

Influencer-marketing

**- En granskning av marknadsföringslagen och
fördelningen av det juridiska ansvaret**

Henrik Theander

Kandidatuppsats i handelsrätt, 15hp

HARH01

Höstterminen 2017

Handledare: Jonas Ledendal



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Summary	5
Sammanfattning	6
Förkortningar	7
1. Inledning	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Material och metod	10
1.3.1 Material	10
1.3.2 Metod	10
1.4 Avgränsningar	13
1.5 Disposition	13
2. Marknadsföring via sociala medier	14
2.1 Vad är en influencer?	14
2.2 Influencer marketing	14
3. Reklamidentifiering	17
3.1 Reklamidentifiering och sändarangivelse	17
3.2 Praxis och doktrin inom reklamidentifiering och sändarangivelse	18
4. Lagstiftningens tillämpningsområde	20
4.1 Marknadsföringslagen	20
4.2 Yttrandefrihetsgrundlagen	24
4.3 EU-rätt	25
4.4 Självreglerande organisationer	26
4.4.1 IAB	27
4.4.2 ICC	28
4.4.3 RO	28
4.5 Praxis och doktrin inom MFL:s tillämpning	29
5. Juridiskt ansvar	32

5.1 Fördelning av juridiskt ansvar	32
5.2 Praxis och doktrin inom juridiskt ansvar	32
6. Analys	34
6.1 Reklamidentifiering och sändarangivelse	34
6.2 Tillämpning av MFL	36
6.3 Juridiskt ansvar	37
7. Slutsats	39
8 Litteratur- och källhänvisning	40

Summary

Marketing is continuously changing and requires constant development to challenge consumers. Through the first blogs, a new marketing portal was created that was more penetrating than traditional advertising. From this, influencer marketing, i.e. marketing through social media, developed. Businesses can use an influencers platform as a catalyst for a commercial message, where, in addition, most influencers usually have higher credibility and are considered to be reliable in one or more niches. Influencer marketing sales were in 2016 half a billion, and is expected to increase further in the coming years. This essay is therefore relevant for future legal development and digital adaptation.

The purpose of the paper is to investigate the established law's applicability within the marketing area and to clarify how the legal responsibility is to be distributed as there are several parties involved. Established marketing law applies to all types of pure marketing, but may, through certain exceptions, create difficulties. The legal responsibility is expected to lie on the business responsible for an advertisement, but this paper shows that there is no symbiosis between practice and legislation.

The essay contains both a *de lege lata*-perspective and a *de lege ferenda*-perspective to first and foremost understand applicable law, but also how the legal framework should be in order to maintain digital relevance. To illustrate this, legal texts and various legal cases are discussed and exemplified on this issue is addressed through current national and international legislation. The conclusion of the paper is that (1) there may be more active cooperation between KO and RO in advertising identification rules to set even clearer boundaries, (2) either KO uses its sanctions more frequently or that RO has more dissuasive sanctions and higher status, and (3) create a coherent management of legal responsibility and to find consensus in distributing responsibility equally between influencers and businesses.

Sammanfattning

Marknadsföring är ständigt föränderlig och kräver hela tiden utveckling för att utmana konsumenter. Genom de första bloggarna, skapades en ny marknadsföringsportal som var mer genomträngande än traditionell reklam. Från detta utvecklades influencer-marketing, alltså marknadsföring via sociala medier. Näringsidkare kan använda en influencers plattform som kan en katalysator för ett kommersiellt meddelande, där influencern dessutom oftast har högre trovärdighet och anses ha pålitligt omdöme inom en eller flera nischer. Influencer marketing omsatte år 2016 en halv miljard, och förväntas öka ytterligare de kommande åren. Ämne är därför relevant för framtida juridisk utveckling och digital anpassning.

Syftet med uppsatsen är att utreda marknadsföringslagens tillämplighet vid detta område samt att klarlägga hur det juridiska ansvaret ska fördelas då det är flera parter involverade. Marknadsföringslagen tillämpas på all typ av ren marknadsföring, men kan genom vissa undantag, skapa problematik. Det juridiska ansvaret förväntas ligga på näringsidkaren som är ansvarig för en annons, men uppsatsen visar att det inte föreligger symbios mellan praxis och lagstiftning.

Uppsatsen innehåller både ett *de lege lata*-perspektiv samt ett *de lege ferande*-perspektiv för att först och främst förstå gällande rätt, men också hur det juridiska regelverket borde vara för att upprätthålla digital relevans. För att belysa detta diskuteras lagtexter och diverse rättsfall och exemplifierar hur detta problemområde tas itu med genom nuvarande nationell och internationell lagstiftning. Slutsatsen i uppsatsen är att (1) det kan finnas ett mer aktivt samarbete mellan KO och RO i regelsättning om reklamidentifiering för att sätta ännu tydligare gränser, (2) att antingen KO använder sina sanktionsmöjligheter mer frekvent eller att RO får mer avskräckande sanktionsmöjligheter samt högre status samt att (3) skapa en gemensam konsekvent hantering av juridiska ansvaret och att finna konsensus i att fördela ansvaret likvärdigt mellan influencer och näringsidkare.

Förkortningar

EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska Unionen
IAB	Interactive Advertising Bureau
ICC	Internationella handelskammaren
ICC:s regler	ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation
KO	Konsumentombudsmannen
KOV	Konsumentverket
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
Prop.	Proposition
RO	Reklamombudsmannen
RON	Reklamombudsmannens nämnd
RTVL	Radio- och TV-lag (2010:696)
SOU	Statens offentliga utredningar
SA	Sveriges Annonssörer
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Marknadsföring har alltid varit en fråga om intryck och påverkan. Varför klär man sig som man gör, varför lockar vissa produkter mer än andra och varifrån kommer denna kommersiella kraft? Ibland sker det på en undermedveten nivå, vilket ofta kan utformas och anpassas beroende på i vilken form det kommersiella meddelandet skickas ut av avsändaren. Dagens marknadsföring är i ständig rörelse och konsumenter blir allt mer härdade vad gäller påverkan från reklam. Detta gör att marknadsförare jämt blir tvingade till att hitta nya, smartare lösningar för att nå ut till konsumenter. På 90-talet kom de första bloggarna, vilket skapade en ny marknad för reklam och marknadsföring. Förutom att publiken var hängiven bloggaren, kunde man dessutom göra väldigt anpassad reklam till en viss publik, då man hade mycket information om läsarna till en specifik blogg. Meddelande som går genom bloggare, uppfattar publiken oftast som mer trovärdigt än budskap som kommer via andra kanaler.¹ I takt med digitaliseringen och utvecklingen av internet, har nya plattformar till ”bloggar” uppkommit. Sociala medier utgörs främst av diverse webbsidor eller mobila applikationer som kännetecknas av att användarna kan interagera med varandra. Exempel som Instagram och Snapchat är välkända för den yngre publiken och har flera miljoner användare. Detta är lättåtkomliga kanaler som, med rätt bild- och filmflöde, kan skapa en väldigt stor följarbas på kort tid. Med de nya plattformarna har ett nytt yrke formats, en så kallad ”influencer”. Baserat på samma förutsättningar som en bloggare, kan företag anpassa en väldigt specifik typ av marknadsföring för att anstå en viss publik.²

Den juridiska problematiken i relationen mellan influencers och näringsidkare är ett aktuellt och omdiskuterat ämne som väcker en del frågeställningar. Det första problem som uppstår är då konsumenter inte kan skilja på vad som är redaktionellt innehåll och vad som är betald reklam. En annan problemställning är marknadsföringslagens tillämpning av influencer-marketing. Exempelvis om meddelandet utgörs av kommersiellt innehåll är det ett föremål för marknadsföringslagen, men om meddelandet dock definieras som icke-kommersiellt faller det inom yttrandefriheten som är grundlagsskyddat. Det blir alltså en urskiljning mellan vad som är tillämpning av MFL kontra YGL. En tredje problemformulering som uppstår är angående

¹ SvJT 2015 s 202

² Veirman, M., Cauberghe, V. & Hudders, L. (2017) s. 2

fördelningen av det juridiska ansvaret mellan de involverade parterna. Vem är det egentligen som är ansvarig om marknadsrättsliga överträdelser sker, då flera parter är involverade? Parterna som behandlas i uppsatsen är således; näringsidkare, influencer och konsument.



1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att utreda ansvarsfördelningen vid överträdelser av MFL, samt huruvida MFL är tillämplig för influencer-marketing genom att klargöra svensk och internationell lagstiftning. Detta kommer att utredas genom att förklara skillnaden på kommersiellt och icke-kommersiellt innehåll, då gränserna tenderar att suddas ut vid användning genom digitala plattformar. Vidare kommer uppsatsen, utan anspråk till fullständighet, diskutera marknadsföringens gällande rätt och diverse nationella, såsom internationella regelverk avseende marknadsföring via sociala medier. Uppsatsen kommer först och främst att utreda influencer-marketing utifrån *de lege lata*-perspektiv, alltså beskriva gällande rätt inom området. Utöver det, kommer uppsatsämnet diskuteras med hänsyn till *de lege ferenda*-perspektiv, d.v.s. hur det juridiska regelverket och tillämpningen av det borde vara, mot bakgrund av den digitala utvecklingen. Frågeställningarna som ställs i uppsatsen är således;

1. Hur ska influencer-marketing märkas och annan information lämnas för att uppfylla lagens krav på reklamidentifiering och sändarangivelse?
2. När är MFL tillämplig på influencer-marketing?
3. Vem ansvarar för överträdelser av MFL i samband med influencer-marketing (influencer, annonsör eller plattform)?

1.3 Material och Metod

1.3.1 Material

Utgångspunkten för uppsatsen kommer i huvudsak vara MFL och bestämmelserna om Reklamidentifiering i 9 §. Eftersom mycket inom MFL sker i hänvisning till tidigare paragrafer kommer även 2 §, 5 § och 6 § MFL innefattas, för att förstå grunden och nuvarande lagstiftning. Studien sker med hjälp av förarbeten, praxis och doktriner för att fastställa gällande rätt och korrekt tolkning av lagen. Förutom relevant lagstiftning, finns det dessutom självreglerande organisationer som kontinuerligt har insyn på- och kontrollerar branschen.

Även internationell lagstiftning såsom EU-rätt kommer att behandlas, då mycket inom svensk marknadsrätt är taget från andra juridiska regelverk. Det är därför viktigt att beakta EU-rätten och undersöka den internationella tillämpningen på relaterade problemställningar. På allt EU-rättsligt material kommer en EU-rättslig metod tillämpas, såväl doktrin som praxis. EU-rättens rättskällor utgörs av primärrätten, som är allmänna rättsprinciper och fördrag, samt sekundärrätten, vilka grundas på fördragen. Rättsakterna består bl.a. av förordningar, direktiv och beslut, där även rättspraxis och allmänna principer är bindande. Inom sekundärrätten finns icke-bindande rätt, som består bl.a. av doktrin, förarbeten och förslag, vilka endast finns till i vägledande syfte.

I takt med att tekniken utvecklas, måste lagstiftning också bli mer omfattande. Eftersom mycket av gällande rätt inom detta område fortfarande inte är helt klarlagt, kommer en bestående del material tas från doktrin, förarbeten och praxis. Även här finns det ont om relevant, uppdaterat material då det länge saknats vägledande rättsfall inom sociala medier, kopplat till marknadsföring. Dock kommer tidigare rättsfall och domslut inom reklamidentifiering tas upp, då de är vägvisande för hur man tillämpar gällande lagstiftning. Även digitala juridiska källor som Karnov och Zeteo kommer att utredas för deras hänvisning till diverse rättsfall och lagkommentarer. Via lagkommentarerna får man en bättre förståelse över vad bestämmelserna egentligen säger, hur lagarna har uppkommit och hur de praktiskt kan tillämpas. Även i tillämpliga tidskrifter, såsom svenska juristtidningar kan man finna relevant material till uppsatsen, då det fortfarande inte finns en mängd rättsfall eller aktuell praxis att gå igenom.

1.3.2 Metod

Traditionellt sett är rättsvetenskaplig metod, eller rättskällemetoden, en utgångspunkt i nästan alla uppsatser inom juridiken. Begreppet innebär att man tillämpar en hierarkisk ordning på de

olika rättskällorna, där lag står högst i rang, följt av förarbeten, prejudikat, praxis samt doktrin, i fallande ordning. Lagtexten utgör den högt primära rättskällan inom svensk rätt, och lagens ordalydelse är stark inom rätten på det marknadsföringsmässiga området.³ Den rättsdogmatiska metoden kan jämföras med den en domare hade tillämpat i sin yrkesverksamhet, då de använder rättskälleläran för att undersöka gällande rätt på ett systematiskt vis.⁴

För att besvara frågeställningarna och uppnå ett önskat resultat kommer primärt en rättsdogmatisk metod tillämpas på det utvalda materialet. Utgångspunkten ur den rättsdogmatiska metoden är användandet av de allmänt accepterade rättskällorna, d.v.s. att söka efter svar i lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och den rättsdogmatiskt inriktade litteraturen för att beskriva gällande rätt.⁵ Ofta kan lagtolkning behöva s.k. hjälpregler, för att vidga den språkliga tolkningen och undersöka vad bestämmelsen egentligen betyder. Exempel på olika tolkningar är motsatsslut, ändamålsinriktad tolkning och bokstavstrogen tolkning.⁶

Den rättsdogmatiska metoden är den som förekommer allra oftast inom den juridiken. En risk som många försätter sig i, vid användning av rättsdogmatiken, är att entusiasmen för eventuella lösningar eller diverse synsätt, förhindrar författaren till att hålla sig neutral till frågan. Detta kan då leda till en mindre positiv bild av rättsläget än vad utgångspunkten var. Rättsdogmatiken fungerar som en praktisk tillämpningsmetod bland yrkespraktiker och advokater. Samtidigt som den är lätt att kritisera för den ovanliga blandningen mellan yrkesmetod och vetenskaplig orientering, utövas rättsdogmatiken av disciplinens främsta företrädare av en anledning. På detta sätt kan den rättsdogmatiska metoden skapa subjektivitet i uppsatsskrivande inom detta ämne, då lagstiftningen runt marknadsföring via sociala medier fortfarande inte är helt kartlagt. Forskningen och utredningen som görs kan då bli påverkad av potentiella lösningar, synsätt eller åsikter, vilket i detta fall finns flera av.⁷

Kritisk rättsdogmatisk metod innebär att man går längre än att beskriva gällande rätt och kan vara väl tillämpad för influencer marketing, då detta är ett ämne som fortfarande inte har fullständigt tydliga gränser. Här försöker man med fristående ändamålsargument lägga fram

³ Sandgren, (2015) s. 36-38

⁴ Korling & Zamboni, (2015) s.35

⁵ Ibid (2015) s.21

⁶ Ibid (2015) s.21

⁷ Ibid (2015) s.44

bevis för att rättsläget är otillfredsställande och på ett eller annat sätt ändras, utifrån slutsatser man kunnat dra från innehåll i nulägets gällande rätt. Eftersom uppsatsämnet rent juridiskt sett, är progressivt och inte ännu har självklar juridisk hantering, finns det en vinkel på detta ämne som kan anses tillämpligt för kritisk rättsdogmatisk metod. Detta eftersom man kan anse att rättsläget för tillfället inte är tillräckligt konkret, eller att det på något sätt bör ändras.⁸

Även en EU-rättslig metod kommer att tillämpas för att komplettera den rättsdogmatiska metoden, eftersom den är högst relevant angående marknadsföringsrätt och då man tagit väldigt mycket från europeisk lagstiftning inom den svenska rätten. Liksom i Sverige, kan man inte anta att det finns *en* EU-rättslig metod som tillämpas, utan flera olika metoder som anpassas beroende på hur fallet ser ut. EU-rättslig metod behandlas snarare som ett sätt att arbeta med EU-rättsliga källor.⁹

EU är en rättsordning bestående av två nivåer, nämligen främst en gemensam europeisk nivå samt varje individuell nationell nivå. Eftersom EU är relativt ny, skiljer denna sig från många andra unioner. Detta har påverkat rättsutvecklingen, och man har sagt att EU har en låg självmedvetenhet, då man ännu inte hittat sina legala former och avsaknad av den mogna doktrinära behandlingen som nationella rättsordningar vanligtvis har genom lång historia. Det finns ett antal grundläggande principer angående hur långt EU-rätten sträcker sig in i medlemsstaternas rättsordning och om gränserna vid anspråk om företräde. Dessa principer är (1) *principen om lojalt samarbete*, (2) *principen om tilldelade befogenheter*, (3) *intresset av att EU-rätten kan uppnå sin ändamålsenliga verkan* och (4) *respekten för medlemsstaternas nationella identitet*. De skilda principerna är relativt självförklarande, men kan dock variera inom hur de tillämpas och i vilka situationer de gäller. Det är dock viktigt att påpeka att EU:s avsikter och ändamål inte är de enda som ska beaktas. Inom EU-samarbetet ska medlemsstaternas enskilda intressen respekteras vid tolkning och tillämpning, samt vid antaganden av nya rättsregler på nationell nivå.¹⁰

⁸ Korling & Zamboni, (2015) s.39

⁹ Ibid (2015) s.109

¹⁰ Ibid (2015) s.112

1.4 Avgränsningar

En aspekt som ofta träffas på vid uppsatsskrivande inom detta område är den etiska och moraliska synpunkten på dold marknadsföring, reklammärkning och marknadsföring riktad mot barn. Ofta har bloggare och influencers relativt ung publik, vilket riskerar att de emellertid inte kan skilja på vad som är information och vad som är reklam. Detta kan påverka en ung publik och kan anses moraliskt fel. Denna uppsatsen kommer inte gå in på den moraliska aspekten av detta, utan håller sig till den juridiska kopplingen och ansvaret vid marknadsföring av influencers/bloggare. Detta är heller inget som omfattas av MFL, eftersom KV uttryckligen har konstaterat att reklam som är diskriminerande, nedvärderande eller kan uppmuntra till olämpligt beteende hos barn ska anmälas till RO.

Annan relaterad lagstiftning såsom alkohollagen (2010:1622) och tobakslagen (1993:581) kommer heller inte att redogöras för i denna uppsats, trots att båda dessa lagar innehåller regler angående kontroll av kommersiellt innehåll och reklamidentifiering.¹¹ Denna avgränsning är gjort för att lagstiftningen inte bidrar till ytterligare diskussion eller utveckling av uppsatsens frågeställningar, då dessa lagar inte har primärt syfte att skydda konsument och näringsidkare.¹²

1.5 Disposition

Uppsatsen kommer inledningsvis att redogöra för ämnet och översiktlig bakgrund om influencer marketing (kap 2), för att läsaren ska få en grundläggande uppfattning av problemformuleringarna. Därefter kommer reklamidentifiering och sändarangivelse definieras och förtydligas (kap 3). Efterföljande kapitel utreder gällande lag och dess tillämpning på uppsatsområdet, och går djupare in specifikt på marknadsföringslagens tillämpningsområde samt självreglerande organisationer i branschen (kap 4). Nästa kapitel beskriver gällande rätt angående hur det juridiska ansvaret fördelas inom reklamidentifiering när flera parter är involverade (kap 5). I kapitel 3, 4 och 5 kommer även relevant praxis och doktrin och förarbeten diskuteras, under gällande rättsområde. Därefter kommer en analys att göras, baserat på tidigare kapitel (kap 6) och slutligen dras en sammanfattande slutsats av uppsatsen (kap 7)

¹¹ Alkohollag (2010:1622)

¹² Tobakslag (1993:581)

2. Marknadsföring via sociala medier

2.1 Vad är en influencer?

En influencer är, i brist på ett bättre svenskt ord, en användare på sociala medier som har byggt ett anseende socialt nätverk av följare, alltså marknadsföring via utvalda påverkare. På grund av sitt inflytande är en influencer ansedd som trovärdig och anses ha pålitligt omdöme inom en eller flera nischer. Detta är väldigt önskvärt för företag och olika varumärken, eftersom denna form av marknadsföring är mer effektiv än traditionell marknadsföring, på grund av högre autenticitet och trovärdighet, vilket i sin tur leder till mindre motstånd mot det kommersiella meddelandet.¹³ Det finns inget krav att en användare på sociala medier ska ta betalt eller få någon form av sponsring för att bli kallad influencer, d.v.s. en influencer kan vara en ”påverkare” med stor följarbas utan att få ersättning. Dock refereras en användare som får ekonomisk ersättning eller sponsring som influencers i denna uppsats, då det skapar tydligare linjer och inte förändrar syftet i diskussionens huvudpelare och grundfrågor.¹⁴

2.2 Influencer marketing

Influencer marketing är en form av marknadsföring där man som näringsidkare lägger marknadsföringsfokus på en eller flera personer med inflytande över en relativt specifik, men omfattande, marknadsgrupp. Detta sker via hemsidor eller applikationer på mobiltelefoner, där man som användare kan både lägga upp eget material (bilder, filmer, text) och följa andra som gör likadant.¹⁵ Influencer marketing används ofta som ett samlingsbegrepp för marknadsföringsformer som, på något sätt drar nytta av det sociala inflytande som vissa har hos sina följare. Denna uppsats är huvudsakligen inriktad på influencer marketing genom Instagram, eftersom det är här fenomenet företrädesvis framkommer. Influencer marketing grundas i att identifiera höginfluerande användare och utnyttja dessa som katalysatorer för ett märke eller ett företag genom deras aktivitet på sociala medier. Precis som i många andra word-of-mouth strategier är valet av en passande opinionsledare ofta väldigt avgörande, då dynamiken mellan influencer gentemot följare kan påverka det kommersiella meddelandet och dess innebörd. Genom att involvera influencers via sponsring eller ren betalning, siktar företag på att stimulera influencern till att stärka och marknadsföra deras produkt eller tjänst, samt att

¹³ Veirman, M., Cauberghe, V. & Hudders, L. (2017) s. 5

¹⁴ Ibid, s. 7

¹⁵ Duncan, B. & Hayes, N. (2011) s. 3

bygga upp en image i den digitala värld som är Instagram. Till skillnad från konventionella kändisar, anses influencers mer tillgängliga, trovärdiga och intima vilket gör att följarna enkelt kan relatera till deras ofta personliga aspekter av sina liv. Detta har ibland kallats para-social interaktion, vilket beskrivs som en illusion av ett fysiskt förhållande. Fenomenet gör att konsumenter är ytterligare mer mottagliga för deras åsikter och beteende, som oftast är invända i ett kommersiellt meddelande.¹⁶

Att nå ut till många genom att påverka en mindre grupp är dock inget nytt. Redan tidigt 1940-tal utformade Lazarsfeld och Katz tvåstegshypotesen, som har använts både i PR och kommunikation. Resonemanget är baserat på samma princip som används inom influencer marketing – vi är mer benägna att lyssna på ett fåtal personer som personligen betraktas som trovärdiga eller sakkunniga inom ett visst område, än någon annan.¹⁷ I en empirisk studie år 2016 samlade man in 150 000 ”tweets” och drog med hjälp av detta en modern digital parallell med Lazarsfeld och Katz tidigare teori. Här påvisade man att nyheter är mer trovärdiga genom tvåstegskommunikation oberoende om påverkaren har någon konstaterad kunskap eller fallenhet för vad området gäller. Eftersom man idag i princip kan välja vart man vill erhålla sin information ifrån, väljer många att utgå från konventionella kändisar och förstärkande opinionsledare. I studien kunde man därmed utläsa att denna typ av kommunikation fungerade på olika typer av samhällsinformation och inte enbart sådant som borde vara subjektivt vinklad eller opinionsbildande.¹⁸

Influencer marketing omsatte år 2016 en halv miljard, vilket är en ökning med 40% jämfört med året innan med. Med en avkastning på 7,65 gånger investerat kapital enligt en undersökning av *Influencer Marketing Hub*, är det inte så svårt att förstå att varumärken som en gång prövat influencer-marketing, ofta fortsätter med det.¹⁹ Den digitala utvecklingen av marknadsföring är i en hög tillväxtfas, framförallt inom influencer marketing. I undersökningen som gjorts av IRM, påpekar man dock att det är en minoritet av influencers som tjänar huvuddelen av vinsten.²⁰

¹⁶ Hartmann, T (2016) s. 177

¹⁷ Katz, E. & Lazarsfeld, P.F. (1955) s. 63

¹⁸ Hilbert, M. et. al. (2016) s. 3

¹⁹ Forer, L. (2017) s. 28

²⁰ Institutet för reklam- och mediestatistik 2017

Rent praktiskt kan avtal mellan influencer och näringsidkare se väldigt olika ut, och ibland utan något uttalat avtal överhuvudtaget. I vissa fall kan det uttryckligen finnas ett samarbete mellan de två parterna, vilket juridiskt sett förenklar förhållandet. Detta kallas ofta ambassadörskap, eftersom influencern anses som en ambassadör för företaget eller ett visst varumärke. Vid ett ambassadörskap får produkter/tjänster avtalad exponering via Instagram, och influencern erhåller ersättning löpande.²¹ Men eftersom näringsidkaren vill hålla nere sina utgifter och samtidigt skapa stor marknadsmässig genomslagskraft, förekommer det oändliga former av diverse ersättningar och sponsring utan att något reellt avtal existerar. Detta samtidigt som influencers ofta är flyktiga, illojala och i jakt på bättre samarbeten skapas ett väldigt svårt scenario för juridiska regelverk. Avtalsmässiga förhållande inom detta område, kan juridiskt sett te sig väldigt komplexa. Det finns specificerade krav som måste följas och rekvisit som måste innefattas. Detta kommer tas upp i nästa kapitel om gällande rätt och hur den tillämpas i digital marknadsföring via sociala medier.²²

Marknadsföring via influencers är numera ett väldigt vanligt marknadsföringssätt som näringsidkare, även för stora, multinationella företag. När ett bestämt avtal mellan bloggare och annonsör förekommer är det relativt enkelt att hänföra marknadsföringen och dess tillämpning inom MFL. När man uttryckligen har ett avtal med en annonsör, är det oftare under en längre period, vilket gör det lättare att skilja på redaktionellt innehåll och reklam, då annonsören är ständigt återkommande. Svårare blir bedömningen när det inte föreligger ett uttryckligt avtal mellan bloggare/influencer och annonsör/näringsidkare. Det som oftast istället förekommer är exempelvis att annonsören skickar en produkt till bloggaren i hopp om att hen skriver ett positivt inlägg om sagda produkt/tjänst. Avtalsmässigt är detta ett problem då det är svårt att definiera när ett avtal sluts, och om detta skall uppfattas som ett underförstått realavtal och bör därför tillämpas enligt MFL.²³

Detta följer olika typer av regleringar och bestämmelser, som oftast går utanför lagen genom diverse organisationer och regelverk, där man i Sverige har rättsfall som går genom Konsumentverket (KOV), Konsumentombudsmannen (KO) och Reklamombudsmannen (RO). Viktigt att betona, är att RO inte har några möjligheter att ge ut några marknadsföringsåtgärder eller utdöma diverse sanktioner utan näringsidkarens godkännande, men genom att ha en

²¹ Institutet för reklam- och mediestatistik 2017

²² Veirman, M., Cauberghe, V. & Hudders, L. (2017) s. 12

²³ SvJT 2015 s 202

respekterad position i branschen följer man oftast deras beslut. KO har däremot sedan 1 oktober 2016 fått ökad sanktionsmöjlighet genom att få så kallad primär förbuds- och förelägganderätt enligt marknadsföringslagen och avtalsvillkorlagen, men vilken sällan används. Många jurister menar att detta inte enbart handlar om konsumentskydd, utan mer utav en rent demokratisk fråga. Att allmänheten har rätt till att veta när man nås av redaktionellt kontra kommersiellt innehåll.

3. Reklamidentifiering

3.1 Reklamidentifiering och sändarangivelse

Reklamidentifiering innebär att all marknadsföring skall utformas på så vis att det tydligt framgår att det är i fråga om marknadsföring. Den första grundläggande principen inom 9 § MFL är att en kommersiell annons inte får presenteras på ett sådant sätt att det kan uppfattas som redaktionell text, på samma sätt som ett reklamblad inte får se ut som en tidning. Kravet för reklamidentifiering är absolut, och frågan är istället hur reklamidentifikation ska utformas för att främja konsumenten.²⁴ Inom radio, TV och tidningsvärlden finns det möjlighet att skapa en någorlunda mall för hur reklam skall utformas och på vilket sätt det då kan skilja sig från det redaktionella innehållet. I ljuset av nya bloggplattformar där redaktionellt innehåll blandas med sponsrat innehåll, är det svårt att skilja på vad som är vad. Innehållskontroll och granskning för gällande organisationer är också problematiskt då det finns oändligt många influencers som har möjlighet att ha sponsrat innehåll, till skillnad från pre iPhone- & Facebook-eran då man endast hade ett visst antal kanaler att granska för reklamidentifiering.

Den andra grundläggande principen inom 9 § MFL, är att det ska framgå vem som är ansvarig för marknadsföringen, vilket kallas sändarangivelse. Syftet är här att mottagarna av marknadsföringen skall kunna identifiera vem som står bakom budskapet och på så vis komma i kontakt med denne.²⁵ 9 § MFL 2 st. har dock ett undantag för s.k. teasers. En teaser är en mindre skildring var enda syfte är att skapa uppmärksamhet inför en uppkommande framställning. Detta förekommer ofta i form av teaser-videos, som till exempel en trailer för en längre film.²⁶

²⁴ Levin, M. Lagkommentar 9 § MFL

²⁵ Ibid

²⁶ Nygren och Wadbring, På väg mot mediavärlden 2020 s. 162

3.2 Praxis och doktrin inom reklamidentifiering och sändarangivelse

MD 2006:15 är ett rättsfall som visar hur högt ställt kravet på reklamidentifikation i Sverige är. Rättsfallet, mellan tidningen Metro och KO, har en annons för Xbox-spelet Halo 2 på tidningens första sida har utformats och presenterats på ett sådant sätt att det inte tydligt framgår om det är en fråga om redaktionellt innehåll eller marknadsföring. I rättsfallet slog man fast att det inte är tillräckligt att det i annonsen finns angivet ”annonssida” överst på sidan, då läsarna kunde tolka innehållet som redaktionellt. Här diskuteras frågan om tillämpligheten av marknadsföringslagen i förhållande till tryckfrihetsförordningen och även tidningens medverkaransvar.²⁷

Ett annat liknande exempel är MD 1987:5 där det även här är KO som är i tvist med Tidningen Barometerns AB samt annonsören Skoladan Två Sekel AB som står för annonsen. Annonsen av Skoladan Två Sekel AB i denna tidning anses utgöra marknadsföring som man avsiktligt utformat så att den lätt kunnat förväxlas med tidningens redaktionella innehåll. Detta har ansetts otillbörligt enligt MFL och man har meddelat ett förbud mot annonsören samt det medverkande tidningsföretaget.²⁸

I SvJT 2015 s 202: *Innehållskontroll av kommersiella meddelanden i bloggar*, skriver Sara Hovstadius ingående om gränsdragningen mellan kommersiella och icke-kommersiella meddelanden och utvecklar sedan om innehållskontroll och vidare sanktioner inom MFL, KV och RO. Eftersom gränsen mellan kommersiella och icke-kommersiella meddelanden blir flytande, menar Hovstadius att det praktiskt är väldigt svårt att avgöra vilket regelverk som är tillämpligt vid meddelande av denna beskaffenhet. Syftet med tidskriften är att utreda om det krävs ett mer uttryckligt marknadsföringsavtal mellan en näringsidkare och en influencer för att tydliggöra vart gränserna dras och hur den juridiska aspekten ser ut. En vidare fråga i artikeln är även hur kommersiella meddelanden bör utformas för att på bästa sätt uppfylla krav för regelverk. Enligt Hovstadius bör det finnas ett uttryckligt avtal mellan influencer och annonsör för att ett inlägg ska definieras som ett kommersiellt meddelande och därmed bli föremål för MFL, i likhet med vad som bestämdes i MD 2005:11. Problematiken som många hävdar då uppkommer, är när och hur ett avtal uppstår.²⁹

²⁷ MD 2006:15

²⁸ MD 1987:5

²⁹ SvJT 2015 s 202

Ett annat branschspeglade rättsfall är ett mellan RO och Elin Lewenhaupt, som har ett samarbete med Daniel Wellington AB. Elin Lewenhaupt är en influencer på Instagram och använder sin medieprofil för att marknadsföra olika företag, bl.a. Daniel Wellington. Daniel Wellington är ett svenskt företag som främst säljer armbandsur till privatpersoner, och var en av de första företagen att anamma trenden med marknadsföring via influencers. Företaget förlitar sig enbart på influencer marketing och har ungefär 1 miljon hashtags kopplat till Daniel Wellington från olika influencers och privatpersoner.³⁰ Rättsfallet som prövas vid detta tillfälle är om reklamen, som är publicerad i form av ett inlägg på Elin Lewenhaupts Instagram-konto omedelbart kan identifieras som reklam för en genomsnittskonsumant. I inlägget håller Lewenhaupt upp sitt barn, med ett armbandsur på sin handled som tydligt syns i högra hörnet av bilden. I texten under bilden har Lewenhaupt skrivit sin rabattkod "ELINS" och "taggat" #samarbete och #isamarbetemed. Inför detta samarbete gavs Lewenhaupt vissa instruktioner för hur inlägget skulle utformas, såsom en rabattkod, specifika hashtags och en hänvisning till Daniel Wellingtons hemsida och Instagram-konto. Utöver det fick influencers självmant råda över innehållet i sitt inlägg, både avseende bild och text, vilket Lewenhaupt erhöll 3 klockor för, d.v.s. ingen direkt ekonomisk kompensation.³¹ RO:s opinionsnämnd uttalande och beslut är att Lewenhaupts inlägg inte uppfyller kravet för reklamidentifiering och strider därför mot artikel 9 i Internationella Handelskammarens regler för reklam och marknadskommunikation (ICC), vilket överensstämmer med 9 § MFL.³²

³⁰ Medium.com

³¹ Ärende 1611-239 i RON

³² Ärende 1611-239 i RON

4. Lagstiftningens tillämpningsområde

Eftersom detta uppsatsämne involverar olika regelverk som innefattar både nationell och internationell lagstiftning, är det viktigt att förstå tillämpningen och ursprunget av de båda. Marknadsföringslagen är omfattande inom svensk rätt och har regleringar inom alla typer av marknadsföring.³³ Denna uppsats kommer, som nämnts ovan, ha huvudfokus på 9 § MFL som beskriver *Reklamidentifiering*. Det är dock nödvändigt att beskriva tidigare paragrafer för att kunna förstå tillämpningen av MFL. Därför kommer även 5 § och 6 § om *God marknadsföringssed* att diskuteras och redogöras för i uppsatsen. Läsaren kommer då att skapa en mer omfattande bild av hur MFL fungerar samt när och hur lagen är praktiskt tillämplig. Under denna rubrik kommer även yttrandefrihetsgrundlagen tas upp, då den emellertid kommer i konflikt med MFL.³⁴

4.1 Marknadsföringslagen

Marknadsföringslagen har till syfte att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av tjänster och produkter samt att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Lagen bygger på ett tidigare omfattande EU-direktiv som antogs 2005 om otillbörliga affärsmetoder, där konsumenten står i centrum och ses som ett skyddsobjekt. I direktivet har man bl.a. upprättat en katalog, ofta kallad *Svarta listan*, vilken innehåller 31 affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga.³⁵

Prop. 2007/08:115 är regeringens proposition till riksdagen som senare skulle ersätta den tidigare Marknadsföringslagen (1995:450). Den nya lagen kompletterade och utvecklade särskild lagstiftning på det marknadsrättsliga området. Liksom i det tidigare regelverket, slår man fast i det nya, att näringsidkares marknadsföring skall stämma överens med god marknadsföringssed, samt ett förbud mot vilseledande eller aggressiv marknadsföring. Ett annat inflytelserikt tillägg är det i punkt 6.6.2 om *Sändarangivelse*, vilket innebär att det tydligt skall framgå vem som svarar för marknadsföringen. Detta krav slopades dock i den nya lagen, då *Kammarkollegiet* ansåg att det inte var förenligt med direktivet om otillbörliga affärsmetoder och man ansåg att den dåvarande 5 § MFL om *Reklamidentifiering* även täckte behovet för sändarangivelse. Angående principen om *Reklamidentifiering* beslutade man att nuvarande

³³ Levin, M. Lagkommentar till MFL

³⁴ Ibid

³⁵ Ibid

bestämmelse tas in i den nya lagen, då principen är av grundläggande betydelse på det marknadsrättsliga området. Reklamidentifiering har utvecklats inom näringslivet och kan sedan länge återfinnas i ICC:s grundregler för reklam (självreglerande organ – se nedan för beskrivning), där man ansåg att den stod i överensstämmelse med den pressetiska uppfattningen om att man bör skilja på redaktionellt innehåll och meddelanden på betald annonsplats. En intressant aspekt i denna proposition om reklamidentifiering är att man redan i tidigt skede yttrade sig om vilka sanktioner som borde aktualiseras vid en överträdelse av bestämmelsen. Detta är aktuellt även idag, då man fortfarande inte fått klarhet om lämpliga sanktioner. Detta ger en bild av varför rättsläget ser ut som det gör idag, och hur detta kan ha påverkat det självreglerande systemet som nu praktiseras i denna bransch.³⁶

Vid införandet av lagen om otillbörlig marknadsföring, inrättades Konsumentombudsmannen som ett självständigt organ. KO:s uppgift var att bevaka marknadsföring av näringsidkare och ingripa vid felaktigt uppförande. Detta skulle ske genom förhandling i första hand, och väcka talan inför marknadsdomstolen i andra hand. KO slogs samman 1975 med Konsumentverket (vilket inrättades 1973), som resulterade en myndighet vars uppgift är att bevara konsumenternas skydd och intressen. KOV arbetar utifrån tre avdelningar; konsumentskydd, konsumentstöd och verksamhetsstöd. KO arbetar nu med tillsyn, kontroller, information, kunskapsbyggande, internationella frågor och omvärldsbevakning för att konsumenter och näringsidkare ska kunna göra medvetna val.³⁷

KO är ansvarig för att granska företags marknadsföring och utreda om det föreligger vilseledande eller på andra sätt otillbörliga affärsmetoder. KO företräder svensk lagstiftning och har sedan 2016 möjligheter till sanktion då man återkommande bryter mot regelverket. Det betyder att KO fortfarande arbetar med en lösningsorienterad förhandlingsmetod i första hand, och går vidare till förbud och vite om företag skulle fortsätta med otillbörlig marknadsföring eller liknande. Man vill alltså i första hand komma överens med näringsidkaren som har använt sig av otillbörliga affärsmetoder, utan att använda sig av straff eller sanktioner.³⁸ Vid otillbörliga affärsmetoder utfärdas förbud. Enligt 23 § MFL förbjuds näringsidkare att fortsätta med den otillbörliga marknadsföringen eller liknande framställningar. Om förbudet skulle brytas förenas det med vite enligt 26 § MFL, där omvänd bevisbörda gäller. Inom MFL finns

³⁶ Prop. 2007/08:115 s. 2

³⁷ Konsumentverket.se

³⁸ Levin, M., Lagkommentar till 2 § MFL

även en marknadsstörningsavgift som enligt 29 § MFL, som dock endast tillämpas i särskilt allvarliga fall då en bristande tilltro av näringsidkare finns till en hel bransch.

2 § i MFL - Lagens tillämpningsområde kräver vissa rekvisit för att den ska vara applicerbar på ett juridiskt problem. Detta behandlas under 2 § och 3 § i MFL och är aktuella vid nedanstående situationer:³⁹

- (1) Då näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet.
- (2) På sådana TV-sändningar över satellit som omfattas av radio- och TV-lagen (2010:696)
- (3) Då Konsumentombudsmannen fullgör sina skyldigheter enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG)...lagstiftning och
- (4) Då behörig myndighet fullgör sina skyldigheter enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

Generellt är lagen tillämplig på de framställningar som enbart har ett kommersiellt syfte. Detta innebär att tillämpningen avvisas då man anser att framställningen främst är i opinionsbildande syfte, eftersom MFL inte anses tillämplig vid eventuell åsiktsbildning.⁴⁰ Detta är särskilt relevant angående influencer-marketing, då väldigt mycket inom sociala medier kan klassificeras som opinionsbildande och därför inte tillämplig enligt MFL.⁴¹

Under tillämpningsområde (3), som behandlar KO:s inblandning i MFL, förtydligas här att när EU-förordningen är tillämplig, är KO behörig att ingripa mot marknadsföringsåtgärder som ursprungligen kommer från Sverige och riktar sig mot andra länder. Det ska då finnas ”skälig misstanke” för att KO ska fullgöra sina skyldigheter som behörig myndighet enligt EU-förordningen EUT L 364, 9.12.2004 (Celex 32004R2006)⁴²

5 § i MFL – Paragrafen, som är en generalklausul i MFL, genomför artikel 5.1 och delar av 5.2 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Detta är det allmänna kravet för all typ av

³⁹ Ibid

⁴⁰ Ibid

⁴¹ Ibid

⁴² Levin, M. Lagkommentar till 5 § MFL

marknadsföring, och har utgångspunkten att det ställs ett explicit krav på näringsidkare att följa regelverket.⁴³

6 § i MFL – Här anges bedömningsnormer för de krav som finns i 5 § MFL. Här genomförs större del av artikel 5.2 i EU-direktivet och det införs nya bedömningstermer inom marknadsrätten, vilka benämns transaktionstest och genomsnittskonsumenten. I detta bedöms huruvida det kommersiella meddelandet påverkar en konsument eller näringsidkare att fatta ett annat beslut än hen annars skulle ha gjort. Här är utgångspunkten att reklam och marknadsföring läses flyktigt, vilket betyder att ett mer komplext meddelande kräver mer transparens och hederlighet. För att en affärsmetod ska anses otillbörlig enligt MFL:s generalklausul ska den kommersiella åtgärden i så pass märkbar mån påverka konsumentens förmåga att göra ett välgrundat beslut. Detta konkretiserats med transaktionstestet, vilket infördes i MFL i samband med EU-direktivets implementering till svensk lag.⁴⁴ Transaktionstestet är på så sätt en metod att fastställa i vilken utsträckning marknadsföring kan påverka genomsnittskonsumenten vid ett affärsbeslut. En genomsnittskonsumant beskrivs som en normalt informerad och skäligen uppmärksam person. Vid bedömandet ska det då tas i hänsyn till kulturellt, socialt och språkligt beteende. Genomsnittskonsumenten kan dock skifta från fall till fall, eftersom marknadsföring kan vara riktad till olika målgrupper och diverse faktorer kan påverka genomsnittskonsumenten. Eftersom begreppet inte är statistiskt eller av specifik karaktär, är det upp till nationella myndigheter och domstolar att använda egen hänsyn och diskretion vid fastställandet av genomsnittskonsumenten och dess förmåga att göra ett välgrundat beslut.

9 § MFL - I bestämmelserna om reklamidentifiering i 9 § MFL står det att ”*all marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring*” och att ”*Det ska vara tydligt vem som svarar för marknadsföringen.*” Syftet med lagen är att vi som konsument ska veta när vi får oberoende information och när det är medveten påverkan från näringsidkare, samt att påvisa vem som är avsändare. 9 § i MFL kan man dela upp i *Reklamidentifiering* och *Sändarangivelse*, som inte officiellt har varsin rubrik, men två olika stycken inom samma paragraf.⁴⁵

⁴³ Ibid

⁴⁴ Levin, M. Lagkommentar till 6 § MFL

⁴⁵ SFS 2008:486

4.2 Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)

Som nämnts ovan, är yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) relevant till diskussion inom detta ämne. Detta beror på att svensk lagstiftning vill vara restriktiva med att ta beslut som skulle kunna stå i konflikt med en grundlag. I dessa fall går grundlagarna först, även om MFL i detta fall har högre relevans och mer enhetlig tillämpning. YGL är Sveriges yngsta grundlag och togs inte i bruk förrän 1992. Tillsammans med tryckfrihetsförordningen är YGL en av de två mediegrundlagarna. Lagen innebär enligt 1 § att *”Varje svensk medborgare är gentemot det allmänna tillförsäkrad rätt enligt denna grundlag att i ljudradio, television och vissa liknande överföringar, offentliga uppspelningar ur en databas samt filmer, videogram, ljudupptagningar och andra tekniska upptagningar offentligen uttrycka tankar, åsikter och känslor och i övrigt lämna uppgifter i vilket ämne som helst”*. Syftet är att säkra ett fritt meningsutbyte, obehindrad upplysning och fritt konstnärligt skapande.⁴⁶ Även om eventuella konflikter mellan YGL och MFL är i minoritet jämfört med den mängd reklamidentifieringsfall som finns, är det viktigt att ta i beaktning. Utifrån detta kan diskussion om marknadsföringspresumtion uppkomma, innebärande att rättskipande instans utgår från att meddelandet från en näringsidkare kan kategoriseras som ett kommersiellt meddelande. En annan viktig distinktion som görs av domstolar är om meddelandet är av opinionsbildande natur, d.v.s. om det är åtgärder för att påverka allmän mening. Det ena behöver naturligtvis inte utesluta det andra, men eftersom man vill behålla sin restriktiva syn på grundlagarna, kan man i vissa fall åberopa att YGL överskuggar MFL och den kommersiella karaktär som i sådant fall skulle finnas.

För att tillämpa MFL vid marknadsrättsliga frågor ska det generellt finnas krav på att meddelandet ska vara av ren kommersiell natur. I takt med att marknadsföring blandas med icke-redaktionellt innehåll, såsom influencer marketing, blir det svårare att dra juridiska gränser för vad som ska tillämpas. För att försöka skilja på tillämpningen mellan MFL och YGL finns något som kallas blandade meddelanden – annonser som innehåller både reklam för viss vara eller tjänst, och nyhetsförmedlande inslag, i detta fall opinionsbildande eller icke-kommersiellt innehåll. I fall med blandade meddelanden, ska den del av annonsen som syftar till att öka avsättningen av produkten omfattas av reklamförbudet.⁴⁷ Denna typ av tillämpning blir dock problematisk vid modern, digital marknadsföring då gränsen mellan kommersiellt och

⁴⁶ YGL 1991:1469

⁴⁷ NJA 2001 s. 319

redaktionellt innehåll i princip inte går att särskilja och är invävt i det generella budskapet från någon som representerar en produkt eller tjänst.

4.3 EU-rätt

Eftersom större delen av Sveriges regelverk inom marknadsföringsrätt, både från lagstiftning, KO och RO, har hämtats från europeisk lagstiftning, kommer den EU-rättsliga aspekten även utredas. Den svenska lagstiftningen inom marknadsrätt har sin grund i EU-rätten och ett fåtal direktiv, bl.a. direktivet om otillbörliga affärsmetoder 2005/29/EG. Direktivets bestämmelser kan generellt delas in i fyra olika delar. Den första delen består av generalklausulen angående förbudet mot otillbörliga affärsmetoder, vilket strider mot god yrkessed i de fall då genomsnittskonsumentens köpbeteende förändras. Den andra delen innehåller förbud mot vilseledande affärsmetoder i olika former. Den tredje delen innehåller förbud mot aggressiva affärsmetoder, och den fjärde delen innehåller den s.k. *svarta listan*, som riktar sig mot både konsumenter och näringsidkare som målgrupper. Generalklausulen är en allmän bestämmelse som kan tillämpas i flera olika fall. Det kan då gälla affärsmetoder som klassas såsom otillbörliga, men inte faller under kategorin som vilseledande- eller aggressiv marknadsföring.⁴⁸

EU-direktivet SWD (2016) 163/2 har under punkt 3.4.2 tagit upp artikel 7(2) angående reklamidentifiering och beskriver att *”failing to identify commercial intent of a commercial practice is regarded as a misleading omission, when this failure is likely to cause the average consumer to take a transactional decision he would not have taken otherwise”*. Här fokuserar EU-lagstiftning mer på följder av bristande reklamidentifiering och betonar att detta aktualiseras när en vardaglig konsument blir påverkad av det kommersiella meddelandet och gör ett köp som man i vanliga fall inte hade gjort. I direktivet nämner man särskilt sociala nätverk såsom Instagram, och understryker vikten av reklamidentifiering vid sociala medier eftersom användarna nyttjar nätverken som ett socialt forum och ofta inte är medvetna om de kommersiella avsikterna. I direktivet radas man upp fyra aktuella frågor och påstående angående sociala medier kopplat till köp- och marknadsrätt. (1) orättvisa standardkontrakt, (2) sociala medier utgörs för att vara gratis, men kräver personlig information för tillgång, (3) kommersiella meddelanden genom sociala medier innefattar ofta dold marknadsföring, falsk eller vilseledande reklam genom användarrecensioner och (4) problematiken kring kommersiellt utövande som underlättar säljandet och köpandet av betalda ”likes”, sponsrade

⁴⁸ Prop. 2007/08:115 s. 1

recensioner och liknande. En vidare punkt som inte finns med i upprädningsordningen är distinktionen mellan influencer och en tredje part, d.v.s. näringsidkarna som ligger bakom marknadsföringen.

49

Eftersom influencer marketing kan tolkas och kategoriseras som olika typer av marknadskommunikation, är det nödvändigt att utreda alla olika tillämpningar som kan existera inom ICC:s regler för marknadskommunikation. Inom detta regelverk kan influencer marketing klassificeras som objekt för (1) Grundregler för reklam och marknadskommunikation, (2) Sponsring (3) Reklam och marknadskommunikation i digitala interaktiva media. Inom ICC har man definierat (2) sponsring som *”ett affärsavtal där en sponsor till ömsesidig nytta för sig själv och sponsringstagaren förbinder sig att tillhandahålla finansiering eller annat stöd i syfte att skapa en association med sin image, varumärke eller produkt och det sponsrade objektet, i utbyte mot rätten att utnyttja denna associering och/eller mot vissa direkta eller indirekta förmåner”*. Under artikel B1, som behandlar sponsring, beskrivs identifiering på samma sätt som vid reklam och marknadskommunikation; att den skall vara lätt att identifiera som sådan.⁵⁰

4.4 Självreglerande organisationer

Förutom de statligt reglerande regelverk och domstolar, finns det diverse självreglerande organisationer, som ibland är kopplade till gällande nationellt regelverk, men ofta utan möjlighet till sanktion och/eller vite. Eftersom marknadsrätt i Sverige är förenat med europeisk rätt, kommer både nationella och internationella självreglerande organisationer tas upp. Självreglerande organisationer finns i de flesta branscher, och har ett syfte att upprätthålla en viss juridisk och etisk standard inom just sin bransch. I detta fall finns det flera icke-statliga organisationer som reglerar marknadsrätt och marknadsföring via sociala medier. Dessa organisationer brukar oftast bestå av företrädare av både stora och små företag inom branschen och håller yrkesgrenen uppdaterad om nyheter och aktuell information som kan vara viktig för branschen.

Många av rättsfallen som gått genom marknadsdomstolen och KOV är relativt utdaterade och saknar digital relevans, även om tidiga rättsfall inom området har varit väldigt vägvisande. Därför kan det vara främjande att inkludera ”mindre legitima” rättsfall som har gått genom

⁴⁹ SWD (2016) 163/2 s. 140-145

⁵⁰ ICC:s Regler för marknadskommunikation s. 23

RO:s opinionsnämnd, men som anses mycket mer tillämpligt till vad som berörs i uppsatsen. Detta visar även den nuvarande praxis som finns inom de självreglerande organen. RO, som i nuläget behandlar rättsfall inom influencer marketing och liknande marknadsrättsliga frågor, har haft hundratals fall i vilka de flesta har blivit ”fällda” för otillbörliga affärsmetoder. För att få en uppfattning av antalet rättsfall som varje år passerar RO, är Isabella Löwengrip (även känd som Blondinbella) ett bra exempel. Löwengrip har från 2016 fram tills idag haft 9 rättsfall som gått genom RO, där 8 av 9 grundas i att de inte uppfyller kravet för reklamidentifiering och den sista strider mot könsdiskrimineringslagar. Utav de 8 rättsfall då reklamidentifiering har varit problematiken, har Löwengrip blivit ”fälld” 7 gånger för att inte uppfylla kraven till reklamidentifiering, som strider mot artikel 9 ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation.

4.4.1 Interactive Advertising Bureau

Interactive Advertising Bureau är en internationell marknadsföringsorganisation som utvecklar olika branschstandards, bedriver undersökningar och tillhandahåller juridisk vägledning för all marknadsföring som sker online. IAB grundades 1996 i New York och är nu uppbyggt av 42 internationella licensinnehavare runtom i världen. IAB Sverige grundades 2008 och är den svenska filialen av IAB. IAB Sverige samlar landets intressenter och skapar, med hjälp av deras medlemmar, specialiserade kommittéer (Task Force). Medlemmarna inom IAB Sverige är företrädare från både stora och små aktörer som tillsammans frambringar diverse vägledning och standards inom branschen.⁵¹

IAB har även en viss certifiering som främjar standardisering och kvalitetsstyrning av olika slags avtal, transparens och reklammärkning. Certifieringen innebär att en kvalitetsstämpel har satts på ett visst nätverk eller agentur som hanterar influencers, och har granskats avseende branschgemensamma riktlinjer. Detta upprätthålls genom IAB Sverige Task Force, som ser över det två gånger om året, för att vara uppdaterade och relevanta. På IAB:s hemsida och frekventa utskick kan man hitta en specificerad lista på certifierade aktörer. Detta främjar transparensen i branschen, då många influencers antingen har en egen agent eller är representerade av ett nätverk. Genom att upprätthålla branschunisona regler som implementeras i agenturer och nätverk, skapas transparens i branschen och informerade influencers.⁵²

⁵¹ IAB:s Influencer Marketing Guide 2017 s. 8

⁵² IAB:s Influencer Marketing Guide 2017 s. 9

4.4.2 International Chamber of Commerce

International Chamber of Commerce (ICC) har funnits sedan 1937 och har som åtagande att på det globala planet ge vägledning om reklam och marknadsföring. ICC har gett ut *ICC Consolidated Code of Advertising and Marketing Communication Practice*, vilken hänvisar till olika regler inom marknadsföring och reklam. ICC:s regler har varit grundläggande för självregleringens uppbyggande, på en internationell nivå och på en nationell svensk nivå. Inom ICC har man tre huvudaktiviteter; *regelsättning, tvistlösning och politisk rådgivning*. Eftersom ICC:s medlemmar själv är involverade i internationell handel inom liknande branscher, har ICC öövertärfad auktoritet inom gemensam regelsättning som styr över jurisdiktion och gränser. Med hjälp av detta har ICC också minimerat behovet av lagstiftning på marknadsföringsområdet och anses som en normgivare från företag i alla branscher. Bestämmelserna om reklamidentifiering i 9 § MFL är en kodifiering av artikel 10 i ICC:s grundregler för reklam.⁵³

4.4.3 Reklamombudsmannen

Reklamombudsmannen är svenska näringslivets självreglerande organ som arbetar mot en högre etisk nivå i all kommersiell marknadskommunikation på den svenska marknaden. Reklamombudsmannen följer ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation, och håller sig juridiskt uppdaterade genom informationssökande och utbildningar. RO är inrättad av Sveriges Annonsörer, tillsammans med ett antal andra branschorganisationer, i syfte att ”sopa rent sin egen dörr”.⁵⁴ Eftersom RO inte är en statlig myndighet, utan fungerar som en egen organisation inom marknadsföring i näringslivet, kallar man det ett självreglerande organ. Även inom EU och övriga delar av världen finns motsvarande självregleringssystem. RO:s uppgift är att arbeta mot högre etik i kommersiell marknadsföring och bidrar därför till branschen med vägledningar och utbildar i marknadsföringsetiska frågor. Som nämnts ovan, har RO tillika RON inga möjligheter till sanktion, då de inte är en statlig myndighet. Istället anser man att en offentlig publicering av ett rättsfall på deras hemsida, samt nyhetsbrev och pressmeddelanden är som tillräcklig påföljd för att annonsören ska ändra sitt bristande tillvägagångssätt vid marknadsföring.⁵⁵

⁵³ ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation s. 9

⁵⁴ Schysstreklam.se

⁵⁵ Reklamombudsmannen.org

4.5 Rättsfall, praxis och doktrin inom MFL:s tillämpning

I SvJT 1999 ⁵⁶s 846: *Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse* beskriver Per Jonas Nordell, svensk jurist och professor i rättsvetenskap vid Handelshögskolan i Stockholm, införandet av direktsanktion vid bristande reklamidentifikation och/eller sändarangivelse. Detta tidigare endast kunde motverkas genom förbud eller åläggande. Här skrivs det om direktsanktion som ett nytt fenomen inom reklamidentifiering och sändarangivelse och namnger området *marknadsföringens öppenhetskrav*, d.v.s. transparensen som skall förekomma i alla typer av marknadsföring. Även om denna tidskrift är från 1999 och har tidigare sortens digitala media i huvudfokus, är problemet i fråga väldigt relevant till det nuvarande;

”Såsom inledningsvis konstaterats, har MD, genom sin på området omfattande praxis, dragit upp relativt tydliga gränser för marknadsföringslagstiftningens öppenhetskrav. På några områden kvarstår dock oklarheter. Ett sådant område är öppenhetskravets gränser i tillämpning på nya media.”

Om Nordell år 1999 stod inför ett paradigmskifte inom tillämpning av juridiska regelverk från periodisk skrift till audiovisuella media, kan man påstå att vi idag står inför ett ännu större skifte. Genom nya, digitala plattformar har sättet att hantera både den juridiska och marknadsföringsmässiga aspekten på området förändrats.⁵⁷

År 2013 fick Nordell i uppdrag av KO och KOV att stärka myndighetens egna sanktionsmöjligheter. Här ges det förslag som medför att marknadsföringslagens sanktioner utformas i enlighet med konkurrenslagen, där ett exempel är att KOV ska tillskrivas en primär förbuds- och förelägganderätt som inte kräver näringsidkarens godkännande för att få verkan. Ett ytterligare exempel är att KOV ska ges befogenheter att ålägga näringsidkaren att omgående

⁵⁶ SvJT 1999 s. 846

⁵⁷ Ibid

betala en avgift, istället för att väcka talan. På så vis öppnar man möjligheterna för en mer effektiv bestraffning vilket gör regelverket mer användbart.⁵⁸

Nordells forskning och promemoria inom området har sedan dess kommit vidare till Regeringen, och som nämnts ovan har KO sedan 1 oktober 2016 haft utökade sanktionsmöjligheter i enlighet med MFL. Även Marknadsstörningsavgiften höjdes från 5 000 – 5 milj. kronor till 10 000 – 10 milj. kronor. Ändringen innebär att de förbud och ålägganden som KO får besluta om enligt dessa lagar inte längre skall vara beroende av näringsidkarens godkännande och att KO ska kunna ges möjlighet att direkt ta sådana beslut. Syftet med denna ändring var att KO skall ha tillgång till mer effektiva och avskräckande sanktioner, som är en förutsättning för fortsatt stärkt konsumentskydd.⁵⁹

Om man ska belysa KO:s direktsanktion i ett annat ljus, utreder Johan Kahn från advokatfirman Delphi & Co. den praktiska effekten av införandet av Marknadsstörningsavgiften och beskriver rättsläget med hjälp av ett antal domslut i Ny Juridik 1:06 s 37 *Marknadsstörningsavgift – en ovanlig sanktion*. Kahn menar att det finns flertalet brister i användandet av sanktioner i form av marknadsstörningsavgift vid bristande reklammärkning och sändarangivelse. Kahn hänvisar till prop. 1994/95 s 105 där det tydligt anges att lagstiftaren överlämnar till domstolarna att utveckla en bedömningsnorm för storleken på marknadsstörningsavgifterna, d.v.s. vid fastställande av belopp. Men då beloppet i de flesta fall inte närmare motiverats, kan det konstateras att utvecklandet av en bedömningsnorm angående avgiftsstorlek inte har skett i rättspraxis. Kahn påpekar också att det funnits fall där, trots förelägganden från KO att upphöra med marknadsföring som bryter mot MFL, fortsätter med marknadsföringen. För att marknadsstörningsavgiften skall verka preventivt, måste den användas mer frekvent och beloppen justeras till en betydligt högre nivå än vad som hittills dömts i praxis.⁶⁰

Ett av de större rättsfall som berör konflikten YGL och MFL är nWise-målet, som grundar sig i att nWise hade vunnit en offentlig upphandling om ett särskilt system för teckenspråktolkning, där PTS var myndigheten som hade fått i uppdrag av landstinget att upphandla tjänsten. Ett annat konkurrerande företag, Europea, hade då skickat e-mail till PTS där man hade varnat om företaget nWise och dess tjänst. E-mailsvarningen innehöll bl.a. att nWise tidigare hade brutit

⁵⁸ Nordell (2014) s. 37

⁵⁹ Lagrådsremiss – *Stärkta sanktionsmöjligheter för Konsumentombudsmannen* s. 1

⁶⁰ Ny Juridik 1:06 s. 37

mot diverse licensavtal och upphovsrättsintrång, vilket PTS senare skickade vidare till landstinget. Frågan i detta mål var om detta varningsmeddelande till myndigheten bestod av otillbörliga affärsmetoder enligt MFL. nWise menar att varningsmeddelandet utgjorde marknadsföring till deras nackdel och innehöll vilseledande och misskrediterande påstående. Europea menade å andra sidan att innehållet i mailet omfattades av YGL och inte innehöll ett rent kommersiellt meddelande. MD kom inledande fram till att MFL faktiskt var tillämplig, eftersom mailet utgjordes av kommersiell natur och slog fast att det skickade e-postmeddelandet var skickat med ett kommersiellt syfte. Slutdomen var dock att mailet inte huvudsakligen bestod av rent kommersiella förhållanden, och därför inte utgjorde marknadsföring i MFL:s typiska mening. Det ansågs därför som yttrandefrihetsrättsligt skyddat och var då inte tillämpligt i enlighet med bestämmelserna i MFL.⁶¹

I fallet om ”Änglamarkspelet” (MD 2005:11), där Änglamark hade ett webbspel som baserades på en jämförelse mellan ekologisk- och konventionell odling, bestämde Marknadsdomstolen att MFL:s tillämpning och räckvidd skulle bestämmas enligt samma kriterier som den grundlagsskyddade yttrandefrihetslagen. Här utgick MD ifrån att yttrandefriheten är en oumbärlig del för demokratin och det fria samhällsskicket. Följden av detta blev att man bör vidhålla återhållsamhet vid ingripanden med stöd av MFL, då det i vissa fall kan försvåra för näringsidkare att skapa opinionsbildningar och åsiktsyttringar via internet. Man ville alltså vara restriktiv med tillämpningen av MFL, då MD ansåg att yttrandefriheten var av högre värde i förhållande till marknadsrätten.⁶²

⁶¹ MD 2014:16

⁶² MD 2005:11

5. Juridiskt ansvar

Eftersom det juridiska regelverket för influencer marketing är flytande och ibland oklart för de olika involverade parterna, är det också komplicerat att skildra vem som ska ansvara för konsekvenser när regler inte följs. Även om man beskriver gällande rätt finns det oftast flera parter som kan anses ha skuld vid bristande reklammärkning och/eller sändarangivelse.

5.1 Fördelning av juridiskt ansvar

MFL bygger på grundsynen att det är näringslivet som i första hand bär ansvaret för MFL:s efterlevnad. Som näringsidkare har man då alltid det primära ansvaret för sina marknadsmässiga åtgärder, då man som annonsör är avsändare av det kommersiella meddelandet.⁶³ När en PR-byrå är involverad i en näringsidkares marknadsföring, är normen att skyldigheten stannar vid ett medverkande-ansvar för PR-byrån och i många fall inte ens det. Detta betyder att ansvaret för en specifik marknadsföringsåtgärd inte går att avtala bort, oavsett vilka parter som är involverade.⁶⁴ Som annonsör kan man då inte peka på PR-byrån och exempelvis hävda att det var deras ansvar att reklamen i slutändan blev vilseledande eller otillbörlig inom reklamidentifiering. Istället fungerar det juridiska ansvaret på en enskild nivå, och avtal kan i vissa fall ha regressverkan. Regressverkan betyder att annonsören exempelvis kan utkräva ersättning eller skadestånd av extern marknadsföringskonsult om man bedömer att ansvaret var deras. Dock påverkar detta inte förhållandet till det ursprungliga juridiska ansvaret i förhållande till marknadsdomstolen eller gällande domstol.⁶⁵ Även vad gäller det juridiska ansvaret finns självreglerande system i form av Sveriges Annonsörer som försöker undvika onödig lagstiftning och detaljregleringar. Här hävdar SA att ”egenåtgärder är enklare, billigare och snabbare förfaranden jämfört med en stelbent lagstiftning och utdragna processer i domstolar”.⁶⁶

5.2 Praxis och doktrin inom juridiskt ansvar

Ett av de framträdande fallen inom influencer marketing i nuläget, som ännu inte är avgjort, är det mellan KO och Alexandra Nilsson, även känd som Kissie. KO menar att detta fall är ”världshistoriskt”, eftersom ”det är första gången i svensk, om inte världens, historia som en

⁶³ Nordell, Marknadsrätten. En introduktion s. 122

⁶⁴ SvJT 1980 s. 37

⁶⁵ Schysstreklam.se

⁶⁶ Schysstreklam.se

influencer ställs inför rätta för dold reklam i sociala medier”. Även om det funnits tidigare fall för en influencer, syftar KO på att detta är första frågan om dold reklam som tas upp i en domstol och prövas enligt lag. Detta meddelades redan hösten 2016, men har inte prövats i domstol förrän december 2017. Rättsfallet behandlar ett instagraminlägg där Nilsson gjorde reklam för tjänster hos Pantaluren (tidigare Mobilåtervinning), ett företag som köper gamla telefoner av konsumenter och sedan säljer dessa vidare. I detta rättsfall, har KO inte valt att involvera annonsören överhuvudtaget. Gunnar Wikström, processråd hos KO, nämner att ”annonsören har i praktiken huvudansvaret men vi tyckte inte att den frågan vad det intressanta i det här målet”. Här menar KO istället att rättsfallets huvudsyfte är att pröva om reklamen är tillräckligt tydlig eller inte, och inte att sätta fast någon. Istället siktar KO in sig på influencern Kissie och hennes influencer-nätverksagentur, Tourn Media. Vid en fällande dom kommer ett förbud vid vite ske, vilket innebär att domstolen förbjuder den dömde att upprepa sitt marknadsrättsliga misstag och om de inte skulle hålla sig till förbudet får de betala böter. Detta fall kan därför bli avgörande för ur framtidens influencer-marketing kommer se ut, då detta anses som ett av de första fallen som varit betydande inom området.⁶⁷

Under denna rubrik kan ovanstående rättsfall, MD 2006:15 och MD 1987:5 diskuteras ytterligare. Även om det dras många paralleller mellan fallen och MD anser att ingen av marknadsföringsåtgärderna håller sig inom ramarna för 5 § och 9 § MFL, är det dock endast tidningen Metro som bär ansvar för reklamidentifiering i MD 2006:15 medan både annonsören och Skoladan Två Sekel AB i fall MD 1987:5 att betala vite på 100 000 kr vardera.⁶⁸ Här skiljer man alltså på de två fallen och nämner att Metro, i MD 2006:15, ”*har godkänt införandet av annonserna. Inför sådan publicering har tidningen inte bevakat att annonserna uppfyllt lagens och branschens regler för reklamidentifiering*”.

Om man istället utreder praxis från RO, är alla beslut konsekventa och håller sig till princip. I 100% av rättsfall inom reklamidentifiering som gått genom RO har man delat det juridiska ansvaret på både influencern och annonsören, vilket tyder på en uttrycklig bild av hur man anser att rättslaget ser ut. I vissa fall har RO även involverat influencer-agenturen i rättsfallet, eftersom näringsidkare ibland främst går ut till agenturen, vilka senare använder sig av en lämplig influencer.⁶⁹

⁶⁷ DI.se – Artikel om rättsfall mellan KO & A. Nilsson

⁶⁸ Ärende 1611-239 i RON

⁶⁹ Reklamombudsmannen.org

6. Analys

Analysen kommer att bestå av tre underrubriker, för att bäst utreda och svara på uppsatsens frågeställningar. I samma ordning som tidigare uppradat, kommer frågeställningarna också analyseras och i bästa möjliga mån besvaras.

6.1 Reklamidentifiering och sändarangivelse

Reklamidentifiering är en fråga om gränsdragning mellan eget innehåll och reklam, vilket ibland kan vara diffust och flytande mellan de två. Uppsatsämnet är valt då regelverk och lagstiftning inom detta område behöver tydliggöras och anpassas för att vara mer relevant och skapa klarhet för inblandade parter. Rättsfall inom influencers är ännu ett relativt nytt ämne för juridiken, vilket gör det svårt både för domstolar och användare att förhålla sig till lagen och bestämmelser. Det är också därför problematiskt att dra skarpa gränser och undvika ett flytande regelverk. Influencers som använder sin plattform till marknadsföring, nämner att de oftast inte vill vilseleda sin publik, utan tvärtom skapa förtroende genom att tydligt märka vilken information som är reklam kontra eget innehåll.⁷⁰ Den otydliga lagstiftningen skapar ett minfält för både influencers och annonsörer, eftersom de ofta inte vet hur eller när de ska reklammarka sina inlägg för konsumenterna. Även om man vill göra rätt och tydligt märka sina inlägg, är det inte självklart hur detta ska göras utan att hamna i rättstvister. I de flesta rättsfall inom detta område, yttrar sig både näringsidkare och influencers att man strävar att efterleva gällande lagar och regler kring marknadsföring samt att man försöker ta ansvar för att utforma sina reklam-inlägg på ett korrekt sätt. Trots detta, finns det ett stort antal rättsfall, hanterade av RO och med tanke på samtidens digitala utveckling finns det hög sannolikhet för ökad marknadsföring på liknande plattformar kommer att leda till ytterligare juridiska svårigheter. Frågan är då vad som ska göras för att dra tydligare gränser och skapa konkreta ramverk man kan förhålla sig till som influencer och annonsör. Även om det ibland kan finnas en dold agenda med att vilseleda sina följare till att tro att det är redaktionellt innehåll, är intrycket av att man i de allra flesta fall vill bibehålla fullständig transparens och skilja på reklam kontra eget innehåll. Ovanstående beskrivning tyder på ett bristande regelverk.

⁷⁰ DI.se – Artikel om rättsfall mellan KO och A. Nilsson

I ett ovan nämnt rättsfall mellan Daniel Wellington AB och RO (i vilket DW AB blev fällda) hänvisar Daniel Wellington AB till tidigare beslut om en liknande utredning, då *The Dutch Advertising Code Committee* ansåg att ett väldigt snarlikt fall, bedömdes uppfylla kraven för reklamidentifiering. De nämner i sitt domslut att en viktig tyngdpunkt var att inläggen hade influencerns egna rabattkod kopplat till annonsören, vilket då klargjorde att det omedelbart kunde betraktas som reklam och inte eget innehåll. RO valde dock att inte påverkas av The Dutch Advertising Committee, och höll fast vid sitt beslut. Eftersom det förstnämnda fallet också hade en egen rabattkod, är det svårt att klargöra vad som skiljer de båda fallen åt. Även om DW hänvisade till ett fall som är utanför svensk lagstiftning, är det två nästan identiska fall som har fått skilda slutdomar.⁷¹

Reklamidentifieringsproblematiken har utvecklats från tryckt-, till audiovisuellt- till digitalt format, där utformningen för en generell mall har blivit allt svårare att framställa. Enkelt beskrivet ska ett kommersiellt meddelande framstå för vad det är, utan att kunna misstas för redaktionellt innehåll.⁷² För att en influencer ska kunna utnyttja sitt nätverk för marknadsföringsmässiga åtgärder, måste det då finnas en tydlig markering som är avsedd för att visa konsumenten att det rör sig om just marknadsföring eller sponsring.

De självreglerande organen kan inom reklamidentifieringsproblematiken anses nödvändiga, eftersom man här kan hantera upp till cirka 500 anmälningar om året, där handläggningstiden ungefär är 3 månader. Merparten av de företag och influencers som blir fällda rättar sig efter RO:s beslut, och kan till och med ofta dra tillbaka sin reklam även innan RO har fattat sitt beslut – endast på grund av uppmärksammande av organisationen eller influencern.⁷³ Detta skall ses i perspektiv mot att KO, historiskt sett, drivit cirka tio reklamärenden om året till marknadsdomstolen på grund av de utdragna rättsprocesserna, där inga av fallen berör influencer-marketing. Fallen i fråga dock är av större skala, avser stora företag och berör oftast högre summor. En viktig distinktion är att de fall som väl kommer upp i domstol blir starkt vägvisande då man har mer legitimitet och tyngd i sina beslut än RO. Dessa vägvisande beslut gör att man kan dra paralleller mellan olika rättsområden. Den slutsats man kan dra av detta är att det vore fördelaktigt om RO och KO gemensamt kunde sätta upp ramar för hur ett sponsrat

⁷¹ 2014/00917 i The Dutch Advertising Code Committee s. 4

⁷² MFL 9 §

⁷³ Reklamombudsmannen.org

inlägg ska se ut och vilka rekvisit som ska finnas för att det uttryckligen ska anses som marknadsföring.

6.2 Tillämpning av MFL

Mot bakgrund av vad som beskrivits ovan, kan man konstatera att marknadsföringslagen endast är tillämplig i rättstvister som avser en näringsidkares affärsverksamhet eller produkter som har ett strikt kommersiellt avsättningsfrämjande syfte. Således innebär det ett explicit krav på att det genomförts i ett kommersiellt syfte.⁷⁴ I juridiska artiklar har det hävdats att ett avtal mellan näringsidkare och influencer förenklat tillämpningen av MFL, eftersom det förtydligar det marknadsrättsliga förhållandet mellan parterna.⁷⁵ Dessa båda kriterier, d.v.s. att meddelandet skall vara av kommersiell natur och att det ska finnas ett avtal mellan de två parterna, skulle kunna vara ett bra utgångsläge för en juridisk bedömning i enlighet med MFL. Beskrivning i tidigare kapitel illustrerar dock problematiken i förhållandet mellan influencer och näringsidkare och visar att det fortfarande är svårt att tillämpa MFL. Urskiljningen mellan kommersiellt- och icke-kommersiellt innehåll blir vagare när det sker på en plattform med blandat innehåll. Som exempel kan nämnas att via sociala medier, överlappar ofta redaktionellt innehåll med reklam och sponsring, vilket tydliggör tillämpningssvårigheten med MFL. Nedan tas upp de huvudsakliga svårigheterna med tillämpningen av MFL vid influencer-marketing:

- Flytande avtalskaraktär
- Blandat innehåll i ett kommersiellt meddelande
- Problematik då YGL överskuggar MFL
- Långa, ineffektiva domstolsprocesser av KO, och därmed kostnadsdrivande
- Trögrörig lagstiftning i förhållande till digital utveckling

I enlighet med Nordell och Hovstadius, bör stärkta sanktionsmöjligheter från KO, rent teoretiskt strama åt den juridiska ramen för både näringsidkare och influencer. Man kan dock konstatera att trots starka sanktionsmöjligheter, hanteras ärenden företrädesvis genom RO och RON. Detta gör att man kan ifrågasätta lagstiftningens effektivitet och om detta är det mest optimala val för ett fungerande juridiskt system. Detta tyder på att det nya regelverket ännu inte praktiskt implementerats och har inte fått den genomslagskraft som den var avsedd att ha. Det kan delvis

⁷⁴ Prop. 2007/08:115 s. 111

⁷⁵ SvJT 2015 s. 202

bero på ovan nämnda tillämpningssvårigheter, samtidigt som man i Sverige är restriktiv med lagstiftning vilket gör att implementering av beslut tar tid. Man kan därför förstå uppkomsten och tillväxten av de självreglerande organisationerna inom detta område. Dessa borde ha förutsättningar att vara effektiva i sin rättsutövning. Utan möjlighet till sanktion eller vidare straff känns dock organisationerna relativt tandlösa, och otillbörliga affärsmetoder kommer fortsätta att användas tills det blir mer kännbart för näringsidkaren eller influencern. Därför bör antingen KO:s sanktionsmöjlighet användas mer frekvent eller låta de självreglerande organisationerna använda sig av mer avskräckande metoder eller få ökad status.

6.3 Juridiskt ansvar

Det juridiska ansvaret vid influencer-marketing är, som beskrivits ovan, till synes fortfarande oklart och praxis har visat att det inte finns konsekvent fördelning. Enligt de självreglerande organisationerna såsom SA, har annonsör/näringsidkare alltid har det huvudsakliga juridiska ansvaret, oavsett om man använder sig av en extern medie- eller PR-byrå. Dessa har då endast har ett medverkaransvar.⁷⁶ Utiifrån detta synsätt kan man tolka en grundsyn som innebär att näringsidkaren alltid har huvudansvaret. Trots detta väljer man i flera rättsfall fokusera förbud och vite mot influencer eller tidning, som endast är det förmedlande forumet.

Man skulle kunna påstå att en influencer rent teoretiskt, borde ha samma roll och ansvar som en reklambyrå – att skyldigheten stannar vid ett medverkandeansvar, eftersom man som influencer trots allt är en marknadsföringsformgivare och -kanal. Detta kan dock bli problematiskt då en influencer har väldigt mycket större frihet i utformningen av det kommersiella meddelandet i jämförelse med en reklambyrå, där näringsidkaren har slutgiltig kontroll.

I rättsfallet mellan KO och Kissie, är det KO:s beslut att annonsören inte skall involveras, eftersom man inte är ute efter att ”sätta fast någon”, då man snarare strävar efter ett prejudicerade fall avseende en influencer. Även om detta rättsfall inte är avgjort än, har man i tidigt skede beslutat att inte ens involvera annonsören, eftersom det inte tycks bidra till huvudsyftet.⁷⁷ I ett ytterligare rättsfall, MD 1987:5 mellan KO och Tidningen Barometern AB samt Skoladan AB, har MD beslutat sig för att utdöma förbud och vite av 100 000 till både

⁷⁶ Schysstreklam.se

⁷⁷ DI.se – Artikel om rättsfall mellan KO och A. Nilsson

tidning och annonsör vid medverkande av kommersiella tidningsannonser som lätt kan förväxlas med redaktionellt innehåll.⁷⁸ I ett tredje rättsfall, MD 2006:15, mellan KO och Tidningen Metro AB, resulterade domslutet även här att endast påverka mediekanalen som har förmedlat det kommersiella meddelandet. Tidningen Metro utdöms här förbud och vite av 500 000, där annonsören heller inte nämns i rättsfallet.⁷⁹ Man kan alltså dra paralleller mellan två av de 3 ovan nämnda fallen, där likheten tycks vara att KO har lagt huvudfokus på den kanal som det kommersiella meddelandet förmedlas genom, istället för att utreda var det meddelandet ursprungligen kom ifrån.

Trots en ambition med lagstiftning och regelverk som går i samma riktning, d.v.s. att näringsidkaren ska ha ett huvudansvar, talar inte praxis för en samstämmig utveckling. Det går heller inte i samklang med SA och diverse självreglerande organisationer, som även de ger uttryck för åsikten att det alltid är annonsören som har det huvudsakliga ansvaret.⁸⁰ Marknadsrättslig, lagbaserat praxis angående det juridiska ansvaret vid reklamidentifiering tenderar att vara inkonsekvent, motsägande och godtycklig, beroende på hur det enskilda fallet ser ut. Viss konsekvens kan man finna utifrån avgörande inom de självreglerande organisationerna, eftersom övervägande domslut delar det juridiska ansvaret mellan näringsidkare och influencer. En framkomlig väg borde därmed vara att KO och RO arbetar gemensamt för att skapa konsekvent hantering, samt att finna konsensus i att fördela ansvaret likvärdigt mellan influencer och näringsidkare.

⁷⁸ MD 1987:5

⁷⁹ MD 2006:15

⁸⁰ Schysstreklam.se

7. Slutsats

Baserat på tidigare beskrivning och ovanstående analys kan bedömningen göras att det finns tillräckliga verktyg för att anpassa ett funktionellt regelverk i ljuset mot ett alltmer digitalt samhälle. Dock behöver verktygen förfinas och bli unisona. Lyckas man med detta, kan man uppnå en rättsskipande struktur som lagstiftare vill åstadkomma och harmonisera med den transparens som influencers har ambitioner till, samtidigt som konsumentskyddet står som ett centralt begrepp.

Med mina inledande frågeställningar som grund, är min slutsats, med beaktande av vad som skrivits ovan att:

1. Det vore fördelaktigt om RO och KO gemensamt kunde sätta upp ramar för hur ett sponsrat inlägg ska se ut och vilka rekvisit som ska finnas för **reklamidentifiering och sändarangivelse**, och när det uttryckligen ska anses som marknadsföring.
2. Utan möjlighet till sanktion eller vidare straff känns de självreglerande organisationerna relativt tandlösa, och otillbörliga affärsmetoder kommer fortsätta att användas tills det blir mer kännbart för näringsidkaren eller influencern. Därför bör antingen KO:s sanktionsmöjlighet användas mer frekvent eller låta de självreglerande organisationerna använda sig av mer avskräckande metoder och samtidigt få ökad status för att **få ett mer tillämpligt regelverk** för influencer-marketing.
3. En framkomlig väg för att **fördela det juridiska ansvaret**, med tidigare argument som underlag, borde vara att KO och RO arbetar gemensamt för att skapa konsekvent hantering, samt att finna konsensus i att fördela ansvaret likvärdigt mellan influencer och näringsidkare.

8. Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1970:57. Om otillbörlig marknadsföring

Prop. 1990/91:64 Om yttrandefrihetsgrundlagen

Prop. 1994/95:123 Ny marknadsföringslag

Prop. 2007/08:115 Ny marknadsföringslag

Betänkanden

Lagrådsremiss (2016) *Stärka sanktionsmöjligheter för Konsumentombudsmannen*

SOU 1983:70 Värna yttrandefriheten

SOU 2006:76 Om otillbörlig marknadsföring

SOU 2006:96 Ett nytt grundlagsskydd för tryck- och yttrandefriheten

SvJT 1980

SvJT 2015 s. 202

Litteratur

Duncan, B., & Hayes, N. (2011) *Influencer Marketing*

Forer, L. (2017) *The Lowdown on the rise of influencer marketing*

Hartmann, J., Dibble, J. & Rosaen, S. (2016) *Parasocial interaction and parasocial relationship: Conceptual clarification and a critical assessment of measures*

Hilbert, M. et. al. (2016) *One step, two step, network step? Complementary perspectives on*

communication flow in twittered citizen protest

Kahn, J., *Ny Juridik 1:06 s 37: Marknadsstörningsavgift – en ovanlig sanktion*

Katz, E. & Lazarsfeld, P.F. (1955) *Personal Influence: The part played by people in the flow of mass communications*

Korling, K. & Zamboni, M. (2014). *Juridisk Metodlära*, 1 uppl. Johanneshov: Studentlitteratur

Nordell, P.J., (2014) Promemoria om *Stärkta sanktionsmöjligheter för Konsumentombudsmannen*

Nordell, P.J., (2017) *Marknadsrätten. En introduktion*, 7 uppl. Wolters Kluwer

Nygren, G. & Wadbring, I. (2013) *På väg mot medievärlden 2020: Journalistik, teknik, marknad*. Studentlitteratur AB

Sandgren, C. (2015). *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Stockholm: Norstedts Juridik.

Veirman, M., Cauberghe, V. & Hudders, L. (2017) *Marketing through Instagram influencers: the impact of number of followers and product divergence on brand attitude*

EU-direktiv

2006/123/EG

2005/29/EG

Digitala källor

Information om Daniel Wellington (hämtad 2017-10-05)

<https://medium.com/@ignaziomottola/daniel-wellington-perfect-instagram-marketing-strategy-ce637c19c68c>

ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation (hämtad 2017-10-05)

http://reklamombudsmannen.org/shared-media/media/final_marketing_code_swe.pdf

Hovstadius, S., *SvJT 2015 s 202: Innehållskontroll av kommersiella meddelanden i bloggar* (hämtad 2017-10-05)

https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se/document/1893159/1?frt=bloggare+marknadsf%C3%B6ring&hide_flash=1&page=1&rank=4

Nordell, P., SvJT 1999 s 846 Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse (hämtad 2017-10-06)

https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se/document/807690/1?frt=reklamidentifiering&hide_flash=1&page=1&rank=1

Kahn, J., Ny Juridik 1:06 s 37: Marknadsstörningsavgift – en ovanlig sanktion (hämtad 2017-10-17)

https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se/document/822263/1?frt=reklamidentifiering&hide_flash=1&page=1&rank=3

Artikel om KO mot Kissie (hämtad 2017-10-03)

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

Information om IAB Sverige (hämtad 2017-12-14)

<http://iabsverige.se/wp-content/uploads/Influencer-handbok-2017.pdf>

Tvåstegshypotesen (hämtad 2017-12-12)

[Hilbert, M., Vásquez, J., Halpern, D., Valenzuela, S., Arriagada, E. \(2016\) One-step. Two-step. network-step?](#)

Information om Influencer-marketing (hämtad 2017-11-27)

<https://www.marketingprofs.com/chirp/2017/32472/the-lowdown-on-the-rise-of-influencer-marketing-infographic>

Om konsumentombudsmannen (hämtad 2017-10-15)

<https://www.konsumentverket.se/om-konsumentverket/var-organisation/konsumentombudsmannen-ko/>

Information om Influencer marketing (hämtad 2017-11-27)

<http://www.irm-media.se/nyheter/2017/influencer-marketing-omsatter-en-halv-miljard>

Statistik om influencers genom RO (hämtad 2017-12-12)

<http://reklamombudsmannen.org/statistik-i-grafer/statistik-per-ar>

Rättsfallsförteckning

Reklamombudsmannen

Ärende 1611-239 i RO

Ärende 1610-219 i RO

Marknadsdomstolen

MD 1987:5

MD 2005:11

MD 2006:15

MD 2011:15

Högsta domstolen

NJA 2001 s. 319