

ÄNDRINGAR I MARKNADSFÖRINGSLAGEN (1994:450)

- OBESTÄLLD REKLAM

- JÄMFÖRANDE REKLAM

- AGGRESSIVA MARKNADS
FÖRINGSMETODER

Innehåll

1	Promemorians lagförslag.....	9
1.1	Förslag till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450)	9
2	Obeställd reklam	15
2.1	Nuvarande ordning	15
2.1.1	Personuppgiftslagen m.m.	15
2.1.2	Marknadsföringslagstiftningen m.m.	17
2.1.3	Att avböja direktreklam	19
2.1.4	Teledataskyddsdirektivet.....	21
2.1.5	Distansavtalsdirektivet.....	22
2.1.6	Uppbyggnad av referensregister m.m.	24
3	Allmänna utgångspunkter	27
4	Överväganden och förslag.....	29
4.1	Personuppgiftslagens regler i fråga om direkt marknadsföring	29
4.2	Teledataskyddsdirektivets och distansavtalsdirektivets regler.	31
4.3	Vissa lagtekniska lösningar.....	42
5	Jämförande reklam.....	45
5.1	Nuvarande ordning	45
5.2	Direktivet om vilseledande reklam.....	45
5.3	Direktivet om jämförande reklam.....	47

5.4	Det huvudsakliga innehållet i direktivet om jämförande reklam.....	47
5.5	Nordiska förhållanden	49
5.6	Nordiskt projektarbete	50
5.7	Ärendets beredning	51
6	Allmänna utgångspunkter	53
7	Avgränsningar gjorda i direktivet.....	55
7.1	Begreppet jämförande reklam	55
7.2	Förhållandet till huvuddirektivet	56
7.3	Bedömning av själva jämförelsen	56
8	Direktivets krav och gällande bedömningsprinciper enligt svensk rätt	59
8.1	Jämförande vilseledande reklam.....	59
8.2	Jämförelsen avser samma slags produkt	59
8.3	Jämförelsens utformning	60
8.4	Förväxlingsfall	62
8.5	Misskreditering	64
8.6	Ursprungsbeteckningar	65
8.7	Renomménlyftning	65
8.8	Imitationer	67
8.9	Särskilda erbjudanden	67
8.10	Förhandsingripande mot och bestyrkande av vilseledande reklam.....	67
9	Sammanfattande bedömning	69
10	Aggressiva marknadsföringsmetoder	71
10.1	Nuvarande ordning	71
10.2	Konsumentverkets rapport	74
11	Överväganden och förslag.....	77

12	Tillsyn och sanktioner	81
13	Kostnader	87
14	Ikraftträdande	89
15	Författningskommentar	91
15.1	Förslag till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450)	91

Bilagor

1.	Europaparlamentets och rådets direktiv (97/66/EG) om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet	101
2.	Europaparlamentets och rådets direktiv (97/7/EG) och konsumentskydd vid distansavtal	109
3.	Rådets direktiv (84/450/EEG) om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam	119
4.	Europaparlamentets och rådets direktiv (97/55/EG) om ändring av direktiv (84/450/EEG) om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam	123

Promemorians huvudsakliga innehåll

Promemorian innehåller förslag som syftar till att genomföra EG-bestämmelser om s.k. obeställd reklam som finns dels i direktivet (97/66/EG) om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet, dels i direktivet (97/7EG) om konsumentskydd vid distansavtal.

I promemorian föreslås att man inför en ny paragraf i marknadsföringslagen (1995:450) om *obeställd reklam*. Den nya bestämmelsen innebär enligt dess första stycke att en näringsidkare vid marknadsföringen till en konsument inte får använda telefax, elektronisk post, uppringningsautomater eller andra sådana automatiska system för meddelanden, om inte konsumenten har medgett detta på förhand. Det föreskrivs vidare enligt förslaget att en näringsidkare vid marknadsföringen till en konsument inte heller får använda andra metoder för distanskommunikation än de som anges i första stycket, om metoden möjliggör individualiserad kommunikation och om konsumenten klart har tillkännagett att han eller hon motsätter sig användning av metoden.

Skillnaden mellan de båda alternativen kan i korthet och förenklat beskrivas så att användning av telefax, elektronisk post eller uppringningsautomater för reklam förutsätter konsumentens godkännande i förväg medan det andra alternativet öppnar möjlighet för konsumenterna att t.ex. till ett centralt register anmäla att de exempelvis inte önskar få direktadresserad tryckt reklam.

Beträffande *telefonmarknadsföring* pågår uppbyggnad av ett centralt register dit konsumenter skall kunna vända sig och bli registrerade som abonnenter som inte önskar bli uppringda när samtalet avser reklam och försäljning. Vid tiden för publiceringen av denna promemoria står det emellertid klart att det inte är möjligt att bedöma om registret kan byggas upp i en sådan omfattning att

det har goda utsikter att kunna fungera tillfredsställande. Det är också oklart om ett sådant register kan bli tillfredsställande användarvänligt. Större klarhet i dessa avseenden torde kunna fås under remissbehandlingen av promemorian. Med hänsyn härtill lämnar promemorian i princip öppet vilket alternativ som är det lämpligaste; det slutliga ställningstagandet bör regeringen kunna ta senare i samband med propositionens avlämnande till riksdagen, då läget beträffande registret och förutsättningarna för dess genomförande torde ha klarlagts ytterligare.

I promemorian föreslås vidare att marknadsföringslagen kompletteras med uttryckliga bestämmelser om *jämförande reklam* till följd av EG-direktivet (97/55/EG) om ändring av direktivet (84/450/EEG) om vilseledande reklam, som innebär att detta direktiv även innehåller bestämmelser om jämförande reklam. Det materiella innehållet i de föreslagna nya bestämmelserna motsvarar i allt väsentligt vad som redan är gällande rätt.

På grundval främst av en rapport av Konsumentverket om *aggressiva marknadsföringsmetoder* föreslås slutligen ett tillägg till generalklausulen i marknadsföringslagen om god marknadsförings-sed, som går ut på att man för bedömningen av om en marknadsföring är tillbörlig eller ej skall lägga särskild vikt vid om den innehåller inslag som är särskilt påträngande.

1 Promemorians lagförslag

1.1 Förslag till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450)

Härigenom föreskrivs i fråga om marknadsföringslagen (1995:450)

dels att nuvarande 14 – 57 §§ skall betecknas 17 – 60 §§,

dels att 3 och 4 §§ samt de nya 25 och 32 §§ skall ha följande lydelse,

dels att i lagen skall införas tre nya paragrafer, 14 – 16 §§ samt närmast före 14 och 16 §§ nya rubriker av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 §

I denna lag avses med

produkter: varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter,

marknadsföring: reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter,

god marknadsföringssed: god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter,

jämförande reklam: *all reklam som uttryckligen eller indirekt anger en annan näringsidkare eller produkter som tillhandahålls av en annan näringsidkare.*

4 §

Marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenterna och näringsidkarna.

Marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenterna och näringsidkarna. Vid bedömningen av om marknadsföringen är tillbörlig skall särskild vikt läggas vid om den innehåller inslag som är särskilt påträngande.

Vid marknadsföringen skall näringsidkaren lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentens synpunkt.

Jämförande reklam

14 §

Bestämmelserna i 15 § skall tillämpas på jämförande reklam, såvitt avser själva jämförelsen, utöver vad som följer av marknadsföringslagen i övrigt.

15 §

Jämförande reklam skall vara tillåten, endast om

1. reklamen jämför produkter som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål,

2. reklamen på ett objektivt sätt jämför en eller flera väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos dessa produkter,

3. reklamen inte medför förväxling mellan den näringsidkare som utför jämförelsen och en annan näringsidkares produkter, varumärken, firma eller andra kännetecken,

4. reklamen varken misskrediterar eller utformas nedsettande om en annan näringsidkares produkter, varumärken, firma eller andra kännetecken,

5. reklamen i fråga om varor som bär ursprungsbeteckning alltid avser varor med samma beteckning,

6. reklamen inte drar otillbörlig fördel av en annan näringsidkares renommé när det gäller varumärken, firma eller andra kännetecken eller av ursprungsbeteckningen hos en annan näringsidkares produkt, eller

7. reklamen inte framställer en produkt som en imitation av eller ersättning för en produkt som har ett skyddat varumärke eller firmanamn.

Obeställd reklam

16 §

En näringsidkare får vid marknadsföring till en konsument inte använda (telefon), telefax och elektronisk post, uppringningsautomater eller andra liknande automatiska system för meddelanden, om inte konsumenten har medgett detta på förhand.*

En näringsidkare får vid marknadsföring till en konsument inte heller använda andra metoder för distanskommunikation än de som anges i första stycket, om metoden möjliggör kommunikation mellan enskilda parter och om konsumenten klart har tillkännagett att han eller hon motsätter sig användning av metoden.

* Parentesen kring "telefon" är uttryck för att förslaget lämnar öppet om obeställd telefonreklam skall behandlas enligt reglerna i första eller andra stycket.

22 §

En näringsidkare får åläggas att betala en särskild avgift (*marknadsstörningsavgift*), om näringsidkaren eller någon som handlar på näringsidkar-

25 §

En näringsidkare får åläggas att betala en särskild avgift (*marknadsstörningsavgift*), om näringsidkaren eller någon som handlar på näringsidkar-

ens vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutit mot någon bestämmelse i 5 - 13 §§.

ens vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutit mot någon bestämmelse i 5 - 15 §§.

Detsamma gäller en näringsidkare som uppsåtligen eller av oaktsamhet väsentligen har bidragit till överträdelsen.

Avgiften tillfaller staten.

29 §

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot en föreskrift eller ett åläggande som har meddelats med stöd av 14 eller 15 § eller mot en föreskrift i 5-13 §§, skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare.

32 §

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot en föreskrift eller ett åläggande som har meddelats med stöd av 17 eller 18 § eller mot en föreskrift i 5-15 §§ skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare.

Den som bryter mot 16 § första stycket den skada och kränkning av den personliga integriteten som därigenom uppkommer för en konsument. Ersättningsskyldigheten kan i den utsträckning det är skäligt jämkas om näringsidkaren visar att felet inte berodde på denne.

Vid bestämmande av ersättningen till näringsidkare får hänsyn tas även till omständigheter av annan än ekonomisk art.

Denna lag träder i kraft den 1 maj 2000.

2 Obeställd reklam

I det följande behandlas frågor som avser s.k. obeställd reklam, dvs sådan reklam eller marknadsföring som vidareförs till mottagaren utan att denne varit aktiv för att få reklamen eller utan att denne genom sitt tidigare uppträdande (köp etc.) får anses ha visat något som helst intresse för att få reklamen.

I detta avsnitt redovisas förslag till lagstiftning som genomför de bestämmelser om obeställd reklam som finns i Europaparlamentets och rådet direktiv (97/66/EG) om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet (EGT nr L 24, 30.1.1998 s.1) samt Europaparlamentets och rådet direktiv (97/7/EG) om konsumentskydd vid distansavtal (EGT nr L 144, 4.6.1997 s.19). Direktiven finns som bilaga 1 och 2.

I samband med nordiska överläggningar mellan berörda departement rörande genomförandet av distansavtalsdirektivet har också frågan om obeställd reklam diskuterats.

2.1 Nuvarande ordning

2.1.1 Personuppgiftslagen m.m.

Den som avser att rikta direkt marknadsföring och direktreklam till enskilda personer har alltid att göra med personuppgifter. Bestämmelser som reglerar frågor om integritetsskydd och behandling av personuppgifter finns huvudsakligen i personuppgiftslagen (1998:204). Lagen, som trädde i kraft den 24 oktober 1998, har som syfte att skydda människor mot att deras personliga integritet kränks genom behandling av personuppgifter. Med personuppgifter avses all slags information som direkt eller indirekt kan hänföras till

en fysisk person som är i livet. Lagen gäller för sådan behandling av personuppgifter som helt eller delvis är automatiserad. Till skillnad från den äldre datalagen, som i vissa avseenden alltså är i kraft under någon tid, gäller dock personuppgiftslagen även manuell behandling av uppgifter, om dessa struktureras på visst sätt och är tillgängliga för sökning eller sammanställning.

Personuppgiftslagen innehåller bestämmelser om bl.a. grundläggande krav på behandling av personuppgifter och när behandling av personuppgifter är tillåten. Lagen genomför i svensk rätt Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter. Direktivet (EGT nr L 281, 23.11.1995, s. 31) finns bifogad prop. 1997/98:44.

Personuppgifter får behandlas bara om den registrerade har lämnat sitt samtycke till behandlingen (10 §). Lagens definition av samtycke enligt 3 § innebär att samtycket måste vara en otvetydig viljeyttring som är frivillig, gjord särskilt och lämnat efter det att information om behandlingen getts. Lagen medger dock avsteg från kravet på samtycke i vissa fall. Ett sådant undantag gäller när behandlingen av personuppgifter är nödvändig för att ett ändamål skall kunna tillgodoses som rör ett berättigat intresse hos den personuppgiftsansvarige eller hos en sådan tredje man till vilken personuppgifterna lämnas ut, om detta intresse väger tyngre än den registrerades intresse av skydd mot kränkning av den personliga integriteten (10 § f). Om behandling av personuppgifter för ändamål som rör direktmarknadsföring tillåts efter en sådan intresseavvägning som görs enligt 10 § f), får uppgifterna också användas för detta ändamål.

Enligt 11 § får personuppgifter inte behandlas för ändamål som rör direkt marknadsföring, om den registrerade hos den personuppgiftsansvarige skriftligen har anmält att han eller hon motsätter sig sådan behandling. Huruvida marknadsföringen sker via vanlig post, elektronisk post, telefon eller telefax saknar betydelse. Marknadsföring i såväl kommersiellt som ideellt syfte omfattas. Bestämmelsen i 11 § är självständig i förhållande till 10 § f). Den ger möjlighet för den enskilde att när som helst avböja person-

uppgiftsbehandling för detta ändamål genom en skriftlig viljeförklaring. Det gäller även om den enskilde tidigare samtyckt till behandlingen. Det finns däremot inte någon generell rätt för den registrerade att bli tillfrågad innan hans eller hennes personuppgifter lämnas ut eller används för ändamål som rör direkt marknadsföring (prop.1997/98:44 s.67). Lagstiftningen tar sikte på att skydda den personliga integriteten mot kränkningar som kan uppkomma vid behandling av personuppgifter för t.ex. direktmarknadsföringsändamål.

I fråga om obeställd reklam kan en integritetskränkning sägas bestå av två intimt förknippade led som var för sig kan ses som en integritetskränkande handling. Först behandlas själva personuppgiften på något eller några av alla de tänkbara sätt som kännetecknar begreppet behandling enligt personuppgiftslagen. Behandling i strid mot lagen kan orsaka kränkning av den personliga integriteten. Därefter används personuppgiften vid direktmarknadsföring i form av t.ex. telefonförsäljning. Själva telefonpåringningen kan då uppfattas som integritetsstörande beträffande möjligheterna till ett ostört privatliv.

Personuppgiftslagen innehåller bestämmelser om tillsyn och sanktioner. Bl.a. finns en bestämmelse om skadestånd (48 §), enligt vilken den personuppgiftsansvarige är skyldig att ersätta den registrerade för skada och kränkning av den personliga integriteten som en behandling av personuppgifter i strid mot lagen har orsakat.

2.1.2 Marknadsföringslagstiftningen m.m.

Marknadsföringslagen (1995:450) är tillämplig på all marknadsföring som helt eller delvis är inriktad på den svenska marknaden. Lagen omfattar endast sådan marknadsföring som sker i näringsverksamhet. Med marknadsföring avses reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter, oavsett i vilket medium eller i vilken form marknadsföringen uppträder. Marknadsföring i ideellt syfte omfattas därmed inte av lagen. Med produkter avses varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter. Marknadsföring

skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.

Med god marknadsföringssed avses normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring. Det är fråga om både rättsliga och utomrättsliga regler. Regler om god affärssed som syftar till att skydda mot osund marknadsföring är en viktig normgrupp. Hit hör bl.a. Internationella Handelskammarens grundregler för reklam. Vidare är Marknadsdomstolens praxis en annan viktig normkälla för vad som är god marknadsföringssed. En betydelsefull princip som domstolen slagit fast är den s.k. lagstridighetsprincipen. Den innebär att en marknadsföringsåtgärd är oförenlig med kraven på god affärssed och därmed otillbörlig, om den strider mot annan lagstiftning, t.ex. personuppgiftslagen.

All marknadsföring skall utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring (kravet på reklamidentifiering). Detta innebär att det redan vid en flyktig kontakt skall vara möjligt att utan tvekan skilja reklammeddelanden från övrig information. Det anses vara ett väsentligt konsumentintresse att reklam inte ger intryck av att vara information fri från kommersiella syften utan öppet framträder som det partsbudskap som det är. Brister i reklamens identifierbarhet medför som regel vilseledande om budskapets karaktär.

Det skall också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Utformningen av marknadsföringen bör vara sådan att läsaren genast kan fastställa vem marknadsföraren är.

Marknadsföringslagen saknar bestämmelser som särskilt avser direktreklam. Enligt ett avgörande av Marknadsdomstolen får direktreklam inte sändas till barn under 16 år (MD 1983:16).

Inom området för direktreklam finns den av näringslivet etablerade Nämnden för direktmarknadsföring, som bl.a. har till syfte att följa direktmarknadsföringens utveckling, påtala oacceptabla former av direktmarknadsföring och bidra till normbildning för framtida marknadsåtgärder. Nämnden prövar ärenden som anmäls dit och meddelar beslut eller yttranden.

Internationella Handelskammaren har utfärdat regler för direktmarknadsföring, som omfattar direktreklam samt marknadsföring

genom andra kommunikationsåtgärder som inbegriper telekommunikation. Som grundläggande princip gäller att all direktmarknadsföring skall vara förenlig med gällande rätt och med vad som allmänt uppfattas som god affärssed inom näringslivet. Handelskammaren har också utfärdat riktlinjer för marknadsföring via Internet. Enligt dessa riktlinjer skall annonsörer och marknadsförare bl.a. inte sända obeställd reklam på nätet till användare som har angett att de inte önskar mottaga sådan reklam. Annonssörer och marknadsförare skall tillhandahålla en pånätfunktion som gör det möjligt för användare att meddela annonsörerna och marknadsförarna att de fortsättningsvis ej önskar bli kontaktade. Det skall tydligt framgå av ej begärda reklam- och marknadsföringsmeddelanden att de är av kommersiell natur och vem annonsören eller marknadsföraren är.

De nordiska konsumentombudsmännen har i februari 1999 utfärdat en gemensam ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet. Ombudsmännen har därvid uttalat bl.a. att näringsidkare bör endast sända marknadsföringsmaterial via e-post och liknande, om konsumenten har lämnat sitt samtycke till detta. Marknadsföringsmaterial till en konsument bör tydligt markeras som sådant. Ett minimikrav bör vara att det framgår av titeln/överskriften.

2.1.3 Att avböja direktreklam

Vad som gäller i nuläget

Direktreklam är antingen adresserad eller oadresserad. Den med en personuppgift adresserade direktreklamen grundar sig vanligtvis på ett personregister som köpts från exempelvis Statens Person- och Adressregister (SPAR). Addressuppgifter kan även köpas från företag som har ett kundregister.

Sedan 1993 gäller en överenskommelse mellan Konsumentverket, Posten och Swedma (Swedish Direct Marketing Association) om att konsumenter som så önskar skall slippa få oadresserad reklam i sin brevlåda. Förutsättningen är att de på brevlådan anger att de tackar nej till reklam.

Den som inte vill få direktadresserad reklam kan vända sig till SPAR, som gör en markering om detta i sitt register.

Vad som gäller efter personuppgiftslagen m.m.

Den som motsätter sig att vederbörandes personuppgift behandlas för ändamål som rör direkt marknadsföring har att skriftligen anmäla detta hos den personuppgiftsansvarige. För anmälans giltighet torde förutsättas att den enskilde är registrerad hos den personuppgiftsskyldige.

Sedan anmälan kommit in till den personuppgiftsansvarige, får denne inte längre behandla personuppgifter rörande anmälaren för ändamål som avser direkt marknadsföring. Det gäller även om anmälaren tidigare har gett sitt samtycke till behandling för sådana ändamål. Skulle den som gjort en anmälan senare lämna sitt samtycke till behandling för ändamål som rör direkt marknadsföring, får anmälan i motsvarande grad anses återkallad och utan verkan.

Har den personuppgiftsansvarige offentliggjort att anmälan också kan ske på något annat vis än direkt hos denne, t.ex. via någon organisation eller till något viss register, torde anmälan enligt 11 § personuppgiftslagen också kunna ske på det sättet. Bestämmelsen hindrar i vart fall inte att det inrättas ett nationellt s.k. reservationsregister till vilket enskilda kan anmäla att de inte önskar bli utsatta för direkt marknadsföring generellt eller bara i vissa fall (prop.1997/98:44 s.66).

Av lagen (1998:527) om det statliga personadressregistret framgår att SPAR får användas av myndigheter och enskilda för att aktualisera, komplettera och kontrollera personuppgifter samt att ta ut uppgifter om namn och adress genom s.k. urvalsdragning för direktreklam, opinionsbildning eller samhällsinformation eller annan därmed jämförlig verksamhet. Av lagen framgår vidare att det på begäran av en registrerad skall anges i SPAR att uppgifter om den registrerade inte får behandlas vid urvalsdragning för direktreklam.

Frågan om uppbyggnad av reservationsregister behandlas i avsnittet 2.1.6.

2.1.4 Teledataskyddsdirektivet

Syftet med direktiv 97/66 (teledataskyddsdirektivet) är att genom en harmonisering av medlemsstaternas bestämmelser om behandling av personuppgifter säkerställa en likvärdig nivå på integritetsskyddet. Direktivet skall vidare säkerställa fri rörlighet inom gemenskapen för personuppgifter inom telekommunikationsområdet och för teleutrustning och teletjänster. Bestämmelserna är avsedda att precisera och komplettera dataskyddsdirektivet. Till skillnad från det direktivet är bestämmelserna i teledataskyddsdirektivet avsedda att skydda berättigade intressen även hos abonnenter som är juridiska personer.

Teledataskyddsdirektivet innehåller en bestämmelse (artikel 11) om personuppgifter i tryckta eller elektroniska kataloger. Enligt bestämmelsen skall abonnenten kostnadsfritt ha rätt att på begäran bl.a. bli struken i en tryckt eller elektronisk katalog eller att ange att hans eller hennes personuppgifter inte får användas för direkt marknadsföring.

Direktivet föreskriver (artikel 12) att användning av automatisk uppringning och telefax för direkt marknadsföring kan tillåtas bara i fråga om abonnenter som i förväg har gett sitt samtycke. När det gäller användning av andra teletjänster för direkt marknadsföring ger direktivet medlemsstaterna en valmöjlighet. Enligt den ena lösningen är sådan marknadsföring inte tillåten, om abonnenten har motsatt sig denna (s.k. *opt-out*). Den andra lösningen innebär att marknadsföringen är tillåten endast, om abonnenten har gett sitt samtycke i förväg (s.k. *opt-in*). Den senare lösningen innebär en högre skyddsnivå. De teletjänster det huvudsakligen är fråga om är telefoni och elektronisk post.

Enligt direktivet gäller rättigheterna abonnenter som är fysiska personer. Direktivet ålägger dessutom medlemsstaterna, inom ramen för gemenskapslagstiftningen och tillämplig lagstiftning, att säkerställa att berättigade intressen för abonnenter som inte är fysiska personer är tillräckligt skyddade när det gäller icke begärda samtal.

Beträffande frågor som rör rättslig prövning, ansvar och sanktioner (inbegripet skadeståndssanktioner) hänvisas i direktivet

(artikel 14 punkt 2) till dataskyddsdirektivets bestämmelser, vilka skall tillämpas också beträffande teledataskyddsdirektivet.

I de delar teledataskyddsdirektivet inte berör frågor om obeställd reklam har direktivet genomförts genom lagstiftning som främst berör telelagen (1993:597) och som trätt i kraft den 1 juli 1999.

Beträffande lagstiftning avseende obeställd reklam har sådan lagstiftning ansetts böra samordnas med det nationella genomförandet av distansavtalsdirektivet som behandlas i nästa avsnitt.

2.1.5 Distansavtalsdirektivet

Direktivet 97/7/EG om konsumentskydd vid distansavtal syftar till en tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om distansavtal mellan konsumenter och näringsidkare. Med distansavtal avses avtal om varor eller tjänster som ingås mellan en leverantör och en konsument inom ramen för ett system för distansförsäljning eller erbjudande av tjänster på distans, organiserat av leverantören, vid vilket avtal endast en eller flera tekniker för distanskommunikation används. Tekniker för distanskommunikation preciseras utgöra varje teknik som, utan att leverantören och konsumenten samtidigt är fysiskt närvarande, kan användas för ingående av ett avtal mellan konsumenten och leverantören. I en bilaga till direktivet finns en vägledande förteckning över de tekniker som omfattas av direktivet. Förteckningen innehåller följande tekniker: oadresserad trycksak, adresserad trycksak, standardbrev, tidningsannons med beställningskupong, katalog, telefon med mänsklig betjäning, telefon utan mänsklig betjäning (uppringsautomater, audiotext), radio, bildtelefon (telefon med bildskärm), videotext (mikrodator med TV-ruta) med tangentbord eller beröringsskärm, elektronisk post, telefax och television (teleshopping).

Ett distansavtal i den mening direktivet ger uttryck för kan ingås exempelvis genom uppfordran till anbud från leverantören i form av oadresserad trycksak, varefter konsumenten svarar via ett vanligt brev eller genom uppfordran till anbud per radio som möts med en

beställning via telefon. Samma teknik behöver alltså inte användas för alla moment i avtalet.

I direktivets artikel 10 finns bestämmelser om begränsningar i användningen av vissa tekniker för distanskommunikation. Enligt artikelns punkt 1 förutsätter en leverantörs användning av automatiska uppringningssystem utan mänsklig betjäning (uppringningsautomater) och telefax att konsumenten gett sitt samtycke på förhand. Enligt punkten 2 skall medlemsstaterna säkerställa att sådana andra tekniker för distanskommunikation än de som anges i punkt 1 och som möjliggör individuell kommunikation endast får användas när konsumenten inte klart motsätter sig detta.

Punkten 1 är uttryck för en oavvislig *opt-in*-lösning medan punkten 2 anvisar en *opt-out*-lösning. Punkten 1 anger vissa former för distanskommunikation som med hänsyn till deras påträngande natur ansetts kräva mer omfattande åtgärder från näringsidkarnas sida för att tillförsäkra konsumenterna ett tillfredsställande skydd mot obeställd reklam med användning av dessa metoder. För de former av distanskommunikation som angetts i punkten 2 har den lösning som där ges ansetts tillräcklig. Eftersom direktivet är ett minimidirektiv, är medlemsstaterna oförhindrade att införa strängare konsumentskydds krav och följaktligen föreskriva en *opt-in*-lösning helt eller delvis beträffande de andra teknikerna enligt punkten 2.

Inskränkningen av bestämmelsen i punkten 2 till sådana distanskommunikationstekniker som "möjliggör individuell kommunikation" innebär att konsumenten skall ha möjlighet att på något sätt kunna anmäla att han eller hon inte vill få erbjudanden via telefonsamtal, bildtelefonsamtal, videotext, elektronisk post eller liknande. Det betyder samtidigt naturligt nog att konsumenten inte skall kunna ange att han eller hon inte önskar få erbjudanden via radio, television och tidningsannonser.

Förslag till lagstiftning som införlivar distansavtalsdirektivet i andra delar än de som rör obeställd reklam kommer under sommaren 1999 att lämnas i en särskild departementspromemoria.

2.1.6 Uppbyggnad av referensregister m.m.

Enligt 12 § personuppgiftsförordningen (1998:1191) skall Datainspektionen på begäran av en organisation som företräder en väsentlig del av de personuppgiftsansvariga inom en viss bransch eller inom ett visst område avge yttrande över förslag till överenskommelser vad avser behandling av personuppgifter inom branschen eller området (branschöverenskommelse). Ett sådant yttrande skall avse branschöverenskommelsens förenlighet med personuppgiftslagen och andra författningar som reglerar den behandling av personuppgifter det är fråga om.

En branschöverenskommelse av detta slag har gemensamt tagits fram av Annonserföreningen, Direkthandelsföretagens Förening, Frivilligorganisationernas Insamlingsråd, Näringslivets Delegation för Marknadsrätt, Industriförbundet, Svenska Postorderföreningen, Sveriges Reklamförbund, Swedma, Tidningsutgivarna, Posten AB och Telia Info Media. Dessa branschorganisationer och företag har genom Swedma i en skrivelse i december 1998 till Datainspektionen hemställt om inspektionens bedömning och yttrande enligt 12 § personuppgiftsförordningen beträffande ett förslag till branschregler angående användningen av personuppgifter för direktmarknadsföringsändamål.

Överenskommelsen avser att vara tillämplig vid alla typer av direktmarknadsföring och vid all behandling av personuppgifter för sådant ändamål. Begreppen ”marknadsföring” och ”direktmarknadsföring” ges en mycket vid betydelse och innefattar också exempelvis verksamhet för insamling till välgörande ändamål, vilken verksamhet i många fall inte utgör marknadsföring i rättslig mening. Enligt en vad som betecknas som huvudregel i branschöverenskommelsen måste vid all insamling och annan behandling av personuppgifter för direktmarknadsföringsändamål den personuppgiftsansvariges intresse av att få behandla uppgifterna för sådant ändamål alltid vägas mot risken av att de registrerade kan uppleva användningen av uppgifterna som ett otillbörligt intrång i sin personliga integritet. Detta gäller både i fråga om vilka personuppgifter som kan användas och i fråga om hur uppgifterna kan användas för det aktuella direktmarknadsföringsändamålet.

Bland regler med begränsningar för användningen av personuppgifter finns i branschöverenskommelsen normer som närmast är uttryck för god etik i direktmarknadsföring, vilken växt fram i anslutning till bl.a. tillämpningen av marknadsföringslagen. Till dessa normer hör angivna regler som behandlar de marknadsföringsetiska aspekterna av hur ett telefonsamtal med marknadsföring läggs upp och utformas.

I övrigt behandlas i branschöverenskommelsen frågor som gäller dels villkor för insamling och annan behandling av personuppgifter, dels inhämtande av adressuppgifter.

I skrivelsen till Datainspektionen förordas på angivna skäl införandet av en *opt-out*-lösning vid obeställd reklam. Som en komplettering till en sådan lösning förespråkar direktmarknadsföringsbranschen ett system som innebär att konsumenten genom en central anmälan till ett register kan tacka nej till direktadresserade reklam- och försäljningserbjudanden respektive telefonförsäljning från företag med vilka de inte har något kundförhållande. För att uppfylla branschens åtagande enligt överenskommelsen, anføres det vidare i skrivelsen, pågår under ledning av Swedma ett arbete med s.k. NIX-reklam och s.k. NIX-tele (NIX-samtal). Genom dessa system uppges bli tillskapat en enkel och praktisk möjlighet för den som inte önskar adresserad direktreklam respektive erbjudanden per telefon att slippa ifrån det.

Ett NIX-reklamregister finns inrättat dit enskilda kan anmäla att de inte önskar få direktadresserad reklam. Registret är under fortsatt utveckling men används redan av många företag.

Ett NIX-telesystem är under uppbyggnad. NIX-tele kommer inte som NIX-reklam att vara individbaserat utan knutet till visst telefonnummer. Alla som har tillgång till ett till NIX anmält telefonnummer kommer enligt planerna att slippa få sådana samtal som omfattas av NIX-tele.

Mellan branschens företrädare och Konsumentverket pågår överläggningar om frågor som främst rör NIX-systemens innehåll och praktiska tillämpning ur ett konsumentperspektiv.

Datainspektionen har ännu inte avgett sitt yttrande i enlighet med 12 § personuppgiftsförordningen.

3 Allmänna utgångspunkter

Förslag: Två EG-direktiv som innehåller bestämmelser om bl.a. obeställd reklam skall genomföras i Sverige genom lagstiftning i detta avseende. Lagbestämmelserna föreslås få ett innehåll som slår fast det grundläggande skyddsbehovet för konsumenterna men som samtidigt balanserar näringslivsintressena mot konsumentintressena på ett rimligt och smidigt sätt.

Skälen för förslaget: Det kan inledningsvis konstateras att tre olika EG-direktiv har regler som rör direkt marknadsföring och som möjliggör för enskilda att motsätta sig sådan marknadsföring antingen det kan ske genom att den enskilde motsätter sig behandling av vederbörandes personuppgift för direktmarknadsföringsändamål eller att det kan ske genom att den enskilde motsätter sig obeställd reklam som sådan. En analys bör därför först göras av frågan hur de olika direktiven förhåller sig till varandra. Det bör också granskas förutsättningarna för val av *opt-in* eller *opt-out* i fråga om den mångfald av tekniker som kan utnyttjas för direkt marknadsföring. Lämpliga sanktionsformer måste också övervägas.

Resultatet av denna analys får betydelse för frågan på vilket lämpligt sätt och i vilken nödvändig omfattning teledataskydds-direktivets och distansavtalsdirektivets regler om obeställd reklam bör införlivas i svensk rätt.

Det bör eftersträvas lagstiftningslösningar som i ljuset av bevarandet av ett starkt integritets- och konsumentskydd är anpassade till olika slag av tekniker för distanskommunikation utan att för den skull leda till skapandet av ett svåröverskådligt och komplicerat regelsystem. Lagbestämmelser bör få ett innehåll som

slår fast det grundläggande skyddsbehovet utan att för framtiden blockera sådana tekniska lösningar som skulle kunna göra det möjligt att på ett både rimligt och smidigt sätt balansera näringslivsintressena mot konsumenternas intressen.

4 Överväganden och förslag

4.1 Personuppgiftslagens regler i fråga om direkt marknadsföring

Av 10 § personuppgiftslagen framgår att personuppgifter får behandlas bara om den registrerade har lämnat sitt samtycke till personuppgiftsbehandlingen. För att den enskilde skall ha möjlighet att kunna ge samtycke till sådan behandling förutsätts att han eller hon i förväg informerats om att behandlingen avses äga rum. Alternativet till att inhämta samtycke är att det görs en intresseavvägning mellan företagets kommersiella intressen av bruk av personuppgifter för direktmarknadsföringsändamål, å ena sidan, och de registrerades ideella intresse av att få ha sina personuppgifter i fred, å andra sidan. Avgörandet måste träffas efter en helhetsbedömning i det enskilda fallet. När det gäller direkt marknadsföring bör man vid intresseavvägningen kunna beakta den registrerades ovillkorliga rätt enligt 11 § personuppgiftslagen att när som helst motsätta sig behandlingen av personuppgifter. Datalagskommittén, vars betänkande låg till grund för lagstiftningen, ansåg att intresset hos de registrerade som inte har motsatt sig behandling av personuppgifter för direkt marknadsföring ofta kan antas väga ganska lätt i jämförelse med den personuppgiftsansvariges kommersiella intressen. När t.ex. kommersiella intressen skall vägas mot enskildas intressen av att få ha sina uppgifter i fred, bör det enligt kommittén i allmänhet krävas att de kommersiella intressena på ett tydligt sätt överväger (SOU 1997:39 s.362 f.).

Datalagskommitténs två nu nämnda uttalanden förefaller delvis motstridiga; å ena sidan skall det enskilda intresset väga lätt och å andra sidan skall det kommersiella intresset tydligt väga över.

Mot bakgrund av det anförda torde kunna konstateras att intresseavvägningen i normalfallet utfaller till förmån för det kommersiella intresset att utföra direkt marknadsföring när det saknas skriftliga anmälningar om att personuppgiftsbehandling inte får ske. Det är förenat med betydande svårigheter att gradera styrkan av det kommersiella intresset i sig i enskilda fall i förhållande till enskildas intresse av att få ha sina personuppgifter fredade från användning för ändamål som avser direktmarknadsföring. Man synes därför böra eftersträva generella bedömningar i fall då det kommersiella intresset står mot den enskildes intresse av att hans eller hennes personuppgifter behandlas alternativt inte behandlas för direktmarknadsföring men vederbörande inte skriftligen motsatt sig personuppgiftsbehandlingen. Det betyder normalt att, då skriftliga anmälningar om nej till behandling inte gjorts hos den personuppgiftsansvarige, intresseavvägningen enligt 10 § f) torde kunna bli mer schematisk och normalt resultera i att behandling får utföras.

En lämplig lösning i detta sammanhang är att ta fram och använda tekniska lösningar i form av centrala anmälningsregister som – utan att komma i konflikt med 11 § – gör det möjligt för den enskilde att på ett smidigt sätt kunna anmäla att han eller hon inte önskar bli utsatta för direkt marknadsföring generellt eller endast i vissa fall. Som anförts i det föregående hindrar lagstiftningen inte att ett nationellt reservationsregister inrättas dit sådana anmälningar skall kunna riktas. Sådana register för adresserad direktreklam och telefonmarknadsföring är ju som tidigare belysts också under uppbyggnad.

Väljer den personuppgiftsansvarige att göra en intresseavvägning enligt 10 § utan koppling till den enskildes möjligheter att i förväg ta ställning till ett eventuellt bestridande av personuppgiftsbehandling torde det enligt vad som tidigare anförts i allmänhet krävas att de kommersiella intressena på ett tydligt sätt överväger de enskildas intressen av att få ha sina uppgifter i fred. I det sistnämnda fallet, jämfört med situationen efter det att möjligheten till bestridande i förväg erbjudits den enskilde, ställs det följaktligen strängare krav i varje enskilt fall på att det kommersiella intresset skall anses vara så pass mycket starkare än det enskilda intresset

för integritetsskydd att det bör ges företräde. Hur pass stränga kraven är eller bör vara är det inte möjligt att uttala sig om, eftersom det saknas vägledande tillämpningsföreskrifter och någon praxis på området inte finns.

Slutsatsen av det anförda är att det inte är helt klarlagt alla förutsättningar för användandet av personuppgiftslagen i samband med obeställd reklam. Denna omständighet är naturligtvis otillfredsställande från konsumentsynpunkt.

Avslutningsvis kan konstateras att framför allt frågan om referensregister mot bakgrund av personuppgiftslagens syften måste ses i samband med överväganden och ställningstaganden till hur teledataskydds- och distansavtalsdirektivens bestämmelser om obeställd reklam bör införlivas i svensk rätt.

4.2 Teledataskyddsdirektivets och distansavtalsdirektivets regler.

Förslag: Genomförandet av teledataskyddsdirektivets regler om obeställd reklam avser skyddet för abonnenter som enbart är fysiska personer.

Det ställs inget generellt krav på att det i tryckta eller elektroniska kataloger skall kunna anges att en konsuments personuppgift inte får användas för direkt marknadsföring. Reklam via telefax och elektronisk post, uppringningsautomater eller andra liknande automatiska system för meddelanden får inte ske, om inte konsumenten har medgett detta på förhand (*opt-in*).

En näringsidkare får inte heller använda andra metoder för distanskommunikation, om metoden möjliggör kommunikation mellan enskilda parter och om konsumenten har klart tillkännaggett att han eller hon motsätter sig användning av metoden (*opt-out*).

Beträffande telefonförsäljning lämnas i princip öppet vilket alternativ som bör väljas. I avvaktan på resultatet av en pågående uppbyggnad av ett s.k. referensregister, dit konsumenter kan anmäla att de önskar avböja telefonsamtal som gäller reklam

och försäljning, går det inte i nuläget att förorda något av alternativen.

När det gäller tryckt oadresserad och adresserad direk reklam föreslås att de nuvarande formerna för att avböja sådan reklam består.

Skälen för förslaget: När det gäller obeställd reklam är regleringen i teledataskyddsdirektivet och distansavtalsdirektivet i stort sett likalydande. Innehållsmässigt skiljer sig direktiven åt främst i vad avser möjligheterna att avböja direkt marknadsföring via användning av andra teletjänster än automatisk uppringning och telefax. Teledataskyddsdirektivet anvisar därvid antingen en lösning *opt-in* eller *opt-out* medan distansavtalsdirektivet bara anvisar en *opt-out*-lösning. I praktiken saknar dock denna skillnad betydelse, eftersom distansavtalsdirektivet är av minimikaraktär och därför gör det möjlighet för medlemsstaterna att beträffande alla de tekniker inbegripet teletjänster som omfattas av detta direktiv införa regler av *opt-in*-karaktär.

Övervägandena i det följande om *opt-in* eller *opt-out* bör förordas beträffande andra telekommunikationsmedel än automatisk uppringning och telefax kommer att göras i anslutning till teledataskyddsdirektivet. Kompletterande synpunkter angående ett sådant systemval när det är fråga om andra metoder för distanskommunikation än de som i princip berörs av teledataskyddsdirektivet kommer att lämnas i anslutning till kommentarerna till hur distansavtalsdirektivets regler om obeställd reklam bör genomföras.

Det bör här förutskickas att det kan råda tvekan om vissa medel för distanskommunikation förmedlas på telenät som är allmänt tillgängliga, vilket är en förutsättning för att teledataskyddsdirektivet är tillämpligt. Kommunikationsmedel av detta slag omfattas emellertid av distansavtalsdirektivets tillämpningsområde, vilket för övervägandena gör det ointressant om sådana medel formellt också omfattas av teledataskyddsdirektivet.

Teledataskyddsdirektivet*Abonnentbegreppet*

Först bör övervägas om genomförandet i lagstiftning bör avse abonnenters skydd eller enbart konsumenters skydd. Rättigheterna enligt artiklarna 11 och 12 i teledataskyddsdirektivet (rätten att få angivet i katalog att abonnentens personuppgifter inte får användas för direkt marknadsföring respektive rätten att inte behöva ta emot icke begärda samtal) tilldelas endast sådana abonnenter som är fysiska personer. Medlemsstaterna uppmanas dock att, inom ramen för gemenskapslagstiftningen och tillämplig nationell lagstiftning, säkerställa att berättigade intressen för abonnenter som inte är fysiska personer är tillräckligt skyddade när det gäller uppgifter i kataloger respektive skyddet avseende icke begärda samtal.

I förevarande sammanhang övervägs lagstiftning som endast tar sikte på fysiska personers skydd och intressen. För de tekniker som teledataskyddsdirektivet i första hand omfattar, nämligen telefon och elektronisk post, har det inte visats föreligga något behov av lagregler som innefattar ett motsvarande skydd för professionella aktörer i deras yrkesutövning som för enskilda personer. Om det senare skulle visa sig föreligga ett eventuellt behov av lagstiftningsåtgärder på området, bör detta behov övervägas i ett vidare sammanhang och, vad gäller frågan om icke begärd reklam, innefatta även bedömningar beträffande andra tekniker än telefon och elektronisk post.

Katalogangivelse om att personuppgift inte får användas för direkt marknadsföring

Härefter bör övervägas hur det på lämpligt sätt bör ske ett nationellt genomförande av kravet enligt artikel 11 i teledataskyddsdirektivet avseende rätt för abonnenten att få angivet i katalog att hans eller hennes personuppgifter inte får användas för direkt marknadsföring.

Den tekniska lösning som direktivet anvisar som en praktisk möjlighet för den enskilde att få slippa oönskade telefonförsäljningssamtal har en del förtjänster. Angivelse av detta slag i en

tryckt eller en elektronisk katalog gör det lätt för den näringsidkare som vill utföra marknadsföring via telefon i första hand att kontrollera om den man avser att kontakta accepterar ett sådant initiativ eller har tackat nej därtill. I fråga om tryckta kataloger finns dock också en del nackdelar förknippade med ett dylikt system. Det finns t.ex. en stor mångfald av olika regionala och lokala telefonkataloger med skiftande grad av spridning. Det kan göra det svårt att alltid få till stånd en heltäckande katalogangivelse av detta slag. Vad gäller Telias rikstäckande men regionalt uppdelade telefonkataloger är det dessutom osäkert hur länge sådana kommer att tryckas.

I sammanhanget bör uppmärksammas att EG-direktivet 98/10/EG, som kallas för det nya s.k. taltelefonidirektivet, föreskriver att medlemsstaterna skall säkerställa att det finns abonnentförteckningar som kan vara i tryckt form eller uppställda elektroniskt (artikel 6). Syftet är att alla användare skall ha tillgång till en nummerupplysningstjänst som omfattar alla förtecknade nummer. Direktivet skulle ha varit genomfört den 1 juli 1998. Några förslag som tillgodoser direktivets krav i detta hänseende har lämnats, bl.a. i betänkandet (SOU 1996:94) Nationell teleadresskatalog. Det har vidare lämnats förslag till etablering av en sammanhållen databas för telefonnummer (Kommunikationsdepartementet PM 1997-11-05, dnr K97/3845/1). Senast i promemorian Ds 1998:63 med förslag till ändringar i telelagen m.m. lämnades förslag om att Telia AB som den ende teleoperatören skulle åläggas att hålla en fullständig katalog och nummerupplysning. Remisskritiken gick ut på att detta förslag inte var tillfredsställande från konkurrenssynpunkt. Frågan om lagstiftning övervägs därför vidare. Det är möjligt av innehållet i de tidigare förslagen att döma, att kraven på att upprätta abonnentförteckningar begränsas till endast elektroniska sådana.

Mot denna bakgrund bör ett eventuellt nationellt införlivande av direktivets artikel 11 bedömas i ljuset av andra tänkbara lösningar som på samma sätt som förevarande typ av angivelse i katalog kan uppfylla det ändamål som artikelbestämmelsen syftar till att tillgodose. Vad som därvid naturligen ligger närmare till hands att överväga som ett likvärdigt och därför tänkbart alternativ är inrättandet av referensregister. Å andra sidan kan senare lag-

stiftning som genomför taltelefonidirektivets krav på heltäckande register av telefonnummer möjligen medföra att ett alternativ till referensregister eller ett komplement till sådant register tillskapas.

Det bör i sammanhanget nämnas att, när det finns personuppgifter i tryckta eller elektroniska kataloger med bl.a. nummeruppgifter, abonnenten har möjlighet att kostnadsfritt ange att hans eller hennes personuppgifter inte får användas för direkt marknadsföring (23 § 2 p. teleförordningen - SFS 1997:399).

Automatisk uppringning och telefax

Beträffande distanskommunikationsmedlen automatisk uppringning och telefax finns enligt båda direktiven endast alternativet *opt-in*. Kommunikationsmedlet automatisk uppringning förefaller inte att användas i Sverige eller användas endast i mycket begränsad utsträckning. Telefaxreklam riktad till konsumenter synes inte heller förekomma i någon större omfattning. Tanken bakom de två förbuden mot kommunikation utan konsumentens samtycke i förväg är att metoderna ansetts särskilt påträngande. För oombedd telefaxreklam tillkommer olägenheten för konsumenten att dennes faxapparat kan blockeras av stora utskick av oönskad telefaxreklam och att han eller hon till följd av sådan reklam i onödan tvingas betala för papperskostnaden.

I lag bör därför anges att en näringsidkare vid marknadsföring till konsument inte får använda telefax eller uppringningsautomater och andra sådana automatiska system för meddelanden, om inte konsumenten har medgett detta på förhand.

Elektronisk post och textmeddelanden via mobiltelefon m.m.

Genom den informationstekniska utvecklingen har enskilda personer ett nytt och effektivt kommunikationsmedel, nämligen elektronisk post. Den elektroniska posten möjliggör också billig och specifik reklamadressering, dvs. direkt till enskilda konsumenter. En form av elektronisk direktreklam är s.k. spam, som är det engelska ordet för vad som närmast betecknas som skräpreklam i form av

massutskick av elektronisk post. Spamming är en form av masskommunikation som samtidigt också är adresserad direkt till konsumenterna.

Massutskick av reklam via elektronisk post är något som kanske på sikt kan stoppas med hjälp av tekniska medel. Det pågår mer eller mindre framgångsrika försök i den riktningen. Det är möjligt att oskicket med sådana massutskick avtar med tiden i takt med att de mer seriösa företagen inser att metoden inte är så effektiv som medel för reklam i syfte att nå vissa målgrupper. Om utvecklingen inte skulle helt eller delvis gå i den riktningen, blir det på det internationella planet som motåtgärder måste sättas in.

Näringsidkare har genom olika nya informationstekniker möjligheter att, ofta i samarbete med den enskilde konsumenten, bygga upp en s.k. konsumentprofil, vilken innebär att konsumentens specifika intressen kartläggs i syfte att skraddarsy reklamen utifrån konsumentens önskemål och behov. Utvecklingen inom dagens marknadsföring på elektroniska nät går alltmer mot riktad marknadsföring till konsumenter genom exempelvis s.k. one-to-one marketing. Näringsidkare visar i ökande grad ett intresse av att knyta enskilda presumtiva kunder närmare till sig med riktade erbjudanden av olika slag. Det kommer sålunda att bli alltmer brukligt att företagen – bl.a. till följd av en expanderande handel över nätet och därmed en skärpt konkurrens – har direktkontakt med sina presumtiva kunder, vilket enbart i sig kanske skulle kunna motivera att företagen först tar reda på hos sina presumtiva kunder om nätmediet får användas för direktreklam till dem.

När det gäller direktreklam krävs normalt att konsumenten först lämnat information om sig själv, åtminstone om sin e-postadress. Det förekommer dock handel med listor över e-postadresser som utnyttjas för elektronisk direktreklam. Det leder till att konsumenter får sådan reklam från företag som de tidigare inte haft kontakt med eller visat något intresse för. Elektronisk post via Internet måste ofta laddas ner för att kunna läsas, vilket kostar pengar och tar tid. Konsumenten får på grund härav genom debitering på telefonräkningen betala för reklam som de i vissa fall inte vill ha. Detta är redan i dag en realitet för många konsumenter. Reklam via elektronisk post är visserligen billigare än pappersreklam, men den

stora skillnaden är att alla konsumenter som får reklamen och inte bara de som handlar av näringsidkaren får bära en kostnad för den.

Som tidigare framhållits uppfattas användningen av automatiska uppringningsautomater och telefax för reklam som särskilt påträngande, vilket motiverat ett förfarande *opt-in* för dessa tekniker. Mot bakgrund av dels att telefax och elektronisk post har slående likheter, inte minst vad gäller påträngandegrad och kostnadsaspekt för den enskilde, dels att den tekniska utvecklingen går mot minskad telefaxanvändning och ökande användning av elektronisk post (t.ex. genom att mottagaren får telefax i sin dator) synes starka skäl tala för att samma bedömning av intrånget bör göras beträffande obeställd reklam via elektronisk post som i fråga om oombedd telefaxreklam.

Det kan givetvis uppkomma situationer då man frågar sig om den elektroniska postreklamen är att anse som beställd eller inte begärd. Samma gränsdragningproblem uppkommer i samband med telefonmarknadsföring. Frågan om obeställd sådan reklam behandlas i det följande. Därvid berörs i ett sammanhang frågan om vad som bör känneteckna obeställd reklam via telefon eller elektronisk post jämfört med vad som kan känneteckna begärd sådan reklam.

Med hänvisning till det anförda bör det genomföras en ordning som innebär att näringsidkaren på samma sätt som vid telefaxreklam är den som först måste tillförsäkra sig om att mottagaren godtar den planerade reklamsändningen. Användningen av elektronisk post i marknadsföringen bör därför knytas till kravet på att näringsidkaren aktivt inhämtar konsumentens medgivande i förväg.

Hur detta uppgiftsinhämtande skall gå till i ett globalt perspektiv med elektronisk postreklam sänd från platser i hela världen är givetvis något som behöver internationella lösningar. Med tiden kan kanske uppnås gemensam syn på problemen som kan leda till gemensamma lösningar. I ett EU-perspektiv får givetvis först avvakts hur direktiven införlivas nationellt i de olika medlemsstaterna innan några slutsatser kan göras i fråga om möjligheter till gemensamma lösningar.

Samma bedömning beträffande elektronisk post bör göras i fråga om andra distanskommunikationsmedel som utgör teknikberoende, automatiska system för meddelanden till konsumenter, t.ex. text-

meddelanden via mobiltelefon. Det kan nämnas i sammanhanget att den finska marknadsdomstolen (MD1997:020) gjort bedömningen att ett företag i sin marknadsföring förfarit otillbörligt mot konsumenter, när bolaget sänt kommersiella meddelanden till konsumenternas mobiltelefoner utan att i förväg ha säkerställt huruvida konsumenten gett sitt medgivande till sändning av budskapen.

Avslutningsvis kan konstateras att vad sålunda förordas om ett krav på förtida samtycke vid användningen av nu behandlade kommunikationsmedel medför att det kommer att gälla en enhetlig reglering för dessa slag av automatiska system för meddelanden till konsumenter.

Telefonförsäljning

En sedan mycket länge etablerad verksamhet med utnyttjande av distanskommunikationsmedel är telefonförsäljning och telefonreklam. Ibland används det engelska ordet "telemarketing" som den närmaste motsvarigheten till "telefonmarknadsföring". Den gällande konsumentskyddslagstiftningen innehåller regler om telefonförsäljning som tar sikte på att undanröja det resultat av telefonförsäljning i form av ett för konsumenten bindande avtal om köp som kanske varit förhastat och som konsumenten därför ångrat. Det är fråga om rätten enligt hemförsäljningslagen (1981:1361) att frånträda ett avtal om köp som gjorts per telefon. Däremot finns inga regler om konsumentens möjligheter att få avböja telefonsamtal som har till syfte att förmedla reklam för och erbjudanden av varor och tjänster.

Teledataskydds- och distansavtalsdirektiven aktualiserar nu införandet av bestämmelser om obeställd telefonreklam och frågan om vilken av lösningarna *opt-in* eller *opt-out* som bör väljas för denna typ av verksamhet.

Utgångspunkten för det slutliga val som måste göras bör vara att etablera en ordning som innebär dels att de konsumenter som inte önskar bli uppringda när telefonsamtalet gäller reklam erbjuds ett enkelt och smidigt förfarandesätt att tacka nej till sådan reklam, dels att förfarandet eller systemet för att motsätta sig reklamen är enkelt och smidigt även för de berörda näringsidkarna utan att det nämnvärt försvårar eller fördyrar deras näringsverksamhet.

En *opt-in*-lösning innebär att konsumentens eventuella samtycke till att bli uppringd för reklamändamål måste inhämtas i förväg innan samtalet kan äga rum. På vilket sätt förhandssamtycket skall kunna inhämtas bör kanske inte regleras i lag men det torde knappast kunna ske på annat sätt än genom att konsumenterna får förfrågningar i saken i skriftlig form. Det är näringsidkarens sak att kontrollera att konsumenterna gett sitt samtycke till telefonreklam eller motsatt sig den. Av sakens natur följer att detta förfarande i syfte att som näringsidkare tillförsäkra sig om konsumenters inställning till en planerad reklamkampanj via telefon är omständigt, tungrott och dyrt. Systemet skulle ur ett näringslivs- och sysselsättningsperspektiv sannolikt medföra att näringsverksamheten för åtskilliga företag inom branschen skulle allvarligt försvåras och riskera att slås ut. Det gäller i synnerhet småföretagarverksamheten i glesbygd. Det är dock lagstiftarens skyldighet att genomföra en lösning *opt-in*, om det vid tiden för det nationella genomförandet av de båda direktiven inte finns nationella lösningar av annat slag som innebär att de aktuella bestämmelserna i direktiven kan införlivas på ett tillräckligt och adekvat sätt.

Olika *opt-out*-lösningar kan tänkas. Markering i telefonkataloger och elektroniska kataloger att konsumenten inte vill ha kommersiella telefonpåringningar är en lösning. På de skäl som anförts då denna typ av lösning diskuterades i det föregående synes det dock vara mindre lämpligt att införa en sådan åtgärd som en universallösning angående obeställd telefonreklam. Det är dock möjligt att ett genomförande lagstiftningsvägen av taltelefoni-direktivets krav på abonnentförteckningar kan ställa denna fråga i annan dager. Andra lösningar kan hänföra sig till teleoperatörers tjänster, t.ex. i form av Telias s.k. plustjänst. Det saknas dock i nuläget något tillfredsställande underlag för bedömning av om sådana slag av tjänster kan användas för att åstadkomma ett heltäckande och fungerande system.

Den överlägset enda *opt-out*-lösning som har utsikter att fungera på ett rikstäckande och helt tillfredsställande sätt för att uppnå de eftersträvarvärda syftena på ett dessutom praktiskt ändamålsenligt sätt är inrättandet och bruket av ett referensregister. Det under avsnittet 2.1.6 beskrivna registret benämnt NIX-tele (NIX-samtal),

som genom näringslivets försorg är under uppbyggnad, är ett exempel på ett sådant referensregister.

Den information som finns om NIX-tele ger vid handen att mycket stora ansträngningar görs för att fullfölja uppbyggnaden av registret. Takten i detta arbete är avhängig av hur och i vilken omfattning man lyckas förmå berörda företag och organisationer att bidra med finansiellt stöd till uppbyggnaden. Det förhåller sig utan tvekan så att uppbyggnaden och driften av ett sådant här register är förenade med betydande kostnader. Enligt vad som upplysts är intresset för registret mycket stort hos företag och näringslivsorganisationer. Det är dock så att ett stort intresse för en sak inte alltid motsvaras av lika stora ekonomiska möjligheter att finansiellt kunna bidra till den. De som ansvarar för projektet anser dock att det troligen till hösten 1999 skapats tillräckligt gynnsamma ekonomiska förutsättningar för det, så att registret då skall kunna komma till användning på ett tillfredsställande sätt.

Det är också viktigt att ett register av detta slag kan fungera bra och vara användarvänligt från konsumentsynpunkt. Det måste vidare klarläggas i vilka fall registret måste användas respektive inte behöver användas. Exempelvis bör klargöras under vilka förutsättningar det kan anses råda ett kundförhållande mellan marknadsföraren och konsumenten, vilket skulle kunna motivera att registret inte behöver rådfrågas av marknadsföraren. Beträffande sådana och hithörande frågor pågår diskussioner mellan branschens företrädare och Konsumentverket. Det är lämpligt att frågor av detta slag kan klaras ut genom denna form av överläggningar. Ambitionen är att under hösten 1999 nå fram till en överenskommelse i saken.

När denna departementspromemoria sänds ut på remiss, vet man inte om det tilltänkta registret kan vara färdigt och i bruk senast vid den tidpunkt då lagstiftningen träder i kraft. Man kan inte ens våga göra en prognos i detta avseende. Det ter sig därför mest lämpligt att först avvakta remissbehandlingen av promemorian, som sannolikt kan resultera i remisssynpunkter och upplysningar som kan kasta ett klarare ljus över situationen och därmed göra det lättare för regeringen att i sin proposition till riksdagen lämna det slutliga förslaget i frågan.

Mot denna bakgrund lämnas i denna promemoria två alternativa lagförslag angående obeställd telefonreklam. Det ena förslaget innefattar en *opt-in*-lösning medan det andra alternativet avser en lösning *opt-out*.

Distansavtalsdirektivet

Sedan överväganden och förslag lämnats rörande obeställd reklam med utnyttjande av de tekniker som specifikt har samband med teledataskyddsdirektivet (de utgör också distanskommunikationsmedel enligt distansavtalsdirektivet) återstår att göra motsvarande beträffande de tekniker som inte speciellt behandlas i teledataskyddsdirektivet men väl i distansavtalsdirektivet. Det gäller i första hand oadresserad och adresserad tryckt direktreklam.

Vad gäller lämpligt förfarande för att tacka nej till oadresserad kommersiell reklam bör det i enlighet med nuvarande ordning, som bygger på en överenskommelse mellan Konsumentverket, Posten och Swedma, vara tillräckligt att konsumenten på brevlådan eller i omedelbar anslutning till brevinkastet sätter upp ett meddelande om att han eller hon inte önskar någon reklam.

Beträffande direktadresserad reklam finns det sedan länge möjlighet för enskilda personer att vända sig till SPAR eller de företag som för adressregister och hos dessa begära att personuppgifter inte utlämnas för direktmarknadsföringsändamål. Det finns nu också ett NIX-reklamregister, dit enskilda kan anmäla att de inte önskar få direktadresserad reklam. Registret är under fortsatt utveckling men används redan nu av många företag.

Det saknas anledning att frångå den ordning som nu gäller beträffande obeställd, direktadresserad tryckt reklam.

De förfaranden som sålunda står till buds för den enskilde att tacka nej till reklam förmedlat på angivna sätt uppfyller kraven på att vara uttryck för ett klart tillkännagivande av konsumenten att han eller hon motsätter sig användningen av metoden för reklamförmedling. Förutsättningarna i dessa fall för uppfyllandet av kraven enligt en *opt-out*-lösning föreligger därmed.

4.3 Vissa lagtekniska lösningar

Förslag: De aktuella direktivens bestämmelser om obeställd reklam införlivas i marknadsföringslagen.

Skälen för förslaget: De aktuella direktivens bestämmelser om obeställd reklam måste införlivas genom nationell lag. Det bör diskuteras på vilket eller vilka sätt detta lämpligen bör ske.

Den naturliga vägen att gå för att tillförsäkra efterlevnaden av den nya lagstiftningen måste anses vara en marknadsrättslig reglering. Det är emellertid möjligt att kombinera den marknadsrättsliga lagstiftningen med civilrättsliga regler. Dessa skulle kunna gå ut på att ett avtal som har träffats vid näringsidkarens användning av t.ex. elektronisk post utan förtida samtycke från konsumenten inte skulle vara bindande för denne. Det bör dock framhållas att direktivens bestämmelser om obeställd reklam i första hand är avsedda att vara ett skydd för den personliga integriteten. Vid kränkning av denna förutsätts enligt direktiven effektiva sanktioner, bl.a. enligt teledataskyddsdirektivet i form av ett skadeståndsansvar för näringsidkare, vilket är specialinriktat på att kompensera den utsatte för dennes personliga lidande. Det föreligger inte heller en direkt koppling mellan själva åtgärden att marknadsföra obeställt och det avtal som kan följa i samband med att den obeställda marknadsföringen utförs. Vid en jämförelse av en situation med ett för konsumenten oväntat hembesök av en varuförsäljare följt av ett i bostaden träffat köpeavtal, skulle det knappast te sig rimligt att köpeavtalet förklaras ogiltigt till följd av att säljaren brukat aggressiva säljmetoder för att komma in i bostaden. Avtalets ingående kan med andra ord i princip ses som självständigt i förhållande till den marknadsföring som är förment olaglig därför att den inte är ”beställd”. Det skulle leda för långt och i vissa fall till stötande resultat, om en civilrättslig ogiltighetspåföljd skulle knytas till den marknadsrättsliga regleringen.

Med hänsyn till att det rör sig om marknadsföring samt att det finns sanktioner (vitesförbud och skadeståndsskyldighet) som enligt marknadsföringslagen kan tillgripas mot otillbörlig marknadsföring

framstår det dessutom inte som nödvändigt att vid sidan av den marknadsrättsliga regleringen införa även civilrättsliga regler.

De förevarande direktivbestämmelserna kan införas antingen genom nya regler i marknadsföringslagen eller i den nya som det kan förväntas bli beslut om vid genomförande av övriga delar av distansavtalsdirektivet.

Distansavtalsdirektivet som grund för det nationella genomförandet gäller emellertid endast när näringsidkaren använder ett ”system för distansförsäljning”. De nya bestämmelserna kommer således inte att gälla när näringsidkaren använder en metod för marknadsföring och försäljning, som inte har till huvudsakligt syfte att avtal skall ingås på distans. Även sådana fall måste dock omfattas av en marknadsrättslig reglering på området. Det är därför inte lämpligt att bestämmelserna införs i den nya lagen.

Det naturliga sättet att införliva direktivens regler med svensk rätt synes vara att införa nya bestämmelser i marknadsföringslagen. Den lagen har dock till syfte bl.a. att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenterna och näringsidkare (1 §). Vidare framgår av de i marknadsföringslagen angivna allmänna kraven bl.a. att marknadsföringen skall vara tillbörlig mot konsumenterna och näringsidkare (4 § första stycket). Det nyss anförda kan möjligen anses tala emot att det i marknadsföringslagen införs bestämmelser som endast avser att vara ett skydd för konsumenterna. Det föreligger dock inte något hinder mot att göra på det sättet. Det är dessutom så att marknadsföringslagen redan i dag innehåller bestämmelser som betonar konsumentintresset (t.ex. 4 § andra stycket).

Mot denna bakgrund talar starka skäl för att direktiven, såvitt nu är i fråga, bör införlivas med svensk rätt genom att det införs en ny bestämmelse om obeställd reklam i marknadsföringslagen. Den nya bestämmelsen skiljer sig från lagens katalogbestämmelser, vilka möjliggör utdömande av marknadsstörningsavgift, i det väsentliga hänseendet att bestämmelsen till skillnad mot dessa bestämmelser inte tar sikte på att motverka någon form av vilseledande. Härtill kommer att en överträdelse av den nya bestämmelsen kanske genomsnittligt sett inte kännetecknas av den svårighetsgrad som utmärker överträdelser av katalogbestämmelserna. Med hänsyn

härtill förordas att den nya bestämmelsen om obeställd reklam inte placeras bland lagens katalogbestämmelser.

5 Jämförande reklam

I detta avsnitt redovisas förslag till ändringar i marknadsföringslagen som genomför de bestämmelser om jämförande reklam som finns i Europaparlamentets och rådets direktiv (97/55/EG) om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam (EGT nr L 290, 23.10.1997 s.18). Direktiven finns som *bilaga 3* och *4*.

5.1 Nuvarande ordning

Genom marknadsföringslagen är direktivet om vilseledande reklam införlivat i svensk rätt. Den i sammanhanget viktigaste bestämmelsen i lagen är 6 § som behandlar förbudet mot vilseledande reklam. Bestämmelsen klargör att påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares verksamhet är förbjudna. Genom tillägget ”någon annan näringsidkares verksamhet” tydliggörs att lagen gäller också beträffande jämförande reklam. Det finns en rikhaltig praxis från Marknadsdomstolen som ger uttryck för att jämförande reklam i princip godtas under förutsättning att jämförelsen uppfyller högt ställda krav på vederhäftighet och representativitet.

5.2 Direktivet om vilseledande reklam

Direktivet om vilseledande reklam införlivades i svensk rätt genom vissa ändringar i den dåvarande marknadsföringslagen (SFS 1992:1361). Ändringarna i marknadsföringslagen innebar att

generalklausulen om otillbörlig marknadsföring blev tillämplig inte bara på avsättningsfrämjande marknadsföring utan också på sådan marknadsföring som syftar till att främja anskaffningen av varor m.m. I den nuvarande marknadsföringslagen (1995:450) finns i 6 § ett uttryckligt förbud mot vilseledande framställningar vid marknadsföring av produkter. Exemplifieringen i 6 § ansluter mycket nära till reglerna i direktivet om vilseledande reklam.

Direktivet om vilseledande reklam är den mest heltäckande EG-rättsliga regleringen på marknadsföringsområdet. Syftet med direktivet är att skydda konsumenter och näringsidkare mot vilseledande reklam. Reklam definieras i artikel 2 som varje form av framställning i samband med näringsverksamhet som främjar tillhandahållandet av varor eller tjänster. Vilseledande reklam definieras i samma artikel som all reklam som på något sätt vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda och som sannolikt kommer att påverka konsumenters ekonomiska beteende eller som skadar eller sannolikt kommer att skada en konkurrent. När man skall avgöra om reklam är vilseledande skall, enligt artikel 3, hänsyn tas till alla inslagen i reklamen. I artikel 3 finns exempel på sådan information i reklamen som man vid bedömningen skall ta särskild hänsyn till. I enlighet med artikel 4 skall medlemsstaterna säkerställa att det finns lämpliga och effektiva metoder för kontroll av vilseledande reklam. Detta innefattar bestämmelser om att rättsliga åtgärder skall kunna vidtas mot vilseledande reklam. I artikel 4.2 föreskrivs att medlemsstaterna skall ge domstolar eller förvaltningsmyndigheter olika typer av befogenheter att ingripa mot vilseledande reklam. I enlighet med artikel 6 skall medlemsstaterna även ge domstolar eller förvaltningsmyndigheter befogenhet att kräva att annonsören lägger fram bevis för riktigheten av påståenden i reklamen. Av artikel 5 framgår att direktivet inte utesluter frivillig kontroll genom självreglerande organ.

5.3 Direktivet om jämförande reklam

I oktober 1997 antogs direktivet om ändring av direktivet om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam. Medlemsstaterna skall ha genomfört direktivet senast den 23 april 2000.

Bakgrunden till att kommissionen tog initiativ till ett direktiv är att det i vissa medlemsstater är tillåtet med jämförande reklam medan det i andra länder är förbjudet. Det råder även stora skillnader mellan medlemsstaterna vad gäller den praxis som utvecklats avseende bedömningen av jämförande reklam.

Direktivet är ett s k maximidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna inte får införa strängare bestämmelser nationellt. I direktivets ingress punkten 2 uttalas bl.a. att grundläggande bestämmelser om utformning av och innehåll i jämförande reklam bör vara enhetliga. I ingressen uttalas också att förutsättningar för användning av sådan reklam i medlemsstaterna bör harmoniseras. Skälet till att bestämmelserna om jämförande reklam harmonisera på en maximinivå är att man genom detta angreppssätt undviker att vissa medlemsstater inskränker möjligheterna till jämförande reklam genom att införa strängare bestämmelser.

5.4 Det huvudsakliga innehållet i direktivet om jämförande reklam

Direktivet om jämförande reklam ändrar och kompletterar direktivet om vilseledande reklam så att det omfattar även jämförande reklam. Direktivet om jämförande reklam innehåller fyra artiklar. Artikel 1 anger ändringarna av direktivet om vilseledande reklam. Artikel 2 behandlar frågan om gränsöverskridande klagomål avseende jämförande reklam. Artiklarna 3–4 innehåller bestämmelser om ikraftträdandetidpunkt, om medlemsstaternas underrättelseskyldighet och om medlemsstaterna som direktivets adressater. Nedan kommer endast artikel 1 i direktivet om jämförande reklam att beskrivas.

Enligt den ändrade artikel 1 är avsikten med direktivet om vilseledande och jämförande reklam i korthet att skydda konsumenter och näringsidkare mot vilseledande reklam samt att ange under vilka förutsättningar jämförande reklam är tillåten. I en ny artikel 2a återfinns en definition av jämförande reklam. Förutsättningarna för att jämförande reklam skall vara tillåten anges i en ny artikel 3a.

I övrigt innehåller artikel 1 följande ändringar av direktivet om vilseledande reklam. En bestämmelse om:

- medlemsstaternas skyldighet att säkerställa att det finns lämpliga och effektiva metoder för att bekämpa vilseledande reklam och för att se till att bestämmelserna om jämförande reklam följs (ersätter första och andra styckena i artikel 4.1).
- medlemsstaternas möjlighet att ge domstolar och förvaltningsmyndigheter befogenheter att på olika sätt ingripa mot vilseledande eller otillåten jämförande reklam (ersätter strecksatserna i första stycket i artikel 4.2).
- frivillig kontroll av vilseledande eller jämförande reklam genom självreglerande organ (ersätter artikel 5).
- under vilka förutsättningar annonsören skall kunna presentera bevis för att kunna styrka sina påståenden i reklamen (ersätter artikel 6a).
- att medlemsstaterna vad gäller jämförande reklam, såvitt avser själva jämförelsen, inte får bibehålla eller anta strängare bestämmelser till skydd för konsumenterna (ny artikel 7.2)
- att de nya bestämmelserna om jämförande reklam inte skall påverka tillämpningen av redan existerande gemenskapsbestämmelser avseende särskilda produkter och/eller tjänster. Bestämmelserna om jämförande reklam får inte heller påverka tillämpningen av gemenskapsbestämmelser om inskränkningar av eller förbud mot reklam i särskilda medier (ny artikel 7.3).
- att de nya bestämmelserna inte skall ålägga medlemsstaterna att ta bort eventuella förbud mot reklam inom vissa yrkesgrenar, som t.ex. hantverksyrken och fria yrken, för att göra jämförande

reklam tillåten även för varor och tjänster inom dessa yrkeskårer (ny artikel 4).

- att direktivet om jämförande reklam inte skall hindra medlemsstaterna från att ”bibehålla eller införa förbud eller begränsningar för bruket av jämförelser i reklam för tjänster i samband med yrkesutövning” (ny artikel 7.5).

5.5 Nordiska förhållanden

I de nordiska ländernas lagstiftning på marknadsföringsområdet finns inga särskilda regler om jämförande reklam. Den jämförande reklamen bedöms i de nordiska länderna i stället enligt general-klausuler eller allmänna regler om vilseledande reklam.

Huvudregeln i de nordiska länderna är att jämförelser i reklam är tillåtna. Både systemjämförelser mellan olika typer av produkter och direkta jämförelser med konkurrerande produkter eller företag är tillåtna. Vid jämförelser får man i reklamen även namnge konkurrenters företagsnamn eller varumärken utan samtycke.

I praxis från de nordiska länderna uppställs ett strängt krav på vederhäftighet vid bedömningen av jämförande reklam. Skälet är att jämförelser ofta ger intryck av att vara objektiva och därigenom väcker förtroende hos konsumenter. I kravet på vederhäftighet ligger att jämförelsen skall vara korrekt. Det är marknadsföraren som skall styrka att jämförelsen är korrekt genom att kunna presentera bevis för sina påståenden. För att jämförelsen skall anses som vederhäftig krävs också att jämförelsen är representativ, dvs. ger en rättvisande helhetsbild av det jämförda. Som en följd av detta måste tillåtna jämförelser fylla höga krav på precision. Det innebär bl.a. att man i reklamen inte får uppförstora existerande skillnader mellan produkter. I kravet på vederhäftighet ligger vidare att jämförelsen måste vara aktuell. En näringsidkare får t.ex. inte jämföra sin egen aktuella modell med konkurrenters äldre modeller. Det ligger dessutom i vederhäftighetskravet att jämförelsen normalt skall avse det egna landets marknad.

I enlighet med den praxis som finns anses det som tillåtet att begränsa jämförelsen till vissa aspekter. Detta under förutsättning att det klart framgår att jämförelsen innehåller en sådan begränsning. Det anses vara av särskild betydelse att prisjämförelser är tillåtna. I bl.a. avgöranden från svenska Marknadsdomstolen (MD 1982:14 och MD 1990:26) fastslås det att prisjämförelser i sig är värdefull konsumentinformation. Vad gäller utformningen av prisjämförelser gäller allmänt att de måste avse priser som verkligen används och som är av motsvarande karaktär. För att få använda t.ex. jämförelser med cirkapriser är förutsättningen alltså att dessa priser verkligen används. Det uppställs särskilt stränga krav på vederhäftighet när jämförelser görs mellan olika affärers prisnivå. Vid sådana jämförelser krävs att priserna är aktuella och det jämförda urvalet av varor är representativt och riktigt värderat.

Jämförelser i reklam skall även i övrigt ha en utformning som överensstämmer med god sed i marknadsföring. Bl.a. måste näringsidkaren vid jämförelser följa de principer som utvecklats angående åberopandet av tester och intyg i reklam. Näringsidkaren får vidare inte utforma den jämförande reklamen så att den på ett onödigt sätt misskrediterar konkurrenter eller andra företag. Inte heller får man vid jämförelser ha som huvudsyfte att dra fördel av andra företags renommé.

5.6 Nordiskt projektarbete

I augusti 1997 fick professor Ulf Bernitz i uppdrag av Juridiska styrgruppen inom Nordiska Ämbetsmannakommittén för Konsumentfrågor att utarbeta en rapport om förhållandet mellan direktivet om jämförande reklam och de nordiska ländernas marknadsföringslagstiftning. En huvudfråga för Bernitz var att undersöka om direktivet kunde medföra några försämringar från konsument-synpunkt jämfört med den gällande ordningen. I uppdraget låg också att analysera frågan om införlivande av direktivet.

I den rapport som Bernitz presenterade i juli 1998 föreslår han att direktivets materiella bestämmelser om definitionen av jäm-

förande reklam och kraven på sådan reklam uttryckligen genomförs i de nordiska marknadsföringslagarna genom en eller flera särskilda bestämmelser. Enligt Bernitz bör det tydligt framgå av lagtexten att den nya bestämmelsen alternativt de nya bestämmelserna utgör en särskild reglering för jämförande reklam och att marknadsföringslagstiftningens övriga regler är tillämpliga också på jämförande reklam såvitt avser annat än själva jämförelsen.

5.7 Ärendets beredning

Genomförandet av direktivet om jämförande reklam har diskuterats vid två nordiska sammanträden under första halvåret 1998. Syftet med sammanträdena har varit att samordna genomförandet av direktivet i de nordiska länderna och om möjligt få till stånd likartade regler avseende jämförande reklam i de olika länderna. På det sista nordiska mötet rådde enighet rörande genomförandet av flera av direktivets artiklar. Man kunde också konstatera att man i varje land var inne på lagtekniska lösningar som i allt väsentligt var sammanfallande med de andra ländernas lösningar.

Även i de andra nordiska länderna förbereds för närvarande lagstiftning för genomförande av direktivet. Det är endast i Island som man gör bedömningen att den nationella lagstiftningen inte behöver ändras.

6 Allmänna utgångspunkter

Förslag: Direktivet om jämförande reklam införlivas genom nya bestämmelser i marknadsföringslagen, vilka innehållsmässigt nära ansluter till direktivets regler.

Skälen för förslaget: Den svenska marknadsföringslagen, som reglerar reklam och annan marknadsföring, innehåller inte någon särskild bestämmelse om jämförande reklam utöver vad som framgår av bestämmelsen i 6 § om vilseledande reklam. Vad som är gällande rätt avseende jämförande reklam framgår som tidigare nämnts i stället av rättspraxis, som bygger på generalklausulen i 4 § om vilka allmänna krav som skall ställas på marknadsföringen samt på 6 §.

Direktivet om jämförande reklam är ett bindande maximidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna inte får avvika från direktivets krav och att staterna inte får ställa strängare krav än vad direktivet kräver. Mot bakgrund av att harmoniseringen av bestämmelserna om jämförande reklam lagts på en maximinivå får man utgå från att ett genomförande i medlemsstaterna av direktivet måste ske utan alltför stora avvikelser från direktivtexten.

Det normala är också att direktivbestämmelser måste genomföras på ett sätt som gör tydligt att de motsvaras av uttryckliga lagregler i nationell lagstiftning. Hänvisningar till att bestämmelser i direktiv är i överensstämmelse med t.ex. nationell rättspraxis brukar inte anses som tillräckligt.

Ytterligare ett skäl för ett genomförande med små avvikelser från direktivet är att det inte råder några enhetliga bedömningsgrunder i praxis i medlemsstaterna vad gäller jämförande reklam. Ett genomförande med utgångspunkt från generalklausuler eller

allmänna bestämmelser skulle förmodligen därför leda till att bestående olikheter mellan medlemsstaterna när det gäller bedömningen av jämförande reklam kvarstår.

Mot bakgrund av det anförda bör direktivets materiella bestämmelser om definitionen av jämförande reklam och kraven på sådan reklam genomföras i svensk rätt genom uttryckliga bestämmelser i marknadsföringslagen som innehållsmässigt nära ansluter till direktivets regler. Det bör framgå av lagtexten att de nya bestämmelserna utgör specialbestämmelser för jämförande reklam och att marknadsföringslagens övriga regler är tillämpliga också på jämförande reklam såvitt avser annat än själva jämförelsen.

7 Avgränsningar gjorda i direktivet

7.1 Begreppet jämförande reklam

Enligt definitionen i den nya punkt 2 a i artikel 2 i direktivet om vilseledande reklam är jämförande reklam "all reklam som uttryckligen eller indirekt anger en konkurrent eller varor och tjänster som tillhandahålls av en konkurrent". I punkt 6 i ingressen till direktivet om jämförande reklam anges att "det är önskvärt att begreppet jämförande reklam ges en vid innebörd som kan omfatta alla typer av jämförande reklam". Mot bakgrund av definitionen och texten i ingressen bör man vid en tillämpning av direktivet göra en mycket vid tolkning av begreppet jämförande reklam. En begränsning ligger dock i att det i definitionen tagits in krav på att jämförande reklam skall peka ut en konkurrent eller varor och tjänster som tillhandahålls av en konkurrent. Direktivet förutsätter alltså en konkurrensrelation.

Stöd för vad som skall innefattas i begreppet jämförande reklam finns också i punkt 2 i ingressen. Där står det att det kommer att bli lättare att på ett objektivt sätt visa fördelarna med olika jämförbara produkter, om bestämmelserna om jämförande reklam görs enhetliga och förutsättningarna för sådan reklam harmoniseras. I punkt 5 i ingressen framhålls vidare att "jämförande reklam" som jämför väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper och som inte är vilseledande kan vara ett berättigat sätt att informera konsumenterna om produkternas fördelar. Dessa båda avsnitt i ingressen visar att direktivet främst är inriktat på jämförande reklam i mer egentlig mening. Det är således i första hand jämförelser mellan produkter som omfattas av direktivet.

Direktivet omfattar både systemjämförelser och direkta jämförelser. Att systemjämförelser omfattas följer av definitionen i artikel 2 punkt 2 a, av vilken det framgår att även reklam som indirekt pekar ut en konkurrent faller in under begreppet jämförande reklam. När det gäller direkta jämförelser framgår det av punkt 14 i ingressen att det är tillåtet att i jämförande reklam peka ut konkurrenters varor och tjänster genom att hänvisa till konkurrenternas varumärken eller företagsnamn.

7.2 Förhållandet till huvuddirektivet

Direktivet om jämförande reklam har formellt formen av tillägg till och i viss mån ändringar av direktivet om vilseledande reklam. Det som är nytt i direktivet om vilseledande reklam och som innebär väsentliga förändringar jämfört tidigare är införandet av en definition av jämförande reklam och de krav som skall gälla för jämförande reklam. En annan viktig förändring är att det införts en bestämmelse i direktivet om vilseledande reklam som innebär en förpliktelse för medlemsstaterna att harmonisera bestämmelserna om jämförande reklam på en maximinivå.

7.3 Bedömning av själva jämförelsen

Att direktivet om jämförande reklam är ett maximidirektiv medför att jämförande reklam i enlighet med direktivet är tillåten, om den överensstämmer med de krav som uppställs i direktivet. Under arbetet med direktivet fanns det farhågor från bl.a. svensk sida om att man på grund av direktivets maximikaraktär inte skulle kunna ingripa mot övrigt reklam innehåll i jämförande reklam. Mot bakgrund av detta ändrades i slutskedet av förhandlingarna artiklarna 3 a punkten 1 och 7 punkten 2. Ändringarna innebär att bestämmelserna om jämförande reklam är begränsade till att gälla enbart själva jämförelsen. Bestämmelserna i direktivet berör alltså inte reklam innehåll i övrigt i jämförande reklam.

8 Direktivets krav och gällande bedömningsprinciper enligt svensk rätt

Direktivets krav på jämförande reklam framgår av artikel 3 a punkten 1. Det framgår av punkten 11 i ingressen att dessa krav är kumulativa och att de skall iakttas i sin helhet. I det följande görs en jämförelse mellan direktivets krav och gällande bedömningsprinciper enligt svensk rätt för att utröna om direktivets regler i några avseenden väsentligt avviker från svensk rätt.

8.1 Jämförande vilseledande reklam

Av artikel 3 a punkten 1 a framgår att jämförande reklam inte får vara vilseledande enligt artiklarna 2.2, 3 och 7.1 i direktivet om vilseledande reklam. De bestämmelser som artikeln hänvisar till är genomförda i svensk rätt. Jämförande reklam som är vilseledande är inte tillåten enligt 6 § marknadsföringslagen.

8.2 Jämförelsen avser samma slags produkt

Enligt artikel 3 a punkten 1 b skall jämförelser avse varor eller tjänster som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål. I punkten 9 i ingressen anges att avsikten med bestämmelsen är att hindra att jämförande reklam används på ett illojalt sätt som hindrar den fria konkurrensen.

Det ställs i svensk rätt höga krav på jämförelsens vederhäftighet och representativitet. Jämförelser mellan produkter som inte svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål torde i regel vara att bedöma som inadekvata och ägnade att vilseleda.

I Marknadsdomstolens avgörande MD 1987:10 förbjöds en näringsidkares marknadsföring, där ett konkurrerande företags naturmedelspreparat påstods vara likvärdigt med den egna produkten, som dessutom påstods vara bättre. I skälen till avgörandet hänvisade Marknadsdomstolen bl.a. till det rådande synsättet att jämförelser ger ett starkt intryck av objektivitet och därigenom väcker speciellt förtroende hos läsarna. De två preparaten var inte identiskt sammansatta. Eftersom näringsidkaren inte styrkt att preparaten var likvärdiga eller att det egna preparatet var bättre i fråga om effekten från hälsosynpunkt fann domstolen att annonsen innebar en otillbörlig jämförelse.

Det är betydelsefullt i enlighet med bestämmelsens innehåll att produkter som inte är faktiskt identiska men som är avsedda för samma ändamål, t.ex. tåg- och flygresor, kan vara föremål för jämförelser i marknadsföringen. Det är helt i överensstämmelse med rådande synsätt i Sverige.

Enligt direktivets definition av begreppet jämförande reklam omfattar detta varor och tjänster. Marknadsföringslagen täcker marknadsföring av något mer, nämligen produkter. Med produkter avses förutom varor och tjänster fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter. Det torde dock inte möta något hinder att använda marknadsföringslagens produktbegrepp även i fråga om produkter som jämförs i reklamen. Direktivet om jämförande reklam harmoniserar ju enbart jämförelsens utformning i marknadsföringen i olika hänseenden och inte vilka slag av varor, tjänster eller nyttigheter som omfattas av direktivet.

8.3 Jämförelsens utformning

I artikel 3 a punkten 1 c anges att jämförande reklam på ett objektivet sätt skall jämföra en eller flera väsentliga, relevanta,

kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos varor och tjänster, vilket även kan inbegripa priset. Enligt svensk rättspraxis upprätthålls de stränga kraven på att jämförelser skall vara korrekta och representativa. Artikeln kan därför som följande rättsfall visar anses överensstämma med nuvarande rättspraxis.

I avgörandet MD 1993:8 bedömdes en annons innehållande en jämförelse mellan två tidningars storlek som vilseledande. De i annonsen angivna procenttalen var missvisande, eftersom de i ena fallet inkluderade personer som läste båda tidningarna och i det andra fallet innefattade personer som endast läste konkurrentens tidning. Även i annonsen förekommande cirkeldiagram var på samma sätt vilseledande. Marknadsdomstolen uttalade att kraven på vederhäftighet och rättvisande totalbild av det jämförda särskilt gäller när jämförelse sker mot en konkurrent som direkt utpekas.

Ett annat exempel på vilseledande jämförelse är rättsfallet MD 1987:17. Det hade publicerats en serie helsidesannonser på temat att det annonserande bolagets kontorsmöbler med runda former gav bättre utnyttjande av rumsytan än rektangulära möbler. Jämförelserna gav intryck att bolagets möbler generellt krävde mindre utrymme än rektangulära, vilket inte kunde beläggas. Annonsbudskapet bedömdes därför som ovederhäftigt och otillbörligt.

Det är otillåtet att överdriva och generalisera negativa sidor hos konkurrentprodukter, vilket fallet MD 1985:20 är ett exempel på.

Prisjämförelser har bl.a. behandlats i MD 1982:14 och 1990:26. Där fastslås att prisjämförelser i sig är värdefull konsumentinformation, om de är korrekt och vederhäftigt utformade. Kraven på bevisning om att prisjämförelsen är så utformad får emellertid inte vara alltför höga med hänsyn till priskonkurrensen. En jämförelse mellan olika säljställets prisnivåer skall visa om jämförelsen gäller bara en del av sortimentet (MD 1981:16).

Om ett påstående om "billigast" är allmänt och svepande (t.ex. "vi är billigast") och inget annat framgår av marknadsföringen, skall näringsidkarens priser vara lägre än de priser som de viktigaste konkurrenterna tillämpar för de flesta produkter i sortimentet (se bl.a. MD 1975:18, 1981:16, 1982:14 och 1986:6).

Om det vid sistnämnda slag av prisjämförelser inte anges vare sig någon konkurrent eller någon eller några andra näringsidkare mer indirekt, är det tveksamt om denna typ av jämförelser omfattas av de nya bestämmelserna om jämförande reklam. Det är dock så i de flesta fall att felaktiga jämförelser kan betraktas som vilseledande och därmed falla under marknadsföringslagens bestämmelse om vilseledande reklam.

Kravet på att jämförelsen skall avse kontrollerbara egenskaper är något som motsvarar gällande rätts ståndpunkt. I enlighet med den allmänt accepterade och i praxis väl förankrade principen om s.k. omvänd bevisbörda beträffande verderhäftighetskravet (jfr. prop.1994/95:123 s.153), vilken princip innebär att marknadsföraren har att bevisa riktigheten av sina påståenden i marknadsföringen, ligger det hos marknadsföraren att i den jämförande marknadsföringen ha lyft fram endast kontrollerbara egenskaper, som därmed också skall vara verifierade i förväg och som en följd av detta dessutom kunna styrkas i efterhand.

8.4 Förväxlingsfall

Enligt artikel 3 a punkten 1 d får jämförande reklam inte medföra förväxling på marknaden mellan annonsören och en konkurrent eller mellan annonsörens och en konkurrents varumärken, firma eller andra kännetecken, varor eller tjänster. I punkten 14 i ingressen anges att det för att jämförande reklam skall vara verkningsfull kan vara absolut nödvändigt att peka ut en konkurrents varor eller tjänster genom att hänvisa till ett varumärke eller ett firmanamn som tillhör konkurrenten. Vidare anges i punkten 15 i ingressen att sådan användning av en annans varumärke, firmanamn eller andra särskiljande märken inte utgör något intrång i ensamrätten, i fall då villkoren i direktivet är uppfyllda, eftersom det avsedda syftet endast är att särskilja dem och därigenom framhäva skillnader på ett objektivt sätt.

Enligt 8 § marknadsföringslagen får en näringsidkare vid marknadsföringen inte använda efterbildningar som är vilseledande

genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Förbudet gäller dock inte efterbildningar, vilkas utformning huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell.

Det är enligt svensk rätt i princip tillåtet att efterbilda en annan näringsidkares prestationer, kännetecken eller andra objekt när det efterbildade objektet inte är skyddat enligt den immaterialrättsliga speciallagstiftningen. Att använda en sådan efterbildning vid marknadsföring kan emellertid enligt 8 § utgöra otillbörlig marknadsföring.

Tredje punkten berör fall av förväxlingar som främst gäller jämförelser som tar sikte på konkurrenters varumärken och firmamamn eller andra kännetecken. Mot bakgrund av det synsätt som präglar 8 § och gällande rättspraxis vad beträffar jämförande reklam utgör det inte varumärkes- eller firmaintrång att nämna en konkurrents varumärke eller firma inom ramen för jämförelser i reklamen. Mindre seriöst utformad jämförande reklam kan emellertid tänkas riskera medföra risk för förväxling med konkurrenten eller dennes produkter, vilket beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kan komma att bedömas som varumärkes- eller firmaintrång eller som vilseledande om kommersiellt ursprung i strid mot marknadsföringslagen. Enligt den bedömning som görs i svensk rätt utgör det inte varumärkesintrång att nämna en konkurrents varumärke i samband med jämförande reklam.

Vad som kan göra det tveksamt om svensk rätt helt överensstämmer med den aktuella punkten i direktivet är att överträdelser enligt svensk rätt kan konstateras redan när det föreligger en risk för förväxling medan direktivet anger att det kan föreligga en överträdelse enbart när det konstaterats föreligga en förväxling utan att någon risk för sådan förelegat. När det gäller varumärkesintrång och liknande intrång gäller enligt den immaterialrättsliga lagstiftningen att det är tillräckligt att det föreligger en risk för förväxling. Vad beträffar tillämpningen av marknadsföringslagen kan direktivtexten däremot möjligen leda till tanken att direktivet i detta avseende ställer strängare krav än vad som gäller i Sverige för

närvarande. Hur det därmed förhåller sig får avgöras i rättstillämpningen och slutligt av EG-domstolen.

8.5 Misskreditering

Enligt artikel 3 a punkten 1 e får jämförande reklam varken misskreditera eller uttrycka sig nedsättande om en konkurrents varumärken, firmanamn eller andra kännetecken, varor, tjänster, verksamhet eller förhållanden.

Marknadsföringsutredningen föreslog i sitt slutbetänkande (SOU 1993:59) Ny marknadsföringslag en särskild bestämmelse med ett förbud mot misskreditering av konkurrenter eller andra näringsidkare. Någon sådan särskild regel fördes dock inte in i marknadsföringslagen utan förfaranden av detta slag som är otillbörliga ansågs även i den nya lagen kunna förbjudas med stöd av generalklausulen om otillbörlig marknadsföring (prop. 1994/95:123 s. 74 ff).

Det finns flera avgöranden där Marknadsdomstolen har bedömt marknadsföringsåtgärder som otillbörliga på den grunden att de har varit misskrediterande. I avgörandet MD 1983:8 exempelvis förbjöds förlöjligande av konkurrentprodukter. Skämtsamma annonser med jämförelser mellan papperskassar och plastkassar, där papperskassarna framställdes som ensidigt överlägsna plastkassarna, ansågs misskrediterande och förbjöds. Misskrediteringen ansågs bl.a. bestå i att plastkassar endast lämpar sig som soppåsar och inte är praktiska som bärkassar (MD 1989:2). Påståenden om att en konkurrentprodukt dumpats bort på grund av dålig passning i form eller kvalitet befanns både vara obestyrkta och misskrediterande av ett konkurrentföretag (MD 1985:26). Påståendet "förr kallades de procentare", som syftade på citybutiker med guldsmedvaror, ansågs innebära en uppenbar misskreditering av konkurrenter (MD 1990:26). Påståenden om att en ny juice var falsk och eventuellt även hälsofarlig ansågs i fallet MD 1990:5) vara misskrediterande.

Direktivbestämmelsen är mot bakgrund av denna rättsfalls-
genomgång i överensstämmelse med svensk rätt.

8.6 Ursprungsbeteckningar

Enligt artikel 3 a punkten 1 får jämförelser mellan produkter med
ursprungsbeteckning endast tillåtna om jämförelserna avser pro-
dukter med samma beteckning.

I svensk lagstiftning finns ingen motsvarighet till direktivets
bestämmelse om produkter med ursprungsbeteckning. Sverige är
dock bundet av rådets förordning (2081/92/EEG) om skydd för
geografiska beteckningar och ursprungsbeteckningar för jord-
bruksprodukter och livsmedel (EGT 24.7.92, nr L 208). Artikel 13 i
förordningen innehåller ett förbud mot direkt eller indirekt
kommersiellt bruk av registrerade ursprungsbeteckningar för
produkter som inte omfattas av registreringen.

Det kan dock ifrågasättas om direktivbestämmelsen inte är
utformad så att den täcker ursprungsbeteckningar generellt och
alltså har en vidare räckvidd. Det bör därför ske ett uttryckligt
införlivande även av direktivtexten om ursprungsbeteckningar.

8.7 Renomménlyftning

Enligt artikel 3 a punkten 1 g får inte jämförande reklam dra
otillbörlig fördel av en konkurrents varumärkes, firmanamns eller
andra känneteckens renommé eller av en konkurrerande produkts
ursprungsbeteckning.

Snyltning av annans renommé, dvs. att utan tillåtelse dra fördel
av annans goda anseende som är förknippat med ett visst kom-
mersiellt sammanhang, anses inte förenligt med god marknadsförings-
sed (jfr prop. 1994/95:123 s. 76 f). Det är inte tillåtet att åka
snålskjuts på en annan näringsidkares marknadsinsatser. Detta
synsätt har också kommit till uttryck i de relativt få avgöranden som

Marknadsdomstolen meddelat i dessa hänseenden (MD 1987:10, 1987:30, 1988:19 och 1993:9).

8.8 Imitationer

Enligt artikel 3 a punkten 1 h får inte jämförande reklam framställa en vara eller en tjänst som en imitation eller ersättning för en vara eller en tjänst som har ett skyddat varumärke eller en skyddad firma.

Enligt svensk rätt bedöms uppgifter i marknadsföring om att en produkt är en imitation eller exakt kopia av en annan produkt, som säljs under ett särskilt kännetecken, som varumärkesförfalskning. Sådana uppgifter betraktas också som varumärkesintrång.

I vissa situationer kan direktivets bestämmelse innebära en skärpning jämfört med nuvarande svensk praxis, eftersom bestämmelsen innebär ett absolut förbud mot att framställa en produkt som en imitation eller kopia av en annan produkt vars skyddade kännetecken anges. Detta gäller även om framställningen inte i övrigt innefattar någon jämförelse.

8.9 Särskilda erbjudanden

Enligt artikel 3 a punkten 2 skall varje jämförelse som avser ett särskilt erbjudande på ett klart och entydigt sätt ange när erbjudandet upphör att gälla eller, i förekommande fall, att det särskilda erbjudandet är beroende av tillgången på varan eller tjänsten och, om det särskilda erbjudandet ännu inte har börjat gälla, när specialpriset eller andra särskilda villkor börjar gälla.

Innehållet i artikeln täcks av marknadsföringslagens bestämmelser om utförsäljningar, realisationer och förmånserbjudanden (9 - 11 och 13 §§).

8.10 Förhandsingripande mot och bestyrkande av vilseledande reklam

Artikel 4.2 andra strecksatsen innehåller numera en bestämmelse om förhandsingripande mot otillåten jämförande reklam. Artikeln har ändrats så att förhandsingripande är möjligt inte bara mot vilseledande reklam utan även mot otillåten jämförande reklam. Ändringen innebär alltså inte att det ges några ytterligare möjligheter till förhandsingripanden mot reklam. Frågan om förhandsingripande har tidigare behandlats i ett delbetänkande av Marknadsföringsutredningen (SOU 1992:49)EES-anpassning av marknadsföringslagstiftningen (s. 45). Utredningen fann att en lagstiftning om förhandsingripande skulle strida mot förbudsbestämmelserna om censur i 1 kap. 2 § tryckfrihetsförordningen och i 1 kap 3 § yttrandefrihetsgrundlagen. Utredningen fann vidare att det inte förelåg någon skyldighet för en medlemsstat att ha regler om ingripande mot viss reklam redan före publicering. Utredningens ståndpunkter angående förhandsingripande mot vilseledande reklam, vilka godtogs vid den senare behandlingen av delbetänkandet (jfr prop.1992/93:110), har samma relevans vad gäller jämförande reklam.

I artikel 6 a har ett tillägg förts in om att domstolar eller förvaltningsmyndigheter skall ha befogenhet att när det gäller jämförande reklam kräva av annonsören att han inom kort tid lägger fram bevis för riktigheten av de faktiska påståenden han framför i sin reklam. För bestyrkande av vilseledande reklam och därmed även av jämförande reklam finns inget uttryckligt krav i marknadsföringslagen på att annonsören skall lägga fram bevis som styrker uppgifterna i marknadsföringen. Det har ansetts följa av kravet på vederhäftighet i marknadsföringen att marknadsföraren utan att det behöver komma till uttryck i lagstiftningen skall kunna styrka sina uppgifter i framställningen. Vad gäller det nya kravet enligt direktivet om jämförande reklam att bestyrkandet av riktigheten i sådan reklam skall göras "inom kort tid" kan noteras att inom ramen för sin processledning, särskilt vid interimistiska förfaranden, har Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen

redan nu möjlighet att beakta direktivets krav på snabb bevisupptagning i mål som gäller jämförande reklam.

9 Sammanfattande bedömning

Den gjorda jämförelsen mellan direktivets krav och gällande svensk rätt ger vid handen att de föreslagna ändringarna i marknadsföringslagen såvitt avser jämförande reklam inte innebär någon nämnvärd ändring i nuvarande rätts innehåll. I stället kan de nödvändiga tilläggsbestämmelserna rörande jämförande reklam i marknadsföringslagen anses bekräfta vad som redan gäller. Det är därmed i sig tillfredsställande att gällande bedömningspraxis kan komma till klart uttryck i själva lagtexten.

I de fall, t.ex. när det gäller bestämmelser om en varas geografiska ursprung, som lagen tillförs något nytt som inte tidigare varit föremål för rättslig prövning, i varje fall inte i Sverige, torde sådana nyheter inte behöva stöta på några större problem vid rättstillämpningen. Uppstår eventuella problem i rättstillämpningen som bottnar i hur direktivet skall förstås kan problemen på vanligt sätt komma under EG-domstolens prövning.

10 Aggressiva marknadsföringsmetoder

Konsumentverket har i en rapport från januari 1997 benämnd ”Aggressiva marknadsföringsmetoder” (Rapport 1997:3) redovisat ett regeringsuppdrag som innebar att verket skulle beskriva utvecklingen när det gäller aggressiva marknadsföringsmetoder och eventuellt föreslå åtgärder. I rapporten konstaterades att det enligt verkets bedömning hade skett en ökad användning av marknadsföringsmetoder som kan betecknas som aggressiva. Konsumentverket föreslog därför att marknadsföringslagen skulle förtydligas när det gäller särskilt påträngande metoder.

I det följande övervägs verkets förslag och lämnas förslag till åtgärder.

10.1 Nuvarande ordning

I samband med införandet 1996 av den nuvarande marknadsföringslagen diskuterades om en särskild bestämmelse om aggressiva säljmetoder skulle tas med i lagen. Marknadsföringsutredningen föreslog i sitt slutbetänkande (SOU 1993:59) en särskild bestämmelse om aggressiva säljmetoder som gick ut på att en näringsidkare inte får använda metoder som innebär att konsumenter eller andra förbrukare överrumplas eller på annat särskilt aggressivt sätt utsätts för tidspress eller köptryck som är ägnat att leda till oöverlagda köp- eller säljbeslut. Förslaget hade som utgångspunkt Marknadsdomstolens praxis. Bestämmelsen föreslogs ingå bland de s.k. katalogbestämmelser i lagen, till vilka skulle knytas sanktionen marknadsstörningsavgift.

I propositionen 1994/95:123 (s.77 ff) med förslag till ny marknadsföringslag följdes inte utredningens förslag i denna del. Den föreslagna bestämmelsen ansågs inte vara tillräckligt preciserad för att kunna kopplas till en direktverkande sanktion. De otillbörliga förfaranden som utredningen hade velat fånga upp med sitt förslag ansågs i stället liksom enligt då rådande praxis böra angripas med stöd av den nya generalklausulen om otillbörlig marknadsföring.

Begreppen aggressiv säljmetod och aggressiv marknadsföringsmetod kan ses som synonyma när man karakteriserar vad som kännetecknar metoderna. Det är tre kriterier som utmärker metodernas aggressivitet. För det första skall det finnas en metod av detta slag, dvs. ett tillvägagångssätt i syfte att sälja. För det andra skall metoden vara sådan att konsumenten antingen överrumplas eller utsätts för en psykologisk press i form av tidspress eller annat särskilt köptryck. Det kan ske exempelvis genom att säljaren ger sken av att det gäller rådgivning i stället för försäljning eller att ett erbjudande är starkt tidsbegränsat, alternativt framställs i snabb takt och under påstående att det är en engångshändelse. För det tredje skall metoden vara ägnad att leda till oöverlagda köpbeslut dvs. annat än rationella överväganden skall leda till köpet. Metoder där falska förespeglningar om syftet med en kontakt medför t.ex. att konsumenten överrumplas, då säljerbjudandet framställs utan förvarning under ett senare skede av argumentationen. Ett annat exempel är en näringsidkare som vid ett hembesök hos en presumtiv kund genom sitt beteende försätter denne i ett psykologiskt underläge för att därigenom forcera fram ett avtal.

I marknadsföringens natur ligger att den är mer eller mindre påträngande. Det har dock inte godtagits i gällande rättspraxis att marknadsföringsåtgärder utvecklas till användning av metoder som är aggressiva.

Vissa marknadsförings- och säljmetoder skapar lätt risk för att konsumenter och andra förbrukare blir överrumplade eller förvirrade. Försäljning som bedrivs exempelvis i form av hemförsäljning, TV-shopping eller telefonförsäljning skiljer sig i viss mån från andra säljformer. Konsumenter riskerar i dessa situationer att bli förvirrade, om säljargumenteringen är upplagd på ett sätt som

överrumplar eller försätter dem i tidspress eller utsätter dem för särskilt köptryck på ett sätt som är ägnat att leda till oöverlagda köpbeslut.

Marknadsdomstolen har bedömt sådana och hithörande fall med stöd av generalklausulen i marknadsföringslagen om otillbörlig reklam.

Marknadsdomstolen hade till bedömning ett fall av marknadsföring av varor till konsumenter på s.k. home-parties. Där förbjöds näringsidkaren bl.a. att låta inbjuda till ett sådant party utan att skriftligen upplysa om att det var fråga om försäljning av bolagets produkter. Förbudet riktade sig också mot underlåtenheten att upplysa om att något köptvång inte förelåg vid partyt (MD 1973:3). Domstolen har vidare slagit fast att det strider mot god affärssed och därmed är otillbörligt enligt marknadsföringslagen att vid hemförsäljning inte inleda besöken hos konsument med en klar upplysning om avsikten med besöken (MD 1976:1). I avgörandet MD 1993:2 framställdes en beställningsfrist i ett TV-reklaminslag så, att konsumenter kunde få intrycket att de hade enbart 15 minuter på sig att göra en beställning för att få vissa tilläggsvaror. Marknadsdomstolen ansåg att frågan om denna frist kunde anses vara otillbörligt kort måste prövas mot bakgrund av reklamerbjudandets karaktär. Framställningen av erbjudandena ansågs vara utformad så att den försvårade för konsumenterna att bedöma innebörden av erbjudandet och värdet av det erbjudna. Dessa omständigheter sammantaget med den korta betänketiden medförde att erbjudandet ansågs utgöra en påtryckning som kunde leda till att konsumenter gjorde ett oöverlagt köp. Marknadsföringen ansågs därför i denna del otillbörlig.

Liknande slag av metoder vid liknande säljformer kan betraktas som särskilt påträngande och motivera skyddsbehovet. Det gäller i synnerhet vid marknadsföring via Internet och motsvarande kommunikationssystem. Här följs ofta marknadsföringen av konsumentens köpbeslut i direkt och omedelbar anslutning till att konsumenten tar del av marknadsföringen, vilket ökar risken för oöverlagda köpbeslut om marknadsföringen genom sin utformning överrumplar eller förvirrar konsumenten.

Ett ytterligare exempel på en aggressiv säljmetod är om en konsument inbjuds att medfölja på en resa som arrangeras av säljaren men denne inte på ett korrekt sätt presenterar syftet med resan. Då kan det uppkomma situationer som har samma effekt på konsumenten som vid exempelvis traditionell hemförsäljning som bedrivs på ett överrumplande sätt eller med utövande av ett särskilt köptryck (MD 1973:24).

I sammanhanget förtjänar också nämnas fallet MD 1991:23, där konsumenter som ett led i ett bolags marknadsföring av ädelstenar erbjöds kostnadsfri privatekonomisk rådgivning utan att därvid upplysa om sitt försäljningssyfte. Förfarandet ansågs stridande mot god affärssed och därmed vara otillbörligt enligt marknadsföringslagen.

10.2 Konsumentverkets rapport

Konsumentverket hade regeringens uppdrag att redovisa utvecklingen när det gäller aggressiva marknadsföringsmetoder och att eventuellt föreslå åtgärder.

För att åskådliggöra utvecklingen av aggressiva marknadsföringsmetoder gick verket igenom anmälningar som kommit in till verket under tiden 1972 - 1996 och som rört marknadsföringsmetoder, där påträngande inslag varit tydliga. Man skilde på marknadsföringsmetoder, som innebär en personlig direkt kontakt mellan säljaren och köparen och de säljmetoder, där säljaren inte har direkt kontakt med köparen. Således redovisades först utvecklingen av de marknadsföringsmetoder som sker i samband med något av de tillvägagångssätt för försäljning som omfattas av hemförsäljningslagen (1981:1361). Därefter redovisades utvecklingen av de aggressiva inslagen i time-share-försäljning, i adresserad och oadresserad reklam samt i TV-shop. Sist nämndes något om förekomsten av aggressiva inslag i reklam via radio och via Internet.

Som underlag för rapportens överväganden hade Konsumentverket också undersökt konsumenternas inställning till några olika försäljningsmetoder. Av undersökningen framgick att många kon-

sumenter upplever hem- och telefonförsäljning som påträngande och störande metoder. De reagerar mot att försäljarna använder påstridiga marknadsföringsmetoder som inte ger tid för eftertanke. Det framgick vidare av undersökningen att telefonförsäljning upplevs av många konsumenter som en lika påträngande metod som hemförsäljning. Genom undersökningen uppmärksammades också att det blivit allt vanligare att flera metoder kommer till användning. En eller ett par av dessa metoder behöver i sig inte anses vara aggressiva men själva kombinationen av metoder kan få till följd att marknadsföringen som helhet upplevs som aggressiv.

I rapporten uppmärksammades också användningen av våld i reklam.

I sin sammanfattning konstaterade Konsumentverket att antalet anmälningar till verket gällande hem- och telefonförsäljning samt försäljning via home-party hade minskat. Det fanns en tendens att företag inte bara tillämpar en marknadsföringsmetod utan parallellt använder sig av flera säljmetoder.

Konsumentverket hade uppmärksammat vissa specifika problem, då näringsidkaren använder sig av förfaranden i samband med metoder för försäljning som omfattas av hemförsäljninglagen. Av verkets undersökningar hade framgått att telefonförsäljning av många upplevs som lika påträngande som hemförsäljning. Med hänsyn till detta borde enligt verkets mening frågan om förhandsgodkännande vid telefonförsäljning övervägas vid genomförande av EG:s direktiv om distansförsäljning.

Som motiveringar till sitt förslag i rapporten hänvisar Konsumentverket till att användandet av aggressiva marknadsföringsmetoder försätter konsumenten i ett pressat läge, speciellt i de fall där försäljning metoderna redan i sig i viss mån är påträngande. Verket åberopar i sammanhanget att det i schweizisk och norsk lagstiftning finns preciserade bestämmelser om aggressiva marknadsföringsmetoder.

Mot bakgrund av lagstiftarens inställning till en särskild bestämmelse om aggressiva säljmetoder i marknadsföringslagen ansåg Konsumentverket att det saknades underlag för att föreslå en särskild katalogregel med knytning till sanktionen marknadsstörrings-

avgift. I stället förordade verket ett tillägg till generalklausulen i 4 § första stycket marknadsföringslagen med följande innehåll: "För bedömningen av om framställningen är tillbörlig skall särskild vikt läggas vid om den innehåller särskilt påträngande inslag." Härmed skulle markeras att man från lagstiftarens sida ser allvarligt på användningen av aggressiva marknadsföringsmetoder. Kompletteringen skulle utgöra ett förtydligande av att användandet av aggressiva marknadsföringsmetoder anses som försvårande vid bedömningen av om en viss marknadsföringsåtgärd skall bedömas som otillbörlig.

11 Överväganden och förslag

Förslag: Ett tillägg till generalklausulen i marknadsföringslagen om god marknadsföringssed införs som går ut på att man vid bedömningen av om en marknadsföring är tillbörlig eller inte skall lägga särskild vikt vid om den innehåller inslag som är särskilt påträngande.

Skälen för förslaget: Aggressiva marknadsföringsmetoder och säljmetoder kan ta sig uttryck på flera olika sätt. Gemensamt för förfaranden av detta slag är att konsumenten försätts i ett pressat läge, vilket försvårar för honom eller henne att fatta överlagda beslut.

Det ligger visserligen i marknadsföringens natur att den är i viss mån påträngande. Syftet med en näringsidkares marknadsföring är ju att näringsidkaren skall få avsättning för sina produkter. Det finns emellertid en gräns som passeras och gör marknadsförings- eller säljmetoden otillbörlig när konsumenten t.ex. utsätts för köptryck under tidspress eller överrumplas med ett erbjudande.

Vidare har konsumenten visserligen ibland rent rättsligt möjligheter att ångra ett förhastat beslut och möjligheter till det förbättras väsentligt genom den nationella lag som avses införliva distansavtalsdirektivet. Emellertid måste man räkna med och ha förståelse för att de möjligheter som finns att ångra ett förhastat beslut kanske inte tillgrips eller ens uppmärksammas av konsumenten.

I samband med tillkomsten av den nuvarande marknadsföringslagen fanns ett förslag från Marknadsföringsutredningen om en särskild regel i lagen om aggressiva säljmetoder. Enligt

utredningens mening talade starka skäl för att konsumenter och andra förbrukare skall ha sitt behov av skydd mot aggressiva säljmetoder lagfäst i en modern svensk marknadsföringslag.

Att förslaget i denna del inte genomfördes berodde på att den föreslagna lagtexten inte ansågs tillräckligt preciserad för att kunna ingå bland de s.k. katalogbestämmelser som vid överträdelse av dem skulle kunna föranleda utdömande av direktsanktionen marknadsstörningsavgift. Det fanns då inte något underlag för en ytterligare precisering varken i praxis eller i övrigt. Generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring ansågs i stället kunna tjäna som tillräcklig grund för ingripande mot de otillbörliga förfaranden som utredningen hade velat fånga med sitt förslag. Utvecklingen på området borde dock följas med uppmärksamhet.

Konsumentverket har nu i sin rapport redovisat utvecklingen på området fram till 1996, sett i första hand i ljuset av antalet anmälningar till verket under 24 år. Verket har också dragit slutsatser av en undersökning om konsumentens inställning till några olika försäljningsmetoder som verket låtit utföra.

Resultatet av verkets överväganden leder till förslaget att komplettera generalklausulen om otillbörlig marknadsföring i marknadsföringslagen (4 §) med en text som ger uttryck för lagstiftarens markering att man ser allvarigt på användningen av aggressiva marknadsföringsmetoder.

Det kan konstateras, vilket också framgår av Konsumentverkets rapport, att den tekniska utvecklingen, inte minst inom media-, tele- och dataområdena, har lett till att nya marknadsföringsmetoder har kommit till användning. De ökade möjligheterna till distanskommunikation via telekommunikationsmedia och informationsteknik medför nya former och metoder för marknadsföring och försäljning. Det leder till att bedömningen av vilka metoder som kan anses särskilt påträngande vid bruket av den nya tekniken ibland kanske får ses ur andra synvinklar än de traditionella. Påståenden angående en kort varaktighet av en annons eller löfte om "snabba klipp" kan bli särskilt trovärdiga – utan att för den skull minska köptrycket och pressen på konsumenten att handla snabbt – när de sänds via ett medium som används för snabb kommunikation. Det

är ännu för tidigt att kunna bilda sig en klar uppfattning om hur aggressiva marknadsföringsmetoder kan utvecklas när det gäller exempelvis marknadsföring via Internet. Det ter sig dock angeläget att lagstiftaren har en beredskap i form av tydliga och adekvata lagbestämmelser som kan utnyttjas även mot nya former och ytt-ringar av aggressiva marknads- och försäljningsmetoder. Generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring finns visserligen att tillgå mot sådana metoder men det bör övervägas om en särskild precisering i lagen på ett tydligare sätt kan markera lagstiftarens allvar att möta dylika otillbörliga förfaranden, antingen de redan nu är kända eller nu är okända men som kan komma till i framtiden.

De förslag som lämnas i avsnitt 2 rörande obeställd reklam syftar till att motverka att medel för distanskommunikation används på ett sätt som upplevs särskilt påträngande av konsumenten. Förslagen kan på ett positivt sätt komplettera marknadsföringslagens generalklausul om otillbörlig marknadsföring när den tillämpas för att hindra fortsatt aggressiv marknadsföring i samband med marknadsföring som inte är begärd av mottagaren.

Konsumentverkets lagförslag har den stora fördelen, inte minst genom dess placering i den centrala bestämmelsen om otillbörlig marknadsföring, att den mycket tydligt markerar otillbörlighetsaspekten av särskilt påträngande marknadsföringsmetoder.

Ur ett mer formellt betraktelsesätt när man med hänsyn till den balanserade intressjämviktens skull kanske bör tänka på att inte precisera och tynga en generalklausul med detaljerade regler är det möjligen mindre lämpligt att precisera generalklausulen såvitt avser en enda yttring av otillbörlig marknadsföring. Emellertid har några andra allvarliga aspekter av otillbörlig marknadsföring inte lyfts fram som starkt motiverade till att utgöra andra slag av preciseringar av generalklausulen. Med hänsyn härtill och då konsumentverkets lagförslag inte får anses avsett att förringa allvaret i andra former av otillbörlig marknadsföring än de som är särskilt påträngande synes lagförslaget i princip kunna godtas utan hinder av de invändningar mot det som här aktualiserats.

Man bör också hålla i minnet de stora svårigheter som finns att ge en bestämmelse om aggressiva marknadsföring en sådan

tillräcklig precisering att den kan placeras bland marknadsföringslagens katalogbestämmelser. Genom en placering av en sådan bestämmelse i anslutning till generalklausulen om otillbörlig marknadsföring åstadkoms dock på samma eller bättre sätt än genom en katalogbestämmelse en tydlig markering från lagstiftarens sida att aggressiva marknadsföringsmetoder måste motverkas. Detta kan inte göras under hotet av att den som gör sig skyldig till aggressiv marknadsföring riskerar att drabbas av en direktverkande sanktion. Genom att komplettera generalklausulen i detta avseende åstadkoms emellertid ett förtydligande av lagtexten som innebär att aggressiva marknadsföringsmetoder anses som försvårande vid bedömningen av om en viss marknadsföringsåtgärd skall bedömas som otillbörlig. Detta förtydligande kan därigenom sannolikt medföra att uppmärksamheten på denna typ av marknadsföring ökar, vilket kan underlätta att övertramp lättare avslöjas och motverkas.

Med hänvisning till det anförda talar övervägande skäl för att marknadsföringslagens bestämmelse om otillbörlig marknadsföring bör kompletteras med en preciserande text som avser särskilt påträngande marknadsföring.

12 Tillsyn och sanktioner

Förslag: Tillsynen av efterlevnaden av de nya bestämmelserna och förfarandet för beivrandet av överträdelser av dem skall ske enligt marknadsföringslagens system. En ny skadeståndssanktion införs vid överträdelse av den nya bestämmelsen om obeställd reklam.

Skälen för förslaget: De föreslagna ändringarna innebär införande av nya eller mer preciserade regler inom ramen för marknadsföringslagen. Denna lag har bestämmelser om tillsyn och sanktioner. Det leder till bedömningen att såväl tillsynen av efterlevnaden av de nya reglerna som förfarandet för beivrande av överträdelser av dem bör ske i enlighet med marknadsföringslagens system, om inte det i något fall skulle visa sig vara klart olämpligt.

Konsumentverket är tillsynsmyndighet enligt marknadsföringslagen. Konsumentombudsmannen (KO) för talan om förbud mot fortsatt marknadsföring som påstås strida mot god marknadsföringssed eller som på något annat sätt anses vara otillbörlig mot konsumenter. En sådan talerätt har också en näringsidkare som berörs av marknadsföringen eller en sammanslutning av konsumenter, näringsidkare eller löntagare.

Näringsidkare kan också åläggas att vid sin marknadsföring lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentens synpunkt.

Förbud eller åläggande meddelas vid vite. Överträds förbudet kan vitet dömas ut.

Marknadsstörningsavgift kan dömas ut vid överträdelse av någon av de s.k. katalogbestämmelserna (5 - 13 §§) i marknadsföringslagen. KO har här primär talerätt medan en näringsidkare

som berörs av marknadsföringen och en sammanslutning av näringsidkare har subsidiär talerätt.

Den som uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot ett förbud eller åläggande som har meddelats eller mot en föreskrift i en katalogbestämmelse skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare. Överfört på ifrågasatta överträdelser av den föreslagna nya bestämmelsen om *obeställd reklam* betyder marknadsföringslagens sanktionssystem följande. Bestämmelsen (16 §) föreslås följa efter katalogbestämmelserna och därmed inte vara omfattad av sanktionen marknadsstörningsavgift. Däremot kan överträdelser av bestämmelsen om obeställd reklam leda till att ett vitesförbud utfärdas mot den som är skyldig till överträdelserna eller som medverkat till dem. Förbudet går ut på att näringsidkaren inte får fortsätta att sända obeställd reklam. Gör denne det, kan det förelagda vitet dömas ut. Den eller de konsumenter som lidit skada genom att vitesförbudet överträtts har möjlighet att få ersättning för skadan.

Enligt teledataskyddsdirektivets artikel 14 punkten 2 skall bestämmelserna i kapitel III om rättslig prövning, ansvar och sanktioner i direktiv 95/46/EG (dataskyddsdirektivet) gälla för nationella bestämmelser som antas i enlighet med teledataskyddsdirektivet och för de individuella rättigheter som kan härledas från det direktivet.

I svensk rätt har den förevarande bestämmelsen i teledataskyddsdirektivet genomförts utom såvitt avser rätten till skadestånd till följd av skada och kränkning av den personliga integriteten vid personuppgiftsbehandling i samband med åtgärder som avser icke begärda samtal enligt artikel 12 i direktivet. När nu föreslås att sistnämnda bestämmelse skall genomföras inom ramen för marknadsföringslagen måste säkerställas att direktivets skadestandsregler får en motsvarighet i den svenska lagstiftningen.

Även om en skadestandsregel av detta slag skiljer sig helt från marknadsföringslagens nuvarande skadestandsbestämmelse, talar ändå övervägande skäl av främst lagsystematisk natur för att en ny skadestandsregel, som avses möjliggöra skadestandsersättning vid

överträdelse av en annan ny bestämmelse i marknadsföringslagen, bör placeras i denna lag.

Dataskyddsdirektivets skadeståndsbestämmelse har införlivats i personuppgiftslagen genom dess 48 §. Denna bestämmelse innebär att den personuppgiftsansvarige skall ersätta den registrerade för skada och kränkning av den personliga integriteten som en behandling av personuppgifter i strid med lagen har orsakat. Ersättningsskyldigheten kan dock i den utsträckning det är skäligt jämkas, om den personuppgiftsansvarige visar att felet inte berodde på honom eller henne.

Anledning saknas att frångå lydelsen av denna paragraf i personuppgiftslagen när nu en motsvarande bestämmelse skall tas in i marknadsföringslagen. Det saknas därigenom naturligtvis också anledning att föra ett resonemang om kriterierna för skadeståndsansvar och skadeståndsbedömning i detta sammanhang, som avviker från det motsvarande resonemang som fördes vid införandet av personuppgiftslagen. I allt väsentligt kan därför hänvisas till förarbetena till personuppgiftslagen (se särskilt prop. 1997/98:44 s. 105-108 och 143-145). I det följande berörs på grund härav enbart vissa huvuddrag i den gällande skadeståndsrätten på området som får direkt bäring på tillämpningen av den nya skadeståndsbestämmelsen i marknadsföringslagen medan eventuella avvikelser från dessa huvuddrag med hänsyn till möjliga särdrag i det nu aktuella lagstiftningsärendet behandlas mer utförligt.

Dataskyddsdirektivet pekar ut den personuppgiftsskyldige som den till vilken skadeståndskrav skall riktas medan teledataskyddsdirektivet inte närmare anger vem det är som kan bli skadeståndsskyldig. Genom ändring i telelagen (1993:597) har teleoperatören angetts som den som har skadeståndsansvaret (55 §), vilket i lagtexten utformats med 48 § personuppgiftslagen som förebild. I övriga sammanhang måste det vara den näringsidkare som bryter mot den nya bestämmelsen om obeställd reklam som kan bli skadeståndsskyldig.

Det krävs inte att näringsidkaren eller någon annan medverkande har haft uppsåt att handla i strid mot den nya bestämmelsen eller varit oaktsam. Så snart det har skett en marknadsföringsåtgärd i

strid med den nya bestämmelsen om obeställd reklam är den näringsidkare som utfört åtgärden ersättningsskyldig gentemot konsumenten.

För att ersättningsskyldighet skall finnas måste konsumenten bevisa att det från näringsidkarens sida har förekommit en marknadsföringsåtgärd i strid mot bestämmelsen om obeställd reklam och att denna åtgärd har skadat eller kränkt honom eller henne. Marknadsföringsåtgärden skall ha orsakat skadan respektive kränkningen. Orsakssambandet skall vara adekvat.

Med skada avses såväl personskada och sakskada som ren förmögenhetsskada. Det torde knappast bli aktuellt i förevarande sammanhang att denna typ av skada kan uppstå och bli ersättningsbar. Ersättning för kränkning av den personliga integriteten får uppskattas efter skälighet mot bakgrund av samtliga omständigheter i det aktuella fallet.

Integritetskränkningen kan hänföra sig till ett skede då den enskilde mottar den olagliga reklamen via ett sådant distanskommunikationsmedel som omfattas av teledataskyddsdirektivet. Enligt förslaget till ny bestämmelse om obeställd reklam betyder det att skadeståndsskyldighet för näringsidkaren kan aktualiseras i de fall då denne bryter mot den del av bestämmelsen som behandlar ett *opt-in*-förfarande i detta sammanhang (16 § första stycket). Beträffande överträdelse i de fall *opt-out*-förfarande förekommer (16 § andra stycket) kan skadeståndsansvar utkrävas med stöd endast av marknadsföringslagens nuvarande skadeståndsbestämmelse.

För den händelse obeställd telefonmarknadsföring vid ett senare skede i lagstiftningsärendet kommer att hänföras till *opt-out*-lösningen bör observeras att olaglig sådan marknadsföring därför att den varit obeställd kan föranleda skadeståndsansvar enligt det föreslagna tillägget till marknadsföringslagens skadeståndsbestämmelse.

Vad beträffar de nya bestämmelserna om *jämförande reklam* ryms de inom marknadsföringslagens katalogbestämmelser. Förutom vitesförbud kan här tillkomma marknadsstörningsavgift som sanktion vid överträdelse av någon eller fler av dessa

bestämmelser. Skadestånd kan utdömas efter det att en sådan överträdelse konstaterats. I praktiken är skadeståndsyrkanden som riktas mot en konkurrent i anslutning till påstått vilseledande jämförande reklam ganska vanligt förekommande redan nu.

Beträffande det förtydligande tillägget till generalklausulen om god marknadsföringssed avseende *aggressiva marknadsföringsmetoder* blir det som nu beträffande överträdelser av generalklausulen enbart fråga om vitesförbud och möjlighet till skadeståndskompensation vid överträdelse av ett sådant förbud.

13 Kostnader

Konsumentverket/KO utövar tillsyn över marknadsföringslagen. Ändringarna i marknadsföringslagen såvitt avser förtydligandet av rättsläget beträffande *aggressiva marknadsföringsmetoder* samt införandet av detaljbestämmelser om *jämförande reklam* – utan att rättsläget därigenom ändras – medför ingen förändring av verkets tillsynsverksamhet. Lagändringarna kräver därför inget resurstillskott.

Dessa lagändringar medför inte heller i övrigt några nämnvärda kostnader för näringsidkare, stat eller kommun.

När det gäller de eventuellt ökade kostnader som kan följa vid tillämpningen av den nya bestämmelsen om *obeställd reklam* är det utan tvekan så att företag som sysslar med direkt marknadsföring drabbas av ökade kostnader antingen en lösning *opt-in* eller *opt-out* väljs, när båda alternativen finns att välja mellan. Det är en omedelbar följd av att bestämmelser om obeställd reklam i två EG-direktiv måste genomföras i nationell rätt. Väljs en *opt-in*-lösning, blir företagens kostnader sannolikt mycket högre än om den andra lösningen väljs. Det har att göra med att företagen måste i förväg inhämta konsumentens synpunkter, vilket med nödvändighet för med sig inte obetydliga kostnader. Om man däremot stannar för en *opt-out*-lösning som åtföljs av referensregister, blir kostnaderna för upprättandet och driften av ett sådant register något som i princip drabbar och måste slås ut på företagarkollektivet medan de enskilda företagens kostnader vid utnyttjandet av registret i enskilda fall torde bli mycket obetydliga.

14 Ikraftträdande

Förslag: De nya bestämmelserna skall träda i kraft den 1 maj 2000.

Skälen för förslaget: Ändringarna i marknadsföringslagen är med undantag av ändringen rörande aggressiva marknadsföringsmetoder föranledda av EG-direktiv. Direktivet om jämförande reklam skall vara genomfört senast den 23 april 2000. Teledataskyddsdirektivets regler om obeställd reklam skulle ha varit genomfört senast den 24 oktober 1998 medan distansavtalsdirektivets motsvarande regler skall genomföras senast den 4 juni 2000.

Som tidigast möjliga dag för ikraftträdande kan beräknas den 1 maj 2000. Frågan om lagstiftning rörande obeställd reklam kräver särskilda och ingående överväganden, för vilka erfordras god tid innan det slutliga avgörandet kan träffas.

Lagändringarna blir tillämpliga endast på marknadsföring efter tidpunkten för ikraftträdandet. Det behövs därför inte några särskilda övergångsbestämmelser.

15 Författningskommentar

15.1 Förslag till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450)

För lagändringarna gäller allmänna principer om tolkning och tillämpning av svensk lag. I de delar de föreslagna ändringarna ansluter nära till EG-direktiv och förutsätts ha samma innebörd som i direktiven bör dock vägledande uttalanden i de svenska förarbetena inte förekomma på samma sätt som vid rent nationell lagstiftning. Tolkningen av bestämmelserna blir i vissa fall ytterst en fråga för EG-domstolen. Det nu anförda tar i första hand sikte på genomförandet av direktivet om jämförande reklam.

I den mån bestämmelserna har samma materiella innehåll som ett EG-direktiv innehåller följaktligen författningskommentaren huvudsakligen en beskrivning av bestämmelsernas innehåll och inbördes förhållande samt, när det gäller tolkning och tillämpning, vissa allmänna utgångspunkter och antaganden. Vissa ändringsbestämmelser omfattas antingen inte av något EG-direktiv eller avviker i nämnvärd grad från EG-direktivet.

3 §

Jämförande reklam: all reklam som uttryckligen eller indirekt anger en annan näringsidkare eller produkter som tillhandahålls av en annan näringsidkare.

En ny definition av jämförande reklam införs. Definitionen ansluter nästan helt till direktivets ordalydelse.

En avvikelse från direktivtexten utgör dock begreppet produkter som är något mer vidsträckt än begreppen varor och tjänster som återfinns i direktivet. Begreppet produkter anknyter emellertid till den terminologi som i övrigt kännetecknar marknadsföringslagen. Frågan har närmare berörts i den allmänna motiveringen (8.2).

En annan avvikelse avser begreppet ”konkurrent” som genomgående används i direktivet men som i marknadsföringslagen i enlighet med lagens nuvarande terminologi anges som en ”annan näringsidkare”. Någon saklig skillnad beträffande innebörden är inte åsyftad.

4 § Marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Vid bedömningen av om marknadsföringen är tillbörlig skall särskild vikt läggas vid om den innehåller inslag som är särskilt påträngande.

Generalklausulen om god marknadsföringssed förses med ett tillägg som anger att vid bedömningen av om marknadsföring är tillbörlig skall särskild vikt läggas vid om den innehåller inslag som är särskilt påträngande.

Motiven för förslaget redovisas i avsnittet 11. Det föreslagna tillägget innefattar ingen ändring i gällande rätt utan markerar - utöver vad som framgår av rådande rättspraxis på området - vikten av att vad som betraktas som aggressiva marknadsförings- och säljmetoder måste motarbetas. Genom placeringen av tillägget i bestämmelsen med generalklausulen följer att den enda sanktion som är möjlig vid ingripande mot olaglig aggressiv marknadsföring är förbud med vite mot fortsatt olaglighet.

Jämförande reklam

14 § Bestämmelserna i 15 § skall tillämpas på jämförande reklam, såvitt avser själva jämförelsen, utöver vad som följer av marknadsföringslagen i övrigt.

De nya bestämmelserna i marknadsföringslagen om jämförande reklam innefattar uteslutande specialregler för jämförande reklam. Det är själva jämförelsen som regleras. Vad beträffar annat än själva jämförelsen i marknadsföringen gäller övriga bestämmelser i lagen. I förevarande paragraf kommer detta till uttryck.

15 § Jämförande reklam skall vara tillåten, endast om

1. reklamen jämför produkter som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål,

2. reklamen på ett objektivt sätt jämför en eller flera väsentliga, kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos dessa produkter,

3. reklamen inte medför förväxling mellan den näringsidkare som utför jämförelsen och en annan näringsidkares produkter, varumärken, firma eller andra kännetecken,

4. reklamen varken misskrediterar eller utformas nedsättande om en annan näringsidkares produkter, varumärken, firma eller andra kännetecken,

5. reklamen i fråga om varor som bär ursprungsbeteckning alltid avser varor med samma beteckning,

6. reklamen inte drar otillbörlig fördel av en annan näringsidkares renommé när det gäller varumärken, firma eller andra kännetecken eller av ursprungsbeteckningen hos en annan näringsidkares produkt, eller

7. reklamen inte framställer en produkt som en imitation av eller ersättning för en produkt som har ett skyddat varumärke eller firmanamn.

I denna bestämmelse räknas upp de fall då jämförande reklam skall vara tillåten.

Jämförande reklam som är vilseledande är inte tillåten enligt 6 § marknadsföringslagen (se avsnittet 8.1).

Första punkten

Jämförelsen skall för att vara tillåten avse produkter som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål. Bestämmelsen kommenteras i avsnittet 8.2.

Andra punkten

Av bestämmelsen framgår att jämförelsen bl.a. skall vara representativ, relevant och kontrollerbar. Dessa krav gäller redan enligt svensk rätt och har närmare belysts i den allmänna motiveringen (8.3).

Tredje punkten

Denna punkt behandlas under avsnittet 8.4.

Fjärde punkten

Bestämmelsen om misskreditering behandlas närmare i den allmänna motiveringen (8.5).

Femte punkten

Innehållet i denna punkt motsvarar innehållet i direktivets artikel 3 a punkten 1 e. I den allmänna motiveringen (8.6) redovisas bl.a. anledningen till att direktivtexten föreslås bli genomförd i svensk rätt.

Sjätte punkten

I punkten behandlas s.k. renommésnyltning i samband med jämförande reklam. Frågan har behandlats i den allmänna motiveringen (8.7).

Sjunde punkten

Denna bestämmelse om imitationer är lite udda i sammanhanget. Den torde främst ta sikte på en typ av marknadsföring av imitationer såsom ”vår version av Chanel No 5” och liknande. I övrigt hänvisas beträffande innebörden och tillämpningen av bestämmelsen till den allmänna motiveringen (8.8.).

Obeställd reklam**16 §**

En näringsidkare får vid marknadsföring till en konsument inte använda (telefon)*, telefax och elektronisk post, uppringningsautomater eller andra liknande automatiska system för meddelanden, om inte konsumenten har medgett detta på förhand.

En näringsidkare får vid marknadsföring till en konsument inte heller använda andra metoder för distanskommunikation än de som anges i första stycket, om metoden möjliggör kommunikation mellan enskilda parter och om konsumenten klart har tillkännagett att han eller hon motsätter sig användning av metoden.

Parentesen kring ”telefon” är uttryck för att förslaget lämnar öppet om obeställd reklam skall behandlas enligt reglerna i första eller andra stycket.

Denna bestämmelse innehåller regler om en lösning *opt-in* för vissa typer av distanskommunikationsmedel (första stycket) och en lösning *opt-out* för andra sådana medel (andra stycket) när de utnyttjas för vidarebefordran av obeställd reklam. Skyddsbehovet enligt bestämmelsen gäller uteslutande konsumenter (se avsnittet 2.3.2).

Bestämmelsen tar sikte på de tekniker för distanskommunikation som särskilt räknas upp i distansavtalsdirektivets artikel 10 punkten 1, dvs. automatiska uppringningssystem utan mänsklig betjäning och telefax, samt sådana andra tekniker än dessa som möjliggör

kommunikation mellan enskilda parter. Detta direktiv har följaktligen en mycket vid räckvidd. Teledataskyddsdirektivet har en mer begränsad räckvidd men de tekniker som faller under detta direktiv eller helt eller delvis kan antas göra det omfattas ändå av distansavtalsdirektivet, vilket betyder att man inte närmare behöver beröra vilka tekniker den föreslagna bestämmelsen är tillämplig.

Obeställd reklam är sådan reklam eller marknadsföring som vidareförs till mottagaren utan att denne varit aktiv för att få reklamen eller utan att denne genom sitt tidigare uppträdande (köp etc) får anses ha visat något som helst intresse för att få reklamen.

Paragrafen är inte placerad bland katalogbestämmelserna (5 - 15 §§). Det betyder att överträdelser av den kan föranleda ett beslut endast om vitesförbud.

Första stycket

I första stycket anges att en näringsidkare inte får använda (telefon), telefax och elektronisk post, uppringningsautomater eller andra sådana automatiska system för meddelanden, om inte konsumenten har medgett detta på förhand.

Skälen för att elektronisk obeställd postreklam föreslås bli omfattad av förfarandet enligt första stycket redovisas i den allmänna motiveringen (4.2). Detta kommunikationsmedel torde visserligen räknas till den kategori medel som enligt första stycket utgörs av "andra sådana automatiska system för meddelanden". Det har emellertid ansetts lämpligt att i klarhetens intresse ange att elektronisk post som används för obeställd reklam omfattas av kraven enligt första stycket. Det betyder å andra sidan att andra automatiska system för meddelanden än elektronisk post ändå kommer att omfattas av första stycket utan att vara särskilt utpekade där, t.ex. textmeddelanden via mobiltelefon.

Frågan har lämnats öppen om på vilket eller vilka lämpliga sätt som näringsidkaren bör använda för att på förhand inhämta konsumentens samtycke innan reklamutskick får ske. Det är givet att några generella lösningar beträffande sätt och metod för insamlande av sådant samtycke inte kan bestämmas. Förhållandena

är normalt olika inför varje beslut som näringsidkaren har att fatta för att i det enskilda fallet kunna säkerställa att konsumenten först fått tillfälle att uttala sin mening i anledning av ett planerat reklamutskick. Det kan knappast anses förenligt med bestämmelsens syfte att samma medel för kommunikation används för uppgiftsinhämtandet som det som avses bli utnyttjat för reklamutskicket. Att exempelvis ringa upp en konsument och fråga om han eller hon har något att invända mot att senare bli uppringd för att ta ställning till ett försäljningserbjudande bör därför inte godtas.

I praktiken torde ett skriftligt uppgiftsinhämtande vara det mest adekvata. Förebild för ett sådant uppgiftsinhämtande kan sökas i personuppgiftslagens regelsystem. Personuppgifter får behandlas bl.a. bara om den enskilde har lämnat sitt samtycke till behandlingen. Ett sådant samtycke skall vara uttryck för en otvetydig viljeyttring. Ett s.k. hypotetiskt samtycke anses inte kunna godtas, hur välgrundad gissningen om den enskildes inställning till behandlingen än är. Inte heller s.k. tyst samtycke, där den enskilde informeras om en tilltänkt behandling och ges en viss frist för att motsätta sig behandlingen men inte hör av sig innan fristens utgång, anses kunna godtas, eftersom det som konstaterats måste vara fråga om en otvetydig viljeyttring. Däremot torde s.k. konkludent handlande kunna konstituera ett samtycke, t.ex. när den enskilde lämnar efterfrågade uppgifter efter att ha fått information om den tilltänkta behandlingen av dessa och om att det är frivilligt att lämna uppgifter och att ett uppgiftslämnande betraktas som ett samtycke.

Överfört på frågan om samtycke i förväg till obeställd reklam skulle exempelvis skriftligt uppgiftsinhämtande, där konsumenten skriftligen pekar ut vissa tydligt avgränsade intresseområden för reklam som han eller hon önskar få tillsänt eller inte motsätter sig detta, kunna vara ett givet samtycke till reklam, som då klart måste hänföra sig till något av dessa intresseområden.

Nära samband med den sist nämnda aspekten har frågan vad som kan anses skilja obeställd reklam från "beställd" sådan. Som tidigare anförts är detta en fråga som bäst lämpar sig för klargörande efter resultatet av överläggningar mellan Konsumentverket

och berörda branschföreträdare (2.3.2). Den viktigaste frågan att i sådant sammanhang klara ut är under vilka förutsättningar det kan anses råda ett kundförhållande mellan marknadsföraren och konsumenten. Kan det konstateras föreligga ett sådant förhållande, blir reklamen, om den avser erbjudande av samma typ av varor eller tjänster vartill kundförhållandet hänförs, normalt sannolikt hörande till den icke obeställda reklamen.

Skyddsintresset för konsumenterna motiverar att det måste ställas ganska stränga krav på förutsättningarna för ett konstaterande att ett reklamutskick eller en telefonpåringning i säljsyfte kan ske utan hinder av förevarande lagbestämmelse på grund av att det ansetts råda ett etablerat kundförhållande mellan marknadsföraren (säljaren) och konsumenten.

Andra stycket

Enligt andra stycket får en näringsidkare vid marknadsföringen till en konsument inte heller använda andra metoder för distanskommunikation än de som anges i första stycket, om metoden möjliggör kommunikation mellan enskilda parter och om konsumenten klart har tillkännagegett att han motsätter sig användning av metoden.

De metoder som möjliggör detta slag av kommunikation och som faller in under detta stycke är bl.a. direktreklam. Däremot gäller bestämmelsen inte erbjudanden via radio, television eller annonser i tidningar. Sådana metoder möjliggör normalt inte individualiserad kommunikation.

Som framgår av redovisningen i den allmänna motiveringen (2.3.2) är det ett lämpligt tillvägagångssätt för konsumenten att klart kunna tillkännage att han eller hon med stöd av bestämmelsen i andra stycket motsätter sig obeställd direktadresserad tryckt reklam eller obeställd telefonsäljning, om konsumenten erbjuds möjlighet att få sin viljeyttring i detta avseende antecknad i särskilt upprättade register. I fråga om oadresserad direktreklam bör det som hittills vara tillräckligt att det på brevlådan eller i omedelbar

anslutning till brevinkastet anges att konsumenten inte önskar någon reklam.

25 § En näringsidkare får åläggas att betala en särskild avgift (*marknadsstörningsavgift*), om näringsidkaren eller någon som handlar på näringsidkarens vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutit mot någon bestämmelse i 5 - 15 §§.

Detsamma gäller en näringsidkare som uppsåtligen eller av oaktsamhet har bidragit till överträdelsen.

Avgiften tillfaller staten.

Enligt förslaget till ändrad bestämmelse om marknadsstörningsavgift omfattar sanktionen nu även överträdelser av de nya reglerna om jämförande reklam.

32 § Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot en föreskrift eller ett åläggande som har meddelats med stöd av 17 eller 18 § eller mot en föreskrift i 5 - 15 §§ skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare.

Vid bestämmande av ersättningen till näringsidkare får hänsyn tas även till omständigheter av annan än ekonomisk art.

Den som bryter mot 16 § första stycket skall ersätta den skada och kränkning av den personliga integriteten som därigenom uppkommer för en konsument. Ersättningsskyldigheten kan i den utsträckning det är skäligt jämkas om näringsidkaren visar att felet inte berodde på denne.

På samma sätt som i fråga om marknadsstörningsavgift avser ändringen i skadeståndsbestämmelsen i 32 § att åstadkomma att skadestånd kan utdömas vid överträdelser av de nya bestämmelserna om jämförande reklam.

Beträffande möjligheten till skadestånd i samband med olaglig aggressiv marknadsföring eller obeställd reklam gäller lagens bestämmelse om skadestånd i samma omfattning som vid andra

överträdelser än de som avser överträdelse av någon eller några av katalogbestämmelserna i 5 - 15 §§.

I ett nytt *tredje stycke* har införts en ny skadeståndsbestämmelse som tar sikte på ersättningsmöjlighet grundad på fall av kränkning av den personliga integriteten i samband med överträdelse av den nya 16 § första stycket. Anledning härtill redovisas i den allmänna motiveringen (se avsnittet 12). Förslaget innehåller också, med förebild från 48 § personuppgiftslagen, ett stadgande om jämkning av skadeståndsersättningen i fall detta bedöms skäligt när näringsidkaren kan visa att felet inte berodde på honom eller henne. Jämningsbestämmelsen innebär att ersättningsskyldigheten kan helt falla bort eller sättas ned delvis.

Bilagorna finns endast
i den tryckta versionen