

Den nya marknadsföringslagen

Den 1 augusti 2008 träder den nya marknadsföringslagen i kraft. Lagen implementerar direktivet om otillbörliga affärsmetoder 2005/29/EG och medför ett flertal nyheter. Särskilt märks en s.k. svart lista över marknadsföringsåtgärder som alltid skall betraktas som otillbörliga och dessutom kommer efterköpssituationer att omfattas av lagen. Vidare införs ett s.k. transaktionstest varigenom den otillbörlighet som är en förutsättning för sanktioner enligt den nya lagen kvalificeras. Den största nyheten är dock att EG-domstolen blir högsta uttolkare av den svenska marknadsföringslagen. Sannolikt kommer EG-domstolens liberalare bedömningsnorm av marknadsföringspåståenden att få genomslag i svensk rättstillämpning. Advokaterna Henrik Bengtsson och Johan Kahn vid Advokatfirman Delphi i Stockholm har sammanfattat de viktigaste nyheterna i den nya marknadsföringslagen och gjort en analys i ljuset av den EG-rättsliga tolkningsdimensionen.

Kort om direktivet om vilseledande affärsmetoder och bakgrunden till detsamma

EG har sedan 1960-talet arbetat med frågor kring en harmoniserad marknadsrätt. Från början låg fokus på otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare för att på 1970-talet komma att handla om konsumentskydd. Det första EG-direktivet inom det marknadsrättsliga området av betydelse är direktivet om vilseledande reklam 84/450/EEG. Direktivet ändrades 1997 i och med direktivet

Ny Juridik 2:08 s 8

97/55/EG om jämförande reklam. Dessa båda direktiv är minimidirektiv vilket innebär att medlemsstaterna tillåts att ha strängare nationella regler än den lägstanivå som direktiven föreskriver. Direktiven konsoliderades 2006 genom direktiv 2006/114/EG i vilket stadgas att reglerna endast gäller näringsidkare emellan. Uppdelningen mellan konsument- och näringsidkarskydd i EG:s syn på marknadsrätten märks inte minst i direktivet om otillbörliga affärsmetoder 2005/29/EG (nedan "Direktivet") som inte direkt reglerar otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare.

2008 års marknadsföringslag innebär att både Direktivet och direktiven om vilseledande marknadsföring och jämförande reklam regleras i samma författning. I praktiken innebär det ingen skillnad mot 1995 års marknadsföringslag då denna omfattar båda dessa tillämpningsområden. I förarbetena understryks att konsumentskyddet går hand i hand med reglering av otillbörlig konkurrens då sådan även drabbar konsumenter (SOU 2006:76, s. 199).

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 på 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 inom unionen kunde orsaka hinder för den fria rörligheten av varor och tjänster. Således var harmoniseringsåtgärder påkallade. 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 otillbörliga affärsmetoder skulle inledas och den 18 april 2005 antogs Direktivet av rådet.

Det kan noteras att frågan om en gemenskapsreglering av förmånserbjudanden existerat parallellt med frågan om otillbörliga affärsmetoder men att någon specifik EG-rättslig reglering av sådana marknadsföringsåtgärder inte tycks aktuell (SOU 2006:76 s. 250). Ett förslag till direktiv presenterades 2005 men antogs inte. Sedan dess har frågan inte varit föremål för någon vidare uppmärksamhet.

Direktivet reglerar inte frågor om smak eller anständighet då

Ny Juridik 2:08 s 9

det finns stora skillnader i hur sådana frågor uppfattas i de olika medlemsstaterna. Enligt Direktivet är det upp till varje land att reglera sådana frågor (ingressen skäl 7 i Direktivet). I det avseendet följer således

ingen ändring av det svenska rättsläget. I april 2008 beslutade regeringen att inte föreslå ny lagstiftning på området. Betänkandet som föregick beslutet, Könnsdiskriminerande reklam - kränkande utformning av kommersiella meddelanden (SOU 2008:5), leder således inte till något förbud mot könnsdiskriminerande reklam.

2005 års Marknadsföringsutredning som presenterade SOU 2006:76 (nedan "Betänkandet") konstaterade att även om den tidigare marknadsföringslagen i huvudsak innehöll nödvändiga regleringar krävdes så pass omfattande ändringar att en helt ny lag var att föredra ur ett lagtekniskt perspektiv. Under våren 2008 kom propositionen (prop. 2007/08:115). Den nya marknadsföringslagen förväntas träda i kraft den 1 juli 2008.

Direktivet är, till skillnad från direktiven om vilseledande och jämförande reklam, ett s.k. maximi- eller fullharmoniseringsdirektiv. Ett fullharmoniseringsdirektiv innebär att medlemsstaterna är skyldiga att genomföra de regleringar som följer av ett sådant direktiv men får inte gå längre än vad direktivet föreskriver. Detta innebär att det inte finns något utrymme för medlemsstaterna att införa eller bibehålla regler som avviker från ett sådant direktiv.

Skälet till att Direktivet är ett fullharmoniseringsdirektiv är att medlemsstaternas lagstiftning mot illojal eller otillbörlig konkurrens har kommit att skilja sig väsentligt, vilket inneburit ett handelshinder inom unionen. Genom direktivet är målsättningen att åstadkomma en harmoniserad marknadsrättslig reglering inom hela unionen. De skandinaviska länderna har jämfört med övriga medlemsstater tillämpat en restriktiv syn på marknadsföringsåtgärder. Denna kommer måhända att liberaliseras under inflytande av bedömningarna i andra medlemsstater, kommissionens och EG-domstolens uttalade strävan mot harmonisering och avskaffande av handelshinder mellan medlemsstaterna.

Direktivet som skulle ha implementerats senast den 12 juni 2007 har så här långt implementerats i Belgien, Bulgarien, Cypern, Danmark, Estland, Frankrike, Grekland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Polen, Slovakien, Slovenien, Tjeckien och Österrike. Kommissionen informerar om direktivets tillämpning

Ny Juridik 2:08 s 10

och implementering på kommissionens webbsida (http://ec.europa.eu/consumers/rights/index_en.htm).

EG-domstolen har redan fått begäran om förhandsbesked från belgiska Rechtsbank van Koophandel de Antwerp som begärt förhandsbesked i frågan om huruvida det belgiska förbudet mot kombinationserbjudanden är förbjudet oavsett omständigheterna i det aktuella målet (EG-domstolens förenade mål nr C-261/07 och C-299/07).

Jurisdiktionsfrågor

I kommissionens ursprungliga direktivförslag (Grönboken om konsumentskyddet inom Europeiska unionen (KOM[2001] 531) föreslogs en ursprungslandsprincip motsvarande den princip som följer av e-handelsdirektivet (2000/31/EG) och TV-direktivet (direktiv 89/552/EG). Principen innebär att en marknadsföringsåtgärd skall bedömas enligt reglerna i ursprungslandet och inte i effektlandet. Eftersom direktivet är ett fullharmoniseringsdirektiv kan det ifrågasättas huruvida det skulle göra någon skillnad om en ursprungslands- eller en effektlandsprincip tillämpades.

De skandinaviska länderna motsatte sig idén om en ursprungslandsprincip och Direktivet reglerar inte alls jurisdiktionsfrågan. Det är istället upp till varje medlemsstat att avgöra om dess marknadsrättsliga regler kan ges extraterritoriell effekt.

Inom svensk marknadsrätt tillämpas effektlandsprincipen sedan länge. Effektlandsprincipen innebär att den svenska marknadsföringslagen skall tillämpas på marknadsföring oavsett ursprungsland under förutsättning att marknadsföringen åtminstone delvis är riktad mot en svensk publik. Huruvida marknadsföringen är riktad mot svensk publik skall enligt förarbetena (prop. 1970:57 s. 92-93) avgöras på grundval av en helhetsbedömning som bl.a. innefattar språket i reklampublikationen, den tänkta målgruppen och den faktiska spridningen av reklammediet.

Effektlandsprincipen har prövats ett flertal gånger av Marknadsdomstolen. I det första målet, MD 1989:6 (Scanorama), menade Marknadsdomstolen att Scanorama inte kunde falla inom marknadsföringslagens

tillämpningsområde eftersom Scanorama var avsedd för spridning huvudsakligen på flygplan i internationell trafik och endast en mindre del av upplagan spreds inom Sverige. I senare avgöranden (MD 2000:8, MD 2000:19, MD 2001:19 och

Ny Juridik 2:08 s 11

MD 2004:17) har svaranden invänt att marknadsföringslagen inte varit tillämplig på svarandens åtgärder eftersom den i målet aktuella servern från vilken marknadsföringen spridits varit placerad utomlands. Marknadsdomstolen har dock konstaterat att det faktum att marknadsföringen avfattats på svenska, att priser angivits i svenska kronor, att telefonnummer angivits utan landskod, att bolagets svenska adress angivits och att tjänsterna tydligt är avsedda för den svenska marknaden innebär att marknadsföringen har varit riktad mot konsumenterna på den svenska marknaden. Således har den svenska marknadsföringslagen befunnits tillämplig även i dessa fall.

Den marknadsrättsliga effektlandsprincipen skall dock inte vara fullt tillämplig på marknadsföringsåtgärder på Internet eftersom ursprungslandsprincipen gäller enligt e-handelsdirektivet. I MD 2004:17 invände svaranden att svenska marknadsföringslagen på grund av den s.k. ursprungslandsprincipen i 3 § lagen om elektronisk handel inte var tillämplig på marknadsföringen som skedde från en server som var placerad i Danmark men som i och för sig tydligt riktade sig mot svenska konsumenterna. Av förarbetena till den svenska lagen om elektronisk handel (prop. 2001/02:150, s. 64) framgår relativt tydligt att den svenska marknadsföringslagen inte skall tillämpas på nämnda situation. Marknadsdomstolen kommenterade inte närmare ursprungslandsprincipens tillämpning utan konstaterade, utan närmare angivande av skäl, att marknadsföringslagen enligt effektlandsprincipen var tillämplig. Detta är enligt vår mening en tolkning av e-handelsdirektivet som kan ifrågasättas.

Sammanfattningsvis gäller alltså som utgångspunkt att marknadsföring som har effekt i Sverige omfattas av svenska marknadsföringslagen. Förekommer marknadsföringen på webbplatser eller e-brev där avsändaren finns i ett annat medlemsland eller om reklamen förekommer i en TV-sändning där avsändaren är etablerad i ett annat medlemsland är inte den svenska marknadsföringslagen tillämplig.

Direktivets uppbyggnad

Direktivets grundbestämmelse om förbud mot otillbörliga affärsmetoder finns i artikel 5. Affärsmetoder skall enligt bestämmelsen anses otillbörliga om de strider mot god yrkessed och innebär, eller

Ny Juridik 2:08 s 12

kommer att innebära, en avsevärd snedvridning av beteendet hos genomsnittskonsumenten i målgruppen för affärsmetoden eller genomsnittskonsumenten som nås av densamma. Detta är det så kallade transaktionstestet.

Vidare reglerar Direktivet specifikt vilseledande och aggressiva affärsmetoder i artiklarna 6 och 7. För att en affärsmetod skall anses vilseledande eller aggressiv skall transaktionstestet utfalla positivt. Det vill säga något förenklat att affärsmetoden skall innebära, eller sannolikt komma att innebära, en snedvridning av det ekonomiska beteendet hos genomsnittskonsumenten.

I bilaga 1 till Direktivet finns den s.k. svarta listan vilken närmast kasuistiskt anger ett antal olika förfaranden som alltid skall anses vilseledande (punkterna 1-23) eller aggressiva (punkterna 24-31). Sådana förfaranden behöver således inte prövas enligt transaktionstestet. Vilseledande och aggressiva affärsmetoder skall alltid anses otillbörliga.

Illustrationen nedan är hämtad från kommissionens informationsskrift "Direktivet om otillbörliga affärsmetoder" och visar schematiskt Direktivets uppbyggnad.



Ändringarna i marknadsföringslagen i korthet

En viktig förändring i förhållande till 1995 års marknadsföringslag är det utvidgade tillämpningsområde som anges i artikel 3 i Direktivet, nämligen att begreppet "affärsmetod" avser näringsidkares agerande före, under och efter en affärstransaktion. I 3 § i 2008 års marknadsföringslag definieras således nyckelbegreppet "marknadsföring" som "reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet

Ny Juridik 2:08 s 13

som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare". Det är viktigt att notera att 1995 års marknadsföringslags marknadsföringsbegrepp nu har vidgats till att omfatta så kallade efterköpsituationer. Exempel på sådana efterköpsituationer kan vara hanteringen av reklamationer och hantering av betalningskrav mot konsumenter. I punkt 27 i svarta listan förbjuds försäkringsgivare att ställa orimliga krav på styrkande av skador eller systematiskt undvika korrespondens i ett skaderegleringsärende.

Redan befintlig konsumentskyddslagstiftning såsom exempelvis konsumentköplagen kompletteras således i och med marknadsföringslagens utvidgade tillämpningsområde vad avser exempelvis hanteringen av reklamationer och garantiförpliktelser. I många fall kan 2008 års marknadsföringslag komma att utgöra en alternativ grund för rättsliga åtgärder i situationer som redan regleras i befintlig konsumentskyddslagstiftning. Därmed stärks konsumentskyddet.

Marknadsföring näringsidkare emellan

Som anges ovan genomför 2008 års marknadsföringslag både Direktivet samt direktiven om vilseledande och jämförande reklam. Inom svensk marknadsrätt har vad som ansetts otillbörlig konkurrens i förhållande till konsumenter även ansetts utgöra otillbörlig konkurrens i förhållande till andra näringsidkare.

Marknadsrätten har dessutom mer och mer kommit att utgöra ett verktyg näringsidkare emellan för att förhindra otillbörlig konkurrens genom vilseledande efterbildningar, jämförande reklam, misskreditering och renommésnyltning. I Betänkandet benämns detta synsätt som integrerat. Det integrerade synsättet har även godtagits i lagförslaget och i likhet med 1995 års marknadsföringslag omfattar 2008 års lag både konsumentskydd och reglering av otillbörlig konkurrens med undantag av regleringen av köperbudanden i 12 §.

Vad avser renommésnyltning och misskreditering har dessa företeelser enligt 1995 års marknadsföringslag stridit mot generalklausulen om god marknadsföringssed (se exempelvis MD

Ny Juridik 2:08 s 14

1999:21 [Robinson] och MD 2005:11 [Änglamarksspelet]). I och med 2008 års marknadsföringslag kommer renommésnyltning och misskreditering fortsatt i huvudsak att rymmas under förbudet mot otillbörlig marknadsföring (5§).

I propositionen till 2008 års marknadsföringslag anges att renommésnyltning typiskt sett utgör en sådan företeelse som kan skapa allvarliga och negativa konsekvenser för den genomsnittlige konsumenten (prop. 2007/08:115). Därmed skulle renommésnyltning typiskt sett i märkbar mån påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därmed vanligtvis vara att anse som otillbörlig. Samma presumtion vad avser otillbörlighet gäller för misskreditering som enligt förarbetena är något som kan

ha en påtaglig inverkan på mottagarens förmåga att fatta välgrundade affärsbeslut (prop. 2007/08:115, s. 113).

Aggressiva affärsmetoder

En viktig nyhet i Direktivet är den typ av affärsmetoder som betecknas som "aggressiva". Sådana metoder skall enligt Direktivets artikel 8 vara att anse som otillbörliga om de passerar transaktionstestet, i den mån de inte finns på svarta listan och under alla omständigheter är otillbörliga. Direktivets artiklar 8 och 9 stadgar att affärsmetoder som innebär fysiskt våld, tvång, trakasserier eller som i övrigt avsevärt inskränker genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande betecknas som aggressiva affärsmetoder. I Direktivets artikel 9 anges vilka omständigheter som skall beaktas vid bedömning om en affärsmetod skall anses innebära trakasserier, tvång och otillbörlig påverkan. I den helhetsbedömning som görs skall tid, plats, användning av hotfullt eller kränkande språk eller beteende beaktas. Vidare skall beaktas om näringsidkaren utnyttjar ett speciellt missöde eller annan omständighet som försämrar konsumentens omdöme. När det gäller aggressiva affärsmetoder i efterköpsituationer skall det vid bedömningen om en sådan affärsmetod är aggressiv 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 antas omfattas av begreppet aggressiva affärsmetoder.

Svarta listan innehåller även åtta typaffärsmetoder som alltid

Ny Juridik 2:08 s 15

skall anses som aggressiva. Exempel på sådana metoder är att ge konsumenten intryck av att denne inte kan lämna en plats innan ett avtal tecknats, att i annons direkt uppmana barn att köpa eller övertala vuxen att köpa de produkter som annonsen avser samt att inför en konsument uttryckligen hävda att näringsidkarens arbete eller försörjning står på spel om konsumenten inte köper den aktuella produkten eller tjänsten.

Praktiska exempel på aggressiva affärsmetoder som anges i kommissionens informationsskrift angående sådana skulle kunna vara en hemförsäljningssituation där näringsidkaren säger "jag går när pappersarbetet [underskrift av köpekontrakt] är avklarat" eller genom en annons riktad mot barn som innehåller en uppmaning om att "be mamma köpa boken".

Transaktionstestet

Den mest centrala lagtekniska skillnaden i förhållande till 1995 års marknadsföringslag är den kvalificering av hur en affärsmetod uppfattas av, eller påverkar, genomsnittskonsumenten. Sådan påverkan är en förutsättning för att en affärsmetod skall anses vara otillbörlig och därmed vara sanktionerad. Som nämnts ovan gäller transaktionstestet inte de affärsmetoder som räknas upp i den svarta listan då dessa alltid skall anses otillbörliga.

I 5 § i 2008 års marknadsföringslag stadgas att marknadsföring skall stämma överens med god marknadsföringssed, med vilken avses i princip detsamma som i 1995 års marknadsföringslag. Det som i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut är att anse som otillbörlig marknadsföring enligt 2008 års marknadsföringslag. Det innebär att förfaranden som inte kvalificerar sig i sådan bemärkelse inte kan förbjudas eller i övrigt leda till sanktioner.

Vilseledande och aggressiv marknadsföring skall som sagt alltid betraktas som otillbörlig. Men för att marknadsföring skall anses vara aggressiv skall den i likhet med marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed i märkbar mån påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Vilseledande marknadsföring anses typiskt sett vara mer otillbörlig och kvalifikationen "i märkbar mån" gäller inte transaktionstestet för vilseledande marknadsföring.

I de svenska förarbetena diskuteras inte närmare vilken typ av

Ny Juridik 2:08 s 16

marknadsföring som inte faller under 2008 års marknadsföringslag till följd av att den inte i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. EG-domstolen kommer sannolikt relativt snart att få tolka innebörden av just transaktionstestet och det är

troligt att denna tolkning kommer att få stor betydelse för bedömningen av huruvida en marknadsföringsåtgärd är otillbörlig eller ej. En intressant fråga är om transaktionstestet är ett kvantitativt eller ett kvalitativt test eller om det kanske är både och. Ett kvantitativt test skulle exempelvis röra omfattningen av marknadsföringen i tid eller exponering. Ett kvalitativt test skulle kunna avse innebörden av marknadsföringsåtgärden och effekten av densamma. Marknadsföringsmetoder såsom produktplacering, märkesdifferentiering (se Direktivets ingress skäl 6) eller subtila marknadsföringsmetoder som "guerilla marketing" eller gratisprover till exempelvis bloggförfattare eller andra "influencers" skulle i sådana fall kunna betraktas som kvalitativt mindre påverkande.

Överdrivna påståenden och påståenden som inte är avsedda att tolkas bokstavligen

Av artikel 5 (3) i Direktivet följer vidare att förbudet 5 mot otillbörliga affärsmetoder inte skall påverka "sedvanlig och legitim praxis att i reklam göra överdrivna påståenden eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavligen mening". I betänkandet konstateras att Marknadsdomstolens praxis, särskilt vad gäller överdrifter i reklam, var strängare än vad som är fallet i flera andra medlemsländer (SOU 2006:76, s. 236). Eftersom sådana överdrifter som inte är ägnade att leda till att en genomsnittskonsument fattar ett annat affärsbeslut än denne annars skulle ha fattat inte är att anse som vilseledande, menade utredningen att övervägande skäl dock talade för att Marknadsdomstolens praxis när det gäller överdrifter i reklam kommer att behöva mjukas upp.

I Marknadsetiska rådets (MER) praxis finns ett relativt stort antal beslut beträffande överdrivna påståenden som möjligen kan tjäna som utgångspunkt för Marknadsdomstolens uppmjukade bedömning. Ett intressant exempel som borde falla under artikel 5 (3) i Direktivet är MER:s uttalande nr 16/2004 som avsåg en radioreklam för bilar. Texten inleddes med "Vem har dom bästa dealarna på bilarna?" och därefter följde en beskrivning av bilarnas

Ny Juridik 2:08 s 17

skick, företagets öppettider m.m. Texten avslutades med "- - bättre ränta än banken, för fanken". Anmälaren som kunde visa att bilhandlarens räntevillkor var sämre än SEB:s villkor för billån menade att reklamen var vilseledande. MER menade att det sätt på vilket reklamen framfördes gav ett helhetsintryck som kunde antas medföra att lyssnare i allmänhet inte uppfattar allt som faktiskt sägs helt bokstavigt och anmärkte inte mot reklamen.

MER:s bedömningsnorm kan kontrasteras mot Marknadsdomstolens avgörande i MD 2004:12 där svaranden som använt de allmänt hållna uttrycken "Första bilen som jag velat krama" och "Bästa bilen som någonsin kört förbi" ansågs ha bevisbördan för alla nära till hands liggande tolkningar och intryck som marknadsföringen kan ge vid en flyktig läsning. Eftersom påståendenas riktighet inte visats ansågs de vara otillbörliga. Direktivet bör medföra att "alla till hands liggande tolkningar och intryck" inte längre skall tillmätas betydelse.

MER har vid ett tiotal tillfällen bedömt humoristiska överdrifter i reklam och har därvid utgått från följande principer (se bl.a. uttalande nr 2/2005).

1. Humoristiska överdrifter samt ett framställningssätt som ger intryck av bristande trovärdighet är ägnade att minska risken för att mottagarna uppfattar reklamen bokstavigt.
2. Humoristiska inslag är typiskt sett ägnade att minska risken för att informationen är ovederhäftig.
3. Ju mer överdrivet budskapet är desto mer minskas risken för att informationen är ovederhäftig.

I ljuset av undantaget i artikel 5 (3) för överdrivna påståenden eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavig mening är det osannolikt att EG-domstolen skulle upprätthålla Marknadsdomstolens stränga bedömningar av uttrycken "Världens skönaste sängar" (MD 2000:20) och "No 1 på liggkomfort" (MD 2004:2) (se samma uppfattning i Bakardjjeva Engelbrekt).

I doktrin (Abbamonte, G, The UCPD and the General prohibition) kommenteras regeln i artikel 5 (3) och att vad som på engelska benämns "puffery" (överdrivet lovprisande) inte skall omfattas av direktivet vilket skulle innebära att påståenden som inte rimligen kan mätas är undantagna. Det finns i Marknadsdomstolens

Ny Juridik 2:08 s 18

praxis ett flertal exempel på marknadsföringspåståenden på temat "världens bästa", "stans bästa" och "den populäraste" som Marknadsdomstolen förbjudit då vederhäftigheten i påståendet inte kunnat bevisas ("Sveriges populäraste torkfläkt" [MD 1987:12], "Sveriges populäraste film- och nöjeskanal" [MD 1994:24], "Bäst i stan på reservdelar" [MD 1996:26], "Bästa bilen som någonsin kört förbi" [MD 2004:12], "världens bästa griskött" [MD 2005:8]). Enligt vår uppfattning kan också dessa påståenden antas omfattas av undantaget i artikel 5 (3) eftersom konsumenterna inte kan förväntas uppfatta sådana påståenden bokstavigt. Detta då påståendena inte är preciserade att avse en viss egenskap, såsom pris, kvalitet eller testresultat, hos varan eller tjänsten. Däremot är måhända bedömningen en annan när det gäller påståenden som "Vi har de bästa priserna" (MD 2006:5) eller "bäst leveranstid" (MD 2007:34).

Vilseledande utelämnande av väsentlig information

Av 4 § 2 st. i 1995 års marknadsföringslag följer att näringsidkaren skall lämna sådan information som är av särskild betydelse ur konsumentsynpunkt. I 2008 års marknadsföringslag har regleringen i generalklausulen tagits bort. Enligt förarbetena anses 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 (prop. 2007/08:115, s. 93). 2008 års marknadsföringslag innehåller i 12 § dock en reglering av informationsplikt vad avser konkreta köperbudanden.

I stället följer det av "stora generalklausulen" (10 §, sista stycket) beträffande vilseledande reklam att näringsidkaren inte får utelämna väsentlig information i marknadsföringen av sin egen eller någon annans näringsverksamhet. Av den nya regleringen av köperbudanden i 12 § följer också att näringsidkaren måste lämna väsentlig information rörande:

1. produktens utmärkande egenskaper i den omfattning som är lämplig för mediet och produkten,
2. pris och jämförpris angivet på det sätt som framgår av 7-10 §§ prisinformationslagen,
3. näringsidkarens identitet och geografiska adress,

Ny Juridik 2:08 s 19

4. villkor för betalning, leverans, fullgörande och hantering av reklamationer om dessa avviker från vad som är normalt för branschen eller produkten i fråga,
5. information om ångerrätt eller rätt att häva ett köp som ska lämnas till konsumenten enligt lag.

Informationskravet i 1995 års marknadsföringslag och 2008 års marknadsföringslag har olika innebörd. Informationskravet i 1995 års lag är allmänt medan det i 2008 års lag avser vissa specifika situationer. En ytterligare betydelsefull ändring är att informationskravet i 1995 års marknadsföringslag inrymdes i generalklausulen medan informationskravet numera återfinns i förbudskatalogen vilket i sig kan tala för att bedömningen enligt 2008 års marknadsföringslag är en annan.

Vad som utgör information av väsentlig betydelse preciseras i ett flertal sektorspecifika lagstiftningar varav de flesta i sin tur bygger på EG-direktiv, nämligen

1. konsumentkreditlagen,
2. lagen om paketresor,
3. lagen om anmälningsplikt avseende finansiell verksamhet,
4. lagen om konsumentskydd vid tidsdelat boende,
5. lagen om betalningsöverföringar inom EES,
6. lagen om investerarskydd,
7. e-handelslagen,
8. prisinformationslagen,
9. lagen om distans- och hemförsäljning,
10. försäkringsavtalslagen,
11. lagen om försäkringsförmedling.

Köperbudanden

Regleringen av köperbudanden 12 § i 2008 års marknadsföringslag saknar motsvarighet i nu gällande lagstiftning. Ett köperbudande föreligger när en näringsidkare erbjuder en konsument en bestämd produkt till ett visst pris. Enligt den nya bestämmelsen skall i sådant fall även framgå produktens utmärkande egenskaper, fullständig prisinformation enligt prisinformationslagen, näringsidkarens identitet och adress, villkor för transaktionen i den mån sådana avviker från vad som är normalt samt information om

Ny Juridik 2:08 s 20

ångerrätt eller hävning som stadgad i annan lag så som exempelvis distansavtalslagen.

Bestämmelsen kan verka omständlig i praktiken men avser som framgår av lagtexten endast konkreta köperbudanden enligt de kriterier som anges i Direktivets artikel 2. Den typ av företeelser som bestämmelsen kan antas avse att stävja är marknadsföring som innehåller uppgifter om illusoriska priser. Ett sådant exempel skulle till exempel kunna vara marknadsföring av flygresor för "1 krona" men där det kostar extra att ha med bagage etc.

Betänkandet redogör dessutom för en mer restriktiv syn på tolkningen av begreppet köperbudande enligt vilken förekomsten av produktbeskrivning och pris inte ansetts tillräckligt för att konstituera ett köperbudande som förpliktar näringsidkaren att lämna föreskriven information. Enligt denna mer restriktiva linje skulle det dessutom krävas att konsumenten stod inför en konkret möjlighet att genomföra ett köp. Denna tolkning skulle innebära att annonser endast konstituerar köperbudande om de innehåller telefonnummer till kundtjänst eller beställningsblankett. Det skulle utesluta att marknadsföring av produkter som i praktiken förutsätter att konsumenten vidtog fler åtgärder än att beställa direkt, exempelvis med utgångspunkt i en annons eller få en vara omedelbart expedierad i en butik, kan utgöra köperbudanden (SOU 2006:76, s. 223).

Den mindre strikta tolkning av begreppet köperbudande som förespråkas i Betänkandet såväl som i propositionen och endast förutsätter att en bestämd produkt marknadsförs till ett visst pris inkluderar därigenom ett betydligt större antal marknadsföringsåtgärder. Den mer vidsträckt tolkning bygger på att kundens möjlighet att genomföra ett köp är en notorisk konsekvens av ett erbjudande om en bestämd produkt till ett angivet pris (prop. 2007/08:115, 91 ff).

Informationsplikten anpassas efter medium

I artikel 7.3 i Direktivet finns en särskild regel för bedömningen av huruvida en näringsidkare lämnat erforderlig information. Av bestämmelsen följer att när det används kommunikationsmediet innebär begränsningar i tid och utrymme, skall dessa begränsningar och de åtgärder som vidtagits av näringsidkaren för att på annat sätt delge konsumenterna informationen tas i beaktande vid bedömningen

Ny Juridik 2:08 s 21

om informationen har utelämnats. Bakgrunden till bestämmelsen är att det är omöjligt för ett företag att lämna all information i en liten tidningsannons eller under några sekunders radio- eller TV-reklam. Mot denna bakgrund skall företaget, om det inte kan lämna all den information som anses vara viktig och som genomsnittskonsumenterna behöver, alltid ge konsumenterna möjlighet att få tillgång till sådan information eller komplettera den. I 2008 års marknadsföringslag införs därför en ny bestämmelse i 11 § som innebär att vid bedömningen av om en framställning är vilseledande 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.

Det har inte funnits någon motsvarighet till artikel 7.3 i 1995 års marknadsföringslag. Marknadsdomstolen har dock länge tillämpat principen att varje reklamhet skall bedömas var för sig vilket innebär att efterföljande information som neutraliserar ett reklambudskap framfört i ett annat medium inte ansetts tillräcklig (se MD 1975:13, MD 1985:14, MD 2001:24). 2005 års marknadsföringsutredning menade att artikeln ger uttryck för en delvis annan syn på informationslämnandet än som följer av Marknadsdomstolens nuvarande praxis och att Marknadsdomstolens praxis i denna del kommer att behöva ändras. En möjlig konsekvens av formuleringen av den bestämmelsen är att neutraliserande information som

tillhandahålls på en webbplats till vilken det hänvisas i den marknadsföring som är föremål för bedömning får betydelse för huruvida reklambudskapet anses vilseledande.

"Teasers"

Enligt 9 § i 2008 års marknadsföringslag anges uttryckligen att framställningar vars enda syfte är att skapa uppmärksamhet inför uppföljande framställningar är tillåtna trots huvudregeln i samma paragraf kring reklamidentifikation. Detta innebär en uppmjukning av tidigare rättsläge enligt vilket det finns ett absolut krav på fullständig identifikation av vem som svarade för marknadsföringen. Ett praktiskt exempel på en s.k. 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

Ny Juridik 2:08 s 22

väcka nyfikenhet och kan därför antas vara mer suggestiv än mer omedelbart fullständiga framställningar.

Särskilt om vilseledande efterbildning

Direktivet innebär en väsentlig nydaning när det gäller skyddet mot efterbildningar. I 14 § i 2008 års marknadsföringslag (motsvarigheten till 6 § i 1995 års marknadsföringslag) är förutsättningarna för att en vara skall åtnjuta skydd mot efterbildning att

- (i) efterbildningen lätt kan förväxlas med originalet
- (ii) originalet är särpräglad
- (iii) att originalet är känt och
- (iv) att funktionellt betingade produkter i viss mån undantas från efterbildningsskyddet.

I punkt 13 i svarta listan över affärsmetoder som alltid är otillåtna formuleras skyddet mot efterbildningar på följande vis: "[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." I propositionen (prop. 2007/2008:115, s. 102) har departementschefen menat att punkt 13 bör vara tillämplig i de mer flagranta 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. Enligt departementschefen bör bestämmelsen i bilagan aktualiseras när det t.ex. är fråga om marknadsföring av rena plagiat eller andra liknande efterbildningar som i estetiskt hänseende ger intrycket av att vara utformade mycket nära den särpräglade produkten. Regeringen har dock överlämnat till rättstillämpningen att närmare precisera gränsdragningen mellan 14 § i 2008 års marknadsföringslag och punkt 13 i svarta listan. Eftersom marknadsrättsliga mål är indispositiva måste marknadsdomstolen ex officio beakta 13 punkten vilket innebär att gränsdragningen, oavsett om punkt 13 åberopas eller ej, sannolikt kommer att bli föremål för bedömning relativt snart efter lagens ikraftträdande.

Marknadsstörningsavgift

Den tidigare marknadsföringslagens direktverkande sanktion,

Ny Juridik 2:08 s 23

marknadsstörningsavgift, var tänkt att ha en preventiv effekt avseende de allvarigare överträdelserna. I rättstillämpningen kom det endast att prövas i åtta fall och utdömas i fem. Marknadsdomstolen prövade fyra av dessa fall och utdömde marknadsstörningsavgift i två mål (MD 1998:7 och MD 2005:22) (för en närmare analys av marknadsstörningsavgift enligt 1995 års marknadsföringslag hänvisas till Kahn, Johan, Marknadsstörningsavgift - en ovanlig sanktion, Ny Juridik 1:06). Således var det inte en fungerande sanktion och den största risken vid olagliga marknadsföringsåtgärder, utöver vitessanktionerat förbud, var snarast risken för dålig publicitet.

Direktivets artikel 13 föreskriver att medlemsstaterna måste implementera effektiva sanktioner mot överträdelser av Direktivet. Sådana sanktioner skall vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

I 2008 års marknadsföringslag kan följande skillnader märkas:

- (i) Marknadsstörningsavgift skall alltid utdömas då förbudet mot något av förfarandena på svarta listan överträds (prop. 2007/08:115, s. 116).
- (ii) Marknadsstörningsavgift skall presumeras vid överträdelse av katalogreglerna (2007/08:115, s. 116).
- (iii) Förmildrande omständigheter skall inte påverka bedömningen av huruvida sanktionen som sådan skall tillgripas utan endast beloppets storlek (prop. 2007/08:115).

2005 års marknadsföringsutredning föreslog att förbudet mot obeställd e-postreklam skulle kunna sanktioneras med marknadsstörningsavgift (SOU 2006:76, s. 281). Regeringen ansåg dock detta som en väl kraftig sanktion mot sådana förfaranden och marknadsstörningsavgift enligt den nya marknadsföringslagen kan således inte utdömas vid överträdelser av sådant förbud enligt 29 § i 2008 års marknadsföringslag (prop. 2007/08:115, s. 121).

Utöver dessa konkreta förändringar uttalas i förarbetena bland annat: "Jämfört med tillämpningen av bestämmelsen i den nuvarande lagen bör en mer nyanserad och inte alltför restriktiv bedömning göras om det finns skäl för att påföra marknadsstörningsavgift

Ny Juridik 2:08 s 24

(prop. 2007/08:115, s. 158). Vidare anges att "Utredningens förslag kan antas innebära att marknadsstörningsavgift kan komma att användas i större utsträckning än tidigare" (prop. 2007/08:115, s. 116).

Sammanfattningsvis kan konstateras angående marknadsstörningsavgift att 2008 års marknadsföringslag sannolikt medför att marknadsstörningsavgift kommer att bli en betydligt vanligare sanktion och kanske kommer marknadsrätten därmed att få ett tydligt ekonomiskt styrmedel. Eftersom talan om marknadsstörningsavgift subsidiärt kan föras av näringsidkare kan man tänka sig att näringsidkare som för process i marknadsrättsliga mål i större omfattning kommer att yrka på marknadsstörningsavgift.

Marknadsföringslagen tolkas i sista hand av EG-domstolen

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 den nya marknadsföringslagen. Av principen om direktivkonform tolkning som fastslagits av EG-domstolen i bl.a. mål nr C-397-01 - C-403/01 (Pfeiffer) 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 (se EG-domstolens dom i Centrosteeel [C-456/98]) och även om nationella förarbetsuttalanden innehåller upplysningar av motsatt innebörd (se EG-domstolens dom i Björnekull [mål nr C-371/02]). Mot bakgrund av den långtgående skyldigheten att tolka direktivet direktivkonformt kan man fråga sig vilken betydelse Marknadsdomstolens äldre praxis respektive uttalandena i propositionen och Betänkandet bör få vid tillämpningen. Mot bakgrund av Marknadsdomstolens ovilja att kommentera de gemenskapsrättsliga frågeställningarna kring ursprungslandsprincipen i MD 2004:17 kan man dock fråga sig vilket genomslag EG-rätten och EG-domstolens praxis kommer att få i svensk marknadsrättstillämpning.

Ny Juridik 2:08 s 25

Den svenska marknadsrättsliga synen på konsumentens förmåga att bedöma marknadsföringsbudskap utgår från den uppfattning som "en genomsnittskonsument som antas sakna närmare produktkännedom och andra fackkunskaper" kan få av ett påstående (se bl.a. MD 2007:24). "Den europeiska bedömningsnormen är den uppfattning en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument" (Direktivets ingress skäl 18 i som utgår från den princip EG-domstolen formulerat i bl.a. mål nr C-210/96 [Gut Springenheide]) 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 marknadsrättsliga frågeställningen blir om risken för vilseledande kan rättfärdiga att den fria rörligheten för varor begränsas. Detta medför att den EG-rättsliga bedömningsnormen blir mer mångfacetterad än den hittillsvarande svenska bedömningsnormen.

Kommissionen har kritiserat Regeringsrätten och Högsta domstolen för att vara alltför restriktiva med att begära förhandsbesked från EG-domstolen i direktivtolkningsfrågor (Kommissionens yttrande av den 13 oktober 2004 till Konungariket Sverige). Kritiken avsåg inte explicit Marknadsdomstolen men domstolen har likaså varit återhållsam med att begära förhandsbesked från EG-domstolen. Detta har endast gjorts i två mål (EG-domstolens dom i de förenade målen C-34/95, C-35/95 och C-36/95 (De Agostini), jfr MD 2000:4 (De Agostini) och EG-domstolens mål nr C-52/07 STIM ./ TV4 och Kanal 5 (MD:s mål nr A 2/05, vilandeförklarar). Stockholms tingsrätt har också begärt förhandsbesked i ett marknadsrättsligt mål som sedermera avgjordes i Marknadsdomstolen (EG-domstolens dom i mål nr C-405/98 [Gourmet] och Marknadsdomstolens efterföljande dom i MD 2003:5 [Gourmet]).

Som en följd av kommissionens kritik mot de högsta svenska rättsinstanserna har riksdagen beslutat om en särskild lag, lag (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från EG-domstolen, enligt vilken en domstol som avslår begäran om inhämtande av förhandsbesked är skyldig att motivera sitt ställningstagande. Lagen blir tillämplig även på Marknadsdomstolen.

Eftersom det stora flertalet regleringar i den nya marknadsföringslagen i sista hand skall tolkas av EG-domstolen kommer Marknadsdomstolens benägenhet att begära förhandsbesked från

Ny Juridik 2:08 s 26

EG-domstolen att få relativt stor betydelse för rättsutvecklingen. Det kan också förväntas att parterna i ännu större omfattning än idag kommer att hemställa om att Marknadsdomstolen begär förhandsbesked från EG-domstolen vilket kommer att medföra att handläggningstiderna blir väsentligt längre än idag.

Det finns alltså ett relativt stort antal EG-rättsliga avgöranden som på ett konkret sätt visar hur direktivet om vilseledande reklam respektive direktivet om jämförande reklam skall tolkas. Marknadsdomstolen har i sina konkurrensrättsliga bedömningar i relativt stor omfattning åberopat EG-domstolens praxis i sina domskäl. I de marknadsrättsliga domarna tycks Marknadsdomstolen dock utgå från en mer autonom svensk bedömning vilket rimligen måste ändras till följd av att stora delar av marknadsföringslagen faller under EG-domstolens tolkningsprerogativ. Ett exempel på ett mål där EG-domstolens praxis hade varit en relevant jämförelsepunkt är Marknadsdomstolens avgörande i MD 2008:4 (Aco Hud). I detta mål avtog Marknadsdomstolen ett förbudsyrkande avseende formuleringen "Apotekens Composita" vilket uttryck käranden ansåg vara vilseledande eftersom det skulle antyda att kosmetiska produkter hade medicinska effekter. Eftersom EG-domstolen i mål nr C-315/92 (Clinique) har bedömt en mycket snarlik frågeställning hade det varit lämpligt att i domskälen ta utgångspunkt i denna bedömning.

Genomsnittskonsumenten i svensk marknadsrätt

Den svenska marknadsrättsliga bedömningsnormen är, som nämnts ovan, "en genomsnittskonsument med normal fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap" (SOU 1966:71, s. 97, och prop. 1970:57 s. 33 och 68). Riktat sig åtgärderna mot barn eller sjuka som kan antas vara särskilt lättpåverkade skall särskilt stränga krav uppställas (prop. 1970:57, s. 69).

I litteraturen har också svenska konsumenter antagits vara särskilt lättlurade (Pehrson - Varumärken från konsumentens synpunkt, s. 303). I Marknadsdomstolens praxis finns också avgöranden som tydligt pekar på att den svenska synen på en genomsnittskonsumentens förmåga att bedöma marknadsföringspåståenden har ansetts begränsad. I MD 2004:12, MD 2000:20 och MD 2004:2 har Marknadsdomstolen, som nämnts, tillämpat en sträng bedömningsnorm.

Ny Juridik 2:08 s 27

Genomsnittskonsumenten i EG-rätten

Utgångspunkten för bedömningar enligt direktivet om vilseledande affärsmetoder är enligt beaktandesats 20 i direktivet "genomsnittskonsumenten som är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst, med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer". Om en affärsmetod riktas mot en särskild konsumentgrupp är bedömningsnormen enligt Direktivet (ingressen skäl 18 och Direktivet artikel 5 [3]) genomsnittskonsumenten i denna konsumentgrupp, exempelvis barn. Detta innebär att genomsnittskonsumenten är differentierad beroende på vilken omsättningskrets marknadsföringen riktar sig mot. Av Direktivet följer också ett skydd för särskilt utsatta konsumentgrupper när särskilda förhållanden som ålder, fysiska eller psykiska handikapp eller särskilt lättrogna personer gör vissa konsumenter

särskilt känsliga för en affärsmetod eller för den produktmetoden skall metoden bedömas ur ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga medlemmen i denna grupp.

EG-domstolen har genom ett relativt stort antal marknadsrättsliga och varumärkesrättsliga domar preciserat det EG-rättsliga genomsnittskonsumentbegreppet (se bl.a. mål nr C-470/93 [Mars] och mål C-210/96 [Gut Springenheide]). Det EG-rättsliga genomsnittskonsumentbegreppet återkommer också i känneteckensrättsliga 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.

Den varumärkesrättsliga bedömningen av genomsnittskonsumenten utgår från en genomsnittskonsumert som är definierad på samma vis som den marknadsrättsliga genomsnittskonsumerten. Uppmärksamhetsnivån hos konsumenten kan bl.a. variera beroende på produktslag och distributionsform. Marknadsdomstolen har i huvudsak tillämpat motsvarande principer (se MD 2000:25 [Hästens I]) men EG-domstolens differentiering är mer förfinad eftersom EG-domstolen och Förstainstansrätten bedömt ett mycket stort antal varumärkesärenden.

Ny Juridik 2:08 s 28

Är den EG-rättsliga genomsnittskonsumerten klokare än dess svenska motsvarighet?

Regeringen har i prop. 2007/08:115, s. 68, menat att Marknadsdomstolens resonemang kring en genomsnittskonsumert i stora drag har en motsvarighet i de utmärkande egenskaperna för den genomsnittskonsumert som utvecklats av EG-domstolen. Marknadsdomstolen har länge tillämpat ett differentierat konsumentbegrepp där konsumentens uppmärksamhetsnivå beror av huruvida denne tillhör en kvalificerad omsättningskrets (se exempelvis MD 2005:30 och MD 2006:22). Detta förhållningssätt stämmer väl överens med EG-domstolens syn på produktspecifika genomsnittskonsumenter.

Däremot kan man fråga sig om inte EG-domstolen har större förtroende för den genomsnittlige konsumentens fattningsförmågor om denne inte har särskild kunskap om vissa produktgrupper. När det gäller marknadsrättsliga bedömningar har EG-domstolen i förvånansvärt många fall tagit ställning till den konkreta frågan som är föremål för de nationella domstolarnas prövning och inte endast etablerat allmänna principer som de nationella domstolarna sedan skall tillämpa. Det är naturligtvis mycket svårt att med utgångspunkt i konkreta marknadsföringsåtgärder jämföra EG-domstolens praxis med svensk praxis för att besvara frågan i rubriken - men det finns några avgöranden som är någorlunda analoga.

EG-domstolens dom i mål nr C-470/93 (Mars) visar att den EG-rättsliga genomsnittskonsumerten är relativt klok och inte uppfattar marknadsföringsbudskap bokstavligen. I detta mål hade Mars sålt en glassprodukt som var märkt med en rand i avvikande färg med påskriften "+ 10 %". Randen upptog en yta på förpackningen som överstiger 10 procent av den totala ytan, vilket kändaren i den nationella domstolen ansåg gav konsumenten intryck av att varans volym eller vikt ökat mer än vad som uppgivits. EG-domstolen konstaterade dock att en normalt upplyst konsument måste förväntas vara medveten om att det inte nödvändigtvis föreligger ett samband mellan storleken på en reklamuppgift om ökning av produktens volym och själva ökningen.

EG-domstolens avgörande i Mars kan kontrasteras mot Marknadsdomstolens avgörande i MD 1992:16 i vilket mål Länstidningen hade illustrerat sin upplaga med Östersundspostens upplaga

Ny Juridik 2:08 s 29

genom två staplar där upplagesiffrorna tydligt hade angivits. Marknadsdomstolen menade att denna marknadsföring var vilseledande på grund av den bild som diagrammen gav av förhållandet mellan de två tidningarnas upplagor. Med EG-domstolens resonemang i Mars kan det tänkas att utgången hade blivit en annan.

Ett annat intressant avgörande från EG-domstolen är det s.k. Darbo-målet (mål nr C-465/98) där frågan var om konsumenterna blev vilseledda av uttrycket "naturrein" på etiketten till en burk med jordgubbssylt trots att det förekom spår eller rester av bly, kadmium och pesticider i sådan sylt. Nivån av bly, kadmium och pesticider understeg tydligt de gränsvärden som fanns för sådana ämnen i livsmedel. Domstolen

menade med hänvisning till sitt avgörande i mål nr C-51/94 Sauce Hollandaise att man kan utgå från att de konsumenter vars beslut att köpa en produkt avgörs av den ifrågavarande produktens sammansättning först läser den ingrediensförteckning som enligt artikel 6 i märkningsdirektivet är en obligatorisk uppgift. Av detta följde enligt domstolen att en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument inte kan tänkas vilseledas av beteckningen "naturrein" på en etikett endast på grund av att livsmedlet i fråga innehöll pektin.

EG-domstolens avgörande i Darbo-målet kan kontrasteras mot Marknadsdomstolens avgörande i MD 1994:32 som gällde marknadsföring av hårblekningsmedel och bl.a. gällde uttrycket "naturlig metod". Marknadsdomstolen konstaterade i detta fall att svaranden inte kunde styrka att produkterna inte innehöll enbart biologiska ämnen. I detta fall liksom i Darbo-målet framgick det av innehållsförteckningen vilka kemiska ämnen hårblekningsmedlet innehöll. En jämförelse mellan marknadsföring av jordgubbssylt och hårblekningsmedel där uttryck som "naturrein" respektive "naturlig metod" blir naturligtvis något långsökt. Konsumentens skyddsintresse när det gäller innehållet i livsmedel är dock rimligen högre än när det gäller hårblekningsmedel. Det kan därför ifrågasättas om inte Marknadsdomstolen tillämpat en strängare bedömningsnorm än EG-domstolen. EG-domstolens uppfattning är ju att en konsument inte är så okunnig att denne förväntar sig att jordgubbar är helt giftfria och att konsumenten kan förmodas läsa innehållsförteckningen medan Marknadsdomstolen möjligen betraktar konsumenten som fäkunnigare.

Ny Juridik 2:08 s 30

Flertalet hemställningar om förhandsbesked från EG-domstolen härrör från tyska domstolar som har en sträng bedömningsnorm för marknadsföring. Således har tyska domstolar i mål nr C-315/92 (Clinique) begärt förhandsbesked i frågan huruvida varumärket Clinique kunde anses vilseleda konsumenter att tro att kosmetikan som försåldes under varumärket hade medicinsk effekt. Eftersom kosmetikan endast salufördes i parfymier eller i varuhusens kosmetikavdelningar och inte på apotek, att produkterna erbjöds som kosmetika och inte som läkemedel och att dessa produkter salufördes lagligt under namnet "Clinique" i övriga länder utan att bruket av ett sådant namn vilseledde konsumenterna menade domstolen att varumärket inte kunde förbjudas såsom vilseledande.

I mål nr C-220/98 (Lifting) hade EG-domstolen att ta ställning till huruvida ordet "lifting" är vilseledande, eftersom det hos de konsumenter som är målgrupp för denna produkt kan ge intrycket att produkten, särskilt vad gäller dess varaktiga verkan, har samma eller liknande verkan som en kirurgisk ansiktslyftning. EG-domstolen menade dock att konsumenterna inte kunde antas bli vilseledda av detta uttryck. EG-domstolens domar i nämnda mål visar att EG-domstolen har gott förtroende för konsumenternas förmåga att bedöma innebörden av marknadsföringspåståenden.

Övergångsreglerna

Övergångsreglerna kan få viss praktisk betydelse. Av övergångsreglerna följer att den nya marknadsföringslagen skall tillämpas på marknadsföringsåtgärder som vidtogs innan 2008 års marknadsföringslag trädde i kraft. Om en åtgärd var tillåten enligt 1995 års marknadsföringslag skall den vara tillåten även vid en prövning efter den 1 augusti 2008. Om åtgärden däremot var förbjuden enligt 1995 års marknadsföringslag men är tillåten enligt 2008 års marknadsföringslag skall den senare tillämpas. Skadeståndsansvar för marknadsföringsåtgärd före den 1 augusti 2008 skall bedömas enligt 1995 års marknadsföringslag.

Ny Juridik 2:08 s 31

Sammanfattning

Det är tydligt att nyheterna i den nya marknadsföringslagen i första hand kommer att dikteras av EG-domstolens förhandsavgöranden och Marknadsdomstolens benägenhet att mjuka upp sin strängaste praxis.

I korthet är de mest betydelsefulla skillnaderna mellan 1995 och 2008 års marknadsföringslag följande:

- EG-domstolen fastställer i sista hand bedömningsnormen för den genomsnittliga konsumenten vilket sannolikt kommer att resultera i mindre stränga krav på marknadsföringens utformning.

- Andra medlemsstaters domstolsavgöranden och internationell doktrin rörande Direktivet kommer att få större betydelse för tolkningen av detsamma.
- Marknadsföringslagen omfattar numera även efterköpssituationer såsom service eller support av en redan inköpt vara.
- Marknadsföringslagen omfattar numera även aggressiva affärsmetoder.
- Bedömningen av reklambudskap som inte är avsedda att uppfattas bokstavligen kommer att liberaliseras.
- Endast otillbörliga marknadsföringsåtgärder som passerar transaktionstestet, dvs. i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, är sanktionerade.
- "Teasers" omfattas inte av kravet på reklamidentifikation.
- Marknadsföringslagen blir inte tillämplig på sedvanlig och legitim produktplacering eller märkes-differentiering. Genom punkt 13 bilagan till Direktivet ändras den rättsliga bedömningen av när-gångna plagiat.
- Näringsidkares ansvar för underlåtenhet att lämna information mjukas upp något.
- Marknadsdomstolen måste, om reklam görs i media som ger begränsat utrymme, ta hänsyn till uppgifter som neutraliserar marknadsföringspåståenden (disclaimers) även om dessa förekommer i andra media.
- Vid köperbjudande, vilket även kan inkludera annonser för

Ny Juridik 2:08 s 32

bestämda produkter om pris är angivet, gäller numera en relativt omfattande informationsskyldighet.

- Marknadsdomstolen skall vara mindre restriktiv med att döma ut marknadsstörningsavgift.

Hur kommer ändringarna i 2008 års Marknadsföringslag tydligast att märkas? Vi tror att svarandeparterna kommer att argumentera för att en marknadsföringsåtgärd inte har ekonomisk effekt och att den därför inte är otillåten enligt transaktionstestet. Den EG-rättsliga dimensionen kommer naturligtvis också att bli tydlig eftersom direktivet är ett fullharmoniseringsdirektiv. Detta innebär att EG-domstolens hittillsvarande marknadsrättsliga avgöranden kan komma att tillmätas större betydelse eftersom de EG-rättsliga regler enligt vilka dessa avgjorts är oförändrade i Direktivet vilket innebär att dessa avgöranden har tolkningsbetydelse för 2008 års marknadsföringslag. Möjligen kommer man också att se ökad argumentation för att bedömningen skall utgå från en differentierad genomsnittskonsument med hänvisningar till EG-domstolens bedömningar i bl.a. varumärkesrättsliga mål.

REFERENSER

Litteratur och offentligt tryck

Howells, Geraint et al; European Fair Trading Law The Unfair Commercial Practices Directive

Weatherhill, Stephen och Bernitz, Ulf; The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29

Proposition 2007/08:115 Ny marknadsföringslag

SOU 2006:76 Otillbörliga affärsmetoder ("Betänkandet")

Artiklar

Abbamonte, Giuseppe; The UCPD and the General prohibition i The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 New Rules and New Techniques

Ny Juridik 2:08 s 33

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 of Ministers Committee on Consumer Affairs

Bernitz, Ulf & Weatherill, Stephen; The regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 New Rules and New Techniques

Bengtsson, Henrik; Det moderna marknadsrättsliga formskyddet i Festskrift till Marianne Levin

Bernitz, Ulf; Otillbörliga affärsmetoder. Det nya EG-direktivet och vad det innebär i Festskrift till Marianne Levin

Cederlund, Karin; Bubbelsom champagne? - Om immateriella rättigheter i jämförande reklam i Festskrift till Marianne Levin

Glöckner, Jochen; The ECJ's Case Law on Unfair Competition i Reto M. Hilty and Frauke Henning-Bodewig; Law Against Unfair Competition Towards a New Paradigm in Europe?

Incardona, Rossella & Poncibo Cristina; The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution i Journal of Consumer Policy (2007) 30:21-38

Incardona, Rossella & Poncibo Cristina; The Average Consumer Test In The Unfair Commercial Practices Directive: Liberal And Anti-Paternalistic Or Simply Approximate? i Journal of Consumer Policy Issue, Vol. 30, No. 1, pp. 21-38, March 2007 (tillgänglig på http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084038)

Kahn, Johan; Marknadsstörningsavgift - en ovanlig sanktion, Ny Juridik 1:06