



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karin Lind

Den nya marknadsföringslagen
(2008:486)

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare:
Ulf Maunsbach

Ämnesområde:
Marknadsrätt

HT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Introduktion	7
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	9
1.5 Disposition	9
2 DEN MARKNADSFÖRINGSRÄTTSLIGA REGLERINGEN	10
2.1 Den svenska marknadsrätten	10
2.2 Kort om EG-rätten	12
3 1995 ÅRS MFL (1995:450)	14
3.1 Inledning	14
3.2 Lagens syfte och tillämpningsområde	14
3.3 Genomgång av några viktiga bestämmelser	15
3.3.1 Generalklausul om god marknadsföringssed (4 § 1 st.)	15
3.3.2 Generalklausul om informationsskyldighet (4 § 2 st.)	16
3.3.3 Genomsnittskonsument	17
3.3.4 Katalogreglerna (5-13 §§)	17
3.3.4.1 Reklamidentifiering (5 §)	18
3.3.4.2 Vilseledande marknadsföring (6-8 §§)	18
3.3.5 Marknadsstörningsavgift (22 §)	19

4	DIREKTIV 2005/29/EG OM OTILLBÖRLIGA AFFÄRSMETODER	20
4.1	Bakgrund	20
4.2	Översikt över direktivet	21
4.2.1	Direktivets syfte och tillämpningsområde	21
4.2.2	Direktivets grunddrag	22
4.2.3	Direktivets implementering och tolkning	23
5	2008 ÅRS MFL (2008:486)	24
5.1	Inledning	24
5.1.1	Lagens uppbyggnad	24
5.1.2	Lagens syfte och tillämpningsområde	25
5.1.3	Definitioner	26
5.1.4	Kommentar	27
5.2	Generalklausul om god marknadsföringssed	28
5.2.1	God marknadsföringssed (5 §)	28
5.2.2	Lagstridighetsprincipen	28
5.2.3	Kommentar	29
5.3	Kommersiell påverkan	29
5.3.1	Marknadsföringens påverkan på mottagens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut (6-8 §§)	29
5.3.2	Transaktionstest	30
5.3.3	Genomsnittskonsument	30
5.3.4	Renommésnyltning och misskreditering	31
5.3.5	Kommentar	32
5.4	Aggressiv marknadsföring	33
5.4.1	Aggressiv marknadsföring (7 §)	33
5.4.2	Kommentar	34
5.5	Vilseledande marknadsföring	35
5.5.1	Vilseledande marknadsföring (8 §)	35
5.5.2	Kommentar	35
5.6	Reklamidentifiering	36
5.6.1	Utförning och presentation (9 § 1 st.)	36
5.6.2	Sändarangivelse (9 § 2 st.)	36
5.6.3	Teasers (9 § 2 st. 2 men.)	37
5.6.4	Kommentar	37
5.7	Förbud mot vilseledande marknadsföring	38
5.7.1	Allmänt förbud mot vilseledande marknadsföring (10 §)	38
5.7.2	Vilseledande utelämnande (10 § 3 st.)	38
5.7.3	Överdrifter	39
5.7.4	Kommentar	40
5.8	Begränsningar i kommunikationsmediet	41

5.8.1	Kommunikationsmediets begränsningar i tid och utrymme (11 §)	41
5.8.2	Kommentar	42
5.9	Köperbudanden	42
5.9.1	Köperbudanden (12 §)	42
5.9.2	Kommentar	43
5.10	Vilseledande efterbildningar	44
5.10.1	Skydd mot efterbildningar (14 §)	44
5.10.2	Kommentar	45
5.11	Marknadsstörningsavgift	45
5.11.1	Marknadsstörningsavgift (29 §)	45
5.11.2	Kommentar	46
5.12	Vilseledande eller aggressiv marknadsföring som under alla omständigheter är otillbörlig	47
5.12.1	Bilaga I (den svarta listan)	47
5.12.2	Kommentar	49
6	ANALYS	50
6.1	Betydelsefulla skillnader mellan 2008 och 1995 års MFL	50
6.2	EU-harmoniseringens effekter	52
6.2.1	Positiva effekter	52
6.2.2	Negativa effekter	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	56
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Summary

Marketing law is the system of law that draws up the legal boundaries of corporate behaviour in the market through the regulatory framework dealing specifically with establishment, competition, marketing, pricing, condition of contract and protection for consumers. The Marketing Act contains the fundamental regulations concerning advertising and other marketing in Swedish law. The act satisfies different purposes and protects a variety of interests. In the foreground there is consumer protection as the main interest, together with the interests of business of a free, effective and fair competition on the market.¹

On 1 July, 2008 Sweden adopted a new Marketing Act (the 2008 Marketing Act). The new act implemented Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair Business-to-Consumer Commercial Practices (the Unfair Commercial Practices Directive) (the directive). The purpose of this essay is to describe and critically review the new rules and compare them to the rules in the former Marketing Act (the 1995 Marketing Act). Yet another aspect is to find out how the Marketing Act will serve as a harmonized European legislation.

The directive is a full harmonisation directive. Under a full harmonisation approach Member States are obliged to transpose all rules and regulations stemming from the directive, thus ensuring a common standard of fairness throughout the Community. At the same time full harmonisation implies a comprehensive coverage of all situations within the approximated field of the directive. Within this field Member States cannot add new factual situations and restrictions. The purpose of the directive is to contribute to the proper functioning of the internal market and achieve a high level of consumer protection by approximating the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on unfair commercial practices harming consumers' economic interests (Art. 1). The directive shall apply to unfair business-to-consumer commercial practices before, during and after a commercial transaction in relation to a product. The directive neither covers nor affects the national laws on unfair commercial practices, which harm only competitors' economic interests or which relate to a transaction between traders.

The object of the new Marketing Act is, as in the past, to promote the interests of consumers and traders in connection with the marketing of products and to prevent marketing that is unfair to consumers and traders. It is applicable to measures directed to both consumers and traders. The new Act has the same structure as the 1995 Marketing Act. It is built up according to the same basic model, with a general clause providing that marketing must comply with good marketing practice and be fair to

¹ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 10.

consumers and traders in other respect. The general clause (5 §) is supplemented with more specific provisions.

In a comparison between the 2008 and the 1995 Marketing Act you can discern some significant differences. First and foremost the new Act is also applicable to commercial practices after an agreement has been entered into, such as misleading conduct concerning complaint and limitation periods. The increased scoop provides extensive protection for the consumer.

In the 2008 Marketing Act a commercial practice shall be unfair if it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches or whom it is addressed to (so-called transaction test). This is a level which indicates that intervening can be done, but how high or low it is seems however unclear.

Prohibition of aggressive marketing (7 §) is introduced in the 2008 Marketing Act. In the 1995 Marketing Act aggressive marketing violated good marketing practice, but now when it has been a part of the Act it means a sharpening of the Act. The provision concerning identification of advertising (9 §) means a softening-up compared to the 1995 Marketing Act, in which it was an absolute requirement of complete identification of who was responsible for the marketing. Also the trader's responsibility for misleading omissions (10 § third paragraph) means a softening-up of the 2008 Marketing Act.

The provision on "invitations to purchase" (12 §) is new in the 2008 Marketing Act. In the case of "invitations to purchase" certain information about the price and characteristics of the product is deemed to be material information of importance for consumers if the information is not already apparent from the context. Moreover, the new Act contains an Annex (the black list) listing 31 misleading and aggressive commercial practice that shall be considered unfair in all circumstances. The purpose of the list has been to make the rules foreseeable, to increase legal certainty and facilitate a full harmonisation.

An important change is that Swedish legislation in the area of market law in the future will be applicable in a new, significantly more European environment. It means that other judicial settlements and international doctrine concerning the directive will be relevant for interpretation of ditto. The case-law of the Court of Justice of the European Communities probably will become more extensive, as national courts of different member states make references for a preliminary ruling on various questions concerning the concept and the provision's correct interpretation.

Sammanfattning

Marknadsrätten är det system av rättsregler som drar upp rättsliga gränser för företagens handlande på marknaden genom ramregler som särskilt behandlar företagets etablering, konkurrens, marknadsföring, prissättning och avtalsvillkor samt skyddet för konsumenterna. MFL är den del av marknadsrätten som innehåller de rättsliga styrmedlen för företagets åtgärder på marknaden. Reglerna tillgodoser skilda syften och skyddar ett flertal olika intressen. I förgrunden står konsumentskyddet som det viktigaste intresset tillsammans med företagets intressen av en fri, effektiv och tillbörlig konkurrens på marknaden.²

1 juli 2008 trädde en ny MFL i kraft i Sverige. Den nya MFL implementerar Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder (direktivet). Syftet med denna uppsats är att redogöra för de nya reglerna och analysera de skillnader som föreligger mellan 2008 och 1995 års MFL. En ytterligare aspekt som behandlas är hur den nya MFL kommer att fungera som en harmoniserad EG-lagstiftning.

Direktivet, som har implementerats, är utformat som ett fullharmoniseringsdirektiv. Det innebär dels en fullständig harmonisering av de frågor som omfattas av direktivet och dels att medlemsstaterna är förhindrade att införa eller behålla bestämmelser som avviker från vad som föreskrivs i direktivet. Direktivet syftar till att bidra till att den inre marknaden fungerar korrekt och att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå genom att tillnära medlemsstaternas lagar och andra författningar avseende otillbörliga affärsmetoder som skadar konsumenternas ekonomiska intressen. Vidare ska direktivet tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter före, under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt (art. 1). Direktivet omfattar inte affärsmetoder i förhållandet mellan olika näringsidkare eller som endast skadar konkurrenters ekonomiska intressen.

Syftet med 2008 års MFL är, liksom tidigare, att skapa ett skydd för konsumenter och näringsidkare mot otillbörlig marknadsföring. Lagen tar sikte på att skydda konsumenters och näringsidkares ekonomiska intressen. För näringsidkare innebär lagen även ett skydd mot illojal konkurrens från andra näringsidkare. I materiellt hänseende bygger 2008 års lag på samma grundläggande struktur som 1995 års MFL, med en generalklausul som kompletteras med mer specifika förbud.

Vid en jämförelse mellan 2008 och 1995 års MFL går det att urskilja vissa betydelsefulla skillnader. Först och främst omfattar 2008 års MFL även marknadsföringsåtgärder som näringsidkaren vidtar efter det att avtal har

² Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 10.

ingåtts. Det utökade tillämpningsområdet kan ses som ett komplement till konsumentskyddande lagstiftning.

För att en åtgärd ska vara otillbörlig enligt 2008 års MFL krävs att åtgärden påverkar eller sannolikt påverkar förmågan att fatta ett välgrundat affärsbeslut hos den som åtgärden är riktad till (s.k. transaktionstest). Detta är en ”tröskel” för när ingripande kan ske, men hur hög eller låg den är ter sig dock oklart.

Förbud mot aggressiv marknadsföring (7 §) är infört i 2008 års MFL. Tidigare var det ett brott mot god marknadsföringssed, men att det nu har skrivits in i lagtexten torde innebära en skärpning av lagen. Bestämmelsen om reklamidentifikation (9 §) innebär däremot en uppmjukning jämfört med 1995 års MFL, i vilken det fanns ett absolut krav på fullständig identifikation av vem som svarade för marknadsföringen. Även näringsidkarens ansvar för underlåtenhet att lämna information (10 § 3 st.) mjukas upp något i 2008 års MFL.

Bestämmelsen om köperbudande (12 §) är helt ny i 2008 års MFL. Väljer en näringsidkare att rikta ett köperbudande till konsumenter, uppställs krav på att viss information ska lämnas för att åtgärden inte ska anses vara vilseledande. MFL kompletteras med ytterligare 31 förbud mot vissa aggressiva respektive vilseledande marknadsföringsåtgärder som alltid ska anses vara otillbörliga mot såväl konsumenter som näringsidkare (bilaga I). Syftet med listan har varit att göra reglerna överskådliga, åstadkomma högre rättssäkerhet och underlätta en fullständig harmonisering.

En viktig förändring är också att den svenska marknadsrätten i fortsättningen kommer att tillämpas i en ny, väsentligt mer europeisk miljö. Det medför bl.a. att andra medlemsstaters domstolsavgöranden och internationell doktrin rörande direktivet kommer att få större betydelse för tolkning av detsamma. EG-domstolens praxis kommer sannolikt att bli mer omfattande, vartefter olika domstolar i medlemsstaterna begär förhandsavgöranden i olika frågor rörande begrepp och bestämmelses rätta tolkning.

Förord

Tack till min handledare Ulf Maunsbach för god handledning och värdefulla kommentarer, men också för intressanta och engagerade fördjupningskurser. Tack också till Henrik som har korrekturläst denna uppsats med största möjliga engagemang.

Lund i december 2008

Karin Lind

Förkortningar

EG-fördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen
EG-rätten	EU-ländernas gemensamma regelverk
ERK	Etiska rådet mot könsdiskriminering i reklam
EU Direktivet	Europeiska Unionen Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder ³
Ds	Departementsserien
ICC	Internationella Handelskammaren, The International Chamber of Commerce
KO	Konsumentombudsman
MER	Marknadsetiska Rådet
MFL	Marknadsföringslagen
NOp	Näringslivets Opionsnämnd
SOU	Statens offentliga utredningar
Prop.	Proposition
SFS	Svensk författningssamling
TF	Tryckfrihetsförordningen
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

³ Direktivet i fulltext, Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktivet om otillbörliga affärsmetoder).

1 Inledning

1.1 Introduktion

Den Europeiska Unionen bygger på tanken om fri rörlighet för människor, varor, kapital och tjänster på den inre marknaden. Allt eftersom EU har utvecklats har potentialen för den inre marknaden blivit större. Trots detta tvekar både näringsidkare och konsumenter inför gränsöverskridande handel. EU har framställt en bild av att konsumenter och näringsidkare känner osäkerhet inför andra länders lagar och oroas över att de inte garanteras samma skydd som i sitt eget land.⁴ För att råda bot på denna osäkerhet och för att få den inre marknaden att fungera bättre har EU antagit direktivet om otillbörliga affärsmetoder 2005/29/EG.⁵ Direktivet bygger på principen om fullständig harmonisering och ska ersätta medlemsstaternas nationella regler om otillbörliga affärsmetoder med en gemensam uppsättning regler. Detta ska medföra att både konsumenters och näringsidkares rättigheter förstärks och det ska få den inre marknaden att fungera bättre.

Sveriges implementering av direktivet medförde en helt ny marknadsföringslag (2008:486)⁶ som trädde i kraft 1 juli 2008. Lagen ersätter 1995 års MFL (1995:450)⁷ som tidigare var den grundläggande regleringen av reklam och annan marknadsföring i svensk rätt. 2008 års MFL innebär en del förändringar även om den till struktur och upplägg i mycket liknar den tidigare MFL från 1995.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att redogöra för och kritiskt granska de nya reglerna i 2008 års MFL. Läsaren kommer att bli införd med vilka nyheter och skillnader som föreligger mellan 2008 och 1995 års MFL. I samband med detta kommer också redovisas vilken inverkan lagändringarna har i näringslivet, dvs. hur de nya bestämmelserna kommer att tillämpas praktiskt.

⁴ Europeiska kommissionens generaldirektorat för Hälsa och konsumentskydd, Direktivet om otillbörliga affärsmetoder, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_sv.pdf, 08-11-18.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG 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 samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004. Direktivet kommer fortsättningsvis att kallas för ”direktivet”.

⁶ Lagen kommer fortsättningsvis att kallas för ”2008 års MFL” eller ”den nya lagen”.

⁷ Lagen kommer fortsättningsvis att kallas för ”1995 års MFL”.

Eftersom den nya MFL bygger på ett EG-direktiv kommer den EG-rättsliga dimensionen att bli tydlig. En ytterligare aspekt som kommer att behandlas i uppsatsen är hur den nya MFL kommer att fungera som en harmoniserad EG-lagstiftning. Vad kommer det att innebära att ha en harmoniserad marknadsföringslagstiftning på EG-nivå? För det bara med sig positiva konsekvenser eller finns det nackdelar också? Dessa frågeställningar kommer att analyseras i uppsatsens avslutande del.

1.3 Avgränsningar

Utgångspunkten i uppsatsen är den svenska MFL. Övriga områden inom marknadsrätten har inte påverkats av direktivet och kommer således inte att behandlas. Uppsatsens tyngdpunkt ligger på 2008 års MFL. Det är dock inte någon uttömmande redogörelse av samtliga bestämmelser i 2008 års MFL, utan endast utvalda paragrafer som redovisas och analyseras. Följande bestämmelser finns med i 1995 års MFL men är ändrade i och med ikraftträdandet av 2008 års MFL: generalklausul om god marknadsföringssed (5 §), reklamidentifikation (9 §), förbud mot vilseledande marknadsföring (10 §), vilseledande efterbildningar (14 §) och marknadsstörningsavgift (29 §).

Följande bestämmelser är helt nya och har således endast redogjorts för i 2008 års MFL: marknadsföringens ekonomiska påverkan (kommersiell effekt (6-8 §§)), aggressiv marknadsföring (7 §), begränsningar i kommunikationsmediet (11 §), köperbudande (12 §), vilseledande eller aggressiv marknadsföring som under alla omständigheter är otillbörlig (bilaga I).

Bestämmelserna om vilseledande förpackningsstorlek, konkursutförsäljning och utförsäljningar, realisationer, jämförande reklam, obeställd reklam, information om garantier, andra förbud och åligganden än marknadsstörningsavgift, utplånande, upplysningsskyldighet, var och av vem talan får väckas, överklagande och rättegångsbestämmelser har inte inneburit någon förändring i och med ikraftträdandet av 2008 års MFL och har därmed utelämnats i uppsatsen.

Eftersom vissa delar av MFL utelämnas antas läsare ha viss grundläggande kännedom om marknadsföringslagstiftningen för att förstå de bestämmelser som är beskrivna. Vidare har marknadsföringsrättslig lagstiftning av specialkaraktär som påverkats av den nya lagen inte heller behandlats i uppsatsen.⁸

⁸ Exempel på sådan lagstiftning av specialkaraktär är konsumentkreditlagen (1992:830), lagen (1992:1672) om paketresor, tobakslagen (1993:581), alkohollagen (1994:1738), radio- och TV-lagen (1996:844), lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, prisinformationslagen (2004:347), lagen (2005:59) om distans- och hemförsäljning samt försäkringsavtalslagen (2005:104).

Eftersom den nya MFL bygger på ett EG-direktiv innebär det att även EG-rätten och direktivet givits ett relativt stort utrymme i uppsatsen. Jag avser inte att ge en heltäckande bild av det EG-rättsliga direktivet, utan endast en överblick över hur det är uppbyggt och vilka artiklar som föranleder nya bestämmelser i 2008 års MFL. Eftersom uppsatsen fokuserar på den svenska MFL behandlas inte direktivets betydelse och dess implementering i övriga EU-länder. Däremot med anledning av direktivets karaktär betraktas den svenska MFL i ljuset av EU:s harmoniseringsambitioner.

1.4 Metod och material

Den metod som använts under arbetet med uppsatsen är den traditionella rättsdogmatiska metoden. Följaktligen har lagtext, förarbeten, doktrin, praxis och EG-rättsliga källor studerats för att uppfylla uppsatsens syfte. Jag har även tagit del av utomrättsliga regler såsom ICC:s Grundregler för reklam, remissvar och artiklar inom området. Eftersom uppsatsen handlar om en ny lagstiftning har det med nödvändighet varit svårt att hitta praxis och andra uppgifter om lagens faktiska tillämpning. Dock finns det mycket omfattande förarbeten och av den anledningen är det denna källa som har använts flitigast. De artiklar som skrivits om den nya MFL och om direktivet har också varit till stor nytta för uppsatsen. Det var dessa artiklar som från början gjorde mig uppmärksam på att det faktiskt var en ny MFL på gång.

1.5 Disposition

Den fortsatta framställningen inleds med en redogörelse över den svenska marknadsföringsrättsliga regleringen. I samband med den följer en kortare redogörelse för EG-rätten och hur den har påverkat Sverige. I kapitel 3 redogörs för 1995 års MFL som gällde fram till 1 juli 2008. Jag kommer inte att redogöra för reglerna i detalj, utan endast för de huvudprinciper som gällde i syfte att det sedan ska bli lättare att följa vilka förändringar som har skett i 2008 års MFL. I kapitel 4 presenteras direktivet. Först ges en kort bakgrund till direktivets uppkomst samt till det bakomliggande syftet med direktivet. Därefter behandlar kapitlet direktivets tillämpningsområde och redogör för dess grunddrag. Kapitlet avslutas med att förklara hur implementeringen har skett i svensk rätt. I kapitel 5 kommer jag att behandla 2008 års MFL. Jag kommer i detta kapitel att vara mer detaljerad i min redogörelse av de nya bestämmelserna, men trots det inte ge en fullt heltäckande redovisning. Det enligt min mening mest betydelsefulla bestämmelserna kommer dock att tas upp. Varje avsnitt avslutas med att jag ger mina egna kommentarer på vad de nya bestämmelserna kommer att innebära. Uppsatsen avslutas med kapitel 6 som består av en analys. Första delen av analysen sammanställer nyheterna och skillnaderna mellan 2008 års MFL och 1995 års MFL och avser därmed att besvara den första frågeställningen. I den andra delen ges en analys av vad det innebär att 2008 års MFL är en harmoniserad EG-lagstiftning. Jag försöker besvara den andra frågeställningen genom att presentera tänkbara konsekvenser. Läsaren ges både positiva och negativa resonemang.

2 Den marknadsföringsrättsliga regleringen

I följande kapitel ges en allmän överblick över den svenska marknadsrätten. Även ICC:s⁹ Grundregler för reklam och EG-rätten presenteras kort eftersom de har stor inverkan på den svenska marknadsföringsrättsliga regleringen.

2.1 Den svenska marknadsrätten

Marknadsrätten är det system av rättsregler som drar upp rättsliga gränser för företagens handlande på marknaden genom ramregler som särskilt behandlar företagets etablering, konkurrens, marknadsföring, prissättning och avtalsvillkor samt skyddet för konsumenterna. Även om marknadsrätten innehåller inslag av civilrätt, straffrätt och offentlig rätt så utgör den i princip ett eget rättsområde. MFL är den del av marknadsrätten som innehåller de rättsliga styrmedlen för företagets åtgärder på marknaden. Reglerna tillgodoser skilda syften och skyddar ett flertal olika intressen. I förgrunden står konsumentskyddet som det viktigaste intresset tillsammans med företagets intressen av en fri, effektiv och tillbörlig konkurrens på marknaden. Företagen har också ett berättigat intresse av att få skydd för namn, varumärken och andra kännetecken som används i marknadsföringen.¹⁰ På EU-nivå tillkommer det centrala syftet att främja rörelsefriheten och öka integrationen på EU:s inre marknad.¹¹

Till marknadsrätten hör, utöver regelverket om marknadsföring i MFL, lagstiftning om bl.a. konkurrens, etablering, produktsäkerhet, immaterialrätt, kontroll av avtalsvillkor och prisreglering.¹²

Utvecklingen inom den svenska marknadsföringslagstiftningen har huvudsakligen skett under andra hälften av 1900-talet. Introduktionen av den första versionen av MFL (1970 års lag mot otillbörlig marknadsföring) markerade ett viktigt principiellt steg för den svenska marknadsrätten. Före 1970 års MFL överläts åt näringslivet att utforma och kontrollera marknadsföringsrättsliga frågor genom självreglering. Näringslivets opinionsnämnd (NOp) hade rollen som hedersdomstol, med ICC:s regelverk som utgångspunkt för sina utlåtanden. De rättsliga bestämmelser som vid tidpunkten fanns att tillgå på området var av begränsad omfattning och

⁹ Internationella Handelskammaren (The International Chamber of Commerce) är näringslivets världsorganisation. Det bildades år 1919 och har idag över 7000 medlemmar, organisationer och företag i omkring 130 länder, SOU 2006:76 s. 150.

¹⁰ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 10, 14.

¹¹ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 1, s. 26 f.

¹² Lagstiftningen på detta område påverkas inte av direktivet som har implementerats och kommer därför inte att beröras något närmare; se vidare SOU 2006:76 s. 96.

användning. Införandet av en lagreglering innebar att samhället istället övertog det huvudsakliga ansvaret för normbildning och kontroll.¹³

De normativa ramverken utgörs idag av såväl *rättsliga* som *utomrättsliga* regler. Med rättsliga regler avses lagar och andra författningar i traditionell mening samt praxis från domstolars och andra myndigheters rättstillämpning. Brott mot dessa principer är typiskt sett förenade med statliga sanktioner av något slag. Det utomrättsliga regelverket utgörs av nationella och internationella sedvaneregler, moralregler och andra etiska regler och rekommendationer utformade och utfärdade av näringslivet och branschorganisationer. Dessa regler garanteras inte genom någon form av statligt tvång. Det innebär emellertid inte att det saknas incitament för företag och privatpersoner att respektera även de utomrättsliga reglerna. Efterlevnadsgraden är i många fall hög och utomrättsliga regler utgör därmed ett viktigt och effektivt komplement till de rättsliga bestämmelserna på marknadsrättens område.¹⁴

De utomrättsliga regelverkens ändamål sammanfaller ofta med de rättsliga reglernas. I vissa fall har de emellertid ett vidare tillämpningsområde. Det kan till exempel röra sig om normer och etiska regler som syftar till att skydda den personliga integriteten. Det kan även handla om skydd för hela samhällsgrupper mot diskriminerande marknadsföring och inrättandet av nämnder och andra organ för övervakning av efterlevnaden av sådana normer. Ytterligare exempel är framtagande av standardvillkor och förhandsgranskning av marknadsföring.¹⁵ Dessa skyddsintressen faller i regel utanför MFL, då denna enbart skyddar konsumentkollektivet och enskilda näringsidkare.¹⁶

Av de utomrättsliga reglerna har ICC:s Grundregler för reklam fått störst betydelse. Reglerna har genom åren vunnit stor internationell genomslagskraft, vilket har lett till en harmonisering av den internationella synen på vad som egentligen är otillbörlig marknadsföring.¹⁷ ICC:s Grundregler för reklam är tillämpliga på all slags reklam för varor, tjänster och andra nyttigheter. Tanken är att reglerna i första hand ska användas inom ramen för näringslivets egenåtgärdssystem. Grundreglerna fungerar dock även som en världsomfattande kunskapskälla när det gäller näringslivets samlade regler på reklamområdet. De utgör också en grundläggande normkälla vid tolkningen av begreppet god affärssed enligt MFL och annan motsvarande lagstiftning i många andra länder. ICC:s huvudsyfte är att främja ekonomisk frihet, fri handel och fri konkurrens. De verkar för en harmonisering och förenkling av regler i internationell handel, för självreglering genom uppförandekoder som sätter etiska standarder samt, för att lösa kommersiella tvister genom medling och skiljedom. ICC:s Grundregler för reklam är ett led i ICC:s strävan att främja hög etisk

¹³ SOU 2006:76 s. 151.

¹⁴ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 9 ff.

¹⁵ SOU 2006:76 s. 151.

¹⁶ Bernitz, Marknadsföringslagen, s. 91.

¹⁷ SOU 2006:76 s. 152.

standard på marknadskommunikationens område genom att komplettera gällande författningar.¹⁸

För att försäkra sig om att ICC:s Grundregler för reklam följs inom de områden som inte uttryckligen omfattas av marknadsföringsrätten, har näringslivet genom egna initiativ inrättat ett par organ. Den ena inrättade organisationen är Marknadsetiska Rådet (MER). MER:s främsta uppgift är att genom prövning av principåtgärder ge auktoritativa besked om vad som utgör ”god affärssed” på marknadsföringsområdet. Den andra organisationen är Etiska rådet mot könsdiskriminering i reklam (ERK) som har till uppgift att uttala sig huruvida en viss marknadsföring är könsdiskriminerande. ERK grundar sin bedömning på ICC:s Grundregler för reklam.¹⁹ Det bör understrykas att könsdiskriminerande reklam kan tas upp till rättslig prövning i domstol enligt MFL, förutsatt att åtgärden kan inrymmas i den rättsliga regleringen och inte bara utgör en etisk fråga. Reklamen kan till exempel vara otillbörlig enligt generalklausulen.²⁰

2.2 Kort om EG-rätten

Genom medlemskapet i EU har Sverige fått anpassa sin nationella lagstiftning efter de direktiv som utfärdats inom unionen. EG-direktiven tillsammans med EG-fördraget har således varit underlag för nya regler på marknadsföringsområdet. Utöver direktiv för den rättsliga utformningen av marknadsföringsnormer finns inom EG-rätten numera också en uttalad acceptans för användning av s.k. uppförandekoder som ett komplement till lagstiftning.²¹ Härmed avses sådana utomrättsliga överenskommelser eller regeluppsättningar som syftar till att påverka näringsidkarnas affärsmetoder i en viss riktning. Även om Sveriges regler på marknadsföringsområdet har inneburit ett bra utgångsläge så har EU-medlemskapet medfört att skyddet i viktiga hänseenden både breddats och fördjupats. Innan direktivet om otillbörliga affärsmetoder trädde i kraft har EG-harmoniseringen av lagar på marknadsföringsområdet främst tagit sig uttryck i två centrala direktiv. EG-direktivet om vilseledande reklam 84/450/EEG var det grundläggande och mest heltäckande EG-instrumentet på reklamområdet. Det andra var det s.k. TV-direktivet 89/522/EEG rörande gränsöverskridande tv-sändningar. Direktivet om vilseledande reklam syftar till att skydda konsumenterna och näringsidkarna från just vilseledande reklam genom att medlemsstaterna får effektiva kontrollmöjligheter för att kunna stoppa sådan reklam. En svensk anpassning till detta direktiv skedde genom införandet av 1995 års MFL. I ett ändringsdirektiv 97/55/EG anges som tillägg till vilseledandedirektivet under vilka förutsättningar jämförande reklam är tillåten. TV-direktivet syftar till att främja fri rörlighet inom EU för TV-sändningar till allmänheten. Direktivet innehåller regler för bl.a. produktion och distribution av TV-program men också närmare regler om

¹⁸ Prop. 2007/08:115 s. 76.

¹⁹ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 23 f.

²⁰ Prop. 2007/08:115 s. 70.

²¹ Svensson, Carl Anders, Praktisk marknadsföringsetik – Näringslivets marknadsetiska egenåtgärder, s. 18.

TV-reklam och sponsring. Svensk anpassning har skett främst genom lagen om satellitsändningar av TV-program till allmänheten 1993 och en Radio och TV-lag (1996:844).²²

Ett stort antal andra EG-direktiv och förordningar har skapats för att reglera specifika marknadsföringsmetoder såsom hemförsäljning²³ och distansförsäljning²⁴, affärsmetoder i särskilda industri- och handelsbranscher (t.ex. livsmedel²⁵, läkemedel²⁶ och tobak²⁷) eller marknadsföring i utvalda kommunikationsmedier (t.ex. elektroniska kommunikationsnätverk²⁸).²⁹

²² Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s. 242 ff.

²³ Direktiv 85/577/ECC om hemförsäljning.

²⁴ Direktiv 97/7/EC om distansförsäljning.

²⁵ Se t.ex. direktiv 90/496/EEC om näringsvärdedeklaration för livsmedel; direktiv 2000/13/EC om märkning och presentation för livsmedel samt reklam för livsmedel.

²⁶ Direktiv 2001/83/EC om upprättandet av gemenskapsregler för humanläkemedel.

²⁷ Direktiv 2003/33/EC om tobaksreklam.

²⁸ Direktiv 2000/31/EC om elektronisk handel; direktiv 94/46/EC om dataskydd; direktiv 2002/58/EC om skydd för privatsfären och elektroniska kommunikationer.

²⁹ Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s. 237 ff.

3 1995 års MFL (1995:450)

I följande kapitel redovisas strukturen, uppbyggnaden och de viktigaste bestämmelserna i 1995 års MFL. Detta för att få en bättre förståelse över de ändringar som har skett i 2008 års MFL.

3.1 Inledning

1995 års MFL var tidigare den grundläggande regleringen av reklam och annan marknadsföring i svensk rätt. Lagen trädde i kraft den 1 januari 1996 då 1975 års marknadsföringslag upphörde att gälla.³⁰ Syftet med lagen var att anpassa marknadsföringslagstiftningen till dels direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam och dels till utvecklingen på marknaden, bl.a. genom införandet av ett nytt och effektivare sanktionssystem. Genom lagen kodifierades också den praxis som växt fram i Marknadsdomstolen sedan 1970-talet. År 2000 kompletteras lagen med specifika regler för jämförande reklam och i april 2004 infördes bestämmelser om obeställd reklam via e-post, automatiska uppringningsanordningar och telefax.³¹

3.2 Lagens syfte och tillämpningsområde

Enligt 1 § har 1995 års MFL till syfte att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Lagen bygger på den s.k. effektlandsprincipen, vilket betyder att lagen är tillämplig vid marknadsföring som riktar sig helt eller delvis till den svenska marknaden. Det gäller oavsett om marknadsföringen har sitt ursprung i Sverige eller något annat land. Principen följer inte av uttrycklig lagstiftning utan grundar sig på förarbetsuttalanden och Marknadsdomstolens praxis.³² Genomförandet av vissa EG-rättsakter grundade på de s.k. sändarlands- och ursprungslandsprinciperna har medfört att effektlandsprincipen fått mindre betydelse. Enligt dessa principer omfattas företag av regler i sitt hemland och inte av lagarna i det land som marknadsföringen når.³³

1995 års MFL tillämpas när näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet (2 § 1 st.). Med produkter avses varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter, exempelvis elektrisk kraft.³⁴ Nyckelbegreppet för förståelsen av lagens

³⁰ 1995 års MFL föranleddes av prop. 1994/95:123, bet. 1994/95:LU16, rskr. 1994/95:267. Till grund för lagstiftningsarbetet låg Marknadsföringsutredningens delbetänkande EES-anpassning av marknadsföringslagen (SOU 1992:49) och slutbetänkande Ny marknadsföringslag (SOU 1993:59); SFS 1995:450 Marknadsföringslag (1995:450).

³¹ SOU 2006:76 s. 95.

³² Se t.ex. MD 1989:6; prop. 1970:57, s. 93.

³³ SOU 2006:76 s. 98 f.

³⁴ SOU 2006:76 s. 98.

räckvidd är marknadsföring. Termen definieras i lagtexten såsom ”reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter” (3 §). Det är endast kommersiell marknadsföring som omfattas av lagens tillämpningsområde.³⁵ För att inte hamna i konflikt med Tryckfrihetsförordningen (TF) får MFL endast användas för att ingripa mot framställningar som är av kommersiell natur och gjorda för att tjäna ett kommersiellt syfte.³⁶

3.3 Genomgång av några viktiga bestämmelser

1995 års MFL innehåller en generalklausul (4 §) som i 1 st. ställer krav på godtagbar marknadsföring och i 2 st. regleras näringsidkarens informationsskyldighet. Generalklausulen kompletteras med en katalog med regler rörande specifika marknadsföringsåtgärder, de s.k. katalogreglerna (5-13 d §§). Därutöver finns särskilda bestämmelser om marknadsföring av otjänliga produkter (17-18 §§).³⁷

3.3.1 Generalklausul om god marknadsföringssed (4 § 1 st.)

Enligt 4 § 1 st. ska marknadsföring stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Generalklausulen är alltså utformad som ett påbud. Påbudet ger uttryck för MFL:s allmänna krav på marknadsföringen. Dessa krav kompletteras och preciseras i lagens övriga bestämmelser. En marknadsföringsåtgärd som faller under någon eller några av katalogbestämmelserna är således även att anse som otillbörlig enligt generalklausulen i 4 § 1 st.³⁸ För att generalklausulen ska vara tillämplig måste en affärsmetod, utöver att den strider mot god marknadsföringssed, också ha kommersiell effekt för att vara otillbörlig. Med kommersiell effekt menas att handlingen påverkar efterfrågan på produkten och konsumentens köpbeslut.³⁹

Som framgår av 4 § 1 st. skyddar generalklausulen även näringsidkare. Exempel på detta är misskreditering och renommésnyltning. Med misskreditering avses när en näringsidkare i sin marknadsföring använder framställningar som är ägnade att nedvärdera en annan näringsidkares verksamhet eller produkter. I den mån marknadsföringen är vilseledande eller strider mot bestämmelserna om jämförande reklam kan sådan marknadsföring angripas med stöd av 6 eller 8 a §§ MFL. Marknadsföring som är korrekt i sak, men som i onödan misskrediterar den utpekade

³⁵ Bernitz, Marknadsföringslagen, s. 28 f.

³⁶ Bruun Nielsen, Harmonisation of EU Marketing Law 2002, s. 54 f.

³⁷ SOU 2006:76 s. 97.

³⁸ Bernitz, Marknadsföringslagen, s. 32 f.

³⁹ Prop. 1970:57, s. 33, 67 f.

näringsidkaren genom exempelvis förlöjliganden kan vara att anse som otillbörlig enligt generalklausulen.⁴⁰ Renommésnyltning innebär att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigt knyter an till andra näringsidkares välkända verksamhet, produkter eller kommersiella symboler utan att det föreligger förväxlingsbarhet eller vilseledande i övrigt.⁴¹ Ett sådant förfarande omfattas dock i regel inte av bestämmelserna om vilseledande marknadsföring. I stället kan det angripas med stöd av generalklausulen.⁴²

Överträdelse av generalklausulen kan föranleda förbud, vite och skadeståndsskyldighet.⁴³

3.3.2 Generalklausul om informationskyldighet (4 § 2 st.)

Vidare reglerar 4 § 2 st. en informationskyldighet för näringsidkaren, vilket innebär att denne vid sin marknadsföring av ska lämna sådan information som är av särskild betydelse ur konsumentsynpunkt. Tanken bakom informationskyldigheten är dels att en fungerande marknadsekonomi förutsätter att konsumenterna är väl informerade för att kunna göra väl övervägda val och dels att det ankommer på näringsidkaren själv att svara för att konsumenterna får tillräcklig information. Informationen kan gälla exempelvis varans eller tjänstens innehåll, beskaffenhet, egenskaper, pris, betalningsvillkor, lämplig användning, förvaring och skötsel. Det är endast information av kommersiell natur som omfattas av informationskyldigheten. Den närmare innebörden av informationskyldigheten konkretiseras på många områden genom särskilda krav på information i annan lagstiftning. För att en näringsidkare ska ha brutit mot informationsplikten måste den undanhållna informationen ha haft inverkan på ett stort antal konsumenter eller speciellt riktat sig till en konsumentgrupp vilken är i behov av särskilt skydd. Informationen som undanhålls måste också vara av en viss dignitet. Det ska röra sig om ett inte helt oansenligt behov av information för genomsnittskonsumenten. Att en enskild konsument anser sig vara i behov av viss information kring en vara gör inte regeln tillämplig.⁴⁴ Informationsplikten begränsas inte av marknadsföringsmetodens sammanhang eller av vilket kommunikationsmedium som används.⁴⁵

Överträdelse av informationskyldigheten kan föranleda åläggande att lämna information och utdömmande av vite. Bristande information kan även

⁴⁰ Se t.ex. MD 2001:28; Bernitz, Marknadsföringslagen, s. 70.

⁴¹ Bernitz, Marknadsföringslagen, s. 71.

⁴² Se t.ex. MD 1999:41; SOU 2006:76 s. 208.

⁴³ SOU 2006:76 s. 100.

⁴⁴ Prop. 1975/76:34, s. 100, 126; prop. 1994/95:123, s. 44f.

⁴⁵ Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s. 252.

medföra att en vara eller tjänst är att anse som felaktig i civilrättslig mening.⁴⁶

3.3.3 Genomsnittskonsumert

I förarbetena till 1971 års lag mot otillbörlig marknadsföring framhölls det att vid avgörandet av om marknadsföringen är otillbörlig ska hänsyn tas till vilken krets åtgärden riktar sig till. Är marknadsföringen riktad till allmänheten är utgångspunkten reaktionen hos en genomsnittskonsumert med normal fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap, men utan närmare kännedom om den vara som marknadsförs. Riktad till marknadsföringen till en speciell grupp är det genomsnittskonsumerten i denna grupp som utgör riktmärket. Bedömning ska utgå ifrån genomsnittskonsumertens helhetsintryck vid en flyktig betraktelse av framställningen, inte en noggrann genomläsning där detaljer analyseras. Det är alltså en konsumentens uppfattning av marknadsföringen efter en övergripande och oengagerad läsning som avgör om metoden är otillbörlig. Det finns ännu striktare krav på marknadsföring som riktar sig mot utsatta grupper, t.ex. barn eller sjuka.⁴⁷

3.3.4 Katalogreglerna (5-13 §§)

De s.k. katalogreglerna innehåller konkretiserade förbud mot vissa, praktiskt viktiga former av otillåtna marknadsföringsåtgärder samt några regler av påbudskaraktär. Följande bestämmelser ingår i katalogreglerna; reklamidentifiering (5 §), vilseledande reklam (6 §), vilseledande förpackningsstorlekar (7 §), vilseledande efterbildningar (8 §), jämförande reklam (8 a §), användningen av begreppen konkursutförsäljning, utförsäljning och realisation eller liknande (9–11 §§), obeställda produkter och fakturaskojeri (12 §), förmånserbjudanden (13 §), garantier (13 a §) samt obeställd reklam (13 b–d §§). Det finns två huvudskäl till att lagen innehåller en särskild regelkatalog. Det ena är att katalogen ger lagtexten konkretion och klargör på viktiga områden vad som utgör otillbörlig marknadsföring. Detta fyller en pedagogisk och normbildande funktion. Det andra huvudskälet är att strängare sanktioner är knutna till de former av otillbörlig marknadsföring som tagits upp i katalogen. Det är endast överträdelse av katalogreglerna som kan föranleda förbud, marknadsstörningsavgift och skadeståndsskyldighet.⁴⁸ En marknadsföringsåtgärd som faller under någon eller några av katalogbestämmelserna är även att anse som otillbörlig enligt generalklausulen i 4 § 1 st.⁴⁹

⁴⁶ SOU 2006:76 s. 100.

⁴⁷ Prop. 1970:57, s. 33, 68; prop. 1994/95:123, s. 177.

⁴⁸ Bernitz, Marknadsföringslagen, s. 31 f.

⁴⁹ SOU 2006:76 s. 100 f.

3.3.4.1 Reklamidentifiering (5 §)

Enligt 5 § ska all marknadsföring utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Redan vid en flyktig kontakt ska det vara möjligt att utan tvekan skilja mellan reklammeddelanden och annan information. Framgår det inte att det är fråga om reklam krävs att det vidtas särskilda åtgärder så att reklambudskapet klart framgår. Om kravet på reklamidentifiering inte uppfylls, är framställningen normalt att anse som vilseledande i fråga om budskapets karaktär.⁵⁰

Enligt 5 § 2 st. ska det också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen, s.k. sändarangivelse. Konsumenten ska lätt kunna komma i kontakt med annonsören. Normalt ska därför annonsörens namn/firma finnas med i reklamen. I undantagsfall kan det vara godtagbart att bara varumärket anges, om detta är etablerat bland konsumenterna.⁵¹

3.3.4.2 Vilseledande marknadsföring (6-8 §§)

I 6–8 §§ finns bestämmelser som tar sikte särskilt på vilseledande åtgärder i marknadsföring. I 6 § står det uttryckt att en näringsidkare vid marknadsföring inte får använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens eller någon annan näringsidkares verksamhet. Det kan vara falska påståenden om t.ex. vilken ställning en näringsidkare har på marknaden eller om konkurrerande näringsidkares produkter. Marknadsföring som har innehållit överdrifter har bedömts strängt av Marknadsdomstolen, då dessa inte har behövt påverka konsumentens affärsbeslut för att vara otillåtna.⁵²

Vidare omfattar 6 § både skriftlig och muntlig marknadsföring och är inte beroende av vilket medium som används. För att avgöra om reklamen är vilseledande görs en bedömning utifrån genomsnittskonsumentens helhetsintryck. Till ledning för rättstillämpningen finns i 6 § 2 st. en icke uttömmande uppräkningslista med exempel på i vilka avseenden framställningar inte får vara vilseledande. Uppräkningen berör frågor om produktens egenskaper, ursprung, inverkan på hälsa eller miljö, pris och betalningsvillkor. Listan är influerad av art. 3 i direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam och av art. 5 i ICC:s Grundregler för reklam.⁵³

Av 7 § framgår att en näringsidkare inte får använda vilseledande förpackningar, dvs. förpackningar som genom sin storlek eller yttre utformning i övrigt är vilseledande i fråga om produktens mängd, storlek eller form. I 8 § finns ytterligare en bestämmelse om vilseledande marknadsföring som tar sikte på plagiering av andra originalprodukter. Bestämmelsen innebär att en näringsidkare vid marknadsföring inte får använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas

⁵⁰ SOU 2006:76 s. 228.

⁵¹ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, 13e uppl. s. 39 f.

⁵² Se t.ex. ”Världsnyheter” (MD 1987:12), ”Stans bästa pris” (MD 2006:23); SOU 2006:76, s. 236.

⁵³ SOU 2006:76, s. 230 f.

med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Detta gäller dock inte efterbildningar vilkas utformning huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell. Bestämmelsen syftar främst till att skydda konkurrenter mot ett otillbörligt utnyttjande av deras investeringar och goodwill.⁵⁴

3.3.5 Marknadsstörningsavgift (22 §)

En näringsidkare vars marknadsföring strider mot god marknadsföringssed eller på något annat sätt är otillbörlig mot konsumenter kan förbjudas att fortsätta med den marknadsföringen (14 §). Ett sådant förbud kan även riktas mot andra som medverkat till marknadsföringen. En näringsidkare kan vidare åläggas att bl.a. lämna information, om näringsidkaren vid sin marknadsföring låter bli att lämna information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt (15,16 §§). Ett åläggande eller förbud ska förenas med vite, om det inte är uppenbart onödigt. Detta är den grundläggande sanktionen enligt MFL. Det finns dock en typ av direktverkande sanktion vid grova fall - marknadsstörningsavgift. En näringsidkare som uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot någon katalogregel i 5-13 §§ och 13 c § kan förpliktas att betala en särskild avgift till staten, s.k. marknadsstörningsavgift (22 §).⁵⁵ Två bestämmelser som rör obeställd reklam (13 b, 13 d §§) är undantagna från marknadsstörningsavgift. I 13 b § uppställs ett krav på samtycke i förhand för marknadsföring till en fysisk person via exempelvis e-post, sms, telefax eller andra liknande automatiska system för individuell kommunikation som inte betjänas av någon enskild (s.k. opt in). Av 13 d § framgår vidare att en näringsidkare får använda andra metoder för individuell kommunikation på distans, exempelvis telefon, om inte den fysiska personen tydligt motsatt sig att metoden används (s.k. opt out). När regeln om krav på samtycke för obeställd reklam infördes gjordes bedömningen att marknadsstörningsavgift var en väl kraftig sanktion beträffande just obeställd reklam.⁵⁶

Marknadsstörningsavgift är också tillämplig som sanktion vid brott mot bestämmelser i de lagar som i vissa avseenden hänvisar till MFL:s sanktionssystem (22 § 2 st.).⁵⁷

⁵⁴ SOU 2006:76, s. 101 f.

⁵⁵ Dir. 2005:72 s. 3 f; SOU 2006:76 s. 104.

⁵⁶ SOU 2006:76 s. 104; se Levin, not 81 till marknadsföringslagen (1995:450), Karnov.

⁵⁷ Se 14 § 1 st. 2 men och 3 men, 14 a § 1 st. tobakslagen (1993:581), 4 kap. 10 § 4 kap. alkohollagen (1994:1738), 7 kap. 3, 4 eller 10 § 7 kap. radio- och TV-lagen (1996:844) eller, när det gäller ett erbjudande som inte är riktat bara till andra än konsumenter, 11 § lagen (1995:1571) om insättningsgaranti eller 8 § lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet; se Levin, not 129 till marknadsföringslagen (1995:450), Karnov.

4 Direktiv 2005/29/EG om otilbörliga affärsmetoder

I följande kapitel redogörs för direktivet som utgör grunden för den nya MFL. Kapitlet inleds med en introduktion till problematiken som ledde till direktivets tillkomst. Därefter följer en kort översikt över själva direktivet och vidare hur implementeringen har skett i Sverige.

4.1 Bakgrund

EG har sedan 1960-talet arbetat med frågor kring en harmoniserad marknadsrätt. Kommissionen undersökte då möjligheterna för ett gemensamt rättsligt regelverk mot otilbörlig konkurrens för de nyss grundade europeiska gemenskaperna. Det tyska Max Planck Institutet för utländsk och internationell immaterial- och konkurrensrätt fick i uppdrag att genomföra en komparativrättslig studie som utmynnade i ett förslag till konventionen mot otilbörlig konkurrens. Förslaget fick emellertid aldrig någon genomslagskraft i praktiken. Ett resultat av de omfattande förarbetena blev direktivet 84/450/EEG om vilseledande reklam. Direktivet ändrades 1997 i och med direktivet 97/55/EG om jämförande reklam. Dessa båda direktiv är minimidirektiv vilket innebär att medlemsstaterna tillåts ha strängare nationella regler än den lägstanivå som direktiven föreskriver. Direktiven konsoliderades 2006 genom direktiv 2006/114/EG om vilseledande och jämförande reklam. Tanken är att detta direktiv i fortsättningen bara ska skydda näringsidkare från konsekvenser av vilseledande reklam och att det ska ange under vilka förutsättningar jämförande reklam är tillåten.⁵⁸ EG har haft en uppdelning mellan konsumentskydd och näringsidkarskydd i sin syn på marknadsrätten. Detta märks också i det aktuella direktivet som inte direkt reglerar otilbörlig konkurrens mellan näringsidkare.⁵⁹

Trots en relativt omfattande rättsbildning inom EG, inte minst med avseende på praxis från EG-domstolen, har medlemsstaternas marknadsrätt långt ifrån varit harmoniserad. Mot bakgrund därav inledde kommissionen i början av 1990-talet en utredning inom det marknadsrättsliga området som resulterade i en grönbok om affärskommunikation på den inre marknaden (KOM[1996]192). Utredningen konstaterade att skillnaderna mellan medlemsstaterna kunde orsaka hinder för den fria rörligheten av varor och tjänster. Därmed var det konstaterat att harmoniseringsåtgärder behövdes. Arbetet med direktivet inleddes i oktober 2001 då kommissionen presenterade Grönboken om konsumentskyddet inom Europeiska unionen (KOM[2001]531). Mot bakgrund av 2001 års grönbok beslutades att arbetet med ett ramdirektiv om otilbörliga affärsmetoder skulle inledas och den 15

⁵⁸ Prop. 2007/08:115 s. 56.

⁵⁹ Bengtsson & Kahn, Den nya Marknadsföringslagen, Ny Juridik 2:08 s. 7.

november 2005 antogs direktivet av rådet. Direktivet godkändes av Europaparlamentet och blev formellt antaget den 12 juni 2005. Därefter har medlemsländerna haft två år på sig att genomföra direktivet till nationell rätt (art. 19 i direktivet).⁶⁰ Det svenska genomförandet av direktivet skulle ha varit slutfört så att de nya lagreglerna kunde ha trätt i kraft den 12 december 2007. Tidsplanen kunde dock inte hållas och det dröjde till den 1 juli 2008 innan den nya MFL (2008:486) infördes i Sverige.

Direktivet är, till skillnad från direktivet om vilseledande och jämförande reklam, ett s.k. maximi- eller fullharmoniseringsdirektiv. Det innebär att medlemsländerna är skyldiga att genomföra de regleringar som följer av ett sådant direktiv men att de inte får gå längre än vad direktivet föreskriver. Detta innebär att det inte finns något utrymme för medlemsstaterna att införa eller bibehålla regler som avviker från vad som föreskrivs i direktivet. Dock ger direktivet medlemsstaterna stor frihet när det gäller utformningen av tillsyn och sanktionssystem.⁶¹ Skälet till att direktivet är ett fullharmoniseringsdirektiv är att medlemsstaternas lagstiftning mot illojal eller otillbörlig konkurrens skiljer sig väsentligt åt vilket har inneburit ett handelshinder inom unionen. Målsättningen med direktivet är att åstadkomma en harmoniserad marknadsrättslig reglering inom hela unionen.⁶²

4.2 Översikt över direktivet

4.2.1 Direktivets syfte och tillämpningsområde

Direktivet har det dubbla syftet att bidra till att den inre marknaden fungerar väl samt att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå (art 1). I ingressen till direktivet utvecklas närmare de skäl som ligger till grund för direktivet (skäl 2–6). Där konstateras att medlemsstaternas lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder skiljer sig mycket åt från varandra. Dessa skillnader anses leda till en märkbar snedvridning av konkurrensen och hindra den inre marknaden från att fungera smidigt, bland annat genom att skapa ovisshet om vilka nationella bestämmelser som gäller ifråga om otillbörliga affärsmetoder (skäl 2). För näringsidkarna uppstår ökade kostnader vid gränsöverskridande saluföring och reklamkampanjer. Även för konsumenterna innebär skillnader i nationella lagar att de blir osäkra på sina rättigheter och att deras förtroende för den inre marknaden undermineras (skäl 3).⁶³

Direktivet ska tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som används av näringsidkare gentemot konsumenter före, under och efter en

⁶⁰ Bengtsson & Kahn, Den nya Marknadsföringslagen, Ny Juridik 2:08 s. 7.

⁶¹ SOU 2006:76 s. 182.

⁶² Bengtsson & Kahn, Den nya Marknadsföringslagen, Ny Juridik 2:08 s. 7 f.

⁶³ SOU 2006:76 s. 181; Bakardjieva Engelbrekt, EG-Direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? s. 239.

affärstransaktion som gäller en produkt (art. 3). Med affärsmetod avses en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande inklusive reklam och saluföring i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument (art. 2 d). Direktivet omfattar inte affärsmetoder i förhållandet mellan olika näringsidkare eller affärsmetoder som endast skadar konkurrenters ekonomiska intressen. Endast affärsmetoder som direkt påverkar konsumentkollektivets ekonomiska intressen omfattas (art. 5.2, 5.3 och skäl 8 i). Direktivet påverkar inte talan som väcks av enskilda konsumenter som skadats av en otillbörlig affärsmetod (skäl 9). Det reglerar inte heller icke ekonomiska konsumentintressen, exempelvis smak eller anständighet, då det finns stora skillnader i hur sådana frågor uppfattas i de olika medlemsstaterna. Det är istället upp till varje land att reglera sådana frågor (skäl 7).⁶⁴

4.2.2 Direktivets grunddrag

Direktivet ska fungera som ett allmänt ramverk. Finns det gemenskapsbestämmelser som reglerar vissa specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder har dessa företräde framför direktivets bestämmelser (art. 3.4-6).

När det gäller de materiella bestämmelserna är direktivet huvudsakligen uppdelat i fyra skilda delar:

- I. En generalklausul som förbjuder otillbörliga affärsmetoder (art. 5). Affärsmetoder ska enligt bestämmelsen anses otillbörliga om de strider mot god yrkessed och innebär, eller kommer att innebära, en avsevärd snedvridning av beteendet hos genomsnittskonsumenten i målgruppen för affärsmetoden eller genomsnittskonsumenten som nås av densamma.
- II. Förbud mot vilseledande affärsmetoder, uppdelat på två artiklar, en om vilseledande handlingar, väsentligen reklam (art. 6) och en om vilseledande underlåtenhet, väsentligen otillräcklig information (art. 7).
- III. Förbud mot aggressiva affärsmetoder, uppdelat på två artiklar, en riktad mot användning av aggressiva affärsmetoder (art. 8) och en mot användning av trakasseri, tvång och otillbörlig påverkan (art. 9). För att en affärsmetod ska anses vilseledande eller aggressiv ska affärsmetoden innebära, eller sannolikt komma att innebära, en snedvridning av det ekonomiska beteendet hos genomsnittskonsumenten.
- IV. En svart lista som omfattar 31 typer av affärsmetoder som alltid ska anses förbjudna (bilaga I i direktivet). De svartlistade affärsmetoderna är förbjudna per se och det

⁶⁴ Prop 2007/08:115 s. 54.

krävs ingen bedömning av deras effekt i det enskilda fallet.

4.2.3 Direktivets implementering och tolkning

I och med att direktivet är utformat som ett fullharmoniseringsdirektiv innebär det att det nationella utrymmet vid genomförandet är betydligt mindre än vid genomförandet av ett minimiharmoniseringsdirektiv. Direktivet innehåller också en rad begrepp och detaljerade rekvisit av central betydelse som ska komma till uttryck i enlighet med eller i nära anslutning till direktivtextens ordalydelse. Det kan samtidigt konstateras att direktivet inte är utformat som någon modellag och att EG-fördraget och EG-domstolens praxis ger medlemsstaterna frihet att anpassa såväl terminologi och systematik som valda lagtekniska lösningar till den lagstiftningstradition som finns i respektive medlemsland. Ett korrekt genomförande av direktivet kräver således inte att det återges ordagrant i nationell lagstiftning.⁶⁵

I flera kommentarer till olika förarbetsmaterial till direktivet har åsikten framförts att direktivet uppvisar tydliga ”skandinaviska” drag.⁶⁶ Det har därmed funnits goda möjligheter för Sverige att behålla grundläggande drag från 1995 års MFL vid implementeringen. Samtidigt finns det väsentliga skillnader i en rad avseenden. En skillnad är till exempel att direktivet är mer detaljerat än den svenska lagstiftningen. Utredningen har haft som utgångspunkt att i sitt arbete så långt som möjligt försöka anpassa genomförandet av direktivet till 1995 års MFL och annan lagstiftning på området. Trots likheterna har ett korrekt genomförande av direktivet krävt en hel del ändringar i MFL som kommer att redovisas i nästa kapitel.

När direktivet väl är genomfört i svensk rätt är det den nationella genomförandelagstiftningen som ska tillämpas. Det bakomliggande direktivet har dock betydelse som hjälpmedel vid tolkningen och tillämpningen av den nya lagstiftningen. Enligt EG-domstolens praxis ska nationella domstolar vid tillämpningen av lagar och andra författningar som genomför ett EG-direktiv tolka författningarna i överensstämmelse med direktivet, s.k. direktivkonform tolkning. Skyldigheten gäller dock inte lagstiftning som står i strid med ett direktiv. I stället gäller att sådan lagstiftning inte får tillämpas av domstolarna.⁶⁷

⁶⁵ SOU 2006/76 s. 90 f.

⁶⁶ Bakardjieva Engelbrekt, EG-Direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? s. 239; se t.ex. Micklitz/Kessler, Europäisches Lauterkeitsrecht. Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltens im europäischen Binnenmarkt, GRURInt. 2002, 885 ff, 891. Bernitz har även uttalat att 1995 års MFL var en av de nationella förebilder, som kommissionen beaktade mest vid direktivets utarbetande; Bernitz, Ulf, Otillbörliga affärsmetoder. Det nya EG-direktivet och vad det innebär, ur Festskrift till Marianne Levin, 2008, s 127.

⁶⁷ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 90 f.

5 2008 års MFL (2008:486)

I följande kapitel ges en genomgång av 2008 års MFL. Först redogörs för lagens uppbyggnad, syfte, tillämpningsområde och definitioner som är av grundläggande betydelse för förståelsen av lagen. Vidare följer själva genomgången av de nya bestämmelserna. För att få en helhetsbild är det också nödvändigt att redovisa vilka artiklar i direktivet som har implementerats. Efter varje avsnitt ger jag en kommentar på vad jag tror den nya bestämmelsen kommer att innebära för svensk marknadsföringsrätt.

5.1 Inledning

Det har i Sverige ända sedan 1971 funnits rättsliga bestämmelser om otillbörlig och oacceptabel marknadsföring. Lagen om otillbörlig marknadsföring uppdaterades 1976 och bytte namn till Marknadsföringslagen (MFL). Därefter har lagen EU-anpassats flera gånger under 90-talet, 2002 och 2004.⁶⁸ 2008 års MFL trädde i kraft den 1 juli 2008.⁶⁹ Genom lagstiftningen implementeras direktivet.

5.1.1 Lagens uppbyggnad

2008 års MFL har behållit systematik och terminologi från 1995 års MFL. Kortfattat innehåller lagen en vitessanktionerad allmän generalklausul som anger att all marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed. Den kompletteras med ytterligare två generalklausuler om förbud mot aggressiv respektive vilseledande marknadsföring. De s.k. katalogreglerna som funnits med i 1995 års MFL återfinns även i 2008 års MFL. För att en åtgärd ska vara otillbörlig enligt generalklausulen eller katalogreglerna krävs att åtgärden påverkar eller sannolikt påverkar förmågan att fatta ett välgrundat affärsbeslut hos den som åtgärden är riktad till. Dessa bestämmelser kompletteras med ytterligare 31 stycken uttryckliga förbud mot vissa specifika aggressiva respektive vilseledande marknadsföringsåtgärder som alltid ska anses vara otillbörliga mot såväl konsumenter som näringsidkare. Dessa förbud är uppräknade i bilaga I till direktivet och utgör en s.k. svart lista. Bilaga I har inkorporerats som svenska lag. Det sanktionssystem som används i 1995 års MFL har i stort sett överförs till 2008 års MFL. Detsamma gäller processordningen i mål som rör marknadsföring.

⁶⁸ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 37.

⁶⁹ 2008 års MFL föranleddes av prop. 2007/08:115, bet. 2007/08:CU21, rskr. 2007/08:222, EUTL376/2006 s21, EGTL298/1989 s23, EGTL144/1997 s19, EGTL171/1999 s12, EGTL178/2000 s1, EGTL201/2002 s37, EGTL271/2002 s16, EUTL149/2005 s22, EUTL364/2004 s1; SFS 2008:486 Marknadsföringslag (2008:486).

5.1.2 Lagens syfte och tillämpningsområde

Direktivet, som syftar till att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå, är begränsat till förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter. 2008 års MFL syftar, liksom 1995 års MFL, till att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och till att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare (1 §).⁷⁰ Lagen tillgodoser alltså konsumentintressena samtidigt som den ger näringsidkare skydd mot otillbörlig marknadsföring. Den syftar även till att motarbeta otillbörliga beteenden och snedvridningar av konkurrensen på marknaden i stort.⁷¹

Inom ramen för förbudet mot vilseledande marknadsföring finns en särskild regel som rör marknadsföring som utformas som ett köperbudande (12 §).⁷² Det är den enda regeln i MFL som uteslutande gäller erbjudanden gentemot konsumenter. Övriga regler tillämpas även när marknadsföringen riktas mot näringsidkare.⁷³

MFL är en ramlag och kompletteras av andra bestämmelser om marknadsföring i särskild lagstiftning. Av 1 § 2 st. framgår en uppräkningslista av flertalet av dessa kompletterande lagar. Listan bör ses som vägledande, men inte uttömmande. Undantag från listan är marknadsrättsliga bestämmelser som är kopplade till andra sanktionssystem än det som finns i MFL.⁷⁴

Lagens tillämpningsområde breddas i 2008 års MFL genom att marknadsföringsbegreppet utvidgas till att omfatta det som i direktivet avses med begreppet affärsmetoder (art. 2 c i direktivet). Det innebär att 2008 års MFL kommer att vara tillämplig på näringsidkares beteende och åtgärder inte bara före och under en affärstransaktion utan också efter denna, s.k. efterköpsituationer (art. 3 i direktivet). Detta framgår av den nya definitionen av marknadsföringsbegreppet i 3 §.⁷⁵

MFL tar fortfarande enbart sikte på kommersiell marknadsföring och reglerar inte politisk propaganda, samhällsinformation, religiös förkunnelse eller annan verksamhet där någon i tal eller skrift vill bidra till opinionsbildning eller nyhetsförmedling. Den icke-kommersiella informationen regleras av TF och YGL.⁷⁶ MFL ska dock tillämpas med särskilt beaktande av principerna om tryckfrihet och yttrandefrihet.⁷⁷ MFL skyddar inte andra intressen än konsument- och näringsidkarintressen. Skyddet av enskilda personers eller grupperns integritet omfattas således inte

⁷⁰ Prop. 2007/08:115 s. 62, 163.

⁷¹ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 39.

⁷² För en utförligare beskrivning av *köperbudande* se avsnitt 5.9.

⁷³ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 39; prop. 2007/08:115 s. 65.

⁷⁴ Prop. 2007/08:115 s. 140.

⁷⁵ Prop. 2007/08:115 s. 62 f.

⁷⁶ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 39.

⁷⁷ Prop. 2007/08:115 s. 140.

av lagens skyddsintresse. Detsamma gäller intresset av att marknadsföring inte är diskriminerande.⁷⁸

5.1.3 Definitioner

3 § i 2008 års MFL innehåller ett utökat antal definitioner av grundläggande betydelse. För att lättare förstå hur MFL ska tillämpas följer här en redogörelse för innebörden av begreppen:

Affärsbeslut: ett beslut som fattas av en konsument eller en näringsidkare om huruvida, hur och under vilka förutsättningar en produkt ska köpas, om hela eller delar av köpesumman ska betalas, om produkten ska behållas eller överlåtas, eller om en avtalsenlig rättighet i samband med produkten ska utnyttjas, oavsett om konsumenten eller näringsidkaren beslutar att handla eller att avstå från att handla.⁷⁹

Affärsbeslut är ett vidsträckt begrepp, som täcker en lång rad olika beslut och ageranden, även efter ingående av avtal. Definitionen är utformad i nära anslutning till ordalydelsen av art. 2 k i direktivet med den skillnaden att även näringsidkare omfattas av definitionen i 2008 års MFL. Begreppet affärsmetod används vid bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd påverkar den ekonomiska aktiviteten hos den som åtgärden riktas till (se t.ex. 6, 7 och 8 §§).⁸⁰

Elektronisk post: ett adresserat eller på något annat sätt individualiserat elektroniskt meddelande i form av text, röst, ljud eller bild som sänds via ett allmänt kommunikationsnät och som kan lagras i nätet eller i mottagarens terminalutrustning tills mottagaren hämtar det.⁸¹

God marknadsföringssed: god affärssed och andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter.⁸²

Konsument: en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet.⁸³

Näringsidkare: en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten.⁸⁴

⁷⁸ I april 2008 beslutade regeringen att inte föreslå någon ny lagstiftning på området. Betänkandet (SOU 2008:5 Könsdiskriminerande reklam - kränkande utformning av kommersiella meddelanden) som föregick beslutet ledde således inte till något förbud mot könsdiskriminerande reklam; Bengtsson & Kahn, Den nya Marknadsföringslagen, Ny Juridik 2:08 s 7 f.

⁷⁹ SFS 2008:486 Marknadsföringslag (2008:486).

⁸⁰ Prop. 2007/08:115 s. 141.

⁸¹ SFS 2008:486 Marknadsföringslag (2008:486).

⁸² För en utförligare beskrivning av *god marknadsföringssed* se avsnitt 5.2.1.

⁸³ SFS 2008:486 Marknadsföringslag (2008:486).

⁸⁴ SFS 2008:486 Marknadsföringslag (2008:486).

Marknadsföring: reklam och andra åtgärder i näringslivet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter, inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare.⁸⁵

Marknadsföringsbegreppet har utvidgats för att direktivets begrepp affärsmetoder ska kunna omfattas av lagen. Det innebär, som påpekats tidigare, att också handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller något beteende i övrigt som förekommer före, under eller efter försäljning eller leverans omfattas av begreppet.⁸⁶

Produkter: varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter.⁸⁷

5.1.4 Kommentar

Den viktigaste förändringen som har skett är att nyckelbegreppet *marknadsföring* är utvidgat till att även omfatta efterköpssituationer. Praktiska exempel på sådana efterköpssituationer kan vara hantering av reklamationer och hantering av betalningskrav mot konsumenter. Detta innebär att det finns anledning för näringsidkare att se över sitt företags rutiner i dessa avseende eftersom eventuella brister kan leda till MFL:s sanktioner.⁸⁸

Redan befintlig konsumentskyddslagstiftning såsom Konsumentköplagen (1990:932) och Konsumenttjänstlagen (1985:716) kompletteras i och med MFL:s utvidgade tillämpningsområde. MFL kan också komma att utgöra en alternativ grund för rättsliga åtgärder i situationer som redan regleras i annan befintlig konsumentskyddslagstiftning. Därmed förstärks konsumentskyddet.

⁸⁵ SFS 2008:486 Marknadsföringslag (2008:486).

⁸⁶ Se Levin, not 21 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

⁸⁷ SFS 2008:486 Marknadsföringslag (2008:486).

⁸⁸ Grundström & Tornberg, Den nya marknadsföringslagen - ömsom vin, ömsom vatten, Pointlex Legala Affärer, http://www.pointlex.se.ludwig.lub.lu.se/pub/specialmall.asp?art_id=166691&iM=7&markera=marknadsforing. 08-09-02.

5.2 Generalklausul om god marknadsföringssed

5.2.1 God marknadsföringssed (5 §)

Enligt 5 § ska marknadsföringen stämma överens med god marknadsföringssed. Paragrafen, som är en generalklausul, genomför art. 5.1 och en del av art. 5.2 i direktivet. Förebilden för bestämmelsen finns i generalklausulen 4 § 1 st. i 1995 års MFL. I bestämmelsen anges det allmänna krav som gäller för all marknadsföring. De närmare bedömningsnormerna anges i 6 §.

Med god affärssed avses i huvudsak det utomrättsliga normsystem som har utvecklats inom näringslivet, främst ICC:s Grundregler för reklam, men även andra uppförande- och branschkode. God marknadsföringssed innefattar även andra vedertagna normer för marknadsföring. Därmed avses bl.a. speciallagstiftning, Konsumentverkets föreskrifter och allmänna råd, de normer som Marknadsdomstolen har skapat genom sin praxis samt andra internationellt vedertagna normer inom ramen för lagens syfte. Därtill kommer den s.k. lagstridighetsprincipen. God marknadsföringssed är således inget statiskt begrepp då det innefattar t.ex. ny eller ändrad domstolspraxis, nya uppförandekoder och vedertagna förändringar i branschpraxis. Begreppet god marknadsföringssed kommer att omfatta också den marknadsföringsfas som tidsmässigt ligger efter avtalet mellan köparen och säljaren.⁸⁹

5.2.2 Lagstridighetsprincipen

I detta marknadsrättsliga sammanhang utgör lagstridighetsprincipen ett uttryck för konsumentens rättighet att inte behöva utstå lagstridiga åtgärder eller att vilseledas att själv vidta lagstridiga åtgärder. Principen kommer till uttryck i den inledande artikeln i ICC:s Grundregler för reklam. Respekten för denna rättighet är alltså inte tillkommen på gemenskapsrättsligt initiativ, utan grundas på näringslivets, medlemsstaternas och andra staters tidigare gemensamma traditioner när det gäller uppförande mot konsumenter. Principen är så självklar och väl förankrad i svensk rätt att det inte har ansetts nödvändigt att den lagfästs. Principen ska således beaktas av Marknadsdomstolen vid tillämpningen av den marknadsrättsliga lagstiftningen. I punkt 9 i bilaga I till direktivet finns ett uttryckligt förbud som vilar på lagstridighetsprincipens grunder. Av förbudet framgår att det alltid är otillbörligt att ange eller på annat sätt skapa intryck av att det är lagligt att sälja en produkt när så inte är fallet.⁹⁰

⁸⁹ Prop. 2007/08:115 s. 69 f; Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 43.

⁹⁰ Prop. 2007/08:115 s. 77 f.

5.2.3 Kommentar

Generalklausulen i 2008 års MFL liknar den i 1995 års MFL förutom att den nya lagen inte innehåller formuleringen ”att marknadsföringen i övrigt ska vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare”. Tanken bakom den formuleringen i 1995 års MFL var att inte binda rättstillämpningen till dåvarande situation gällande normer eller rådande värderingar. Uttrycket skulle också ge möjlighet att beakta andra omständigheter än god marknadsföringssed och ställa ett allmänt krav på att marknadsföringen skulle vara tillbörlig.⁹¹ Med beaktande av den omfattning och innebörd som begreppet god marknadsföringssed numera har, gjorde regeringen bedömningen att bestämmelsen inte längre behövs.⁹²

I 2008 års MFL finns inte någon motsvarighet till 4 § 2 st. i 1995 års MFL om information av särskild betydelse från konsumentsynpunkt. Istället har bestämmelser om vilseledande underlåtenhet att lämna information (10 § 3 st.) och särskilda informationskrav vid köperbudanden (12 §) tillkommit i 2008 års MFL.⁹³

5.3 Kommersiell påverkan

5.3.1 Marknadsföringens påverkan på mottagens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut (6-8 §§)

Bestämmelsen om marknadsföringens ekonomiska påverkan i 6-8 §§ genomför art. 5.2 b i direktivet och innebär en ny bedömningsnorm i marknadsrätten. Enligt svensk rättspraxis uppställdes redan i direktiv 2006/114/EG om vilseledande reklam ett krav på ekonomisk effekt. I 1995 års MFL är en affärsmetod otillbörlig enligt generalklausulen (4 §) om den har kommersiell effekt. För ett genomförande av direktivet var det nödvändigt att införa uttryckliga bestämmelser som reglerar bedömningen av marknadsföringens ekonomiska påverkningsgrad på mottagaren. I 2008 års MFL är bestämmelserna infogade i det sammanhang de ska tillämpas, dvs. i anslutning till generalklausulen (5 § jämför med 6 §), bestämmelsen om aggressiv marknadsföring (7 §) samt bestämmelserna om vilseledande marknadsföring (8 §).⁹⁴

När det gäller tillämpningen av generalklausulen krävs det att den otillbörliga marknadsföringsåtgärden i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut

⁹¹ Prop. 1994/95:123 s. 42 f.

⁹² Prop. 2007/08:115 s. 71.

⁹³ För en utförligare beskrivning av *vilseledande utelämnande* och *köperbudande* se avsnitt 5.7.2 respektive 5.9. Vidare ges i avsnitt 6.2 en analys på vad det kan komma att innebära att ha en harmoniserad generalklausul på EG-nivå.

⁹⁴ Prop. 2007/08:115 s. 110.

(5 § jämför med 6 §). Detsamma gäller vid tillämpningen av bestämmelsen om aggressiv marknadsföring (7 §). För ett sådant ingripande krävs det alltså att åtgärden i märkbar mån inskränker eller sannolikt (i märkbar mån) inskränker konsumentens valfrihet eller handlande, vilket medför eller sannolikt medför att konsumenten fattar ett annat affärsbeslut som han eller hon annars skulle ha fattat. Att den otillbörliga åtgärden ”i märkbar mån” påverkar mottagarens affärsbeslut, innebär för det första att bagatellartade och försumbara överträdelser av den goda seden kan bortses ifrån. För det andra är tröskeln högre satt för att en åtgärd ska vara i strid med generalklausulen eller vara att anse som aggressiv än för att en åtgärd ska anses som vilseledande marknadsföring (8 §). Vid vilseledande marknadsföring är det tillräckligt att den otillbörliga åtgärden medför eller sannolikt medför att konsumenten fattar ett affärsbeslut som han eller hon annars inte skulle ha fattat.⁹⁵

5.3.2 Transaktionstest

Prövningen vid tillämpningen av generalklausulen respektive de specifika bestämmelserna om vilseledande eller aggressiv marknadsföring kan man säga sker i två steg. Först görs en bedömning av om åtgärden strider mot god marknadsföringssed, om åtgärden är aggressiv eller vilseledande. Därefter görs en bedömning av om åtgärden har effekt på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁹⁶ När det gäller åtgärder som beskrivs i bilaga I så behövs inte någon bedömning av den ekonomiska effekten på konsumenten. Åtgärderna i bilaga I är otillbörliga under alla omständigheter.⁹⁷

5.3.3 Genomsnittskonsument

Vid bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd ska anses vara otillbörlig används uttrycket genomsnittskonsument som en referensram för vad som utgör den representativa konsumenten ur den målgrupp som åtgärden riktas mot. Enkelt beskrivet sker detta på så sätt att rättstillämparen tolkar och fyller ut begreppet konsument med en tydligare innebörd. Marknadsföringsåtgärden kan därefter bedömas utifrån ett hypotetiskt resonemang av genomsnittskonsumentens typiska reaktion i det givna fallet.⁹⁸ Denna fiktiva konsument förekommer inte som uttryck i 2008 års MFL men används i direktivet för att kunna genomföra en harmonisering på EU-nivå. Underlaget för denna åtgärd är hämtad från EG-domstolens praxis.⁹⁹ Direktivet utgår således från en genomsnittskonsument som är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst (skäl 18 i direktivet). Genom begreppet går det att beakta skilda nationella, sociala, kulturella och språkliga faktorer. De nationella domstolarna och

⁹⁵ Se Levin, not 33 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov; prop. 2007/08:115 s. 111.

⁹⁶ Prop. 2007/08:115 s. 111.

⁹⁷ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 45.

⁹⁸ Prop. 2007/08:115 s. 66

⁹⁹ Se t.ex. mål nr C-210/96(Gut Springenheide).

myndigheterna ska således använda sitt eget omdöme och göra en normativ bedömning, med beaktande av domstolens rättspraxis, när de fastställer genomsnittskonsumentens typiska reaktion i ett givet fall.¹⁰⁰ Om marknadsföringsåtgärden verkar vara riktad mot en speciell grupp konsumenter som kan ha särskilt svårt att bedöma erbjudandet ska metoden granskas ur den gruppens synvinkel. Ett exempel på en sådan speciell grupp konsumenter är barn.¹⁰¹ Framstår det som klart att en marknadsföringsåtgärd är otillbörlig och att den påverkar konsumentens ekonomiska beteenden oavsett vilken konsumentgrupp den riktas mot behöver genomsnittskonsumenten inte identifieras.¹⁰²

Användningen av en tänkt genomsnittskonsument som måttstock vid bedömningen av en marknadsföringsåtgärd är ingen nyhet i svensk marknadsföringsrätt.¹⁰³ Vid bedömningen av vederhäftigheten hos marknadsföringsåtgärder med bred, allmän inriktning förekom i praxis resonemang om en tänkt genomsnittskonsument med normal fattningsförmåga, erfarenhet och kunskap, men utan närmare kunskap om den vara eller tjänst som marknadsfördes. Det har uttryckts på så sätt att domstolen försökt bilda sig en uppfattning om det intryck framställningen ger konsumenter i allmänhet.¹⁰⁴ Dessa uttalanden kommer dock att anses ha spelat ut sin roll som vägledning till förmån för EG-domstolens praxis och vad som sägs om innehållet i direktivet.¹⁰⁵

5.3.4 Renommésnyltning och misskreditering

Vad avser renommésnyltning och misskreditering har dessa företeelser enligt 1995 års MFL stridit mot generalklausulen om god marknadsföringssed. I och med 2008 års MFL kommer renommésnyltning och misskreditering fortsätta att rymmas under förbudet mot otillbörligt marknadsföring (5 §). Som Marknadsdomstolen vid upprepade tillfällen påtalat innebär en renommésnyltning inte bara en skada för den utsatte näringsidkaren, utan även typiskt sett en försämring av konsumentens marknadsöverblick.¹⁰⁶ Enligt propositionen till 2008 års MFL kommer den nya lagen inte innebära någon förändring i synen på renommésnyltning och den skada den förorsakar konsumenterna. En försämrad marknadsöversikt bör enligt regeringen vanligtvis innebära en sådan påverkan på mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut att generalklausulen kan tillämpas mot otillbörlig renommésnyltning. Samma presumtion gäller för misskreditering som enligt förarbetena är något som kan ha en påtaglig inverkan på mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Se Levin, not 1 till marknadsföringslagen (2008:485) Karnov.

¹⁰¹ EU-upplysningen, Sveriges riksdag,

<http://www.euupplysningen.se/Amnesomraden/Konsumentfragor-iEU/Reklam/Otillborliga-affarsmetoder/>, 08-10-30.

¹⁰² Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 45.

¹⁰³ Se avsnitt 3.3.3 *genomsnittskonsument*, i 1995 års MFL.

¹⁰⁴ Se SOU 1966:71 s. 97 f; prop. 1970:57 s. 33, 68.

¹⁰⁵ Prop 2007/08:115 s. 68; SOU 2006:76 s. 203 f.

¹⁰⁶ Se bl.a. MD 2000:25 (Hästens) och MD 2002:20 (Yoggi Original)

¹⁰⁷ Prop. 2007/08:115 s.113 f.

5.3.5 Kommentarer

Transaktionstestet innebär att reglerna om kommersiell effekt slår till när en metod är ägnad att inverka snedvridande på ett köpbeslut som en genomsnittlig konsument ur målgruppen fattar. Det är alltså en ”tröskel” för när ingripande kan ske, men hur hög eller låg den är ter sig ännu inte helt klart. Dessutom förekommer den i två nivåer, som är beskrivet ovan. Vid vilseledande räcker det med att åtgärden sannolikt påverkar konsumentens beteende. De åtgärder som faller utanför har knappast påverkat någon och föranleder därför inget ingripande. Reklamens syfte är ju just att påverka mottagarens köpbeslut så rent praktiskt borde denna nyhet inte innebära så stor skillnad jämfört med tidigare praxis.

Testet kan dock tveklöst bli utslagsgivande i vissa situationer. Bl.a. täcker testet även renommésnyltning och misskreditering. Det kan innebära att man för att kunna stoppa ett företag från renommésnyltning måste kunna visa på att konsumenten har drabbats på ett ofördelaktigt sätt och påverkats till ett felaktigt beslut, vilket kan vara mycket svårt att visa. Visserligen uttrycker förarbetena att ett ”försvårande av markandsöverblick” bör vara tillräckligt för att uppfylla testet, men detta måste nog prövas i det enskilda fallet.

Angående begreppet genomsnittskonsument utgår den europeiska bedömningsnormen ifrån den uppfattningen en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha. Den EG-rättsliga bedömningen tar också sin utgångspunkt i den proportionalitetsprincip som gäller vid bedömningar enligt regeln om fri rörlighet för varor och tjänster vilket innebär att den EG-rättsliga frågeställningen inom marknadsrätten blir om risken för vilseledande kan rättfärdiga att den fria rörligheten för varor begränsas.

EG-domstolen har genom ett stort antal marknadsrättsliga och varumärkesrättsliga domar preciserat det EG-rättsliga genomsnittskonsumentbegreppet.¹⁰⁸ Det EG-rättsliga genomsnittskonsumentbegreppet återkommer också i känneteckenrättsliga sammanhang där det finns relativt omfattande praxis från EG-domstolen. På så vis står det EG-rättsliga genomsnittskonsumentbegreppet under inflytande av andra rättsområden och är sannolikt ett mer dynamiskt begrepp än den svenska motsvarigheten.

Som framgått tidigare utgår den svenska marknadsrättsliga bedömningen utifrån en tänkt genomsnittskonsument med normal fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap, men utan närmare kunskap om den vara som marknadsförs. Konsumenten anses sakna särskild expertis eller kunskap om varorna som marknadsförs och tycks läsa reklam flyktigt och oengagerat.¹⁰⁹ På senare tid har svarande i flera tvister inför Marknadsdomstolen hävdade att EG-domstolens praxis har medfört en viss skärpning av kravet på

¹⁰⁸ Se t.ex. C-470/93 (Mars) och C-210/96 (Gut Springenheide).

¹⁰⁹ Se SOU 1966:71 s. 97 f; prop. 1970:57 s. 33, 68.

konsumenternas fattningsförmåga och kravet för att vilseledande ska anses föreligga. De svenska domstolarnas doktrin om ”flyktigt betraktande” har hävdats avvika från EG-domstolens begrepp om den ”skäligen uppmärksamme” konsumenten.¹¹⁰ Marknadsdomstolen har emellertid inte ansett det nödvändigt att ändra sin praxis för att anpassa den till EG-domstolens tolkning.¹¹¹ Det återstår att se huruvida en mer utförlig och konsekvent tolkningsvägledning från EG-domstolen på grundval av direktivet kommer att ändra Marknadsdomstolens ståndpunkt i denna fråga.¹¹²

5.4 Aggressiv marknadsföring

5.4.1 Aggressiv marknadsföring (7 §)

Medan bestämmelserna om vilseledande reklam har en relativt lång historia i EG-rätten är reglering av aggressiva affärsmetoder en ny företeelse.¹¹³ Bestämmelsen om aggressiv marknadsföring (7 §) innebär därmed också en nyhet i 2008 års MFL. Paragrafen genomför art. 8 och 9 i direktivet. Bestämmelsen förbjuder näringsidkare att använda sig av aggressiv marknadsföring. Marknadsföringen är att anse som aggressiv om den innefattar trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel. Aggressiv marknadsföring anses som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Bestämmelsen skyddar såväl konsumenter som näringsidkare.¹¹⁴

Med uttrycket ”annat aggressivt påtryckningsmedel” avses näringsidkarens utnyttjande av en maktställning i förhållande till konsumenten eller näringsidkaren för att utöva påtryckning, även utan fysiskt våld eller hot om sådant, på ett sätt som avsevärt inskränker konsumentens eller näringsidkarens förmåga att fatta ett välgrundat beslut. Det behöver alltså inte vara fråga om fysiskt våld eller hot som sådant. Sådan aggressiv marknadsföring som anges i punkterna 24-31 i bilaga I är alltid att anse som otillbörlig (7 § 3 st.). En jämförelse med de aggressiva affärsmetoder som nämns i bilaga I kan ge vägledning för bedömningen av vilka åtgärder som ryms inom uttrycket ”annat aggressivt påtryckningsmedel”. Bedömningen av om marknadsföringen är aggressiv eller inte ska göras med utgångspunkt från en helhetsbedömning av situationen. Vid helhetsbedömningen ska omständigheterna som räknas upp i art. 9 i direktivet tas i beaktande.¹¹⁵

¹¹⁰ Se t.ex. motpart Skeidar i MD 2000:25 (Hästens), s.11.

¹¹¹ Se MD 2000:25 (Hästens), s. 14.

¹¹² I det avslutande kapitlet (avsnitt 6.2) diskuteras vidare vad genomsnittskonsumentbegreppet får för betydelse i en EG-harmoniserad marknadsrätt.

¹¹³ Bakardjjeva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s. 252 f.

¹¹⁴ Se Levin, not 35 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

¹¹⁵ Prop. 2007/08:115 s. 146.

Dessa omständigheter är tidpunkt, plats, art och varaktighet, likväl som användningen av hotfullt eller kränkande språk eller beteende.

En annan omständighet är om näringsidkaren, i syfte att påverka konsumentens beslut avseende produkten, utnyttjar ett speciellt missöde eller en omständighet som näringsidkaren känner till och som är av sådan vikt att den försämrar konsumentens omdöme. Andra händelser att ta hänsyn till kan vara förekomsten av hot om att vidta åtgärder som inte lagligen kan genomföras.¹¹⁶ När det gäller aggressiva affärsmetoder i efterköpssituationer ska det vid bedömningen vägas in om näringsidkaren uppställer betungande eller oproportionerliga hinder, exempelvis med avseende på byte av produkten eller hävning. Ogrundade hot om åtgärder som inte lagligen kan genomföras såsom exempelvis svartlistning eller orimliga fordringsanspråk kan också antas omfattas av begreppet aggressiva affärsmetoder.¹¹⁷

5.4.2 Kommentar

Någon uttrycklig bestämmelse om aggressiv markandsföring finns inte i 1995 års MFL, men i stort sett alla aggressiva förfarande som avses i 2008 års lag torde ändå ha varit otillåtna enligt generalklausulen, med undantag för sådant som ligger efter köpet, som nu också omfattas. Att det nu uttryckligen finns en bestämmelse torde medföra att förbudet får en kraftigare effekt och därmed blir också skyddet gentemot konsumenterna starkare.

När det gäller hur bestämmelsen ska tillämpas gentemot konsumenter kommer det så småningom bildas en vägledande praxis inom EU. När det gäller aggressiva åtgärder gentemot näringsidkare kommer Marknadsdomstolens praxis säkerligen att bli vägledande, eftersom det än så länge saknas gemenskapsrättslig reglering när det gäller åtgärder riktade mot andra än konsumenter.¹¹⁸

¹¹⁶ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 46.

¹¹⁷ Grundström & Tornberg, Den nya marknadsföringslagen - ömsom vin, ömsom vatten, Poitlex Legala affärer 2:08, http://www.pointlex.se.ludwig.lub.lu.se/pub/specialmall.asp?art_id=166691&iM=7&markera=marknadsforing. 08-11-04.

¹¹⁸ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 46.

5.5 Vilseledande marknadsföring

5.5.1 Vilseledande marknadsföring (8 §)

Under begreppet vilseledande marknadsföring är flera olika företeelser samlade som kan leda till ett vilseledande. I 8 § står det uttryckt att marknadsföring som är vilseledande enligt någon av bestämmelserna i 9, 10 eller 12-17 §§ är att anse som otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Sådan vilseledande marknadsföring som anges i punkterna 1-23 i bilaga I till direktivet är alltid att anse som otillbörlig. Paragrafen genomför delar av art. 6.1 och art. 7.1–2 i direktivet och saknar motsvarighet i 1995 års MFL. Som redan nämnts tidigare är bedömningströskeln av om en vilseledande åtgärd påverkar ett affärsbeslut eller inte lägre än vid tillämpningen av generalklausulen (5 § jämför 6 §) och förbudet mot aggressiv marknadsföring (7 §). I denna paragraf nyanseras detta genom att det anges att det är tillräckligt att åtgärden ”påverkar eller sannolikt påverkar” mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹¹⁹

Av grundläggande betydelse i samband med vilseledande marknadsföring är kravet på vederhäftighet, dvs. kravet på rättvisande framställning i marknadsföringen. Det åligger annonsören att bevisa att hans påståenden i reklamen är riktiga. Detta kallas omvänd bevisbörda och tillämpas i vederhäftighetsfrågor inför KO/Konsumentverket och domstolarna.¹²⁰

8 § ska tillämpas i förening med bestämmelserna i 9 §, 10 § och 12-17 §§ som reglerar vilseledande marknadsföring.¹²¹

5.5.2 Kommentarer

Paragrafen samlar ihop de bestämmelser som kan leda till ett vilseledande. Uttrycket ”påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut” berörs i tidigare avsnitt (5.3). Förbud mot vilseledande marknadsföring finns uttryckt i 10 §. Denna paragraf beskrivs närmare i avsnitt 5.7. Där ges också en närmare beskrivning på vad ett vilseledande är.

Omvänd bevisbörda innebär i praktiken att en annonsör måste förvissa sig om att han har tillräckliga bevis för sina påståenden redan när han låter utarbeta reklamen

¹¹⁹ Prop. 2007/08:115 s. 146 f.

¹²⁰ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 47.

¹²¹ Se Levin, not 43 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

5.6 Reklamidentifiering

All marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Det ska också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Detta gäller dock inte framställningar vars enda syfte är att skapa uppmärksamhet inför uppföljande framställningar, s.k. teasers. 9 § genomför delvis art. 5.1-2 i direktivet och har sin förebild i 5 § i 1995 års MFL.

5.6.1 Utformning och presentation (9 § 1 st.)

Principen om reklamidentifiering är av grundläggande betydelse på det marknadsrättsliga området. Det har länge ansetts särskilt viktigt att kommersiella meddelanden inte ska kunna förväxlas med redaktionella. Denna princip har utvecklats inom näringslivet och återfinns sedan lång tid tillbaka i ICC:s Grundregler för reklam. Den står också i överrensstämmelse med den pressetiska uppfattningen att en åtskillnad bör göras mellan redaktionellt material och meddelande på betald annonsplats.¹²² I direktivet kommer principen om reklamidentifiering till uttryck på flera ställen. Som exempel på vilseledande underlåtenhet nämns att en näringsidkare inte anger en affärsmetods kommersiella syfte (art. 7.2 i direktivet). I bilaga I framgår vidare att användningen av annonser i redaktionell form är förbjuden (punkt 11 i bilaga I). Därtill kommer ett förbud mot att oriktigt påstå eller skapa intryck av att näringsidkaren inte agerar i syften som hänför sig till dennes näringsverksamhet, yrke eller yrkesområde eller att felaktigt uppträda som konsument (punkt 22 i bilaga I). Även i reglerna för reklam i radio och TV (Radio och TV-lagen (1996:844) samt programföretagens avtal med staten) anges hur tillåten reklam ska placeras i det övriga utbudet.¹²³

9 § 1 st. om reklamidentifiering gäller all marknadsföring, dvs. även TV-reklam och radioreklam samt banners på hemsidor. I detta avseende verkar de mediespecifika reglerna parallellt med MFL och tillgodoser samma intresse, nämligen att allmänheten inte ska vilseledas om vem som är avsändare av ett meddelande i radio eller TV. För pressens del gäller på samma sätt att annonsen ska vara utformad så att det inte är någon risk för att de kan förväxlas med redaktionellt material. Det gäller såklart även annat reklammaterial.¹²⁴

5.6.2 Sändarangivelse (9 § 2 st.)

Förutom principen att reklam ska vara lätt att känna igen som sådan, finns också ett krav på att det tydligt ska framgå för mottagaren vem som är avsändare av budskapet (9 § 2 st.). Bestämmelsen infördes redan i 1995 års

¹²² Prop. 2007/08:115 s. 82.

¹²³ För en utförligare beskrivning av *vilseledande utelämnande* och *överdrifter* se avsnitt 5.7.2 respektive 5.7.3; Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 48.

¹²⁴ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 49.

MFL (5 § 2 st.) och utgör en kodifiering av Marknadsdomstolens praxis vid tillämpningen av generalklausulen och art. 10 i ICC:s Grundregler för reklam.¹²⁵ Normalt ska annonsörens namn eller firma finnas med i reklamen, men i undantagsfall räcker det med enbart varumärket, om det är väl etablerat bland konsumenterna. Mottagaren ska lätt kunna identifiera den som står bakom budskapet och därmed också kunna nå denne. Det bör påpekas att det inte ställs något uttryckligt krav på att all reklam dessutom ska vara försedd med annonsörens adress. Adress/telefonnummer/webbadress är således inget krav enligt 9 § men kan mycket väl ställas som krav enligt 5 § när det gäller tryckt reklam.¹²⁶

Marknadsdomstolen kan utfärda förbud eller åläggande (jämför 23 § och 24 §) om särskild adressangivelse skulle anses nödvändigt från konsumentsynpunkt.¹²⁷

5.6.3 Teasers (9 § 2 st. 2 men.)

Nytt i 2008 års MFL är att 9 § 2 st. kompletteras med ett stycke om att marknadsföring inte behöver utformas som reklam eller med avsändare om åtgärden endast syftar till att skapa uppmärksamhet inför uppföljande framställningar (s.k. teasers). Det är inte ovanligt att en reklamkampanj inleds med en framställning som syftar till att väcka intresse inför en sammanhörande kampanj som följer i direkt anslutning till den första framställningen. Det ska då inte vara nödvändigt att i den första framställningen ha med uppgift om vem som är avsändaren. Ett praktiskt exempel på en teaser är en annons i en dagstidning med ett kortfattat marknadsföringsbudskap utan identifikation av avsändaren som dagen efter följs upp av en annons med fullständig information om näringsidkaren som svarar för annonsen. Bland marknadsförare anses den här typen av annonseringsstrategier väcka nyfikenhet och kan därför antas vara mer lockande än mer omedelbart fullständiga framställningar.¹²⁸

5.6.4 Kommentar

Den nya bestämmelsen innebär en uppmjukning av tidigare rättsläge enligt vilket det fanns ett absolut krav på fullständig identifikation av vem som svarade för marknadsföringen. Till exempel kommer det inte vara lika lätt att urskilja en annons från en redaktionell text vid en första anblick om annonsörens reklam är utformad som en teaser. En intressant fråga är också när uppföljande framställning måste komma? I förarbetena anges ”i direkt anslutning” vilket säkerligen kommer att prövas närmare. Samtidigt torde få företag vara intresserade av att låta det gå för lång tid mellan själva teasern och fullständig framställning då man tappar själva syftet med reklamidén.

¹²⁵ Prop. 2007/08:115 s. 83

¹²⁶ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 49.

¹²⁷ Se Levin, not 49 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

¹²⁸ Prop. 2007/08:115 s. 83, 147.

5.7 Förbud mot vilseledande marknadsföring

5.7.1 Allmänt förbud mot vilseledande marknadsföring (10 §)

Den vanligaste formen av otillbörliga förfaranden vid marknadsföring är användningen av vilseledande påståenden och framställningar. Förbudet i 10 § omfattar inte enbart framställningar som innehåller oriktig information eller liknande falska påståenden. Det är också tillämpligt i fall då den allmänna utformningen är ägnad att vilseleda konsumenten, även om uppgifterna är korrekta i sak. Vidare är förbudet tillämpligt på framställningar som utelämnar information eller som föranleder missuppfattningar i sådan omfattning att marknadsföringen framstår som vilseledande.¹²⁹

10 § 1 st. motsvarar 6 § 1 st. i 1995 års MFL. Där återfinns ett allmänt förbud mot att använda sig av vilseledande påståenden och andra framställningar. Härmed avses ord, bild, tecken mm. Ett exempel på när paragrafen kan aktualiseras är när en framställning innehåller ett korrekt påstående samtidigt som dess bild på ett iögonfallande sätt ger sken av att erbjudandet i framställningen är mer förmånligt än vad som framgår av det i sig korrekta påståendet.¹³⁰

Till ledning för rättstillämpningen och marknadsaktörer finns i 10 § 2 st. en exemplifiering som fångar upp de vanligaste fallen där vilseledande påståenden och andra framställningar kan förekomma.¹³¹ Med framställning menas såväl muntliga och skriftliga som grafiska framställningar exempelvis en hemsida på Internet, en reklamfilm, en annons, ett säljsamtal i butik etc. Exemplifieringen ansluter till ICC:s Grundregler för reklam, men det bör understrykas att exemplifieringen inte avses att vara uttömmande. Det kan således strida mot 10 § att vilseleda även i andra hänseenden.¹³²

5.7.2 Vilseledande utelämnande (10 § 3 st.)

I 2008 års MFL har bestämmelsen om informationsplikt tagits bort ifrån generalklausulen. Enligt förarbetena ansågs bibehållandet av en sådan generell informationsplikt som oförenligt med direktivet då det skulle gå längre än vad direktivet anger och således omöjliggöra en full harmonisering på området. Istället följer det av 10 § 3 st. att förbudet mot vilseledande marknadsföring omfattar vilseledande utelämnade av väsentlig

¹²⁹ Prop. 2007/08:115 s. 85.

¹³⁰ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 54.

¹³¹ Prop. 2007/08:115 s. 148.

¹³² Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 54.

information.¹³³ Med vilseledande utelämnande jämföras sådana fall där den väsentliga informationen ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller olämpligt sätt att framställningen framstår som vilseledande. Informationsbristen ska vara väsentlig för att det ska anses föreligga ett vilseledande. Kravet på väsentlighet och bedömningen av om vilseledandet har en sannolik påverkan på mottagarens förmåga att fatta ett ekonomiskt beslut enligt 8 § bör normalt kunna vägas samman.¹³⁴

Enligt direktivet ska en helhetsbedömning göras för att bedöma huruvida en marknadsföringsåtgärd rymmer ett vilseledande utelämnande eller inte. En grundläggande förutsättning är att näringsidkaren är fri att närmare bestämma vilken information som ska presenteras och i vilken omfattning den ska framgå. Denna frihet ska dock vägas mot konsumentintresset att vid lämplig tidpunkt och i ändamålsenlig form erhålla information som är viktig för att kunna fatta ett ekonomiskt beslut om den marknadsförda produkten.¹³⁵ Vid avvägning av vad som utgör lämplig tidpunkt för lämnandet av väsentlig information till konsumenten talar direktivets omfattning och fokus för att höga krav bör kunna ställas på en marknadsföringsåtgärds innehåll som tidsmässigt ligger nära ett avtal mellan konsument och näringsidkare. Denna grundläggande tanke kommer till uttryck bl. a genom att man vid helhetsbedömningen av om en åtgärd innefattar ett vilseledande utelämnande, utöver utformningen, även väger in i vilket sammanhang informationen lämnats till konsumenten. Naturliga begränsningar i det använda kommunikationsmediet får också vägas in i bedömningen. Konsumentens behov av information bör tillmätas större betydelse ju närmare man hamnar en möjlig avtalssituation. Även ett krav på högre grad av korrekt och saklig information bör kunna ställas på marknadsföringsåtgärder som näringsidkaren riktar mot konsumenten efter det att avtal har ingåtts. Att en näringsidkare inte får låta bli att lämna information av väsentlig betydelse bör då särskilt beaktas.¹³⁶

5.7.3 Överdrifter

En ofta återkommande marknadsrättslig fråga när det gäller vilseledande marknadsföring är gränsdragningen mellan tillåtna påståenden, som innehåller överdrifter om en produkts egenskaper, och överdrivna påståenden som anses vara vilseledande. Enligt art. 5.3 i direktivet bör en näringsidkare få använda sig av normalt förekommande och lagligen godtagbara överdrifter, även om marknadsföringen riktas mot en mer utsatt eller svagare konsumentgrupp. Konsumenterna som marknadsföringen riktas mot, och den genomsnittlige konsument som framställningen bedöms utifrån, ska alltså inte påverka sedvanlig och legitim praxis att i reklam göra överdrivna påståenden eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i

¹³³ Prop. 2007/08:115 s. 93.

¹³⁴ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 56; Prop. 2007/08:115 s. 86, 148 f.

¹³⁵ Prop. 2007/08:115 s. 86.

¹³⁶ Prop. 2007/08:115 s. 86; Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 56 f.

bokstavlig mening. Detta gäller endast under förutsättning att överdriften eller framställningen i övrigt inte är vilseledande.¹³⁷

För bedömningen huruvida en överdrift är av sådan art att den ska anses innehålla oriktig information eller utgöra ett falskt påstående kan konstateras att bestämmelsen om vilseledande i allt väsentligt är oförändrad i detta avseende. Om en framställning innehåller ett påstående som t ex ”Borlänges bästa bilhandlare” bör detta således även i fortsättningen anses oriktigt, om påståendet lämnas obestyrkt. Därefter måste bedömas om den oriktiga informationen vilseleder konsumenten i sådan omfattning att den sannolikt medför en påverkan på hans eller hennes förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹³⁸

I förarbetena till 2008 års MFL framhålls att Marknadsdomstolens praxis har gått längre och varit strängare vad gäller överdrifter i reklam än vad som är fallet i flera andra medlemsländer. Enligt regeringens mening talar detta för att Marknadsdomstolens praxis kommer att behövas mjukas upp när det gäller överdrifter i reklam. En bedömning av om en överdrift kan anses vara vilseledande ska i fortsättningen ske utifrån en enhetlig gemenskapsnivå. Eftersom det inte uttryckligen står något i lagen ankommer det på Marknadsdomstolen att, med stöd av gemenskapsrättslig praxis, närmare bestämma avgränsningen för vad som kan anses utgöra sedvanlig och legitim användning av överdrifter i reklam.¹³⁹

5.7.4 Kommentar

Informationskravet i 1995 års MFL (4 § 2 st.) och förbudet mot vilseledande utelämnande i 2008 års MFL (10 § 3 st.) har olika innebörd. 4 § 2 st. i 1995 års MFL tvingar annonsören att ha med viss information som är väsentlig ur konsumentsynpunkt. 2008 års MFL anger istället att marknadsföringen inte får vilseleda konsumenten genom att utelämnas information så att marknadsföringen blir oklar, obegriplig eller tvetydig. Förändringen medför att näringsidkarens ansvar för underlåtenhet att lämna information mjukas upp något, vilket också betyder att företag i större utsträckning än tidigare kan ta ställning till vilken information som ska lämnas i förhållande till produkt och erbjudande. Följden kan bli att kravet på informationsplikt inte är lika långtgående som i 1995 års MFL.

Enligt art. 5.3 i direktivet ska det vara möjligt att använda sig av överdrifter som inte är avsedda att uppfattas i bokstavlig mening. Det finns i Marknadsdomstolens praxis ett flertal exempel på marknadsföringspåståenden på temat ”världens bästa”, ”stans bästa” och ”den populäraste” som Marknadsdomstolen förbjudit då vederhäftigheten i påståendet inte

¹³⁷ Prop. 2007/08:115 s. 86.

¹³⁸ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 55.

¹³⁹ Prop. 2007/08:115 s. 86.

kunnat bevisas.¹⁴⁰ Man är i doktrin¹⁴¹ ense om att sådana påståenden borde omfattas av undantaget i art. 5.5 i direktivet eftersom konsumenter inte kan förväntas uppfatta sådana påståenden bokstavligt. Detta då påståendena inte är preciserade att avse en viss egenskap, såsom pris, kvalitet eller testresultat, hos varan eller tjänsten. Som nämnts ovan kommer förmodligen Markandsdomstolen att få mjuka upp sin bedömning för att anpassa sig till den EG-rättsliga bedömningen. Det bör dock påpekas att en överdrift fortfarande inte får vilseleda någon.

5.8 Begränsningar i kommunikationsmediet

5.8.1 Kommunikationsmediets begränsningar i tid och utrymme (11 §)

Vid bedömningen av om en framställning är vilseledande enligt 10 § 3 st., får beaktas det använda kommunikationsmediets begränsningar i tid och utrymme samt de åtgärder som näringsidkaren har vidtagit för att på något annat sätt lämna informationen (11 §). Paragrafen genomför art. 7.3 i direktivet och saknar motsvarighet i 1995 års MFL. Bakgrunden till bestämmelsen ligger i att det är svårt för ett företag att lämna all information i en liten tidningsannons eller under några sekunders radio- eller TV-reklam.¹⁴²

Utöver kommunikationsmediets begränsningar i tid och utrymme får även beaktas de åtgärder som näringsidkaren har vidtagit för att tillhandahålla informationen på något annat sätt. Näringsidkaren ska visa att sådana nödvändiga kompletterande åtgärder har vidtagits. Är framställningen vilseledande, kan detta inte ursäktas genom att den korrekta informationen lämnas i efterhand. Höga krav bör ställas på marknadsföringens sammantagna tydlighet för att den kompletterande informationen ska anses neutralisera en framställning som innefattar vilseledande underlåtenhet. Bestämmelsen ska således tillämpas restriktivt.¹⁴³

Meningen med bestämmelsen är att man inte vill ha en utveckling där framställningar i TV eller andra medier tillåts vara vilseledande och att detta regelmässigt återställs genom hänvisningar till exempelvis en hemsida på Internet där den korrekta informationen framgår. Om det använda mediet för

¹⁴⁰ Se t.ex. ”Sveriges populäraste film- och nöjeskanal” (MD 1994:24), ”Bäst i stan på reservdelar” (MD 1996:26), ”Världens bästa griskött” (MD 2005:8); Bengtsson & Kahn, Den nya marknadsföringslagen, Ny Juridik 2:08 s. 12 f.

¹⁴¹ Se t.ex. Bernitz, Otillbörliga affärsmetoder. Det nya direktivet och vad det innebär i Festskrift till Marianne Levin, 2008 s. 127 ff; Bengtsson & Kahn, Den nya marknadsföringslagen, Ny Juridik 2:08, s. 12 f.

¹⁴² Prop. 2007/08:115 s. 89 f, 149; Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 58 f.

¹⁴³ Prop. 2007/08:115 s. 89 f, 149.

med sig begränsningar vid framställningen samtidigt som den kompletterande informationen ger en korrekt upplysning, bör framställningen bedömas som vilseledande om den samlade bedömningen ger detta intryck. Trots att det inte har funnits någon motsvarighet till 11 § i 1995 års MFL har Marknadsdomstolen länge tillämpat principen att varje reklamenhet ska bedömas var för sig. Rättelser och tillrättalägganden i efterhand medför således inte att vilseledande marknadsföring blir godtagbar.¹⁴⁴ Utredningen till 2008 års MFL menar att art. 7.3 i direktivet ger uttryck för en delvis annan syn på informationslämnandet än vad som följer av Marknadsdomstolens nuvarande praxis och att Marknadsdomstolens praxis i denna del kommer att behöva ändras.¹⁴⁵

5.8.2 Kommentarer

Ett vanligt förekommande problem är hur mycket villkorsinformation som måste anges vid marknadsföringen av exempelvis olika typer av abonnemangstjänster. Marknadsdomstolens praxis har hittills angivit att information ska anges i varje marknadsföringstillfälle – något som medfört att praktiskt tagit hela bildrutan som visat TV-reklam täckts av villkorsinformation. I och med att en lättnad införs med hänsyn till kommunikationsmediets begränsningar i tid och utrymme och de åtgärder som vidtagits för att på något annat sätt lämna informationen kommer det inte vara nödvändigt med all denna information på en gång. Rimligen är det en regel som gynnar både konsumenter och näringsidkare. Detta eftersom det blir lättare att föra fram sin produkt genom marknadsföringen och det gör det också lättare för mottagaren att se vad det är som marknadsförs, givet att denne får nödvändig information vid ett senare tillfälle.

5.9 Köperbudanden

5.9.1 Köperbudanden (12 §)

Som en kompletterande regel till den allmänna bestämmelsen om vilseledande utelämnande har en regel om köperbudande i 12 § tillkommit. Enligt art. 7.4 i direktivet definieras ett köperbudande som ett kommersiellt meddelande som beskriver en produkts utmärkande egenskaper och pris, på lämpligt sätt för den typen av kommersiellt meddelande det gäller. Vidare står det vilken information som anses väsentlig när ett köperbudande lämnas.¹⁴⁶ Enligt 12 §, som saknar motsvarighet i 1995 års MFL, föreligger ett köperbudande när en näringsidkare erbjuder en konsument en bestämd produkt till ett visst pris. Om framställningen utformas som ett köperbudande ska näringsidkaren också ange produktens utmärkande egenskaper i den omfattning det är lämpligt för mediet och produkten.

¹⁴⁴ Se t.ex. MD 1975:13, MD 1985:14 och MD 2001:24; prop. 2007/08:115 s. 89.

¹⁴⁵ SOU 2006:76 s. 227.

¹⁴⁶ Prop. 2007/08:115 s. 91.

Prisangivelsen ska även uppfylla kraven i Prisinformationslagen (2004:347).¹⁴⁷

12 § innehåller en uttömmande uppräknig av den information om produkten, näringsidkaren, priset och övriga villkor som anses vara väsentliga för konsumenten vid köperbudande. Om en näringsidkare väljer att utforma sin marknadsföringsåtgärd som ett köperbudande, ska alltså samtliga uppgifter som anges i uppräknigen finnas med i marknadsföringen för att det inte ska anses föreligga någon brist på väsentlig information till konsumenten. Om marknadsföringen inte innehåller föreskriven information betraktas den som vilseledande.¹⁴⁸ Vid bedömningen av om ett köperbudande har otillbörliga brister kan således kravet på väsentlighet och påverkan på konsumentens förmåga att fatta ett ekonomiskt beslut enligt 8 § normalt vägas samman.¹⁴⁹

Regeln om köperbudande i 12 § är den enda i 2008 års MFL som enbart gäller för erbjudanden riktade till konsumenter. Marknadsföring näringsidkare emellan omfattas således inte av 12 §.

5.9.2 Kommentarer

Vid köperbudande, vilket även kan inkludera annonser för bestämda produkter om pris är angivet, gäller en relativt omfattande informationskyldighet. Företag kan själv välja om marknadsföringen ska omfattas av informationskraven genom att utforma erbjudandet som ett köperbudande eller inte. Som de flesta annonser är utformade idag så utgör de köperbudanden, dvs. de visar en specifik produkt med prisangivelse. Om man väljer att t.ex. helt utelämna prisuppgiften är det inte ett köperbudande och åtgärden omfattas inte av de särskilda kraven. Bestämmelsen kan verka omständlig i praktiken, men avser endast konkreta köperbudanden enligt de kriterier som anges i 12 §. En typ av företeelser som bestämmelsen kan antas avse att förhindra är marknadsföring som innehåller uppgifter om skenbara priser. Ett sådant exempel skulle kunna vara marknadsföring av flygresor för "1 krona" men där det kostar extra att ha med bagage etc.

Paragrafen har blivit kritiserad av Konkurrensverket för att den medför att marknadsföringssamarbeten som sammantaget kan ha positiva effekter på konkurrensen omöjliggörs om dessa innehåller köperbudanden.¹⁵⁰ Det är nämligen inte längre tillåtet att ange cirkapriser, rekommenderade priser eller motsvarande varianter i marknadsföringsmaterial. Det sker idag ett omfattande marknadsföringssamarbete inom många frivilliga kedjor, dvs. kedjor som i sig är konkurrerande företag (franchiseföretag). Enligt Konkurrenslagen (2008:579) är prissamarbeten mellan konkurrenter i

¹⁴⁷ Prop. 2007/08:115 s. 89 f, 150.

¹⁴⁸ Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 97.

¹⁴⁹ Se Levin, not 68 och 78 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

¹⁵⁰ Konkurrensverket i ett yttrande till riksdagens civilutskott inför behandlingen av förslaget till den nya lagen, Yttrande med anledning av prop. 2007/08:115 Ny Marknadsföringslag, Dnr 257/2008, Konkurrensverket.

princip alltid förbjudna. Marknadsföringssamarbete är som regel tillåtet enligt Konkurrenslagen, förutsatt att de samarbetande konkurrenterna har frihet att sätta sitt egna pris. Därför anges cirkapriser, rekommenderade priser eller motsvarande varianter i marknadsföringsmaterial – inte ett exakt pris. Den nya MFL medför således att dessa samarbetande konkurrenter framöver måste ange exakta priser i sitt marknadsföringsmaterial. Att ange exakt pris i marknadsföringsmaterial skulle dock innebära ett förbjudet prissamarbete enligt Konkurrenslagen. Följden blir sannolikt att man antingen måste upphöra med marknadssamarbetet eller helt upphöra med att i materialet ange pris. Konkurrensverket anser därmed att fast pris i köperbudanden kommer att hämma konkurrensen, särskilt då små och medelstora företag samarbetar kring marknadsföringen, eftersom de inte anses vara fristående, konkurrerande företag.¹⁵¹ Det borde bli praxis som anger dess närmare gränser då regeln om köperbudande är svårtillgänglig.

5.10 Vilseledande efterbildningar

5.10.1 Skydd mot efterbildningar (14 §)

Direktivet innebär en förändring när det gäller skyddet mot efterbildningar. I 14 § i 2008 års MFL, som motsvarar 8 § i 1995 års MFL, slås fast att en näringsidkare inte får använda sådana efterbildningar av andra näringsidkares kända och särpräglade produkter som är vilseledande i fråga om produktens kommersiella ursprung. Den efterbildade produkten måste också vara känd på marknaden på ett sådant sätt att den förknippas med någon viss näringsidkares produkter. En utformning som i huvudsak är tekniskt eller funktionellt betingad anses däremot inte göra produkten särpräglad, vilket uttryckligen framgår av ett undantag i paragrafen.¹⁵²

I punkt 13 i bilaga I över affärsmetoder som alltid är otillåtna finns ett kompletterande skydd mot efterbildningar. Där står det att det är förbjudet att försöka att sälja en produkt som liknar en annan produkt, som görs av en särskild tillverkare, på ett sätt som avsiktligt förespeglar konsumenten att produkten är gjord av samma tillverkare trots att så inte är fallet.¹⁵³ Denna punkt ska tillämpas vid uppenbara fall av efterbildningar. Det uttrycks i förarbetena att punkt 13 i bilaga I bör bli tillämplig i de mer uppenbara fallen av efterbildningar. Detta understryks av att det uppställs ett krav på att efterbildningen avsiktligt förespeglar att produkten är gjord av tillverkaren av den efterbildade produkten. Punkt 13 bör aktualiseras när det t.ex. är fråga om marknadsföring av rena plagiat eller andra liknande efterbildningar som i estetiskt hänseende ger intryck av att vara utformade mycket nära den

¹⁵¹ Yttrande med anledning av prop. 2007/08:115 Ny Marknadsföringslag, Dnr 257/2008, Konkurrensverket.

¹⁵² Prop. 2007/08:115 s. 101.

¹⁵³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder, bilaga I, http://www.westlaw.se.ludwig.lub.lu.se/pls/onl_se/ilsexfileonl.get_fil?p_filnavn=L_14920050611SV00220039.pdf, 08-11-03.

särpräglade produkten.¹⁵⁴ Regeringen har dock överlämnat till rättsstillämpningen att närmare precisera gränsdragningen mellan 14 § och punkt 13. Eftersom marknadsrättsliga mål är indispositiva måste Marknadsdomstolen ex officio beakta punkt 13, vilket innebär att gränsdragningen, oavsett om punkt 13 åberopas eller ej, sannolikt kommer att bli föremål för bedömning.¹⁵⁵

5.10.2 Kommentarer

Närgångna plagiat kommer att bedömas strängare på grund av bestämmelsens placering i bilaga I. Det blir Marknadsdomstolen som får avgöra vad som menas med uppenbara fall och därmed sätta gränsen mellan vilseledande efterbildningar och plagiat enligt punkt 13. I övrigt är den nya förändringen mer av lagteknisk karaktär.

5.11 Marknadsstörningsavgift

5.11.1 Marknadsstörningsavgift (29 §)

De normala sanktionerna enligt MFL är förbud och åläggande vid vite. För att göra MFL mer effektiv har man som ett komplement till övriga sanktioner en direktverkande avgift vid grova fall, dvs. främst istället för straff som ansetts vara mindre lämpligt vid brott mot MFL. Ett avgiftssystem har ansetts ha en preventiv effekt, eftersom belopp kan sättas så att de blir avskräckande för andra företag.¹⁵⁶ I 1995 års MFL återfinns bestämmelsen om marknadsstörningsavgift i 22 §. 29 § i 2008 års MFL innebär en del nyheter.

Art. 13 i direktivet föreskriver att medlemsstaterna ska implementera effektiva sanktioner mot överträdelse av direktivet. Sådana sanktioner ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. I 29 § anges de grundläggande förutsättningarna för att döma ut marknadsstörningsavgift. En sådan förutsättning är uppsåt eller oaktsamhet. Vidare får marknadsstörningsavgift bara utdömas om näringsidkaren, eller någon som handlat på hans vägnar, bryter mot någon bestämmelse i bilaga I eller av de särskilda reglerna i 7 §, 8 § och någon av bestämmelserna i 9, 10, 12-17 §§, 18 § eller 20 §.¹⁵⁷

I 2008 års MFL kan följande skillnader jämfört med 1995 års MFL konstateras:

– Marknadsstörningsavgift ska alltid utdömas då förbudet mot något av förfarandena i bilaga I överträds.

¹⁵⁴ Prop. 2007/08:115 s. 102.

¹⁵⁵ Bengtsson & Kahn, Den nya Marknadsföringslagen, Ny Juridik 2:08 s 15.

¹⁵⁶ Se Levin, not 158 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

¹⁵⁷ Se Levin, not 164 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

- Fler förbud kan sanktioneras med marknadsstörningsavgift. Detta gäller bl.a. förbudet mot aggressiv marknadsföring (7 §) och bestämmelsen om köperbudande (12 §).
- Förmildrande omständigheter ska inte påverka bedömningen av huruvida sanktionen som sådan ska tillgripas utan endast beloppets storlek.¹⁵⁸

Liksom 1995 års MFL innehåller 29 § 2 st. en uppräknig av de särskilda lagar enligt vilka marknadsstörningsavgift får åläggas vid en överträdelse.¹⁵⁹

I utredningen föreslogs att marknadsstörningsavgift skulle vara en möjlig sanktion vid överträdelse av bestämmelsen om krav på samtycke för obeställd reklam, s.k. opt-in i 19 §. Regeringen ansåg dock detta som en väl kraftig sanktion mot ett sådant förfarande och marknadsstörningsavgift enligt den nya MFL kan således inte utdömas vid överträdelse av ett sådant förbud enligt 29 §.¹⁶⁰

När domstolen fastställer marknadsstörningsavgiften ska särskilt hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått och i ringa fall ska någon avgift inte dömas ut.¹⁶¹

5.11.2 Kommentarer

Ändringarna i 2008 års MFL tydliggör att marknadsstörningsavgiften är kopplad till bestämmelser som reglerar särskilt klandervärda förfaranden som måste motverkas för att tillgodose de konsument- och näringsidkarintressen som lagen syftar till att skydda.¹⁶² Jämfört med tillämpningen av bestämmelsen i 1995 års MFL bör en mer nyanserad och inte alltför restriktiv bedömning göras av om det finns skäl för att påföra marknadsstörningsavgift.

Sverige har jämfört med övriga medlemsstater tillämpat en restriktiv syn på marknadsföringsåtgärder. Under inflytande av bedömningar i andra medlemsstater samt kommissionens och EG-domstolens uttalade strävan mot harmonisering och avskaffande av handelshinder mellan medlemsstater kan denna syn möjligen liberaliseras. Det kommer förmodligen också att bidra till att marknadsstörningsavgift enligt 2008 års MFL kommer att bli en betydligt vanligare sanktion och därmed kommer marknadsrätten förmodligen få ett tydligt ekonomiskt styrmedel. Eftersom talan om marknadsstörningsavgift subsidiärt kan föras av näringsidkare kan man

¹⁵⁸ Prop. 2007/08:115 s.158; se Levin not 160 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

¹⁵⁹ Se 14 § 1 st. 2 men och 3 men, 14 a § 1 st. tobakslagen (1993:581), 4 kap. 10 § 4 kap. alkohollagen (1994:1738), 7 kap. 3, 4 eller 10 § 7 kap. radio- och TV-lagen (1996:844) eller, när det gäller ett erbjudande som inte är riktat bara till andra än konsumenter, 11 § lagen (1995:1571) om insättningsgaranti eller 8 § lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet; se Levin, not 164 till marknadsföringslagen (2008:486), Karnov.

¹⁶⁰ SOU 2006:76 s. 281; prop. 2007/08:115 s. 121.

¹⁶¹ Prop. 2007/08:115 s.158; Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen s. 120.

¹⁶² Se Levin, not 160 till marknadsföringslagen (2008:485), Karnov.

tänka sig att näringsidkare som för process i marknadsrättsliga mål i större omfattning kommer att yrka på marknadsstörningsavgift.

5.12 Vilseledande eller aggressiv marknadsföring som under alla omständigheter är otillbörlig

5.12.1 Bilaga I (den svarta listan)

I bilaga I till direktivet finns en uppräknig av 31 olika marknadsföringsåtgärder som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörliga. Denna s.k. svarta lista är uppdelad i två avsnitt med olika uttryckliga förbud mot vilseledande marknadsföring (punkt 1-23) respektive aggressiv marknadsföring (punkt 24-31). Det är tillräckligt att rekvisiten i någon av respektive punkt i bilagan är uppfyllda för att konstatera att en åtgärd är otillbörlig vid tillämpningen av MFL. Vid en tillämpning av bilagans bestämmelser aktualiseras alltså inte någon prövning av om en åtgärd har eller sannolikt har en påverkan på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹⁶³

Direktivet tar primärt sikte på att skydda konsumenters intressen i samband med näringsidkares marknadsföring av produkter. Vissa bestämmelser i bilagan är följaktligen utformade på så sätt att det uppställs ett krav på att åtgärden riktas mot en konsument för att bestämmelsen ska tillämpas. 2008 års MFL syftar emellertid till att skydda både konsumenternas och näringsidkarnas intressen i samband med näringsidkares marknadsföring. En fråga att ställa sig då är om bilagans bestämmelser även ska omfatta näringsidkare? Den mest lämpliga lagtekniska lösningen, för att låta näringsidkare omfattas av bilagan, hade varit att omformulera de bestämmelser som ger uttryck för att endast skydda konsumenter vid vissa givna situationer. I direktivets art. 5.5 anges emellertid att samma förteckning ska gälla i alla medlemsländer och att den får ändras endast genom en översyn av direktivet. En särskild bestämmelse som anger att samtliga punkter i bilaga I ska tillämpas även om marknadsföringen riktas till näringsidkare har därför tagits in i 2008 års MFL (4 § 3 st.).¹⁶⁴ Vidare anges det i 4 § 1 st. att bilaga I till direktivet ska gälla som lag. 4 § 2 st. upplyser om att MFL ska tillämpas vid prövning enligt någon av bestämmelserna i bilaga I till direktivet. Eftersom samma förteckning ska gälla i alla medlemsländer medför detta att uttrycket affärsmetoder förekommer i bilagans lagtext. Uttrycket affärsmetoder ska i dessa fall jämföras med begreppet marknadsföring.¹⁶⁵ Det ska betonas att bilagan är en exemplifiering av otillbörliga affärsmetoder. Finns inte en affärsmetod

¹⁶³ Prop. 2007/08:115 s. 107, 143.

¹⁶⁴ Prop. 2007/08:115 s. 108.

¹⁶⁵ Prop. 2007/08:115 s. 143.

med i bilaga I kan den bedömas otillbörlig enligt någon av de övriga bestämmelserna i direktivet.

Tittar man närmare på punkterna i bilagan upptäcker man att många av de situationer som ryms inom vilseledande affärsmetoder är bekanta från 1995 års MFL. Nedan uppmärksammas några punkter ur listan:

- Ange eller på annat sätt skapa intryck av att det är lagligt att sälja en produkt när så inte är fallet (punkt 9), är en tillämpning av legalitetsprincipen som i stor utsträckning är accepterad i svensk markandsrätt.¹⁶⁶
- Förbud mot att använda annons i redaktionell form (punkt 11) visar på att identitetskravet i 9 § måste vara uppfyllt.
- Att i marknadsföringsmaterialet inkludera en faktura eller liknande betalningshandling som ger konsumenten intryck av att han redan har beställt den marknadsförda produkten när så inte är fallet (punkt 21) och att kräva omedelbar eller uppskjuten betalning för eller återsändande eller förvaring av produkter som näringsidkaren tillhandahållit men som konsumenten inte beställt (punkt 29)¹⁶⁷ motsvarar i huvudsak 12 § i 1995 års MFL om obeställda produkter och fakturaskojeri. Regeringen föreslog i sin utredning att även näringsidkare ska omfattas av de skyddsregler som uppräknas i bilaga I. Man ansåg att det inte förelåg något behov av att upprätthålla parallella regelverk för konsumenter respektive näringsidkare. Nämnade bestämmelser i bilaga I har således ersatt 12 § i 1995 års MFL om obeställda produkter och fakturaskojeri.¹⁶⁸
- Att påstå att en näringsidkare eller en produkt har godkänts, rekommenderats eller sanktionerats av ett offentligt eller privat organ när så inte är fallet (punkt 4) eller att oriktigt påstå att en produkt förmår bota sjukdomar, funktionsrubbingar eller missbildningar (punkt 17) är regler som redan tidigare har varit förbjudet som vilseledande reklam enligt 1995 års MFL.
- Otillbörliga lockererbjudande (punkt 5) och att oriktigt ange att en produkt kommer att vara tillgänglig enbart under en mycket begränsad tid (punkt 7) har tidigare också tagit upp mycket tid hos domstolar och konsumentskyddande organ.

Det finns andra punkter som ur ett svenskt perspektiv är något mer ovanliga och som inte har någon direkt motsvarighet i tidigare svensk MFL. Hit hör till exempel:

- Erbjudna produkter till ett angivet pris och sedan vägra att visa konsumenten produkten ifråga, vägra att ta emot en beställning, inte leverera produkten inom rimlig tid eller förevisa ett defekt exemplar av den, i avsikt att istället försöka sälja en annan produkt (punkt 6).

¹⁶⁶ Bakardjieva Engelbrekt, EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices. s 44.

¹⁶⁷ Punkt 29 är i bilaga I benämnd som en aggressiv affärsmetod.

¹⁶⁸ Prop. 2007/08:115 s. 104.

- Påstå att näringsidkaren har undertecknat en uppförandekod när så inte är fallet (punkt 1) eller uppvisa en förtroendemärkning, kvalitetsmärkning eller motsvarande utan att ha erhållit det nödvändiga tillståndet (punkt 2) eller påstå att en uppförandekod rekommenderas av ett offentligt eller annat organ när så inte är fallet (punkt 3).
- Oriktigt påstå eller skapa intryck av att näringsidkaren inte agerar i syften som hänför sig till dennes näringsverksamhet, affärsverksamhet, yrkeskår eller yrkesområde, eller felaktigt uppträda som konsument (punkt 22).
- Oriktigt skapa intryck av att produktservice efter försäljning är tillgänglig i en annan medlemsstat än den där produkten säljs (punkt 23).
- Framställa konsumenters lagliga rättigheter som utmärkande för näringsidkaren erbjudande (punkt 10).

Av punkterna som finns uppräknade som aggressiva affärsmetoder finns en del nyheter sett ur svenskt perspektiv. Ett exempel på det är att uttryckligen informera konsumenten om att näringsidkarens arbete eller försörjning står på spel om konsumenten inte köper produkten eller tjänsten (punkt 30).

Det finns dock punkter som har sin motsvarighet i svensk marknadsföringspraxis. Exempel på sådana punkter är:

- Att ta oönskade kontakter per telefon, fax, e-post eller annat medium (punkt 26).
- Att i en annons direkt uppmana barn att köpa eller övertala sina föräldrar att köpa de utannonserade produkterna åt dem (punkt 28).

5.12.2 Kommentarer

Målet med listan på otillbörliga affärsmetoder i bilaga I har varit att göra reglerna överskådliga, åstadkomma högre rättssäkerhet och underlätta en fullständig harmonisering.¹⁶⁹ I linje med ambitionen om full harmonisering får medlemsländer inte lägga till eller dra bort affärsmetoder från listan. För konsumenternas del kan listan komma att underlätta identifiering av otillbörliga affärsmetoder och tydliggöra deras rättigheter. Genom att studera bilaga I kan konsumenterna snabbt upptäcka om en vidtagen affärsmetod är direkt otillåten. Denna förutsägbarhet kan göra att konsumenterna känner sig säkrare vid gränsöverskridande handel. För näringsidkare å andra sidan finns det en risk att de betraktar listan som en ”checklista” för vad som är förbjudet och att denna överskuggar betydelsen av generalklausulen som ett övergripande krav på god marknadsföringssed.

¹⁶⁹ Bakardjieva Engelbrekt, EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt? 2005, s. 253 f.

6 Analys

Som presenterades i inledningen är syftet med denna uppsats att redogöra för och kritiskt granska de nya reglerna i 2008 års MFL. Som visats föreligger det en del skillnader mellan 2008 och 1995 års MFL som kommer att få betydelse i praktiken. I första analysdelen (6.1) följer en sammanställning av vad nyheterna och förändringarna i 2008 års MFL innebär jämfört med 1995 års MFL.

Eftersom 2008 MFL bygger på ett fullharmoniseringsdirektiv så belyser uppsatsen även aspekten om hur den nya MFL kommer att fungera som en harmoniserad EG-lagstiftning. I andra analysen (6.2) diskuteras den EG-rättsliga dimensionen av 2008 års MFL. I det avsnittet presenteras både för- och nackdelar. Jag bygger mina bedömningar och argument på EG-direktivet, förarbetena, utredningsarbete och artiklar. Tiden får utvisa om jag har rätt i mina tankar och funderingar.

6.1 Betydelsefulla skillnader mellan 2008 och 1995 års MFL

Efter att ha redogjort för 2008 års MFL och gjort jämförelser med både direktivet och 1995 års MFL går det att urskilja vissa betydelsefulla skillnaderna lagarna emellan. Några av de nya bestämmelserna innebär en försvagning av den svenska MFL medan andra medför en skärpning. Först och främst omfattar 2008 års MFL *efterköpssituationer* såsom service och support av redan köpt vara. Det utökade tillämpningsområdet kan ses som ett komplement till Konsumentköplagen (1990:932) och Konsumenttjänstlagen (1985:716) och därmed får konsumenterna ett förstärkt och mer långgående skydd också i MFL. Vidare kommer *genomsnittskonsumenten* att bli mer EU-anpassad. Bedömningsnormen kommer att bli mer mångfacetterad än den svenska bedömningen hittills varit. Det har visats sig att EG-domstolen har gott förtroende för konsumenternas förmåga att bedöma innebörden av marknadspåståenden. Medan den svenska bedömningsnormen har utgått ifrån en genomsnittskonsument som antas sakna närmare produktkännedom och andra fackkunskaper. Det blir EG-domstolen som kommer att ha sista ordet och fastställa bedömningsnormen för den genomsnittliga konsumenten vilket sannolikt kommer att resultera i mindre stränga krav på bevisning.

För att något ska anses vara otillbörligt enligt MFL måste marknadsföringen i märkbar mån eller sannolikt påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut (direktivets *transaktionstest*). Det är en ”tröskel” för när ingripande kan ske, men hur hög eller låg den är ter sig dock oklart. Utredningen kom fram till att det i praktiken inte blir så stor skillnad jämfört med 1995 års MFL därför att tidigare MFL har ansetts innehålla ett

underförstått krav på kommersiell effekt. Dock kan det få betydelse för bedömningen av typiska *reklamöverdrifter*, där svensk praxis har varit strängare än övriga EU. Förmodligen kommer bedömningen att behövas mjukas upp. Men samtidigt kan oklar eller tvetydig information bedömas som *underlåtenhet att informera*. Man skulle även kunna säga att MFL innebär en uppmjukning i och med att viss information får utelämnas i medier med *begränsat utrymme* (t.ex. TV och radio). Marknadsdomstolen kommer att få ta hänsyn till uppgifter som neutraliserar markandsföringsåtgärder även om dessa förekommer i andra medier. Dock ska höga krav ställas på marknadsföringens sammantagna tydlighet för att den kompletterande informationen ska anses neutralisera den vilseledande framställningen. Den nya bestämmelsen om begränsningar i kommunikationsmediet bör således tillämpas restriktivt.

Direktivet som har implementerats syftar till ett ökat skydd för konsumenter. Eftersom man i Sverige har valt att omarbete hela MFL, även den del som gäller företag, ställer det till lite problem när det gäller skyddsnyvån. I flera viktiga frågor hade näringslivet ett bättre skydd än vad den nya lagen erbjuder. Ett exempel på det är *renommésnyltning* och *misskreditering*. För att man ska kunna stoppa ett företag från att renommésnylta måste man kunna påvisa att konsumenten har drabbats på ett ofördelaktigt sätt och påverkats till att fatta ett felaktigt beslut, vilket i praktiken kan bli svårt för näringsidkaren att visa i praktiken. Visserligen uttrycker förarbetena att ett ”försvårande av markandsöverblick” bör vara tillräckligt för att uppfylla testet, men detta måste nog prövas i det enskilda fallet.

Förbud mot *aggressiva affärsmetoder* är infört i 2008 års MFL. Tidigare var det ett brott mot god marknadsföringssed men att det nu även har skrivits in i lagtexten torde ge ett förstärkt skydd. Bestämmelsen om *reklamidentifikation* innebär däremot en uppmjukning jämfört med 1995 års MFL, i vilken det fanns ett absolut krav på fullständig identifikation av vem som svarade för marknadsföringen. I 2008 års MFL omfattas inte s.k. ”*teasers*” av kravet på reklamidentifikation.

Vid *köperbudanden*, vilket även kan inkludera annonser för bestämda produkter om pris är angivet, gäller numera en relativt omfattande informationskyldighet. Detta kan komma att ställa till problem för de frivilliga kedjorna då cirkapriser och frånpriser inte får anges. Informationspliktens omfattning, innebörd och vad som närmare konstituerar ett köperbudande är något oklart i direktivet. Det kan innebära tolkningsproblem och som sagt har bestämmelsen redan utsatts för kritik.

Marknadsdomstolen kommer att vara mindre restriktiv än tidigare med att döma ut *marknadsstörningsavgift*.

Införandet av *bilaga I (svarta listan)*, som är identisk i alla medlemsstater, innebär fler specifika förbud. Bestämmelserna kräver inte att transaktionstestet ska vara uppfyllt för att det ska vara otillbörligt. I själva

bilagan finns spår av kompromisser mellan medlemsländerna. Vissa punkter är ur svensk synvinkel bekanta, medan andra kan verka mycket främmande. Syftet med listan har varit att göra reglerna överskådliga, åstadkomma högre rättssäkerhet och underlätta en fullständig harmonisering. I nästa avsnitt diskuteras om en lista av den här typen verkligen underlättar en fullständig harmonisering.

I anledning av att direktivet har implementerats och att Sverige har fått en helt ny MFL kommer Marknadsdomstolen att få pröva ett stort antal nya frågor. För konsumenter och näringsidkare kommer det att vara av stor betydelse hur domstolen tillämpar bestämmelserna om otillbörliga affärsmetoder. Med hänsyn till den roll Marknadsdomstolen har och kommer att få blir det viktigt att Marknadsdomstolen i framtiden motiverar sina ställningstaganden utförligt och särskilt lyfter fram och bemöter de principiella frågeställningar som väckts i de enskilda ärendena. Detta skulle medföra att domstolens avgöranden i än större utsträckning kan tjäna till ledning för näringsidkares och konsumenters framtida agerande.

6.2 EU-harmoniseringens effekter

6.2.1 Positiva effekter

En viktig förändring är såklart att den svenska rätten i fortsättningen kommer att tillämpas i en ny, väsentligt mer europeisk miljö. Det medför bl.a. att andra medlemsstaters domstolsavgöranden och internationell doktrin rörande direktivet kommer att få större betydelse för tolkning av detsamma.

I förarbetena görs bedömningen att en harmoniserad marknadsföringslagstiftning inom EU kommer att ha många positiva effekter för näringslivet.¹⁷⁰ I och med att lagstiftningen nu ser likadan ut runt om i Europa, kommer det att ge näringsidkare ett enhetligt regelverk vilket förmodligen kommer att leda till att det blir lättare för dem att bedriva sin verksamhet. Detta gäller särskilt för småföretagare då de har en begränsad möjlighet att ta reda på hur lagstiftningen ser ut på området i olika länder. Det kommer också att bli lättare för näringsidkare att marknadsföra sina produkter på den inre marknaden, vilket i sin tur kan leda till en ökad konkurrens, ett större utbud och fler etableringar. Sammantaget torde detta till slut leda till en ökad gränsöverskridande handel av varor och tjänster.

Tittar man på MFL:s struktur utgörs den, liksom tidigare, av vissa generalklausuler som uttrycker otillbörlig marknadsföring. Generalklausuler är användbara på det sättet att de generellt tillåter flexibilitet och förändringar i den rättsliga miljön och samhället. Utveckling och situationer som är svåra att förutse kan med hjälp av en generalklausul fångas in. Detta minskar förutsebarheten och ställer krav på att näringsidkare håller sig

¹⁷⁰ Prop. 2007/08:115 s. 137.

uppdaterade om rättspraxis och god marknadsföringssed för branschen. Fördelarna med en generalklausul är också dess nackdelar. Ju bredare klausulen är desto mer beslutsrätt blir över till rättstillämparen istället för lagstiftarna. Detta gör att det blir osäkert hur generalklausulen ska tillämpas och svårt att säkra en enhetlig användning särskilt eftersom de olika medlemsstaterna har med sig olika traditioner och kulturer. Generalklausulerna är dock kompletterade med tydliga och väl strukturerade regler som ska vara enkla för en näringsidkare att följa. Så även om antalet bestämmelser i MFL har ökat torde det vara lättare för näringslivet att efterleva lagstiftningen.

Enligt direktivet får inte medlemsstaterna gå längre i sin lagstiftning än den skyddsnivån som anges i direktivet eftersom effekterna av att ha en enda uppsättning regler för den inre marknaden då inte kommer att uppnås. Kommissionen kommer att följa upp alla avvikelser som kan uppkomma på nationell nivå från standarderna i direktivet avseende full harmonisering. Återstående skillnader mellan nationella lagar inom gemenskapsområdet får inte tillämpas så att det motverkar den fria rörligheten av varor och tjänster. Klausulen om ömsesidigt erkännande i direktivet kommer att hindra den nationella tillsynsmyndigheten eller domstolen att förbjuda en gränsöverskridande affärsmetod från en annan medlemsstat som följer direktivet. Dessa mekanismer hjälper till så att direktivet genomförs enhetligt. Man torde också få en förbättrad tillämpning och rättssäkerhet.

6.2.2 Negativa effekter

En av de negativa effekterna som en gemensam EG-lagstiftning för med sig är att en viss förvirring och osäkerhet kan uppstå i och med en ny MFL och direktivets införande. Framförallt kan vissa av direktivets centrala begrepp, vars innebörd mer precist måste fastställas av EG-domstolen, vara ett osäkerhetsmoment. Ett exempel på detta är begreppet genomsnittskonsument. Skäl 18 i direktivet uttrycker att begreppet inte är något statiskt begrepp, dvs. de nationella domstolarna och myndigheterna förväntas använda sitt eget omdöme när de fastställer genomsnittskonsumentens typiska reaktion i ett givet fall. Detta kan komma att innebära att medlemsländerna knyter an till den rättstradition och begreppsbildning på området som man redan har. Det betyder att tolkningen av en ”typisk reaktion” hos en genomsnittskonsument kan se mycket olika ut beroende på vilket medlemsland som ska tolka. Det är inte bara rättstraditioner som spelar in i en sådan tolkning, utan även andra traditioner, seder och bruk påverkar tolkningen av ett sådant begrepp. Det kan därför vara en svår uppgift att fastställa en harmoniserad bedömning.

Direktivet föreskriver en sexårig övergångsperiod då striktare regler, under vissa förutsättningar, får tillämpas (se art. 3.5 i direktivet). Det innebär att två uppsättningar regler kan komma att existera. Detta kan förvirra både konsumenter, näringsidkare och det nationella rättsväsendet och motverka direktivets syfte.

Det kan också hända att näringsidkarna kommer att testa gränserna för vad de nya reglerna kommer att tillåta innan EG-domstolen har fastställt gällande rätt och en fast praxis har etablerats. Det kan komma att medföra att tillsynsmyndigheterna får mer att göra än tidigare. Näringsidkare som inte låter testa gränserna utan istället uppdaterar sig på vad det är för nya regler som gäller får räkna med vissa merkostnader för utbildningsinsatser inom företagen. Mot bakgrund av den osäkerhet som föreligger i hur reglerna ska tolkas torde även de enskilda ärenden som KO driver inför Marknadsdomstolen bli mer resurskrävande än tidigare.

Det faktum att EG-domstolen numera kommer att bestämma vilken bedömningsnorm som gäller för otillbörliga eller vilseledande påståenden i reklam innebär förmodligen en av de större förändringarna i 2008 års MFL i förhållande till 1995 MFL. Av principen om direktivkonform tolkning följer att nationella domstolar är skyldiga att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås. Skyldigheten att tolka nationell rätt direktivkonformt gäller även om nationell rätt följer av fast inhemsk rättspraxis och även om nationella förarbetsuttalanden innehåller upplysningar av motsatt innebörd. Mot bakgrund av den långtgående skyldigheten att tolka direktivet konformt kan man fråga sig vilken betydelse Marknadsdomstolens äldre praxis respektive uttalande i propositionen och betänkandet bör få vid tillämpningen.

EG-domstolens praxis kan däremot komma att tillmätas större betydelse. Marknadsdomstolen har i sina tidigare marknadsrättsliga bedömningar utgått ifrån en autonom svensk bedömning till skillnad från i konkurrensrättsliga mål där man i relativt stor omfattning återoplat EG-praxis. Denna bedömning borde rimligtvis ändras till följd av att den nya MFL faller under EG-domstolens tolkningsbehörighet. Marknadsdomstolen benägenhet att begära förhandsbesked från EG-domstolen kommer antagligen också att få relativt stor betydelse för rättsutvecklingen. Det kan också förväntas att parterna i ännu större omfattning än idag kommer att hemställa att Marknadsdomstolen begär förhandsbesked från EG-domstolen vilket kommer att medföra att handläggningstiden blir väsentligt längre idag.

Ett direktiv som bygger på fullständig harmonisering kan motverka sitt eget syfte. För att få så många medlemsländer som möjligt att sluta upp bakom ett direktiv är kompromisser ofrånkomliga. Kompromisserna kan dock medföra krystade lösningar som inte alls är flexibla eller har det tillämpningsområde som först var tänkt. Kompromisserna kan också göra direktivets bestämmelser alldeles för vaga, vilket gör en samstämd och homogen tolkning komplicerad. 2008 års MFL består av just både detaljerade regler till följd av kompromisser och vaga generalklausuler. Det finns få riktlinjer om hur de vaga klausulerna ska appliceras, vilket kan leda till att tillämpningen av generalklausuler i konkreta fall kommer att influeras av skilda rättsliga traditioner. I frånvaro av riktlinjer från EG-domstolen kommer det några år av rättslig osäkerhet. Även när första fallen från EG-domstolen kommer så återstår det att se om EG-domstolens rättspraxis då

bli en enande faktor. Det är osäkert hur långt EG-domstolen kommer att vilja besvara mycket detaljerade frågor som behandlar tillämpningen av generalklausuler i konkreta fall.

Klausulen om ömsesidigt erkännande i direktivet som jag tog upp som en positiv punkt kan också ses ur ett negativt perspektiv. Det finns en risk att direktivet befäster en viss rättsordning, då ändringar av direktivet endast får göras på EU-nivå. Denna process kan vara mycket omständlig och ta lång tid. Att medlemsländer varken får lägga till eller ta bort delar från direktivet är en förskjutning av regleringskompetens från nationell nivå till gemenskapsnivå.

Att Sverige nu har infört liknande bestämmelser som övriga EU-länder behöver med säkerhet inte råda bot på konsumenternas osäkerhet inför överskridande handel. Att konsumenter känner till sina rättigheter och att dessa är de samma i hela Europa behöver inte betyda att konsumenterna handel över gränserna kommer att öka. Orsakerna till konsumenternas osäkerhet, eller valet att inte handla varor från ett annat land, kan mycket väl bero på andra faktorer, såsom sociala, kulturella eller psykologiska, något lagstiftningsåtgärder har svårt att påverka.

Käll- och litteraturförteckning

Författningstext

SFS 2008:486 *Marknadsföringslag*

SFS 1995:450 *Marknadsföringslag*

Offentligt tryck Propositioner

Prop. 2007/08:115 *Ny marknadsföringslag* (Prop. 2007/08:115)

Prop. 1994/95:123 *Ny marknadsföringslag* (Prop. 1994/95:123)

Prop. 1975/76:34 *Med förslag till marknadsföringslag, m.m.*
(Prop. 1975/76:34)

Prop. 1970:57 *Om otillbörlig marknadsföring* (Prop. 1970:57)

Statens offentliga utredningar

SOU 2008:5 *Könsdiskriminerande reklam – kränkande
utformning av kommersiella meddelanden*
(SOU 2008:5)

SOU 2006:76 *Otillbörliga affärsmetoder* (SOU 2006:76)

Betänkande

Betänkande 2007/08:CU21 *Ny marknadsföringslag m.m.* (bet2007/08;CU21)

Kommittédirektiv

Dir. 2005:72 *Genomförande av EG:s direktiv om
otillbörliga affärsmetoder* (Dir 2005:72)

EG-direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG 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 samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder)

Litteratur

Bernitz, Ulf, *Marknadsföringslagen*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1997.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt*, 1, 1:a uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2005.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1999.

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten – en introduktion*, 3:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004.

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten – en introduktion*, 4:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008.

Svensson, Carl Anders, *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, 14:e uppl., Studentlitteratur, Lund, 2008.

Svensson, Carl Anders, *Praktisk marknadsföringsetik – Näringslivets marknadsetiska egenåtgärder*, Studentlitteratur, Lund 2006.

Artiklar

Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, *EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt*. Europarättslig tidskrift. Nr 2 2005, s. 236 – 262.

Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices*. Report for the Nordic Council, Committee on Consumer Affairs. 2005.

Bengtsson, Henrik & Kahn, Johan, *Den nya marknadsföringslagen*, Ny Juridik, Nr 2 2008, s. 7-21.

Bernitz, Ulf, *Otillbörliga affärsmetoder. Det nya EG-direktivet och vad det innebär*, ur Festskrift till Marianne Levin, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, s.127-146.

Bruun Nielsen, Anne-Dorte, *Harmonisation of EU Marketing Law. Analysis of advantages and disadvantages regarding a regulation of marketing Law in EU*. TemaNord 2002:509.

Grundström, Mattias & Tornberg Daniel, *Den nya marknadsföringslagen - ömsom vin, ömsom vatten*. Pointlex Legala Affärer. Nr 3 2008, tillgänglig på http://www.pointlex.se.ludwig.lub.lu.se/pub/specialmall.asp?art_id=166691&iM=7&markera=marknadsforing. 08-11-04.

Stenlund, Anders, *Ny marknadsföringslag*, Svenskt Näringsliv, publicerad 08.08.05, tillgänglig på <http://www.svensktnaringsliv.se/fragor/foretagsjuridik/marknadsratt/article56913.ece>. 08-09-11.

Stuck, Jules, Terryn, Evelyne & Van Dyck, Tom, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, Common Market Law Review, Nr 43 2006, 107-152.

Kommenterad lagtext

Levin, Marianne, Kommentarer till marknadsföringslagen (2008:486), Karnov, http://www.westlaw.se.ludwig.lub.lu.se/pls/onl_se/ilseintk.request?funktion=lg&produkt=&normid=&prodid=614.

Levin, Marianne, Kommentarer till marknadsföringslagen (1995:450), Karnov, http://www.westlaw.se.ludwig.lub.lu.se/pls/onl_se/ilseintk.request?funktion=lg&produkt=&normid=&prodid=614.

Internetbaserade källor

ICC:s Grundregler för reklam, <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/pages/ICC%20Consolidated%20Code%20MA%20Swedish.pdf>, 08-11-13

Europeiska kommissionens generaldirektorat för Hälsa och konsumentskydd, Direktivet om otillbörliga affärsmetoder, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_sv.pdf 08-06-26.

EU-upplysningen, Sveriges riksdag, <http://www.euupplysningen.se/Amnesomraden/Konsumentfragor-iEU/Reklam/Otillborliga-affarsmetoder/>, 08-10-30.

Konsumentverket/KO, <http://www.konsumentverket.se/>, 08-11-13.

Remissyttrande Konsumentverket Dnr: 2006/3331, <http://www.konsumentverket.se/mallar/sv/remiss.asp?lngArticleId=4979&lngCategoryId=569>. 08-06-26.

Sveriges Annonsörer, <http://www.annons.se/?get=content&action=view&id=127-29>, 08-11-12.

Rättsfallsförteckning

Marknadsdomstolen

MD 1975:13
MD 1985:14
MD 1987:12
MD 1989:6
MD 1994:24
MD 1996:26
MD 1999:41
MD 2000:25
MD 2001:24
MD 2001:28
MD 2002:20
MD 2005:8
MD 2006:23

EG-domstolen

Mål C-210/96 Gut Springenheide
Mål C-470/93 Mars