissible exaggerations in marketing. This is because health-related products have a special status in Swedish marketing legislation and are considered to have a particular protective value.

The purpose of this essay is to explore the boundaries of what can be considered deceptive in the marketing of cosmetics. The essay takes a critical stance towards the portrayal of the legal situation regarding misleading marketing presented in the doctrine.

After analyzing the preparatory work, case law, and doctrine, the essay concludes with a discussion of the specific challenges that await a business operator when marketing cosmetics, as well as a discussion on the accuracy of the Swedish court's application of the Swedish Marketing Act regarding puffery.

Sammanfattning

Den svenska marknadsföringsrätten bygger i stort på direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Av direktivet framgår att en bedömning utifrån marknadsföringslagen ska göras direktivkonformt. I Sverige finns en lång tradition av att göra förhållandevis hårda och begränsande bedömningar vad gäller överdrifter inom marknadsföring (puffery). Inte minst vad gäller marknadsföring av kosmetika gör domstolarna en konservativ bedömning av vad som är tillåtna överdrifter inom marknadsföringen. Detta beror på att hälsorelaterade produkter har en särställning i svensk marknadsföringsrätt och anses ha ett särskilt skyddsvärde.

Syftet med uppsatsen är att utforska var gränsen går för vad som får anses vilseledande vid marknadsföring av kosmetika. Uppsatsen ställer sig kritisk till den bild av rättsläget, vad gäller vilseledande marknadsföring, som presenteras i doktrinen.

Genom att analysera propositionen, direktivet, praxis och doktrinen landar uppsatsen i en diskussion om vilka särskilda utmaningar som väntar en näringsidkare vid marknadsföring av kosmetika, samt en diskussion om riktigheten av domstolens tillämpning av marknadsföringslagen och doktrinens beskrivningar, vad gäller överdrifter inom marknadsföring.

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
KO	Konsumentombudsmannen
KOV	Konsumentverket
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och Marknadsöverdomstolen
Prop.	Proposition
SvJT	Svensk Juristtidning
T	Tingsrätt

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Efter att jag snabbt kom i kontakt med vilseledande marknadsföring och reklamöverdrifter inom marknadsföring under min andra termin på juristprogrammet har gränsen mellan vad som anses vara en godkänd överdrift och vad som anses vilseledande intresserat mig. Det är inte uppenbart och det rör sig om så kallad praxisstyrd lagstiftning. Det är i den gråzonen mitt intresse har uppstått, och efter att ha satt in mig ytterligare i området har jag särskilt fastnat för vilseledande marknadsföring av kosmetika. Hälsorelaterade produkter är särskilt hårt reglerade och är inte endast bundna av marknadsföringsrättsliga bestämmelser, utan även regelverk specifika för sina områden. I en annars relativt obunden del av regelvärlden ställs rättstillämparens förhållandevis fria bedömning på sin spets när det gäller just marknadsföring av produkter relaterade till hälsa.

Den (inte längre så) nya marknadsföringslagen införlivade direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Direktivet, liksom marknadsföringslagen, utformades som ett ramregelverk. Resultatet har blivit att rättstillämparen har fått ett stort inflytande på tillämpningen. Det har dock framhållits att lagen ska tolkas direktivkonformt, och krävts att detta i Sverige historiskt hårt reglerade området ska öppnas upp något. Det är som nämnt ett praxisstyrt område, men även om doktrinen är omfattande är avsaknaden på ett kritiskt perspektiv slående. Saken ställs på sin spets i den gråzon som är marknadsföring av kosmetika. Kosmetika är särskilt utsatt då det löper risken att vid felaktig marknadsföring klassificeras som läkemedel eller medicinteknisk produkt. Dessutom är marknadsföringslagen särskilt strikt vad gäller marknadsföring av produkter med inverkan på hälsan. Just därför anser jag att det är av särskilt värde att undersöka vad som händer med bedömningen av vilseledande marknadsföring när den ställs på sin spets.

1.2 Syfte och frågeställning

I en till synes svårnavigerad del av marknadsföringslagstiftningen är syftet med den här rättsvetenskapliga uppsatsen att utforska var gränsen går för vad som får anses vilseledande vid marknadsföring av kosmetika. Dessutom har uppsatsen till syfte att ur ett kritiskt perspektiv utreda rättsläget vad gäller tillåtna överdrifter och vilseledande marknadsföring i allmänhet, och av kosmetika i synnerhet.

Uppsatsen har därför för avsikt att utreda följande frågeställningar:

Gör domstolen en annan bedömning vid marknadsföring av kosmetiska produkter, jämfört vilseledande marknadsföring i allmänhet?

Vid marknadsföring av kosmetika, var går gränsen mellan tillåtna överdrifter och vilseledande marknadsföring?

Gör rättstillämparen en direktivkonform tolkning vid tillämpningen av vilseledande marknadsföring enligt marknadsföringslagen?

1.3 Metod

För att besvara frågeställningarna följer en omfattande utredning av vad som utgör vilseledande marknadsföring. För att förstå området börjar utredningen brett i en presentation av marknadsföringslagen och lagens beståndsdelar, för att sedan succesivt arbeta sig fram mot det smala området av vilseledande marknadsföring enligt 10 § MFL. Hur lagstiftningen förhåller sig till kosmetika behandlas löpande genom arbetet, men framför allt i de smalare delarna av utredningen. Utredningen består av lagtext, EU-direktiv, förarbeten, praxis, lagkommentarer och ett brett utbud av doktrin på området. Centralt för rättsområdet är praxis, varför den presenteras löpande i samband med att kontexten förklarats av det övriga materialet.

För utredningen har en rättsdogmatisk metod använts, i diskussionen har en kritisk rättsdogmatisk metod tillämpats för att kunna besvara frågeställning-

arna. Den rättsdogmatiska metoden innebär att genom, de vedertagna rättskäl-
lorna, lag, förarbeten praxis och doktrin söka att fastställa gällande rätt.¹ Kri-
tisk rättsdogmatisk metodik innebär att med fristående ändamålsargument ar-
gumentera för att rättsläget bör förändras och/eller att rättsläget är otillfreds-
ställande.²

Det bör understrykas att uppsatsen inte är någon form av statistisk redogörelse
för hur domstolen dömt vad gäller vilseledande marknadsföring av kosme-
tika. Även om det rör sig om praxisstyrd rätt är uppsatsen uppbyggd utifrån
den sedvanliga normhierarkin och praxis används i stor utsträckning snarast
för att ge exempel på rättstillämparens bedömning.³

1.4 Material och avgränsningar

Som ovan nämnt har utredningen begränsats till vilseledande marknadsföring
av kosmetika. Från början var tanken att även inkludera läkemedel och kost-
tillskott, men på grund av uppsatsen begränsade omfattning har jag valt att
endast behandla kosmetika, dock med relevanta instick från andra områden.
Förutom brist på utrymme är anledningen till att just behandla marknadsför-
ing av kosmetika, som tidigare nämnt, att det är ett särskilt hårt reglerat om-
råde och att bedömningen i dessa fall ställs på sin spets. Genom arbetet har
jag använt mig av förarbeten i form av propositioner och EU-direktiv. Ef-
tersom området till stor del regleras genom praxis har jag läst och analyserat
över 40 rättsfall, av vilka ett antal används i utredningen antingen för att på-
visa en tolkning eller för att exemplifiera hur en viss del av bedömningen kan
se ut. Vidare har jag genom arbetet vägt olika författares uppfattningar i dok-
trinen mot varandra.

Framstående på området är bland andra Marianne Levin som skrivit Lexino-
kommentaren till marknadsföringslagen. Levin är professor i civilrätt vid

¹Se Kleineman, s. 21 och 40–41.

² Se Kleineman, s. 40.

³ Jämför Kleineman, s. 38–39 och Peczenic, SvJT 2005 s 259–260.

Stockholms universitet med immaterialrätt som specialitet. Hon är även föreståndare för Institutet för Immaterialrätt. Levins verk används frekvent som källa även i annat material jag tagit del av för uppsatsen.

Per Jonas Nordell är ännu en auktoritet på området. Även Nordell är professor i civilrätt vid Stockholms universitet. Nordell är kursföreståndare för marknadsrätt och bedriver forskning på marknadsrättens gränser.

Tobias Ettell och Maria Bruder (med flera) har skrivit Marknadsföringsrätt, den materiella rätten och processen. Ettell har under flera decennier arbetat som jurist inom marknadsrätt och reklamjuridik. Han har bland annat jobbat för advokatfirman Fylgia, Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation, Reklamombudsmannen och TV4. Bruder är advokat och delägare i Westerberg & Partners Advokatbyrå. Hon är specialiserad inom immaterialrätt och marknadsföringsrätt. Bruder har tidigare varit verksam som rådmann på Stockholms tingsrätt, Patent- och marknadsdomstolen samt justitiesekreterare på Högsta domstolens immaterialrättsavdelning.

Carl Anders Svensson är advokat och jobbar inom marknadsrätt. Svensson är specialiserad inom marknadsrätt och har en stor praktisk erfarenhet, dessutom har han skrivit åtskilliga böcker på området.

Peter Gerhard är assisterade professor vid Ekonomihögskolan, Lunds universitet. Gerhard har under många år varit verksam som universitetslektor i handelsrätt.

1.5 Forskningsläget

Som nämnt finns det en del doktrin på området. Ett drag som är genomgående inom doktrinen är att den präglas av en deskriptiv utformning. Det framgår som allmänt känt att området är praxis-styrt, och därav följer beskrivningar av gällande rätt, i den mån det går.

Det finns vissa meningsskillnader mellan författarna, men vad som är genomgående slående är bristen på ett kritiskt perspektiv. Vad jag hoppas kunna bidra med till forskningsläget är ett kritiskt perspektiv och en nyansering av rättsläget.

1.6 Disposition

Vid första anblick kan uppsatsens disposition uppfattas som något rörig, men det faller sig naturligt på grund av att de begrepp och olika beståndsdelarna av bedömningen av vilseledande marknadsföring i mångt och mycket går in i varandra.

För att göra det så enkelt som möjligt börjar utredningen i att beskriva marknadsföringslagstiftningen i breda drag för att sedan bli mer och mer specifik för att till slut landa i 10 § marknadsföringslagen om vilseledande marknadsföring. I stället för att ha ett särskilt kapitel för praxis anser jag att det är mer naturligt och lättförståeligt att väva in praxis i huvudtexten. Praxis presenteras därför i samband med att det relevanta området har beskrivits, i stället för separat.

2 Utredning av marknadsföringslagen och vilseledande marknadsföring av kosmetika

2.1 Vad är marknadsföringsrätt?

2.1.1 Allmänt

Marknadsföringsrätten består av, beroende på vad det rör sig om för produkt, flera olika regelverk. Det mest centrala regelverket är den nu gällande marknadsföringslagen (2008:486). MFL bygger på ett fullharmoniseringsdirektiv från EU, direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder, och trädde i kraft den 1 juli 2008. Den nuvarande lagen bygger på och har samma struktur som den äldre marknadsföringslagen.⁴

En generell målsättning för EU är att undanröja hinder för den fria rörligheten av varor och tjänster inom unionen. Tanken bakom direktivet är att skapa ett enhetligt konsumentskydd för alla medlemsstater, och därigenom främja det övergripande målet.⁵

MFL har generell räckvidd, omfattar alla former av media (TV, tidning, internet, osv) och täcker hela marknadsens utbud och efterfrågan av produkter. Lagen kompletteras av specialbestämmelser för vissa produkter, vissa försäljningssätt och vissa medier.⁶

Syftet bakom MFL är att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Saker som politisk propaganda, samhällsinformation, opinionsbildning, nyhetsförmedling

⁴ Se Gerhard, s. 17.

⁵ Se Svensson, s. 43.

⁶ Se Svensson, s. 43.

och religiös förkunnelse faller utanför MFL:s tillämpningsområde eftersom lagen endast tar sikte på kommersiell marknadsföring.⁷ Även om lagen främst tar sikte på konsumentintressena finns även ett skydd mot otillbörlig marknadsföring för enskilda näringsidkare. Lagen ger ett visst skydd mot illojal konkurrens med ohederliga metoder mellan företagare. Syftet med lagen är alltså även att motarbeta otillbörliga metoder och snedvridningar av konkurrensen på marknaden i stort.⁸

I förarbetet till MFL framhålls att lagen framför allt har till syfte att skydda konsumenternas intresse, men även att näringslivets intressen ska tas till vara.⁹

Främst ansvarig för att övervaka efterlevnaden av marknadsföringslagen och de flesta av de speciallagar som knyter an till marknadsföringslagen är Konsumentombudsmannen (KO). KO är generaldirektör och chef för Konsumentverket (KOV). De tar sig an ärenden på eget initiativ och ärenden som kommer in i form av anmälningar från konsumenter, näringsidkare, organisationer och myndigheter. KOV utfärdar även föreskrifter, råd och anvisningar för företags marknadsföring.¹⁰

För tillsyn av läkemedel, medicintekniska produkter och vissa andra produkter som står läkemedel nära är Läkemedelsverket främst ansvarigt för kontroll och tillsyn. För livsmedel är det Livsmedelsverket.¹¹

2.1.2 Annan relevant lagstiftning

Det är viktigt att ha en viss förståelse för annan lagstiftning som frekvent dyker upp i många avgöranden av vilseledande marknadsföring av kosmetika. Främst rör det lagstiftning av läkemedel, vilket behandlas nedan.

Reglerandet av reklam för läkemedel är i hög grad harmoniserat på EU-nivå. Läkemedelsdirektivet (2001/83/EU) om upprättande av gemenskapsregler för

⁷ Se Svensson, s. 45 och 1 § MFL.

⁸ Se Gerhard, s. 18 f.

⁹ Se Prop. 2007/08:115 s. 140.

¹⁰ Se Gerhard, s. 20.

¹¹ Se Gerhard, s. 20.

humanläkemedel¹² är mest centralt. Direktivet är i huvudsak genomfört i svensk rätt genom MFL och läkemedelslagen (SFS 2015:315). I 12 kap. 2 § läkemedelslagen anges att vid marknadsföring av humanläkemedel ska det lämnas sådan information som är av särskild betydelse för allmänheten. Av 1 § samma kapitel framgår att marknadsföring av humanläkemedel som inte har godkänts är förbjuden.

Som bekant är det Läke-medelsverket som utövar tillsyn över lagens efterlevnad. Verket har rätt att meddela föreläggande och förbud vid vite. Läke-medelsverket har även möjlighet att anmäla den felaktiga marknadsföringen till KO, som i sin tur kan driva ärendet enligt MFL:s regler.¹³

Angående begreppet läkemedel menar Maria Bruder att alla slags produkter som påstås ha egenskaper att förebygga eller behandla sjukdomar hos människor eller djur, oavsett om de faktiskt besitter sådana egenskaper, innefattas i begreppet. Så kallat läkemedel genom benämning.¹⁴ Bruder menar vidare att begreppet läkemedel genom benämning ska tolkas vidsträckt, med hänvisning till en dom från EU-domstolen¹⁵ där det fastslagits att även produkter som inte är tillräckligt effektiva eller har den effekt som en konsument har rätt att förvänta sig, omfattas av läkemedelsdirektivet. Det gäller även produkter som inte direkt utger sig för att vara ett läkemedel, men som en normalt upplyst konsument uppfattar som ett läkemedel med tanke på produktens utseende.¹⁶

2.1.2.1 L'Oréal mot ACO

I MD 2008:4 behandlades marknadsföring av kosmetiska och hygieniska produkter, i synnerhet i vilken omfattning marknadsföring får antyda att produkten i fråga har effekter av medicinsk karaktär. Kärande i målet var L'Oréal

¹² Läkemedel avsedda för människor.

¹³ Se Gerhard, s. 65.

¹⁴ Se Bruder, s. 322.

¹⁵ Se C-319/05, p. 43–46.

¹⁶ Se Bruder s. 322 f.

Sverige AB och svarande ACO Hud AB, båda företag som är verksamma inom kosmetikaområdet.¹⁷

Käranden yrkade att MD skulle förbjuda svaranden att i sin marknadsföring använda formuleringar som

Medical,
Diagnos: Torr hårbotten,
Ordination: ACO Medical,
Apotekens Composita

eller liknande formuleringar som antyder att produkterna i fråga är läkemedel eller har medicinska/läkemedelsliknande effekter, eller har någon koppling till Apoteket AB, när så inte är fallet. Svaranden bestred käromålet i dess helhet.¹⁸

Produkterna i fråga tillhörde en produktserie svaranden lanserat år 2005 vid namnet Medicalserien. Till serien hörde produkter som tvålar, handkrämer, och schampon. Produkterna var tydligt märkta med orden Medical och Apotekens Composita på förpackningarna. Vid marknadsföringen av produktserien användes formuleringarna diagnos och ordination.¹⁹

Käranden anförde i huvudsak att genom formuleringarna som använts har svaranden gjort sig skyldig till vilseledande marknadsföring.²⁰ Angående användningen av orden Diagnos och Ordination i marknadsföringen påstod käranden att orden är typiska fackuttryck inom den medicinska professionen och att det är vilseledande att använda den typen av uttryck på kosmetiska produkter. Käranden menade även att användandet av uttrycket Apotekens Composita skapar fler associationer mellan produkten och läkemedel, att det

¹⁷ Se MD 2008:4 s. 2.

¹⁸ Se MD 2008:4 s. 2–3.

¹⁹ Se MD 2008:4 s. 3.

²⁰ Se MD 2008:4 s. 3–4.

ger konsumenten ett intryck av att produkterna har läkemedelsliknande effekter och att produkterna är sammansatta eller tillverkade av Apoteket.²¹

Svaranden ansåg inte att marknadsföringen varken var vilseledande eller otillbörlig. Eftersom produkterna inte såldes med några löften om medicinska egenskaper, och därmed inte omfattades av legaldefinitionen av läkemedel behövde de inte vara registrerade i läkemedelsregistret, varför lagstridighetsprincipen inte var tillämplig, menade svaranden.²²

Angående begreppen Diagnos och Ordination påstod svaranden att de inte gav intryck av att produkterna är läkemedel eller har läkemedelsliknande egenskaper, utan att de i stället används i många områden utanför läkemedel. ACO är en förkortning för Apotekens Composita, varför formuleringen syns på deras produkter, menade svaranden.²³

MD framhöll angående begreppen Diagnos och Ordination att med hänsyn till det sammanhang som formuleringarna använts, och då ord som diagnos och ordination är vanligt förekommande i medicinskt språkbruk, kunde formuleringarna anses förmedla ett intryck av att produkterna hade medicinska/läkemedelsliknande effekter. Eftersom produkterna saknade sådana effekter gjorde MD bedömningen att även denna del av marknadsföringen var vilseledande och otillbörlig. Domslutet formulerades på ett sådant sätt att begreppen Diagnos och Ordination inte fick användas tillsammans med ordet Medical, eller med andra liknande beteckningar.²⁴

Angående användandet av orden Apotekens Composita menade MD att orden inte kan anses ägnade att ge en genomsnittskonsument några särskilda föreställningar om produktens egenskaper, och att förbud inte kunde meddelas på denna grund.²⁵

²¹ Se MD 2008:4 s. 4–5.

²² Se MD 2008:4 s. 6.

²³ Se MD 2008:4 s. 6–8.

²⁴ Se MD 2008:4 s. 10.

²⁵ Se MD 2008:4 s. 10.

2.1.3 MFL:s uppbyggnad

Lagen är uppbyggd med en vitessanktionerad allmän generalklausul, som innebär att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed. Utöver god marknadsföringssed finns som bekant två ytterligare generalklausuler som förbjuder aggressiv respektive vilseledande marknadsföring. Utöver generalklausulerna återfinns även de preciserade bestämmelserna, katalogreglerna. För att en åtgärd ska anses otillbörlig krävs det, utöver att den faller in under någon av de ovan redogjorda kategorierna, att åtgärden påverkar eller sannolikt påverkar förmågan att fatta ett välgrundat affärsbeslut hos den som åtgärden är riktad mot, det så kallade transaktionstestet (mer om det nedan). Det finns dock ett undantag, om åtgärden faller in under någon av de uttryckligen förbjudna marknadsföringsåtgärderna, svarta listan (SFS 2008:487), anses åtgärden alltid vara otillbörlig.²⁶

MFL har traditionellt beskrivits som en ramlag, Marianne Levin menar att det är något som med tiden suddats ut då lagen blivit betydligt mer precis under åren. I förhållande till generalklausulerna kan MFL i någon mening fortfarande ses som ramlagstiftning, menar Levin. Generalklausulerna fungerar som allmänt hållna regler, ramar och riktlinjer som överlämnar tolkningen till rättstillämparen.²⁷

År 2016 upphörde Marknadsdomstolen och i stället tillkom en Patent- och marknadsdomstol som första instans och en Patent- och marknadsöverdomstol som andra instans för marknadsrättsliga mål.

2.1.4 God marknadsföringssed

Enligt 5 § MFL ska marknadsföringen stämma överens med god marknadsföringssed. Carl Anders Svensson menar att marknadsföringssed består av

²⁶ Se Svensson, s. 44.

²⁷ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 1 §, avsnitt 2.1 Otillbörliga affärsmetoder och den svenska traditionen, Lexino 2023-05-11 (JUNO).

god affärssed och andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter. Exempel på sådana är lagstridighetsprincipen, speciallagstiftning, Konsumentverkets föreskrifter och allmänna råd, praxis från Patent- och marknadsdomstolen (och Marknadsdomstolen) samt andra internationellt vedertagna normer inom ramen för lagens syfte.²⁸ Bestämmelsen fungerar nästan som en slasktratt för att fånga upp otillbörlig marknadsföring som inte kan placeras in under aggressiv eller vilseledande marknadsföring.²⁹

God affärssed beskriver Svensson som sedvana från näringslivet, främst förankrade i Internationella Handelskammarens *Regler för reklam och marknadskommunikation*.³⁰

2.1.4.1 Lagstridighetsprincipen

Lagstridighetsprincipen kommer till uttryck i den första paragrafen av Internationella Handelskammarens grundregler för reklam. Principen utgör ett uttryck för konsumenters rätt att inte behöva utstå lagstridiga åtgärder eller att vilseledas att själva vidta lagstridiga åtgärder. En marknadsföringsåtgärd som strider mot någon annan lag strider alltså även, på grund av lagstridighetsprincipen, mot god marknadsföringssed.³¹

2.1.4.2 Transaktionstestet

Vad gäller tillämpningen av generalklausulen krävs i övrigt att den otillbörliga marknadsföringsåtgärden i märkbar mån innebär eller sannolikt innebär en påverkan på förmågan att fatta ett välgrundat affärsbeslut hos den som åtgärden är riktad mot. I stället för i märkbar mån, om marknadsföringen varit vilseledande, ställs ett lägre krav på sannolik ekonomisk effekt. I praktiken innebär det att det räcker att den otillbörliga åtgärden medför eller sannolikt medför att konsumenten fattar ett affärsbeslut som den annars inte hade gjort. Traditionellt har bedömningen gjorts genom ett transaktionstest i två steg. Först provas om åtgärden strider mot god marknadsföringssed, om åtgärden

²⁸ Se Svensson, s. 48.

²⁹ Se prop. 2007/08:115 s. 69 f.

³⁰ Se Svensson, s. 49.

³¹ Se Svensson, s. 49 f.

är aggressiv eller om åtgärden är vilseledande. Därefter prövas om åtgärden har en effekt på konsumenternas förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Som känt undantas åtgärder i den svarta listan från denna bedömning, eftersom de är otillbörliga under alla förhållanden.³² Det som krävs är alltså en faktisk eller sannolik påverkan på mottagarens möjlighet att fatta ett genomtänkt affärsbeslut för att en viss marknadsföringsåtgärd ska anses strida mot god marknadsföringssed.³³ Det har dock understrukits av PMÖD att transaktionstestet inte är en uppdelning utan en helhetsbedömning.³⁴

Företråde ska ges till den nya uppfattningen att transaktionstestet är en helhetsbedömning.³⁵ Bruder menar att i stället för att transaktionstestet kommer in först i det andra ledet av bedömningen, ska vid en bedömning av vilseledande marknadsförings otillbörlighet bedömas tillsammans med vilseledandet. Bruder anser att samtliga relevanta omständigheter, som utformningen av marknadsföringsåtgärden, val av media och hur den uppfattas av genomsnittskonsumenten, ska bedömas i kontexten av hur de tillsammans påverkat konsumentens affärsbeslut.³⁶

Vidare har MD i ett antal mål³⁷ konstaterat att om den aktuella situationen överensstämmer med kriterierna för ett vilseledande krävs inte någon separat prövning enligt transaktionstestet. Med andra ord, om en uppgift är vilseledande är den också till sin natur en uppgift som uppenbart påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.³⁸

2.1.4.3 Genomsnittskonsument

En annan viktig komponent av bedömningen är att avgöra vilken målgrupp bedömningen ska utgå ifrån. Utifrån den målgruppen ska rättstillämparen ta ställning till vilka förväntningar som kan ställas på en genomsnittskonsument

³² Se Svensson, s. 50 f.

³³ Se Gerhard, s. 23 f.

³⁴ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 1 §, avsnitt 2.2.2 Räckvidd, Lexino 2023-05-11 (JUNO) och PMT 2054-18.

³⁵ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2.1 Prövning i två led, Lexino 2023-05-11 (JUNO).

³⁶ Se Bruder, s. 71 f.

³⁷ Se MD 2011:13, MD 2011:11, MD 2011:10, MD 2011:3, MD 2009:37.

³⁸ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2.2 Kriterierna ”i märkbar mån påverkar” respektive ”påverkar”, Lexino 2023-05-11 (JUNO).

i den relevanta gruppen. Svensson menar att måttstocken utgörs av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst konsument ur gruppen. Även sociala, kulturella och språkliga faktorer kan beaktas. Om marknadsföringsåtgärden är otillbörlig och påverkar konsumenters ekonomiska beteende oberoende av vilken konsumentgrupp den riktas mot behöver ingen genomsnittskonsument identifieras, menar Svensson.³⁹

Av direktivet om otillbörliga affärsmetoder framgår att rättstillämparen ska vad gäller mer utsatta grupper (mentala eller fysiska handikapp, ålder, med flera) ta hänsyn till och göra en bedömning utifrån ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga medlemmen i den gruppen. Den särskilda bedömningen ska dock inte påverka sedvanlig och legitim praxis att i reklam göra överdrifter eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavlig mening.⁴⁰

Av EU-domstolens praxis framgår att med genomsnittskonsument menas uppfattningen hos en genomsnittskonsument av det aktuella varuslaget.⁴¹ Vid den nationella domstolens bedömning måste den använda sitt omdöme med beaktande av EU-domstolens praxis på området. En proportionalitetsprincip ska beaktas vid risken för ett vilseledande, rättstillämparen får bedöma marknadsföringsåtgärden utifrån ett hypotetiskt resonemang och det är först genom de specifika omständigheterna i det enskilda fallet begreppet genomsnittskonsument får sitt konkreta innehåll.⁴²

I ett mål gällande, bland annat, marknadsföring av fiskolja tog PMD ställning till hur målgruppen i fallet skulle avgränsas.⁴³ Bakgrunden till målet är att svaranden marknadsfört och sålt ett antal olika livsmedelsprodukter med hälsoinriktning via sociala medie-appen Instagram.⁴⁴ Käranden hade, bland annat, yrkat att svaranden vid marknadsföring av livsmedel ska förbjudas att

³⁹ Se Svensson, s. 51.

⁴⁰ Se Direktiv 2005/29/EG, art. 5.3.

⁴¹ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 1 §, avsnitt 2.4.2.1 Genomsnittskonsument, Lexino 2023-05-11 (JUNO) och mål C-470/93, mål C-210/96.

⁴² Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 3.1 Genomsnittskonsumenten som norm, Lexino 2023-05-11 (JUNO).

⁴³ Se T 5929–20 s. 1–2.

⁴⁴ Se T 5929–20 s. 6.

påstå eller ge intryck av att varan kan förebygga sjukdomar när så inte är fallet eller att varan har egenskaper som den inte har. Svaranden bestred yrkandet.⁴⁵ Angående genomsnittskonsumenten menade svaranden att den skulle avgränsas till kvinnor mellan 25–65 år, eftersom det utgjorde 80 % av instagramkontots följare.⁴⁶

PMD redogjorde i sina domskäl angående målgruppen att även om det inte fanns anledning att ifrågasätta att det främst var kvinnor i åldern 25–65 år som följde instagramkontot, fanns det inte någon särskild utredning som närmare visade vilka konsumenter marknadsföringens målgrupp bestod av, varför, med hänsyn till att kontot var öppet för alla och att de marknadsförda produkterna utgjorde livsmedel med hälsokostkaraktär, skulle målgruppen anses vara det svenska konsumentkollektivet i stort. Med hänsyn till att direktivet om otillbörliga affärsmetoder syftar till att uppnå en hög konsument-skyddsnivå, framhöll PMD att den grupp ur vilken genomsnittskonsumenten hämtas inte bör avgränsas alltför snävt.⁴⁷ PMD menade även att det i första hand är det helhetsintryck som marknadsföringen förmedlar vid en flyktig kontakt som läggs till grund för bedömningen av frågan om den är vilseledande.⁴⁸

Vidare utgår bedömningen av genomsnittskonsumenten utifrån två utgångspunkter, att reklam i allmänhet läses flyktigt och att konsumenten i första hand påverkas av helhetsintrycket. Det ska även nämnas att typen av produkt som marknadsförs får avgörande betydelse.⁴⁹

2.2 Vilseledande marknadsföring

Vilseledande marknadsföring regleras i 9, 10 och 12–17 §§ MFL. Marknadsföring som träffas av någon av dessa bestämmelser är att anse som otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett

⁴⁵ Se T 5929–20 s. 7.

⁴⁶ Se T 5929–20 s. 17–18.

⁴⁷ Se T 5929–20 s. 29–30.

⁴⁸ Se T 5929–20 s. 39.

⁴⁹ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2 Prövningen, Lexino 2023-05-11 (JUNO).

välgrundat affärsbeslut.⁵⁰ Utredningen kommer vidare främst att beröra 10 § MFL.

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder föreskriver att en affärsmetod ska anses vilseledande om den inbegriper oriktig information, eller om den genom den allmänna utformningen, oavsett om informationen är korrekt eller inte, vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda genomsnittskonsumenten och medför att denna fattar ett affärsbeslut som den annars inte skulle ha fattat.⁵¹

Det finns vissa centrala delar av den vilseledande marknadsföringen som särskiljer den från andra delar av marknadsrätten. Dessa kommer att behandlas nedan.

2.2.1 Omvänd bevisbörda

2.2.1.1 Vederhäftighet

Centralt vad gäller vilseledande marknadsföring är kravet på rättvisande framställning i marknadsföringen, vederhäftighet.⁵² Tobias Eltell beskriver vederhäftighet som kravet på sanningsenlighet, korrekthet och tydlighet.⁵³ Svensson menar att annonsören har ansvaret att bevisa att dennes påståenden i marknadsföringen stämmer, den så kallade omvända bevisbördan.⁵⁴ Den omvända bevisbördan gäller inte endast direkta påståenden i marknadsföring, utan också underförstådda och/eller indirekta påståenden.⁵⁵

Av direktivet om otillbörliga affärsmetoder framgår att domstolen ska kunna kräva att en näringsidkare bevisar riktigheten av faktapåståenden om en produkt eller tjänst, förutsatt att det förfaller lämpligt mot bakgrund av omstän-

⁵⁰ Se Svensson, s. 55.

⁵¹ Se Direktiv 2005/29/EG, art. 6.1.

⁵² Se Svensson, s. 55.

⁵³ Se Eltell, s. 104.

⁵⁴ Se Svensson, s. 55.

⁵⁵ Se Gerhard, s. 33.

digheterna i det särskilda fallet. Av direktivet framgår även att om näringsidkaren lägger fram bevisning som inte bedöms vara tillräcklig, eller inte lägger fram bevisning alls, ska domstolen betrakta faktapåståendet som oriktigt.⁵⁶

2.2.1.2 Bevisbördans omfattning

Levin menar att det inte räcker att tala sanning i marknadsföring, utan det krävs att fullt ut kunna visa att ett påstående är korrekt. Även om det förvisso finns anledning att skilja på allmänt hållna påståenden om fördelar och mer specifika utsagor, menar Levin att domstolarna trots detta ställer strikta krav på bevisningens omfattning. Hon lyfter särskilt fram marknadsföring som rör miljö och hälsa. Levin framhåller att annonsören måste kunna styrka alla till nära hands liggande tolkningar av marknadsföringen. Även om uppenbara överdrifter i regel ska tillåtas, menar Levin att dessa kan uppfattas bokstavligt och att därför även sådana utsagor måste styrkas.⁵⁷

Per Jonas Nordell lyfter fram att, vad gäller inverkan på hälsa, är marknadsföring av naturläkemedel, viktningspreparat och dylikt vanligt förekommande i praxis. Nordell menar att även om en produkt kan ha en viss påstådd effekt och att en konsument kan känna sig friskare, har den omvända bevisbördan ofta gjort det svårt att faktiskt påvisa en sådan effekt. Han menar att det i praktiken är omöjligt att dra en gräns och att gränfallen är många.⁵⁸

2.2.1.3 Vederhäftighet i relation till målgruppen

Även vad gäller vederhäftighet är målgruppen till vilken marknadsföringen riktas av relevans. Eltell framhåller att vederhäftighetskravet kan sättas ned något om marknadsföringen riktas till en särskild grupp med särskilda förkunskaper, men vidhåller att om marknadsföringen innehåller uppgifter som även den med särskilda kunskaper kan ha svårt att kontrollera ska vederhäftighetskravet upprätthållas fullt ut. Eltell lyfter även fram att om marknadsföringen riktar sig mot konsumentkollektivet är huvudregeln höga eller mycket

⁵⁶ Se Direktiv 2005/29/EG, art. 12 a–b.

⁵⁷ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 3.2 Bevisbördans omfattning, Lexino 2023-05-13 (JUNO).

⁵⁸ Se Nordell, s. 119 f.

höga krav på vederhäftighet, särskilt vad gäller hälsopåståenden, medicinska påståenden och marknadsföring av livsmedel.⁵⁹

2.2.2 Vad innefattas i begreppet vilseledande?

Man kan beskriva det som att det finns både positiva och negativa former av vilseledande. Påståenden som inte stämmer innebär såklart att marknadsföringen bedöms som ovederhäftig, en form av aktivt eller positivt handlande, att utge felaktiga uppgifter. Det anses dock även som vilseledande att utlämna viktiga upplysningar, trots att allt som kommunicerats varit helt sanningsenligt, vad man kan kalla negativt vilseledande.⁶⁰

Uppenbara överdrifter eller rent bagatellartade osanningar finns det undantag för. Uttryckligen bör inte att i reklam göra överdrivna påståenden eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavlig ordning anses otillbörligt.⁶¹ Representanter från näringslivet uttryckte i ett remissvar till propositionen till den nya marknadsföringslagen en önskan om en klar skiljelinje mellan uppenbart överdrivna påståenden som inte är menade att uppfattas bokstavligen (så kallad puffery), som inte vilseleder och som det inte finns någon anledning att ingripa mot, i kontrast till obevisade påståenden om konkreta sakförhållanden som är ägnade att inverka på ett köpbeslut. Sveriges Reklamförbund uttryckte i ett remissvar till samma lag att de ansåg att Marknadsdomstolens praxis för överdrifter varit strängare än motsvarigheten i andra EU-länder. De uttryckte vidare en önskan om ändring av praxis gällande användningen av överdrifter i reklam. Konsumentvägledarnas Förening uttryckte å sin sida en oro för att Marknadsdomstolens praxis om överdrifter i reklam skulle komma att uppluckras.⁶²

I propositionen framhålls att en näringsidkare bör få använda sig av normalt förekommande och lagligen godtagbara överdrifter, även om marknadsföringen riktas mot en mer utsatt eller svagare konsumentgrupp. Angående att MD hållit en hårdare linje vad gäller överdrifter än flera andra medlemsländer

⁵⁹ Se Eltell, s. 105.

⁶⁰ Se Svensson, s. 55.

⁶¹ Se Svensson, s. 55.

⁶² Se Prop. 2007/08:115 s. 84.

framhålls att MD:s praxis kommer att behöva mjukas upp när det gäller överdrifter i reklam och att bedömning kommer att utgå från en enhetlig gemenskapsnivå. Det lämnas dock till MD att närmare avgöra den avgränsningen.⁶³

2.2.2.1 KO mot L'Oréal

Marknadsföring av kosmetika berördes även i MD 2010:28, mer specifikt att använda vilseledande löften om föryngrande effekter i text och bild. Kärande i målet var KO och svaranden L'Oréal Sverige AB.⁶⁴

Bakgrunden till målet är att varumärkena Lancôme och Vichy (ägda av svaranden) genom annonser marknadsfört sina hudkrämer Vichy Liftactiv Pro och Lancôme High Résolution (nedan kallade produkt/produkterna).⁶⁵

Kärande yrkade att MD skulle förbjuda svaranden att vid marknadsföring av kosmetiska produkter påstå eller ge intryck av att produkten exempelvis är

Källan till frisk hud,
eller,

Reducerar rynkorna med laserns hastighet.⁶⁶

Käranden menade att formuleringarna gav intryck av att rynkor i ansiktet mycket kraftigt reduceras eller rent av helt försvinner, och att intrycket förstärktes av de retuscherade före- och efterbilderna av en person som använt produkten, som använts i marknadsföringen.⁶⁷

Käranden påstod även att marknadsföringen påvisade en medicinsk anknytning till produkten, bland annat på grund av påståendet att produkten bara säljs på apotek. De menar även att namnet på produkten, LiftActiv Pro, var en nickning till så kallade ansiktslyft, och att konsumenten därför skulle för-

⁶³ Se Prop. 2007/08:115 s. 86.

⁶⁴ Se MD 2010:28 s. 2.

⁶⁵ Se MD 2010:28 s. 3.

⁶⁶ Se MD 2010:28 s. 3.

⁶⁷ Se MD 2010:28 s. 3–4.

knippa produkten med resultatet av ett ansiktslyft. Käranden fortsatte att påståendet källan till frisk hud i marknadsföringen är ett långtgående och reservationslöst påstående som antyder att andra källor till frisk hud saknas.⁶⁸

Käranden påstod att produkterna i fråga inte hade någon av de tidigare nämnda egenskaperna som utlovas i marknadsföringen, och att marknadsföringen därav innehöll vilseledande framställningar angående produkternas art och kvalitet. Samma sak påstod käranden angående deras inverkan på hälsan och menade att marknadsföringen påverkat eller sannolikt påverkat mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, och att den därför skulle förbjudas.⁶⁹

Svaranden menade å sin sida att formuleringen källan till frisk hud är en ordlek och referens till Vichykällan i Frankrike. Angående formuleringen reducerar rynkor med laserns hastighet påstod svaranden att det rör sig om överdrivna påståenden, puffery, som inte var avsedda att uppfattas i bokstavlig mening och inte heller kunde uppfattas så av konsumenter i allmänhet. Alternativt att det med laser kan anses syfta till en laserbehandling som tar tre till fyra dagar.⁷⁰

MD menande att när det gäller reklam som innehåller teknisk information eller andra påståenden som kan vara svårkontrollerade eller svårbegripliga för den enskilde ställs särskilda krav på att påståendena är vederhäftiga. Ju mer långtgående påståenden som görs i reklam, desto större krav ställs på bevisningen.⁷¹ MD framhöll att vederhäftighetsbedömningen bygger på hur vid en översiktlig läsning gruppen som marknadsföringen vänder sig till uppfattar den. Avsändarens, annonsörens eller andras åsikter saknar betydelse i bedömningen. MD framhöll att det viktiga är helhetsintrycket, vad som sägs direkt eller indirekt.⁷²

⁶⁸ Se MD 2010:28 s. 4.

⁶⁹ Se MD 2010:28 s. 4.

⁷⁰ Se MD 2010:28 s. 4–5.

⁷¹ Se MD 2010:28 s. 6.

⁷² Se MD 2010:28 s. 6.

I fallet Vichy Liftactiv Pro, angående påståendet källan till frisk hud, och huruvida det utgör en sådan reklamöverdrift som inte ska uppfattas bokstavligt (puffery) tog MD upp artikel 5.3 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder som känt säger att det ska vara möjligt att, i enlighet med sedvanlig och legitim praxis, i reklam göra överdrivna påståenden eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavlig mening. Enligt MD:s bedömning måste påståendet ses som en slogan, och inte ett uttryck för att produkten skulle vara den enda källan till frisk hy. Angående ordet ”frisk” menade MD att det inte fanns någon medicinsk koppling i detta fall. Kärandens talan lämnades därför utan bifall i denna del.⁷³

Beträffande påståendet reducerar rynkor med laserns hastighet vid marknadsföringen av Lancôme High Résolution anförde MD att frågan återigen blev om det rörde sig om så kallad puffery. Efter en bedömning utifrån den genomsnittliga konsumenten, vilket ansågs vara konsumentkollektivet, kom MD fram till att påståendet gav uttryck för att produkten har en sådan snabb effekt som inte uppfattas som en typisk reklamöverdrift. Påståendet ansågs därför vilseledande.⁷⁴ Sammanfattningsvis bedömde MD att samtliga påståenden angående Lancôme High Résolution var vilseledande, ovederhäftiga och därmed otillbörliga.⁷⁵

2.2.3 Vägledande vid bedömning av vilseledande marknadsföring

Svensson menar att domstolarnas praxis i mångt och mycket är vägledande för bedömningen av vilseledande marknadsföring. Svensson påpekar även att praxis från den äldre marknadsföringslagen har med få undantag varit vägledande vid tillämpningen av 2008 års MFL. Praxis från EU-domstolen är självklart verkligt prejudicerande avgöranden på EU-nivå som måste följas av samtliga medlemsstater.⁷⁶ Peter Gerhard menar att enligt EU-domstolens

⁷³ Se MD 2010:28 s. 8.

⁷⁴ Se MD 2010:28 s. 9–10.

⁷⁵ Se MD 2010:28 s. 10.

⁷⁶ Se Svensson, s. 55 f.

praxis ska nationella domstolar göra en direktivkonform tolkning vid sin bedömning, alltså att tolka de inhemska författningarna i överensstämmelse med direktivet. Eftersom det i detta fall rör sig om ett fullharmoniseringsdirektiv kommer EU-domstolens avgöranden få allt större betydelse för tolkningen av MFL:s bestämmelser, menar Gerhard.⁷⁷

Enligt direktivet om otillbörliga affärsmetoder finns en presumptionsregel som lyder att om en affärsmetod är vilseledande ska den även anses vara otillbörlig. Det ska dock framhållas att ett rättsstridigt vilseledande på grund av handling eller underlåtenhet bara kan bli aktuellt när den genomsnittliga målgruppsmedlemmens ekonomiska beteende kan påverkas, det krävs alltså även för vilseledande marknadsföring att genomsnittskonsumenten identifieras. Levin menar att det fortsatt är avgörande hur en genomsnittlig mottagare av produktslaget uppfattar marknadsföringsåtgärden. Det finns ingen anledning att inte utgå ifrån hur den uppfattas efter sin faktiska innebörd. Hon tar även upp vikten av helhetsintrycket och framhåller att bedömningen ska göras i sitt särskilda sammanhang. Levin menar vidare att även vid en helhetsbedömning måste de åtgärder som kan anses motverka ett annars vilseledande intryck beaktas, så kallade neutraliserande åtgärder. Detta förutsätter dock att den neutraliserande åtgärden har en sådan effekt att den vilseledande delen av marknadsföringsåtgärden i princip undanröjts.⁷⁸

2.2.4 Förbud mot vilseledande marknadsföring enligt 10 §

Enligt 10 § MFL får en näringsidkare inte använda sig av felaktiga påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annans näringsverksamhet. Till bestämmelsen fogas en lista med särskild berörda ämnen, bland andra framställningar som rör produktens ursprung, användning och risker såsom inverkan på hälsa och miljö. Det första stycket utgör ett allmänt förbud mot att använda sig av vilseledande påståenden och andra liknande framställningar. Den ovan nämnda listan tar

⁷⁷ Se Gerhard, s. 20 f.

⁷⁸ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.1 Allmänt om vilseledande-bedömningen, Lexino 2023-05-13 (JUNO).

fasta på de vanligaste fallen där sådana kan förekomma. Listan är dock inte uttömmande.⁷⁹

2.2.4.1 Bestämmelsens omfattning

Bestämmelsen riktar inte bara in sig på fall av oriktig information eller falska påståenden, utan träffar även de fall då den allmänna utformningen av marknadsföringsåtgärden är ägnad att vilseleda konsumenten, även om annonsören inte de facto farit med osanning.⁸⁰

2.2.4.2 Överdrifter i marknadsföring

Angående överdrifter i marknadsföring bör en näringsidkare få använda sig av normalt förekommande och lagligen godtagbara överdrifter, även om den är riktad mot en mer utsatt eller svagare konsumentgrupp. Vilken konsumentgrupp marknadsföringen riktar sig mot ska alltså inte påverka annonsörens rätt att i reklam göra överdrivna påståenden eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavlig mening, förutsatt att den inte är vilseledande på något annat sätt.⁸¹ Levin menar dock att det i Sverige finns en fast tradition av att göra en mycket sträng bedömning av överdrifter och skrytsamma påståenden.⁸² Eltell framhåller att det kan vara svårt att dra gränsen mellan godtagbara överdrifter och vilseledande marknadsföring, bedömningen menar han ska lämnas åt rättstillämparen. Eltell påpekar även att praxis på området är knapp.⁸³

2.2.4.3 Produktens ursprung, användning och risker, såsom inverkan på hälsa och miljö

Punkt 2 i andra stycket 10 § behandlar vilseledande marknadsföring relaterad till miljö och hälsa, Levin beskriver punkten som det specifikt ”svenska” i andra styckets lista. Med det menar hon att punkten inte är hämtad från direktivet om otillbörliga affärsmetoder, utan är en inhemsk produkt som har äldre

⁷⁹ Se Svensson, s. 59 f.

⁸⁰ Se Gerhard, s. 32.

⁸¹ Se Direktivet om otillbörliga affärsmetoder art. 5.3 och prop. 2007/08:115 s. 86.

⁸² Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2 Prövningen, Lexino 2023-05-11 (JUNO).

⁸³ Se Eltell, s. 122.

anor i svensk marknadsföringslagstiftning. Levin menar att det ses som särskilt allvarligt att göra vilseledande framställningar med miljö- eller hälsopåståenden och att bedömningen traditionellt är sträng.⁸⁴

⁸⁴ Se Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.3.2 Produktens ursprung, användning och risker, såsom inverkan på hälsa och miljö, Lexino 2023-05-13 (JUNO).

3 Diskussion

3.1 Vad utmärker bedömningen av vilseledande marknadsföring av kosmetika?

3.1.1 Vederhäftighetskravet

Som ovan redogjorts för görs en särskild bedömning vad gäller produkter med koppling till hälsa. Av praxis framgår det att det ställs ett högre vederhäftighetskrav vad gäller hälsoprodukter jämfört andra produkter. Det resulterar, bland annat, i att näringsidkare får akta sig särskilt vad gäller reklamöverdrifter när det gäller marknadsföring av hälsoprodukter.

3.1.2 Hudkräm eller läkemedel?

Ett annat specifikt problem för marknadsföring av kosmetika är att näringsidkaren får akta sig för att utforma marknadsföringen på ett sådant sätt att produkten klassificeras som ett läkemedel. Det finns flera exempel från praxis där hälsoprodukter, på grund utav uttryck i marknadsföringen, ansetts anspea på medicinska egenskaper, och därav klassificerats som läkemedel. Resultatet blir att, eftersom läkemedel regleras särskilt och kräver tillstånd enligt läkemedelslagen, marknadsföringen på grund av lagstridighetsprincipen automatiskt anses otillbörlig enligt svarta listan.

3.1.3 Genomsnittskonsumenten

En annan intressant del av bedömningen är hur genomsnittskonsumenten bestäms. Vem som anses vara genomsnittskonsumenten påverkar i sin tur vederhäftighetskravet, och det ska särskilt beaktas om det rör en utsatt grupp. Även vad gäller genomsnittskonsumenten är det förutsättningarna i det enskilda fallet som ska ligga till grund för bedömningen. I T 5929–20 argumenterade näringsidkaren i ett fall av marknadsföring på Instagram för att målgruppen och genomsnittskonsumenten skulle avgränsas till den demograf som utgjordes av profilens följare. Domstolen gjorde bedömningen att det

inte var tillräckligt med bevisning, och bestämde målgruppen till konsumentkollektivet i allmänhet med motiveringen att vem som helst kan gå in på instagramprofilen. Möjligtvis kan det vara ett exempel på domstolens omdöme med beaktade av EU-domstolens praxis på området, eller ett exempel på domstolens bristande kunskaper av hur sociala medier fungerar.

3.1.4 Den omvända bevisbördan

Den omvända bevisbördan är en annan intressant del av bedömningen av vilseledande marknadsföring. Rättstillämparen har rätt att kräva av näringsidkaren att den bevisar riktigheten av påståendena i marknadsföringen. Det intressanta är att det inte räcker att informationen är korrekt, utan att det är riktigheten av helhetsintrycket som ska kunna styrkas. Även här blir det en hårdare bedömning av vilseledande marknadsföring av kosmetika i kontrast till vilseledande marknadsföring generellt eftersom den omvända bevisbördan är kopplat till vederhäftighetskravet, vilket, som redogjorts för i utredningen, är särskilt högt ställt vad gäller kosmetika.

En annan aspekt av den omvända bevisbördan är relationen till reklamöverdrifter. Levin framhåller att även rent bagatellartade reklamöverdrifter måste styrkas, jag ställer mig frågandes till hur man styrker ett påstående som inte är menat att uppfattas bokstavligt. Nordell menar å sin sida att det i praktiken är omöjligt att dra en gräns vad gäller uppenbart överdrivna påståenden.

I MD 2010:28 hamnar näringsidkaren i en underhållande situation där näringsidkaren menar att formuleringen reducerar rynkor med laserns hastighet i första hand inte ska tolkas bokstavligt, och i andra hand tvingas näringsidkaren göra en svag koppling till laserbehandlingar. Näringsidkaren hamnar i en underlig sits där den behöver argumentera för riktigheten av påståenden som den inte anser är riktiga. Jag vill dock inte lämna det osagt att skyddsvärdet av konsumenterna (och vad gäller hälsoprodukter de särskilt utsatta konsumenterna) självklart går före näringsidkarens intresse av att göra reklamöverdrifter. Min poäng är inte att skyddsintresset av konsumenterna är ställt för högt, utan endast att belysa den oförutsägbara situation en näringsidkare kan hamna i.

3.2 Tillåtna reklamöverdrifter eller vilseledande marknadsföring?

3.2.1 Rättstillämparen

Jag tycker att det är uppenbart att det fortfarande finns en viss förvirring kring var gränsen går mellan tillåtna reklamöverdrifter och vilseledande praxis. Rättstillämparen har, trots uppmaningar i förarbetena till MFL, fortsatt att hålla en hård linje, med ett högt vederhäftighetskrav, vad gäller överdrifter i marknadsföring, inte minst vad gäller marknadsföring av kosmetika. I MD 2010:28 ser vi ett exempel på just hur svår den gränsdragningen kan vara. Rättstillämparen gör bedömningen att formuleringen källan till frisk hud är en tillåten överdrift, medan uttrycket reducerar rynkorna i lasers hastighet anses vilseledande med motiveringen att den ger uttryck för att produkten har en sådan snabb effekt som inte uppfattas som en typisk reklamöverdrift. Som en del av det konsumentkollektiv som bedömningen utgår ifrån kan jag inte låta bli att ifrågasätta om någon förväntar sig resultat i 300 000 kilometer per sekund, vad det nu ens kan betyda. Med full förståelse för att detta endast är ett exempel vill jag ändå påstå, med tanke på hur bristande praxis på området är, att det ger uttryck för hur bagatellartad bedömningen ibland kan se ut.

3.2.2 Doktrinen

Det finns ingen mer klarhet att hämta från doktrinen. Svensson citerar förarbetet medan Levin menar att det i Sverige finns en fast tradition av att göra en mycket sträng bedömning av överdrifter i marknadsföring, detta trots att det ordagrant uttrycks i förarbetena att det oberoende av vilken konsumentgrupp marknadsföringen riktas mot ska vara tillåtet att göra överdrivna påståenden och påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavig mening. Eltell framhåller att det är svårt att dra en gräns, och lämnar bedömningen till rättstillämparen.

Även om det av propositionen framgår att den vidare utformningen av bedömningen av reklamöverdrifter lämnats åt rättstillämparen, anser jag att det

finns argument för att hävda att beskrivningen av rättsläget i doktrinen är direkt felaktigt. Både i propositionen, av direktivet och av EU-domstolen har konstaterats att bedömningen ska göras direktivkonformt. Att då framhålla att vi har en fast tradition i Sverige av att göra en mycket sträng bedömning av överdrifter, eller att rättstillämparen har full kontroll över bedömningen, lämnar läsaren med en så pass onyanserad och icke problematiserad bild av rättsläget att det går att hävda att den bilden inte stämmer.

Det är svårt att komma fram till en slutsats om rättstillämparen gör en direktivkonform tolkning vid sin bedömning, när det är rättstillämparen som avgör vad som är en direktivkonform tolkning. Oavsett, hur man än vrider och vänder på det, är det ändå rättstillämparen som fått ansvaret att dra gränsen mellan tillåtna överdrifter och vilseledande marknadsföring. Jag försöker inte påstå att rättstillämparen på något sätt missbrukat det ansvaret, utan endast påpeka att rättsläget inte i alla delar är så glasklart som det ibland kan framstå av doktrinen.

Källförteckning

Källor

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2008/05:115, *Ny marknadsföringslag*

Direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden

Rättsfall

PMÖD

PMT 2054–18

PMD

PMD:s dom 2020-12-10 i mål nr. T 5929–20

MD

MD 2008:4

MD 2009:37

MD 2010:28

MD 2011:3

MD 2011:10

MD 2011:13

EU-domstolen

C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel och Gewerbe Köln mot Mars*,
EU:C:1995:224

C-210/96 *Gut Springenheide and Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Ste-
infurt*, EU:C:1998:369

C-319/05 *Europeiska kommissionen mot Tyskland*, EU:C:2007:678

Litteratur

Briselius Niklas, Bruder Maria, Eltell Tobias, Åberg Johan (2021), *Mark-
nadsföringsrätt – Den materiella rätten och processen*, första upplagan,
Nordstedts Juridik (E-BOK)

Gerhard, Peter (2016), *Marknadsrättens grunder*, fjärde upplagan, Gleerups
utbildning

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod' i Nääv Maria, Zamboni
Mauro (red.) (2018), *Juridisk Metodlära*, andra upplagan, Studentlitteratur

Levin, Marianne (2021), *Kommentar till Marknadsföringslag (2008:486)*,
Lexino 2021-09-01 (JUNO)

Nordell, Per Jonas (2017), *Marknadsrätten: en introduktion*, nionde uppla-
gan, Nordstedts Juridik

Peczenik, Aleksander (2005), *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249

Svensson, Carl Anders (2019), *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*,
artonde upplagan, Studentlitteratur