

Influencer marketing-

En studie om hur den svenska marknadsföringsrätten förhåller sig till marknadsföring av influencers på sociala medier

Louise Hamilton

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH01

VT 2019

Handledare: Ulrika Wennersten



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förkortningar.....	8
1. Inledning	9
1.1 Bakgrund.....	9
1.2 Syfte och frågeställning	10
1.3 Avgränsningar	11
1.4 Metod och material	12
1.4.1 Metod	12
1.4.2 Material	13
1.5 Forskningsläget	15
1.6 Disposition	15
2. Influencer marketing.....	17
2.1 Inledning	17
2.2 Sociala medier.....	18
2.3 Vad är och gör en influencer?	19
2.4 Dold marknadsföring	19
3. Gällande rätt	22
3.1 Marknadsföringsrätten	22
3.2 Soft Law	24
3.2.1 Inledning	24
3.2.2 ICC.....	24
3.2.3 Reklamombudsmannen.....	25
3.3 Gränsdragningen mellan kommersiellt och icke kommersiellt material.....	26
3.4 Allmänt om reklamidentifiering och ansvarsfördelning	28
3.4.1 Reklamidentifiering och sändarangivelse	28
3.4.2 Ansvarsfördelning.....	29
3.5 Praxis	31
3.5.1 Gränsdragning.....	31
3.5.2 MD 1974:23 & NJA 1975 s. 589	31
3.5.3 MD 2006:15	31
3.5.4 MD 2005: 11	32
4. Förhållandet mellan influencern och uppdragsgivaren	34
4.1 Introduktion	34

4.2	Uppdragsförhållandet mellan näringsidkare och influencer	34
4.3	Avtal eller realavtal.....	36
4.4	RON ärende 1509–146	37
5.	Särskilt om reklamidentifiering och ansvarsfördelning på sociala medier	39
5.1	Allmänt	39
5.2	Influencermålet PMT 11949–16	40
5.2.1	Bakgrund.....	40
5.2.2	Genomsnittskonsument.....	41
5.2.3	Reklamidentifiering	42
5.2.4	Bristande sändarangivelse.....	42
5.2.5	Vem bär ansvaret?	43
5.3	Influencer 2 stämningsansökan.....	44
5.4	Sammanfattande kommentar	45
6.	Analys.....	48
6.1	Inledning	48
6.2	När tillämpas MFL på marknadsföring på sociala medier?.....	48
6.3	Förhållandet mellan uppdragsgivaren och uppdragstagaren vid influencer marketing	51
6.4	Marknadsföringens utformning på sociala medier i förhållande till 9 § MFL 53	
6.5	Ansvarsfrågan	55
7.	Sammanfattning och slutsatser.....	57
	Käll- och litteraturförteckning	61
	Rättsfallsförteckning	67

Summary

As technology moves forward, marketing methods follow and influencer marketing is the most prominent one today, being a rather unexplored part of marketing, lacking clear legislation. Hence, companies use influencers and their platforms to advertise their products and services leading to a line of business where the legal aspect is obscure.

The purpose of this essay is to investigate and illuminate the problems which come as a consequence of influencer marketing, to what level the marketing act (MFL) is applicable on social media, which requirements that apply to social media marketing, which parties should be held responsible of the unwarranted marketing and their relationship to each other.

Therefore, the main conclusion is that the difference between commercial advertising and editorial content on social media seems hard to recognize. For some difficult cases, the fundamental law on freedom of expression is deemed to precede the marketing act despite advertising identification and transmitting indication being significantly higher for influencer marketing compared to traditional marketing strategies. Furthermore, the style of the commercial post needs to differentiate from the countering editorial post. Thus, the consumer needs to instantly be able to understand if the post is actually advertising. Subsequently, if a company pays an influencer or sends an influencer free goods this is legally regarded as a degree of payment for the publicity and marketing the influencer provides due to an underlying agreement between the influencer and the company. Therefore, the extent to which one party can be held accountable depends on their influence on the final outcome of the commercial post.

Sammanfattning

Influencer marketing är ett relativt outforskat område vars regleringar ännu inte är helt klarlagda. På grund av den snabba digitala teknikutvecklingen har marknadsföring på sociala medier blivit en avgörande marknadsföringsmetod. Företag använder sig i stor utsträckning av influencers och deras plattformar för att marknadsföra sig och sina produkter eller tjänster. Detta har lett till en bransch med mycket oklarheter vad gäller de rättsliga aspekterna. Syftet med uppsatsen är att utreda och klargöra de problem som uppstår vid influencer marketing, i vilken grad MFL är tillämplig på sociala medier, vilka krav som gäller när det kommer till marknadsföring på sociala medier och vilka parter som kan bli inblandade samt deras förhållande till varandra.

Det går att konstatera, efter analys, att gränsdragningen mellan kommersiellt och icke kommersiellt material på sociala medier är svårdragen. Enligt svensk rätt har yttrandefrihetsgrundlagen företrädelse framför MFL när det gäller blandade meddelanden på sociala medier. Det har även framgått att kravet på reklamidentifiering och sändarangivelse är betydligt högre vid influencer marketing då kommersiella inlägg ska, i sin utformning, tydligt skilja sig från redaktionella inlägg och konsumenten ska, även vid flyktig kontakt, förstå att det är ett reklam-inlägg. Slutligen har det framgått att i den stund det utgår ersättning av någon form till influencern och influencern skriver om företaget och dess produkter eller tjänster är det fråga om marknadsföring och ett slags underliggande avtal föreligger mellan parterna. Vem som blir huvudansvarig och medverkanansvarig vid den ansvarsfördelning som uppstår beror på de olika parternas inverkan på den slutliga utformningen av det kommersiella inlägget.

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
HD	Högsta domstolen
ICC	Internationella handelskammaren
JT	Juridisk Tidskrift
KF	Kooperativa förbundet
KO	Konsumentombudsmannen
KOV	Konsumentverket
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NKO	Nordiska konsumentombudsmännen
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
Prop.	Proposition
RF	Regeringsform (1974:152)
RO	Reklamombudsmannen
RON	Reklamombudsmannens opinionsnämnd
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Den nya medieteknologin idag har en avgörande betydelse för frammarschen av de sociala medierna. Konsumtionen av dagstidningar, radio och traditionell tv har minskat medan användningen av massmedier via internet har ökat. Enligt forskning använde redan år 2013, 80% av svenskar i åldrarna 12–35 år dagligen sina ”smartphones”, där stor del av tiden går ut på att ta del av sociala medier. Genom sociala medier sprids olika typer av medieinnehåll världen över och på senare tid har en kraftig tillväxt skett genom att företag har visat ett större intresse att marknadsföra sig själva och sina produkter via sociala medier. Företagen använder sig då vanligtvis av ”influencers” för samarbeten.¹

Med influencer avses en inflytelserik påverkare eller opinionsbildare som har ett brett nätverk av följare på just sociala medier. En influencer använder sig av sociala kanaler för att exempelvis uttrycka åsikter i olika frågor eller tipsa om olika produkter eller liknande, utan ersättning. En influencer kan också, genom en förfrågan eller avtal från en annan näringsidkare, mot betalning eller annan ersättning, publicera kommersiella framställningar som har ett avsättningsfrämjande syfte.²

Dessa samarbeten mellan företag och influencers sker ofta genom kommersiella marknadsföringsåtgärder som sprids av influencers via sociala medier. Med andra ord ”influencer marketing”. Problemet här kan bli att det inte tydligt framgår att det just handlar om marknadsföring och vem som ligger bakom den. Konsumenterna som tar del av budskapet kan lätt luras och anta att det kommersiella budskapet som

¹ Widmark, Stefan., Ehlers, Bodil & Osmaneovic, Azra. *Amici Curiae*, Stockholm: Jure, 2017, s. 621–623.

² PMT 11949–16, s. 29.

influencers för fram är en personlig åsikt istället för en framställning i kommersiellt syfte som initierats av ett företag.³

Enligt en granskning från SVT framgår att marknadsföringslagen⁴ (MFL) inte alltid efterlevs i sociala medier.⁵ Den tekniska utvecklingen går snabbt och lagarna på medieområdet måste anpassas till denna utveckling.⁶ Den dolda marknadsföringen har ökat under de senaste åren och det är ofta svårt att bevisa att det föreligger ett avtal mellan influencern och näringsidkaren. Detta gör att det är näst intill omöjligt att fastställa den exakta omfattningen av smygreklam.⁷ Vad gäller den dolda reklamen kan det även vara svårt att urskilja vad som utgör kommersiellt respektive icke kommersiellt material. Eftersom influencern förmedlar såväl kommersiella som icke kommersiella meddelanden, som dessutom blandas kan det vara svårt att förstå var gränsen för MFL:s tillämplighet går och det är detta annonsören utnyttjar via dold marknadsföring.⁸ MFL gäller endast kommersiell reklam eller annan kommersiell marknadsföring. Den icke kommersiella marknadsföringen faller under yttrande- och tryckfriheten. Det finns således en gräns mellan tryck- och yttrandefrihetens samt MFL:s tillämpningsområde.⁹

1.2 Syfte och frågeställning

Det övergripande syftet med denna uppsats är att utreda, utifrån gällande rätt och praxis till vilken grad MFL är tillämplig på influencer marketing samt hur marknadsföringen av influencers kan utformas för att inte bryta mot MFL:s regler och därmed anses som otillbörlig marknadsföring. Vidare är syftet att utreda vem som kan anses bli ansvarig för den otillbörliga marknadsföringen samt förhållandet mellan dessa parter.

³ Widmark, m.fl., s. 621–623.

⁴ Marknadsföringslag (2008:486)

⁵ Hanell, Tove. Kritik mot dold reklam i sociala medier. SVT Nyheter. 2013- 11- 07. <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/kritik-mot-blogginkomster>. Hämtad 2019-01-29.

⁶ SOU 2016:58 s. 177

⁷ Nordström, Andreas. Skatteverket kartlägger sociala medier. Dagens Nyheter. 2013- 11- 06. <https://www.dn.se/ekonomi/skatteverket-kartlagger-sociala-medier/>. Hämtad 2019- 01- 29.

⁸ Hovstadius, S., *Innehållskontroll av kommersiella meddelanden i bloggar*, SvJT 2015 s. 202.

⁹ SOU 2018:1 s. 147

För att uppnå syftet kommer följande frågeställningar besvaras:

- *När är MFL tillämplig på influencer marketing och var går gränsen mellan kommersiellt och icke kommersiellt material vid marknadsföring på sociala medier?*
- *När anses en influencer agera på uppdrag av en uppdragsgivare?*
- *Hur bör den kommersiella marknadsföringen utformas och presenteras på sociala medier så att den stämmer överens med MFL:s regler, speciellt 9§ MFL om reklamidentifiering och sändarangivelse?*
- *Vem eller vilka blir ansvariga när dold reklam sker på sociala medier?*

1.3 Avgränsningar

Denna uppsats kommer endast att behandla och fokusera på marknadsföring på sociala medier. Reklam på internet som inte är influencer marketing kommer därmed inte behandlas. Detta för att ge en djupare förståelse för problematiken som uppstår vid just influencer marketing. Dock kommer ett fåtal rättsfall som inte handlar om influencer marketing att redogöras för. Dessa handlar om reklamidentifiering och sändarangivelse och syftet med denna redogörelse är att beskriva bedömningen och bakgrunden till kraven i 9 § MFL samt vad som gäller vid tillämpningen av MFL vid blandade meddelanden.

Vidare kommer uppsatsen endast behandla ämnet ur ett nationellt perspektiv och inte ett internationellt. Detta på grund av att den enda domen som behandlar influencer marketing är inom svensk rätt och är den första i sitt slag. Det finns således inga möjligheter att ta med domar ur ett internationellt perspektiv och inte heller en möjlighet till en närmre analys kring detta.

Det är vanligt att både influencers och deras följare är under 18 år och därmed inte myndiga. En ung publik kan ha svårare att skilja på vad som är information och vad som är marknadsföring och reklam. Influencer marketing som presenteras av unga samt riktas till andra barn och unga kommer inte att diskuteras i uppsatsen. I samband med detta kan man föra en diskussion om föräldrars ansvar. En sådan diskussion kommer inte ske, eftersom det inte ryms inom uppsatsens ramar.

1.4 Metod och material

1.4.1 Metod

Uppsatsen utgår ifrån en rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metoden kan dock framstå som otydlig och motsägelsefull. Den rättsdogmatiska metoden sätter ett problem eller en fråga i förgrunden. För att lösa de rättsliga problemen eller problemet får svaren sökas i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten, doktrin med mera. I analysen sammanvägs det funna materialet för att slutligen komma fram till ett svar, en slutsats eller en diskussion. Eftersom rättsdogmatiken även ägnar sig åt att analysera vilka påståenden som är för eller emot problemet i fråga kallas denna typ av metod för *de-lege-lata*-argumentation eller *de-lege-ferenda*-argumentation. *De-lege-lata* beskriver rättsläget som det är och *de-lege-ferenda* föreslår lösningar på problem som framstår som olösta.¹⁰ Uppsatsen behandlar en blandning av dessa två argumentationer.

Primärt kommer alltså den rättsdogmatiska metoden användas på det valda materialet för att besvara uppsatsens syfte och frågeställningar. Lagtolkning kan i de flesta fall behöva ”hjälpregler” för att ge en bredare förståelse kring vad bestämmelsen egentligen betyder och innebär. Exempel på sådana tolkningar kan vara motsatsslut, ändamålsinriktad tolkning och bokstavstrogen tolkning.¹¹

Risken med den rättsdogmatiska metoden kan vara entusiasmen som bildas i samband med vissa lösningar eller synsätt. Detta kan hindra rättsdogmatikern från att hålla sig neutral till själva frågan vilket i sig kan leda till en inte lika positiv bild av rättsläget som författaren egentligen hade hoppats på. En allt för stor entusiasm kan göra att analysen i sig fördunklas.¹² Trots att rättsdogmatiken är lätt att kritisera är den ändå en utvecklad metod som utövas såväl som en rättsvetenskaplig disciplin som en praktisk tillämpningsmetod bland domare och advokater. Metoden har ett betydande inflytande över rättsutvecklingen och påverkar både lagstiftare och domare. Rättsdogmatiska resultat kan visa sig vara en kreativ analys som kan skapa lösningar som inte ens uttalats innan rekonstruktionen gjordes. Därför är

¹⁰ Korling, Fredrik & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 2013, s. 21–22.

¹¹ Ibid s. 21.

¹² Ibid s. 43.

rättsdogmatiken en passande metod för uppsatsen eftersom de juridiska frågorna som uppstår vid marknadsföring på sociala medier inte ännu är helt klarlagda och kan på så sätt bidra till den juridiska debatten.¹³

EU-rättslig metod kommer även att tillämpas eftersom dels är marknadsföringslagen delvis harmoniserad, dels kompletterar den EU-rättsliga metoden den rättsdogmatiska metoden. Liksom det inte finns *en* svensk metod som kan tillämpas finns det inte heller *en* EU-rättslig metod utan olika metoder. EU-metoden är snarare ett tillvägagångssätt för att kunna hantera EU-rättsliga källor.¹⁴

Genom att vara någorlunda ny skiljer sig EU-rätten från många andra rättsordningar. EU-rätten kan delas in i två nivåer; en gemensam europeisk nivå och 28 nationella nivåer. I fördraget framkommer inga regler för hur EU:s rättsakter ska framgå i medlemsländernas rättsordning utan dessa principer utvecklas idag av EU-domstolen. EU-domstolen menar att EU-rätten kan ha direkt effekt och företräde framför medlemsstaternas egna nationella regler när det kommer till konflikter.¹⁵

1.4.2 Material

Utgångspunkten i denna uppsats är marknadsföringslagen (2008:486). När det kommer till influencer marketing är det speciellt 9 § MFL om reklamidentifiering och sändarangivelse som är av intresse och därför kommer en djupare analys kring 9 § MFL att ske. MFL är uppbyggd som en omvänd pyramid där den översta heltäckande byggstenen består först av inledande bestämmelser (1§), lagens tillämpningsområde (2 §), definitioner (3 §) och direktivbilagan (4 §). Den översta byggstenen består också av den allmänna generalklausulen 5 § som även omfattar 6–8 §§ MFL. Detta kommer också tas i beaktande då dessa paragrafer ger en grund till dagens marknadsföringslag.

Genom dagens snabba teknikutveckling skapas kontinuerligt nya marknadsföringsmetoder vilket gör att även det rättsliga området måste följa med i

¹³ Korling & Zamboni, 2013, s. 44.

¹⁴ Ibid s. 109.

¹⁵ Ibid s. 110.

utvecklingen. Eftersom marknadsrätten är i ständig rörelse är MFL en teknikneutral lag och närmre tolkningar av MFL går att hitta i rättstillämpningen. Rättspraxis är därför en viktig del av uppsatsen eftersom den ger en tydligare förståelse för lagens tillämpningsområde och hur enskilda bestämmelser ska tolkas. Då det inte finns mycket tidigare praxis när det kommer till just influencer marketing kommer rättsfall som berör andra typer av medier användas i analysen. Uppsatsen kommer att lägga stort fokus på hur PMD dömde i det så kallade Influencermålet PMT 11949–16, eftersom fallet är det enda än så länge som behandlar just influencer marketing. Domen från PMD är dock överklagad och PMÖD kommer döma i målet inom kort.

Lagkommentarer som återfinns i databaserna Karnov eller Zeteo kommer också undersökas då kommentarerna kan ge en bättre förståelse för bestämmelsernas innebörd.

Källor såsom lagförarbeten, doktrin, utredningar och vetenskapliga artiklar med mera kommer också ligga till grund för uppsatsen. Dessa källor används för att kunna fastställa gällande rätt och för att ge en bättre och mer utförlig förståelse kring gällande rätt.

Diverse organisationers och myndigheters material, såsom exempelvis Konsumentverket eller Reklamombudsmannen, är av stor betydelse när det kommer till tolkning av lagen och har därför också varit en form av källor under uppsatsskrivandet. Dessa vägledande beskrivningar och allmänna råd är inte juridiskt bindande men är avsedda att iakttas.¹⁶ Till exempel har beslut från RO inte någon rättslig effekt, vilket bör tas i beaktande, men besluten utgör ändå en tillräckligt god rättskälla.

En annan viktig rättskälla är Internationella handelskammarens (ICC) grundregler för reklam och marknadskommunikation som är tolkningsunderlag för MFL. Dessa regler är rättsligt icke-förbindande, så kallad ”soft law”. Reglerna tolkar en inom näringslivet internationellt utarbetad och vedertagen standard för vad som faktiskt

¹⁶ Bernitz, Ulf., *Svensk och europeisk marknadsrätt*, Stockholm: Nordstedts juridik 2013, s. 56.

är god marknadsföringssed. Reglerna innehåller 26 artiklar där vissa grundregler är mer detaljerade regler för specifikt viktiga områden som exempelvis reklam och marknadsföring i digitala interaktiva media såsom onlineregler. ICC:s grundregler används som underlag i svensk praxis men också som utgångspunkt och stöd sedan den första marknadsföringslagen tillkom 1970.¹⁷

Den svenska marknadsföringsrätten grundar sig på EU-direktiv, därför behandlas även EU-rätt. Det vill säga direktivet om otillbörliga affärsmetoder (2005/29/EG). Direktivets grundläggande materiella bestämmelser finns i MFL:s generalklausuler 5–8 §§. Den svarta listan har också införlivats i svensk rätt.

1.5 Forskningsläget

Ämnet influencer marketing är ett relativt nytt och outforskat område. I och med den snabba teknikutvecklingen har mycket inom den svenska marknadsföringsrätten förändrats under en kort period, men området är fortfarande, till viss del, outforskat. Det finns bara ett svenskt rättsfall gällande influencer marketing vilket även sägs vara det enda i historien gällande marknadsföring på sociala medier.

Forskning som behandlar området går exempelvis att finna i SvJT 2015 s. 202. *”Innehållskontroll av kommersiella meddelanden i bloggar”* av Sara Hovstadius samt Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971–2016 som behandlar området *”Marknadsrätten och sociala medier”* samt Business Law Review kallad *”Navigating the Uncharted Risks of Covert Advertising in Influencer Marketing”*. Detta är den juridiska forskning inom området som är relevant för skrivandet. Vidare finns SOU 2018:1 *”Ett reklamlandskap i förändring”*. Denna utredning är inte forskning men tar upp just influencer marketing på flera ställen.

1.6 Disposition

Uppsatsen är indelad i sju olika kapitel. I detta *första kapitel* presenteras en bakgrund till det valda ämnet samt vilka problem som uppstår vid influencer marketing. Vidare presenteras syfte och frågeställningar, avgränsningar, metod och

¹⁷ Bernitz 2013, s. 55.

materialval, forskningsläge samt disposition. *Det andra kapitlet* behandlar ämnet influencer marketing och ger en tydligare grund till problemområdet samt olika begrepp som behandlas i uppsatsen. *Det tredje kapitlet* tar upp gällande rätt där kommersiellt och icke kommersiellt material behandlas samt mer allmänt om reklamidentifiering, sändarangivelse och ansvarsfördelning. I avsnittet tas även praxis upp som behandlar området. *Det fjärde kapitlet* är ett kortare kapitel som beskriver förhållandet mellan influencern och företaget. Det vill säga vilka problem som kan förekomma om det inte finns något avtal mellan uppdragsgivaren (företaget) och uppdragstagaren (influencern). *Det femte kapitlet* är ett mer djupgående kapitel om reklamidentifiering, sändarangivelse och ansvarsfördelning på just sociala medier. Kapitlet ger en utförligt redogörelse till det så kallade "Influencermålet" som är det första och enda i svensk domstol som behandlar influencer marketing. Avsnittet tar även upp en stämningsansökan som är av betydelse för bedömningen. *I det sjätte kapitlet* analyseras det som beskrivits ovan där även en diskussion förs kring frågeställningarna. Till sist förs en kortare slutdiskussion i *kapitel sju* samt en slutsats.

2. Influencer marketing

2.1 Inledning

En av de vanligaste typerna av marknadsföring idag är att företag samarbetar med influencers och kan på så sätt marknadsföra sig själva via sociala medier. Det råder inga tvivel om att influencers med hjälp av social media har en stor potential att nå ut till ett stort antal konsumenter, även globalt. Företagen drar nytta av detta breda spektrum och därför har influencer marketing blivit värdefullt för företag och andra näringsidkare.¹⁸

Influencer marketing och sociala medier går inte långt bak i tiden. År 2004 startades de första bloggarna och år 2006 ansågs de stora medieplattformarna vara en viktig informationskälla. Till en början tjänade influencers pengar på digitala annonsers och banners men idag har kvalitén på marknadsföringen blivit allt mer utvecklad i takt med den digitala utvecklingen och influencers blir allt mer granskade. Problem uppstår när konsumenten inte förstår om inlägget denne tar del av är kommersiellt ursprung eller inte. Det vill säga när influencern inte har markerat inlägget som ett betalt samarbete. Detta måste alltså uttryckas så att inte marknadsföringen anses som vilseledande. För både företaget och influencer är det av stor vikt att veta vilka regler som gäller för varje annons, publikation eller samarbete.¹⁹

¹⁸ Göneç Gürkynak, Ç. Olgu Kama & Burcu Ergün, *Navigating the Uncharted Risks of Covert Advertising in Influencer Marketing*. 2018, Tillgänglig:

<http://www.kluwerlawonline.com.ludwig.lub.lu.se/document.php?requested=document.php%3Fid%3DBUL.A2018004%26type%3Dhitlist%26num%3D0%23xml%3Dhttp%3A%2F%2Fwww.kluwerlawonline.com%2Fpdfhits.php%3Ftype%3Dhitlist%26num%3D0&id=BUL.A2018004&type=hitlist&num=0#xml=http://www.kluwerlawonline.com.ludwig.lub.lu.se/pdfhits.php?type=hitlist&num=0&PHPSESSID=nsrscj8iqu6gv08nuv48ti80j3>. Hämtad 2019-04-27.

¹⁹ Stenberg, Anna. Marknadsföring via influencers, vad säger lagstiftningen? IPQ 2018-09-27 <https://www.ipq.se/marknadsforing-via-influencers-vad-sager-lagstiftningen/> Hämtad 2019-01-29.

2.2 Sociala medier

Sociala medier kan beskrivas som mångfacetterade och komplexa kommunikationskanaler som i huvudsak sträcker sig från ”interpersonell” kommunikation med viss möjlighet till en bredare social interaktion till komplexa sociala system, såsom Facebook och Instagram. Ursprunget till dagens sociala medier är delandet av texter och diskussionen som förs mellan användarna av de digitala nätverken. Idag har sociala medier utvecklats från textbaserade plattformar till multimediala tjänster för kommunikation som existerar i en mängd olika plattformar och tjänster. Utgångspunkten när det kommer till sociala medier är att immaterialrättsliga och marknadsrättsliga regler även gäller på sociala medier vilket också brukar kopplas samman till de användarvillkor som de sociala plattformarna har.²⁰

Förenklat sett går det att säga att sociala medier är utformade på två olika sätt. Det ena sättet är att användarna ska kunna dela med sig av information i form av texter, bilder, filmer och ljudfiler som antingen laddas upp på plattformen eller via länkar. Det andra sättet är att användarna ska kunna kommentera och ta del av egna och andras delningar. Det bör också beaktas att de olika sociala medierna har olika funktioner. Vissa är utformade för visuell kommunikation såsom medier där bilder eller videos delas, till exempel Instagram eller Youtube och andra är utformade för snabb textbaserad kommunikation, exempelvis Twitter. I vissa medier sker kommunikationen flyktigt, såsom Snapchat, men i andra fall kan det även handla om en mer bestående kommunikation såsom Facebook, som ses som ett mer identitetbaserat nätverk.²¹

I de flesta fall har sociala medier idag, såsom Facebook, Twitter, Instagram, Youtube eller andra bloggar, även blivit plattformar för reklam och produktplacering. Detta har lett till en ökad förekomst av dold och vilseledande reklam eftersom de kommersiella inläggen ofta förväxlas eller är av blandat kommersiellt slag. Dessutom kan det hända att konsumenterna upplever sociala medier som ett utbyte av information mellan konsumenter och därmed är

²⁰ SOU 2016:58 s. 330.

²¹ SOU 2016:7 s. 111.

ouppmärksamma på att näringsidkare faktiskt använder sociala medier för marknadsföringssyften.²²

2.3 Vad är och gör en influencer?

Ordet influencer kommer från det engelska språket och betyder påverkare. Genom sitt handlande kan influencers påverka andra människors agerande och köpkonsumtion. Influencern får ersättning av företag för att påverka andra att köpa produkter eller tjänster och företagen kan genom influencern nå ut till en bredare och mer specificerad målgrupp. En influencer är således en typ av marknadsförare med målet att få konsumenterna att köpa de marknadsförda varorna eller tjänsterna. Influencers påverkar alltså andra personers köpbeteende genom bilder, videor och inlägg via sociala medier som deras så kallade följare tar del av.²³

Ordet influencer är ett samlingsnamn för internetprofiler som vanligtvis dokumenterar vardagen i sina liv och sedan publicerar dokumentationen på sociala medier såsom bloggar, Youtube, Twitter, Instagram Facebook, Snapchat etc. Ofta har en influencer ett speciellt intresse såsom matlagning, mode, sport eller liknande.²⁴

Influencers är inte bara marknadsförare som påverkar andra människor att köpa specifika varor eller tjänster, deras inlägg på sociala medier kan även omfattas av tryck- och yttrandefriheten. Det kan antingen vara en kombination av dessa men också endast ren marknadsföring som i sådana fall omfattas av MFL. Ökningen av marknadsföring via influencers gör att gränsdragningen mellan kommersiella och icke kommersiella meddelanden sätts på prov.²⁵

2.4 Dold marknadsföring

Företag har under decennier kunnat styra informationen om sig själva genom köpta eller egna kanaler. Idag är dock läget annorlunda eftersom det är svårt att urskilja om reklamen i sig är influencers personliga åsikter eller om åsikterna är köpta,

²² SWD (2016) 163 final.

²³ *Framtid.se* ”Influencer”, Tillgänglig: <https://www.framtid.se/yrke/influencer>, 2019. Hämtad: 2019-01-29.

²⁴ Ibid.

²⁵ SvJT 2015 s. 206.

det.²⁶ Ett problemområde med influencer marketing är att det förekommer dold reklam. I flera fall är reklamen utmärkt men ofta inte så tydligt som krävs enligt marknadsföringslagen. Eftersom influencer marketing är en ny marknadsföringsmetod är det svårt att avgöra vad som är rätt och fel.²⁷

De influencers som används i marknadsföringssyfte är i många fall unga personer som varit helt vanliga användare av sociala medier och som förväntas sköta de olika marknadsföringskanalerna på egen hand. Detta påverkar förekomsten av dold reklam i sociala medier eftersom dessa personer sällan vet skillnaden på dold reklam och rättslig marknadsföring samt kraven på reklammarkering och sändarangivelse.²⁸

Enligt direktiven är dold marknadsföring ett problem, särskilt fört konsumenterna eftersom det är av stor betydelse för konsumenterna att kunna avgöra om ett meddelande är av kommersiell natur eller inte. Detta eftersom det ska finnas en möjlighet för konsumenterna att kunna jämföra de olika produkterna och sedan göra väl avvägda val utifrån egna behov och intressen.²⁹

Enligt rapporten ”*De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om dold marknadsföring 10 maj 2016*” fastställs det bland annat att dold reklam har ökat de senaste åren, i synnerhet på sociala medier. Den dolda marknadsföringen har också ökat i de traditionella marknadsföringskanalerna. Den dolda reklamen är ett högt prioriterat ämne för de nordiska konsumentombudsmännen eftersom det är viktigt att konsumenter inte utsätts för dold reklam.³⁰ Ståndpunkten visar de nordiska konsumentombudsmännens uppfattning om reglerna för reklamidentifikation och har tagits fram för att företag ska få en bättre förståelse för hur de ska gå tillväga för att inte överträda förbudet mot dold reklam.³¹

²⁶ Stenberg, 2018.

²⁷ SOU: 2018:1 s. 193.

²⁸ Ibid, s. 212.

²⁹ Ibid, s. 209.

³⁰ Ibid, s. 209.

³¹ *Konsumentverkets vägledning*, ”De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om dold marknadsföring”, Tillgänglig: <https://www.konsumentverket.se/globalassets/publikationer/produkter-och-tjanster/reklam-och-marknadsforing/vagledning-nordisk-standpunkt-om-dold-marknadsforing-konsumentverket.pdf>, 2016. Hämtad 2919-04-23, s 4.

Reklam delas in i två grupper; tydlig reklam och dold reklam. Tydlig reklam avser den vanliga typen av reklam, det vill säga sådan reklam som finns i tidningen, på tv och syns på reklamtavlor etc. Denna reklam har ett tydligt syfte med just att få konsumenter att vilja köpa något och det är därför relativt lätt för konsumenterna att kunna identifiera budskapet som reklam. Även om all tydlig reklam inte är utformad på samma sätt så har den en tydlig avsändare och den är som regel visuellt och publiceringsmässigt åtskild från övrigt medieinnehåll.³²

Den dolda reklamen går främst att finna i andra medietyper och är därför inte utformad på samma sätt som den tydliga reklamen. Dold reklam kan finnas som exempelvis produktplacering i biofilmer (offline) men också online, det vill säga i sociala medier, bloggar, webbsidor eller appar och den kan se ut på olika sätt. Generellt sett är den dolda reklamen ett material som företag betalar för, men som annonsmärks påtagligt mindre tydligt än traditionell reklam. Dold reklam kan alltså förekomma i tryckta medier som exempelvis inbäddad i journalistiska texter, eller i en reklambilaga som ser ut att tillhöra tidningen. Det kan också förekomma dold reklam på en webbplats som har byggts som en informationssida men som egentligen är en marknadsföringssida. Den dolda reklamen förekommer, dock som mest, i sociala medier och bloggar. Trots att det tydligt framgår vad som gäller för reklam enligt MFL och ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation förekommer det ofta dold reklam i bloggar och andra sociala medier. Faktorer som påverkar förekomsten av dold reklam kan vara, som sagt, att de flesta influencers är unga och sköter hela verksamheten på egen hand.³³

Det är inte förbjudet att som influencer skriva om en produkt för att lyfta ett företag. Det är däremot förbjudet att få ersättning för att skriva om en produkt eller ett företag och inte markera det som marknadsföring. Konsumenten som läser bloggen eller tar del av inläggen på sociala medier måste genast förstå att det handlar om ett inlägg som är marknadsföring. Det måste alltså tydligt framgå att det handlar om marknadsföring samt vem som står bakom den aktuella marknadsföringen.³⁴

³² SOU 2018:1 s. 210.

³³ SOU 2018:1 s. 210–212.

³⁴ SOU 2018:1 s. 212.

3. Gällande rätt

3.1 Marknadsföringsrätten

Den svenska marknadsföringslagen är från 2008 och EU-direktivet om otillbörliga affärsmetoder är genomfört i lagen.³⁵ Direktivet syftar till en fullständig harmonisering av bestämmelserna om konsumenternas skydd mot otillbörliga affärsmetoder och ska tillämpas på otillbörliga affärsmetoder av en näringsidkare gentemot konsument före, under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt.³⁶ Reglerna i MFL kompletteras i en bilaga till direktiv 2005/29/EG med ytterligare 31 förbud mot aggressiva och vilseledande marknadsföringsåtgärder.³⁷ Dessa 31 förbud ska alltid anses som otillbörliga mot näringsidkare och konsumenter. Dessa 31 förbud kallas för Svarta listan.³⁸

Syftet med MFL går att finna i 1 § där det anges att lagen avser att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Dock framstår intresset att skydda konsumenterna som mer omfattande. Marknadsföringen har enligt MFL höga krav på vederhäftighet för att ge konsumenter och näringsidkare ett högt skydd. Generellt bidrar också MFL, för att säkerställa genomslaget för direktivet om otillbörliga affärsmetoder, till att främja den fria rörligheten på marknaden och en väl fungerande konkurrens.³⁹ MFL har en generell räckvidd och täcker hela marknadens utbud och efterfrågan av produkter och omfattar alla former av media.⁴⁰

³⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004.

³⁶ Prop. 2007/08:115 s. 54.

³⁷ Tillkännagivande (2008:487) med anledning av marknadsföringslagen (2008:486).

³⁸ Gerhard, Peter, *Marknadsrättens grunder*, 4:e uppl., Malmö, Gleerups Utbildning AB, 2016, s. 18.

³⁹ Bernitz, 2013, s. 39–40.

⁴⁰ Prop. 2007/08:115 s. 61.

Vad som framgår av förarbetena är att MFL är uppbyggd som en omvänd pyramid. Den översta heltäckande byggstenen består av den allmänna generalklausulen 5 § MFL som anger att marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed. Strider marknadsföring mot god marknadsföringssed är den att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut (6§ MFL). Generalklausulen gör det möjligt att fånga upp de otillbörliga åtgärder som inte är vilseledande eller aggressiva enligt de mer utmärkande reglerna som 7 och 8 §§ MFL. Nästan alla bestämmelser i MFL stämmer överens med de fyra byggstenar som direktivet om otillbörliga affärsmetoder är uppbyggt av.⁴¹ Svarta listan, som är en bilaga till direktivet och gäller som lag i Sverige, utgör byggstenen i botten och omfattar 31 specificerade affärsmetoder som är ett helt förbjudna kärnområden.⁴² Vid bedömningen av god marknadsföringssed tas även hänsyn till föreskrifter från KO, rättspraxis från marknadsdomstolen och Internationella Handelskammarens för reklam och marknadskommunikation, det så kallade ICC:s regler.⁴³

Begreppet genomsnittskonsumент har en stor betydelse inom marknadsföringsrätten. Enligt MFL och direktivet ska en affärsmetod bedömas utifrån effekten metoden har på genomsnittskonsumenten. Definitionen kommer från EU-domstolen där genomsnittskonsumenten är en konsument som är *”normalt informerad och skäligen uppmärksam och upplyst, med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer”*.⁴⁴ Inom marknadsföringsrätten finns alltså vissa krav på konsumenterna vilket innebär att bedömningen när det kommer till genomsnittskonsumenten kan se olika ut från fall till fall.⁴⁵ Vid bedömningen måste en näringsidkare ta hänsyn till vilka mottagare som faktiskt kommer att beröras av marknadsföringen i fråga och inte till dem som näringsidkaren har avsett att nå med reklamen. Därför måste marknadsföringen bedömas utifrån den målgrupp som berörs av marknadsföringen.⁴⁶

⁴¹ SOU 2018:1 s. 69–70.

⁴² Bernitz, 2013, s. 41.

⁴³ Widmark, m.fl., s. 624.

⁴⁴ C-470/93, *Mars*, C-210/96 *Gut Springenheide* och C-220/98 *Estée Lauder*.

⁴⁵ Bernitz, 2013, s. 51.

⁴⁶ Widmark m.fl., s. 629.

3.2 Soft Law

3.2.1 Inledning

Inom marknadsföringsrätten finns det även en rad andra regler. Dessa kan kallas för frivilliga åtgärder där tanken är att företag ska försöka anta de brister som finns i marknads sätt att fungera. Dessa egenåtgärder kompletterar lagstiftningen på ett sätt och vidtas av företag eller näringslivsorganisationer för att väcka medvetenhet och förebygga konsumentproblem på marknaden. Dessa organ övervakar marknaden och ser till att regler följs.⁴⁷

3.2.2 ICC

Grundläggande för hur reklam och annan marknadsföring ska vara utformad är ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation (Internationella Handelskammaren – *International Chamber of Commerce*) som är ett utomrättsligt system och har en stor internationell betydelse. Reglerna är frivilliga att följa, det vill säga rättsligt icke-förbindande i form av ”soft law”. ICC arbetar för att underlätta internationell verksamhet och bidrar på olika sätt att förenkla handel och investeringar mellan olika länder.⁴⁸

ICC är en organisation som representerar företag från diverse sektorer inom alla delar av världen och har medlemmar i mer än 120 olika länder. ICC bildades år 1919 där de ledande principerna inom organisationen är marknadsekonomi, frihandel och transparens. Främsta syftet är att arbeta för att bidra till en självreglering med uppförandekoder som sätter standarder och praktiska regler. Självregleringen skapar normer som skyddar producerade varor och tjänster genom exempelvis etiska regelverk. Genom att ICC:s regler tillämpas i olika länder samt på specifika marknader bidrar dessa regler till en ökad harmonisering och samsyn.⁴⁹

⁴⁷ SOU 2018:1, s. 111.

⁴⁸ ICC, ”Marknadsföring”, Tillgänglig: <https://www.icc.se/sjalfvreglering/marknadsforing>, 2019. Hämtad 2019-05-02.

⁴⁹ Ibid.

När det kommer till tolkningen av ICC:s regler ska bedömningen av reglerna genomföras utifrån den typiske konsumentens kunskap, erfarenhet och omdömesförmåga, samt i ljuset av sociala, kulturella och språkliga förhållanden.⁵⁰

I den senaste upplagan från juni 2011 har digital interaktiv marknadskommunikation blivit en del av koden. Reglerna täcker alla metoder, plattformar och enheter som används i digital media vilket gör att reglerna nu är fullt tillämpliga på sådan typ av marknadsföring också. Enligt koden ska marknadskommunikation bedömas med utgångspunkt i hur den påverkar målgruppens genomsnittskonsumert med hänsyn till vilket medium som används i sammanhanget.⁵¹

Artikel 9 och 10 om identifiering, identitet och sändarangivelse går även att hitta i 9 § MFL. Principen om reklamidentifiering har en grundläggande betydelse på det marknadsföringsrättsliga området och uttrycks även på flera ställen i direktivet om otillbörliga affärsmetoder samt i Svarta listan.⁵²

3.2.3 Reklamombudsmannen

Reklamombudsmannen är en stiftelse i näringslivets självreglering som arbetar med all kommersiell marknadskommunikation inom den svenska marknaden. Detta sker genom prövning om reklamen följer ICC:s regler för reklam om marknadskommunikation. Konsumenter, företag och organisationer kan anmäla reklamen i fråga som anses strida mot reglerna. RO meddelar beslut i ärenden där det finns praxis. Om praxis inte föreligger förs ärendet vidare till RON för prövning. RON (Reklamombudsmannens opinionsnämnd) är en sammansättning av ledamöter från marknaden alla olika aktörer. Då RO är en stiftelse och inte en förening, myndighet eller domstol kan inte sanktioner såsom skadestånd eller böter utdömas. Syftet är istället att offentliggöra otillbörlig marknadsföring som strider mot ICC:s regler och på så sätt väcka en större medvetenhet och förståelse för vad god marknadsföringssed innebär samt ge vägledning till marknaden aktörer.⁵³

⁵⁰ ICC, "ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation", <https://www.icc.se/wp-content/uploads/2015/09/ICCs-Regler-f%C3%B6r-Reklam.pdf>, 2011. Hämtad 2019-05-02.

⁵¹ SOU 2018:1 s. 114.

⁵² Melin, Stefan, *Marknadsrätt*, 1 uppl. Malmö, Liber, 2009, s. 65.

⁵³ *Reklamombudsmannen*, "Om oss", Tillgänglig: https://reklamombudsmannen.org/ro_ron, 2019. Hämtad 2019-05-02.

3.3 Gränsdragningen mellan kommersiellt och icke kommersiellt material

Den ökade användningen av internet och andra digitala innovationer gör att det idag är ännu enklare att kommunicera både kommersiella och icke kommersiella meddelanden till stora målgrupper. Detta har lett till att det produceras ett större antal olika slags medieinnehåll där reklambudskap kan placeras.⁵⁴ Företag har på senare år förstått vikten av den marknadsmässiga potentialen som finns i marknadsföringssamarbeten vilket har lett till fler samarbeten mellan influencers och näringsidkare. Detta har i sin tur försvårat gränsdragningen samt bidragit till oklarheter kring var gränsen går för ett inlägg på sociala medier samt om det omfattas av MFL:s regelverk eller ej.⁵⁵

Framställningar som är av utpräglad kommersiell natur, det vill säga sådana som har vidtagits i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte samt har rent kommersiella förhållanden till föremål, omfattas av MFL och utgör alltså en begränsning av yttrandefriheten som regleras i Tryckfrihetsförordningen (TF) och Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL). Med detta menas att MFL alltså endast kan tillämpas på framställningar av kommersiellt slag. TF och YGL kan vara exklusivt tillämpliga om marknadsföringen i fråga är inriktad på att förmedla allmänheten vissa värderingar eller påverka ett visst beteende. Denna exklusivitetsgrundsats finns att hitta i 1 kap. 3§ TF och 1 kap. 4 § YGL.⁵⁶

Marknadsföring som inte är kommersiell kan som sagt ha formen av exempelvis religiösa budskap, politisk propaganda, konsumentupplysning eller annan samhällsinformation och informationsverksamhet från intresseorganisationer. Handlingsfriheten på området är väldigt stor eftersom det inte finns någon motsvarighet till marknadsföringslagen när det kommer till icke kommersiell marknadsföring. Dock är det inte så att kommersiell marknadsföring helt och hållet faller utanför skyddet för tryck- och yttrandefriheten.⁵⁷ Att kunna yttra sig i

⁵⁴ SOU 2018:1 s. 145.

⁵⁵ SvJT 2015 s. 204.

⁵⁶ Prop. 2007/08:115 s. 111–112 ff.

⁵⁷ Bernitz, 2013, s. 60.

kommersiell reklam är egentligen en del av den allmänna yttrandefriheten och kommersiell marknadsföring omfattas av denna frihet. Dock är yttrandefrihetsskyddet svagare för kommersiell marknadsföring och är beroende av en proportionalitetsbedömning. Detta går även att hitta i 2:1 RF och 2:23 RF där kommersiell marknadsföring omfattas av tryck-och yttrandefriheten men friheten att yttra sig i marknadsföring är av begränsad karaktär.⁵⁸ Reklam och annan marknadsföring är egentligen en typ av yttrande som omfattar informations - och nyhetsförmedling. Dock, i marknadsföringslagens mening, kan marknadsföring skilja sig från nyhets- och åsiktsförmedlingen genom att den har ett kommersiellt syfte och rent kommersiella förhållanden till föremål.⁵⁹

När det kommer till marknadsföring på sociala medier brukar den förmedlande parten vara en fysisk person. Detta kan leda till att gränsen mellan kommersiella och icke kommersiella meddelanden suddas ut vid själva marknadsföringen vilket kan göra det ännu svårare att avgöra vilka av de nämnda regelverken som är tillämpliga.⁶⁰ Om yttrandet har ett avsättningsfrämjande syfte och det är otillbörligt omfattas det inte av tryck- och yttrandefrihetsrätten utan av MFL. Om marknadsföringen har flera olika syften, det vill säga blandade meddelanden, ska, om det är möjligt, grundlagsskyddet omfatta de icke-kommersiella meddelandena och MFL omfatta de kommersiella yttrandena.⁶¹ Detta bevisas även av prop. 1993/94:98, vilket i detta fall handlar om annonser, där den del av annonsen som utgör reklam behandlas som en kommersiell annons och det opinionsbildande inslaget inte ska omfattas av bestämmelserna för kommersiell annons.⁶² Om det vid en helhetsbedömning av annonsen, framgår att den är avsedd att främja avsättningen för ett företags vara eller tjänst gäller de marknadsrättsliga reglerna men om annonsen bedöms ha ett tydligt framträdande nyhetsförmedlande inslag ska tryckfriheten vara företrädande.⁶³ Något som bör tas i beaktande är att MD i

⁵⁸ Bernitz, 2013, s. 61.

⁵⁹ SOU 2018:1 s. 148.

⁶⁰ SvJT 2015 s. 202.

⁶¹ Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten, En introduktion*, 7:e uppl. Stockholm, Wolters Kluwer, 2017, s. 105.

⁶² Prop. 1993/94:98 s. 29–30.

⁶³ Edmar, Malin, *Internetpublicering och sociala medier*, 6:e uppl. Stockholm, Nordstedts juridik, 2018, s. 115.

exempelvis MD 2007:31 särskilt betonat att i tveksamma fall ska tryckfriheten ha företräde och detta har även HD bekräftat i NJA 1999 s. 749.⁶⁴

3.4 Allmänt om reklamidentifiering och ansvarsfördelning

3.4.1 Reklamidentifiering och sändarangivelse

Reklamidentifiering och sändarangivelse regleras i 9§ MFL. Dessa regler om informationsskyldighet gäller för all typ av reklam och marknadsföring även den som är riktad till en näringsidkare. Kravet gäller alltså inte bara för tidningsannonser som kan vara svåra att skilja från redaktionellt material utan även för all annan reklam såsom reklam på webbplatser, sociala medier, tv-och radioreklam och direktreklam. Paragrafen kan ses som en mer tydlig och konkret förklaring till det grundläggande förbudet mot vilseledande marknadsföring som går att hitta i 10 § MFL där man kan vilseleda genom att underlåta att meddela att marknadsföringen är kommersiell.⁶⁵

”All marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring.

*”Det ska också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Detta gäller dock inte framställningar vars enda syfte är att skapa uppmärksamhet inför uppföljande framställningar”, 9 § MFL.*⁶⁶

MD har kommit fram till att kravet på reklamidentifiering (se dom 2006:15 nedan) innebär att konsumenten ska ha möjlighet att vid ett minimum av ansträngning kunna välja att inte ta del av ett kommersiellt meddelande. Det är inte tillräckligt att konsumenten anar och så småningom förstår att det är fråga om marknadsföring, utan det ska framgå från första början att det handlar om en marknadsföringsåtgärd.⁶⁷ Det är alltså viktigt att annonsen, i form av layout och textinnehåll, är utformad på så sätt att det inte finns någon risk att den förväxlas med ett redaktionellt meddelande.⁶⁸

⁶⁴ SvJT 2015 s. 203.

⁶⁵ Bernitz, 2013, s. 107.

⁶⁶ 9 § MFL.

⁶⁷ MD 2006:15.

⁶⁸ MD 1987:5

9 § MFL om reklamidentifiering kommer till uttryck på flera ställen i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Paragrafen är också en kodifiering av artikel 10 i ICC:s grundregler för reklam och marknadskommunikation.⁶⁹ Av den Svarta listan framgår, enligt punkt 11, att användningen av annonser i redaktionell form är förbjuden. Vidare stadgas ett förbud i punkt 22 i Svarta listan mot att oriktigt påstå eller skapa intryck av att näringsidkaren inte agerar i syften som hänför sig till dennes näringsverksamhet, yrke eller yrkesområde eller felaktigt uppträder som konsument.⁷⁰ Utifrån förarbetena framgår det att reklam inte får vara utformad på ett sådant sätt så att den uppfattas som redaktionell text. En annan grundläggande princip är att det av en marknadsföringsåtgärd ska framgå vem som svarar för den, det vill säga en sändarangivelse.⁷¹

I artikel 9 och 10 i ICC:s grundregler regleras reklamidentifiering och sändarangivelse. I artikel 9 anges *”att marknadskommunikation ska vara lätt att identifiera som sådan, oavsett utformning och medium. Om media används som innehåller nyheter eller redaktionellt material ska reklamen presenteras så att dess karaktär omedelbart framgår, liksom vem annonsören är. Marknadskommunikationen får inte dölja eller vilseleda om sitt verkliga, kommersiella syfte. Det innebär att kommunikation som främjar avsättningen av eller tillgången till en produkt inte får ges ut för att vara t.ex. en marknadsundersökning eller en konsumentenkät, användargenererat innehåll, en privatpersons blogg eller en oberoende recension”*.⁷²

3.4.2 Ansvarsfördelning

I artikel 10 i ICC:s grundregler anges även att *”identiteten hos den som svarar för en marknadskommunikation tydligt ska framgå. Där så är lämpligt ska marknadskommunikationen innehålla kontaktinformation så att konsumenten lätt kan nå annonsören/marknadsföraren”*. I artikel 23 regleras även allmänna ansvarsregler där bland annat annonsören/marknadsföraren har det övergripandet

⁶⁹ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) kommentaren till 9 §, Karnov.

⁷⁰ Svensson, Carl Anders, *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, 17:e uppl. Lund, Studentlitteratur, 2016, s. 54.

⁷¹ Prop. 1994/95:123 s. 165–166.

⁷² ICC:s Regler för marknadskommunikation, s. 9 och 15.

ansvaret för marknadskommunikationen. Artikeln nämner även att ansvaret ligger på den vars produkter marknadsförs genom marknadskommunikationen ifråga (annonsören/marknadsföraren), reklam- eller annan kommunikationsproducent samt utgivaren, medieföretaget eller annan uppdragstagare/leverantör.⁷³ I och med detta aktualiseras frågan om mellanhänder. Med mellanhänder menas exempelvis annonsbolag eller förmedlare, det vill säga en näringsidkare som fungerar som en mellanhand mellan annonsörer och influencers. Om exempelvis annonsbolaget driver på ökningen av den dolda reklamen kan det bidra till ökade konsumentproblem.⁷⁴

Enligt 23 § MFL kan en näringsidkare som tillhandahåller otillbörlig marknadsföring förbjudas att fortsätta med marknadsföringen. Förbudet gäller även mot en anställd hos näringsidkaren, någon som handlar på näringsidkarens vägnar samt någon annan som i övrigt har bidragit till marknadsföringen.⁷⁵ Förbudet brukar rikta sig mot just den näringsidkaren som gjort sig skyldig till den otillbörliga marknadsföringen och som likaväl kan vara fysisk som juridisk person. Förbudet riktar sig inte bara till näringsidkaren utan också till andra som har inflytande på marknadsföringen som exempelvis en tidning eller reklambyrå som hjälpt till med utformningen. Dock är det just näringsidkaren som måste, vid tvister, visa att marknadsföringen inte är otillbörlig eftersom det är näringsidkaren som sitter inne med all fakta.⁷⁶

Enligt praxis från MD, exempelvis MD 1992:19 har det slagits fast att huvudansvaret alltid föreligger hos näringsidkaren, oavsett om denna har varit inblandad i utformningen av marknadsföringen eller inte.⁷⁷

⁷³ ICC:s Regler för marknadskommunikation, s. 9 och 15.

⁷⁴ SOU 2018:1 s. 281–282.

⁷⁵ Marknadsföringslag (2008:486) 23§ MFL

⁷⁶ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) kommentaren till 23 §, Karnov.

⁷⁷ MD 1992:19.

3.5 Praxis

3.5.1 Gränsdragning

För att få en bättre förståelse kring gränsdragningen mellan kommersiell och icke kommersiell marknadsföring ska rättspraxis redogöras för, eftersom lagstiftaren undvikit att lagreglera frågan. Avgörande blir därmed den gränsdragning som finns i rättspraxis. Särskilda problem uppstår vid så kallade blandade meddelanden, det vill säga sådana meddelanden som innehåller både kommersiellt och redaktionellt material. Avgörande betydelse blir därmed de ställningstaganden som HD gjort i ett flertal avgöranden.

3.5.2 MD 1974:23 & NJA 1975 s. 589

Det första målet kallas för Helg-Extra och rörde MFL:s förhållande till tryck-och yttrandefriheten. KO förde talan mot en tidning angående en löpsedel och gjorde gällande att den utgjorde vilseledande marknadsföring. Den stora rubriken på framsidan av tidningen med texten ”Årets skandal” avsåg en artikel i tidningen och den andra rubriken med texten ”10 000 sparare lurade” gällde en helt annan artikel. MD ansåg att rubrikerna hade ett kommersiellt syfte och att rubrikerna skulle leda till en ökad försäljning av tidningen. Svaranden menade att MD var obehörig att pröva frågan på grund av skyddet i TF, men MD ansåg att texterna inte berörde TF:s syfte. Tidningen sökte resning, vilket HD beviljade och upphävde MD:s avgörande. HD slog fast att domen stred mot lag och att löpsedeln hade samma tryckfrihetsrättsliga skydd som själva tidningen. Löpsedeln tolkades av HD som ett led i den nyhets- och åsiktsförmedling som TF:s skydd omfattar. Även om den aktuella löpsedeln var missvisande var den ett led i tidningens nyhetsförmedling och var därför tryckfrihetsrättsligt skyddad. HD bedömde således att tidningens löpsedel omfattades av TF och inte MFL.⁷⁸

3.5.3 MD 2006:15

KO uppmärksammade två annonser i Tidnings Aktiebolaget Metro som inte uppfyllde kraven på annonsmärkning. Annonserna i tidningen täckte hela förstasidan samt tidningens logotyp. Vid hastigt påseende och genomläsning av annonsen ansåg MD att genomsnittskonsumenten kunde förväxla annonserna med

⁷⁸ MD 1974:23 & NJA 1975 s. 589.

en nyhet, trots att den ena annonsens förstasida innehöll texten ”annonssida”. MD ansåg därmed att förfarandet lätt kunde förväxlas med redaktionellt material. MD redogjorde för varför MFL var tillämplig och inte TF då Metro är en periodisk tidskrift och omfattas av TF. MD ansåg att annonserna hade ett kommersiellt syfte vilket gjorde att dessa inte skyddades av TF utan istället skulle bedömas utifrån MFL:s regler. MD ansåg vidare att annonserna var alltför lika det redaktionella innehållet eftersom båda annonserna tog upp varsin förstasida på tidningen och var utformade på samma sätt som förstasidor i regel brukar vara utformade, vilket gav fel intryck till läsaren. Metros logga fanns även på förstasidan. MD fann att den ena annonsens logga var så pass okänd att den ansågs som otillbörlig och den andra annonsen, som hade en mycket mer välkänd logga ansågs tillbörlig eftersom läsaren då borde förstått att det rörde sig om kommersiell marknadsföring.⁷⁹

3.5.4 MD 2005: 11

”Änglamarkspelet” var de första fallet där MD fick ta ställning till betydelsen av formellt grundlagsskydd på internet. Spelet jämförde ekologisk och konventionell odling och var utformat av Kooperativa förbundet på en webbplats utan ansvarig utgivare. SpmO (Sveriges Spannmålsodlare) menade att spelet inte visade en rättvis bild av odling som inte var ekologisk medan KF menade att spelet utgjorde ett yttrandefrihetsrättsligt skyddat meddelande och därför inte kunde omfattas av MFL:s bestämmelser. MD slog fast att MFL:s räckvidd gällande framställningar på internet i de flesta fall skulle bestämmas enligt samma kriterier som förhållandet till TF och YFL oavsett om mediet faller in under dessa eller ej. Det konstaterades att webbplatsen som Änglamarkspelet fanns på inte hade någon ansvarig utgivare, vilket gör att grundlagsskyddet inte formellt sett kunde tillämpas. Domstolen menade dock att det finns undantag på sådana webbplatser som drivs av svenska massmedieföretag som har en verksamhet inom traditionella medier och som har en ansvarig utgivare. Med utgångspunkt i yttrandefrihetens absoluta nödvändighet för demokratin bör ingripanden med stöd av MFL ske med en viss försiktighet för att inte hindra eller försvåra en näringsidkares användning av internet för att skapa opinionsbildning eller.⁸⁰ Hovstadius (SvJT 2015 s. 205) menar att mot bakgrund av denna dom anses det krävas ett underliggande uppdragsavtal mellan en

⁷⁹ MD 2006:15.

⁸⁰ MD 2005:11.

näringsidkare och en influencer för att ett inlägg som influencern har skrivit om näringsidkarens verksamhet ska anses vara ett kommersiellt meddelande enligt MFL.⁸¹

⁸¹ SvJT 2015 s. 205.

4. Förhållandet mellan influencern och uppdragsgivaren

4.1 Introduktion

Ett problem med influencer marketing är förhållandet mellan influencern och näringsidkaren. En influencers uppgift är att influera människor och i detta ingår till exempel att ge matlagningstips, träningstips, visa metoder för sminkning eller kanske visa upp kläder och sminkprodukter som influencern använder. Detta gör att influencern tämligen ofta rekommenderar produkter eller tjänster utan att ett avtal föreligger med företaget. Ovan har beskrivits att det är av betydelse om det är fråga om kommersiell eller icke kommersiellt meddelanden, eftersom detta har betydelse för om marknadsföringslagen är tillämplig eller inte. Vad som kan påverka en sådan bedömning är om det finns ett uppdragsavtal mellan influencern och ett företag. Det vill säga att företaget har betalat influencern med syftet att främja företagets produkter eller tjänster eller för att påverka en konsuments beteende. I vissa fall skickar ett företag produkter till influencern med hopp om någon typ av marknadsföring från dennes sida. Detta skapar indirekt ett uppdragsförhållande mellan parterna och produkten eller tjänsten blir en form av ersättning.⁸²

4.2 Uppdragsförhållandet mellan näringsidkare och influencer

När ett företag och en influencer, uttalat eller outtalat, är överens om att influencern ska marknadsföra en produkt eller tjänst på sina kanaler uppstår någon form av affärsmässig relation mellan parterna. Det kan vara svårt att veta var gränsen går mellan marknadsföring mot ersättning och att som influencer bara få en gåva av ett

⁸² Sveriges Annonsörer, "Rekommendationer för dig som arbetar med PR och marknadsföring i sociala medier" Tillgänglig: https://www.annons.se/sites/default/files/rekommendationer_for_dig_som_arbetar_med_pr_och_marknadsforing_2015.pdf, 2015. Hämtad 2019-05-16.

företag.⁸³ Skatteverket menar att det inte spelar någon roll om du får varor, tjänster eller pengar i ersättning för utfört arbete. Detta är en inkomst som ska redovisas i en inkomstdeklaration. Trots att influencern inte haft någon kontakt med företaget och denne ändå fått produkter av företaget måste influencern betala skatt för dessa.⁸⁴

En influencer kan välja att marknadsföra produkter denne fått från ett företag. Om företaget väljer att betala för att de produkter eller tjänster som det vill ska synas spelar det ingen roll vem som tagit initiativet till avtalet eller i vilken form ersättningen sker, det vill säga i pengar, rabatter eller produkter. Överenskommelsen mellan parterna behöver inte vara skriftlig, den kan också vara muntlig eller underförstådd.⁸⁵

Samarbetena mellan parterna är en marknadsföringsmetod och MFL blir tillämplig. Eftersom överenskommelsen kan ske på olika sätt, får ett underliggande uppdragsavtal mellan parterna anses föreligga när, en influencer skriver ett gynnsamt inställt inlägg om företagets produkter eller tjänster. Den rådande modellen för hur ett avtal blir till är den så kallade anbud och acceptmodellen. För att ett avtal ska ha kommit till stånd krävs det att båda parterna haft för avsikt att ingå ett avtal. När ett avtal har ingåtts mellan en näringsidkare och en influencer, som går ut på att denne ska marknadsföra företagets produkter eller tjänster, utgör inlägget ett kommersiellt syfte och faller under tillämpning av MFL.⁸⁶

Det bör ha i åtanke att det ännu idag inte finns tillräckligt med rättslig praxis om förhållandet mellan uppdragsgivaren och uppdragstagaren vid influencer marketing. Trots att det framgår tydligt att det handlar om reklam när någon får betalt för sitt inlägg eller fått produkter och tjänster gratis i utbyte mot marknadsföring kan det vara svårt, i vissa fall, att få fram eller bevisa att ett avtal funnits mellan parterna. Dock, om företaget skickar en produkt eller tjänst med

⁸³ Stenberg, 2018.

⁸⁴ Skatteverket, "Influencer (influencer), bloggare och spelare (gamer)", Tillgänglig: <https://www.skatteverket.se/foretagochorganisationer/skatter/naringsinkomster/internet/blogg.106.233f91f71260075abe880006597.html?q=bloggare>. Hämtad: 2019-05-27.

⁸⁵ Konsumentverkets vägledning, "De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om dold marknadsföring", s. 4.

⁸⁶ SvJT 2015, s. 205–206.

förväntan att influencern ska skriva om den och influencern väljer att göra det, är det marknadsföring och MFL som gäller.⁸⁷ Detta går även att bevisas av Skatteverket då en influencer som sagt måste deklarerat för de varor eller tjänster denna får.

4.3 Avtal eller realavtal

Ett avtal är ett uttryck för en överenskommelse som är till för att reglera rättsförhållanden mellan två eller flera parter. Ett avtal kan komma till i många olika situationer. Ett avtal är något som brukar användas i ekonomiska situationer för utbytet av varor, tjänster eller andra prestationer. Ett avtal kan dels vara tillfälligt, dels vara återkommande eller bestående.⁸⁸ Anbud- och acceptmodellen innebär, som sagt, att ett avtal kommer till stånd genom att en anbudsgivare ger ett anbud till en accepttagare som antar anbudet genom en accept.⁸⁹ Denna typ av anbud- och acceptmodell passar i flera fall inte in när det kommer till förhållandet mellan uppdragsgivaren och influencern, eftersom influencern inte antar anbudet i form av en accept. Det blir därför svårt att avgöra om ”avtalet” är bindande. Parterna kommunicerar inte med varandra i tal eller skrift. Detta kan liknas vid att någon stiger på en buss eller parkerar en bil. I sådana fall talas det om en tyst accept eller en accept genom realhandlande eller konkludent handlande, vilket i korthet betyder att någon går in ett avtal utan att använda ord.⁹⁰ Ett realhandlande har en juridisk betydelse. Om båda parter beter sig som om ett avtal i princip har ingåtts i form av realanbud såsom leverans eller annan presentation samt en realaccept genom ett förfogande av presentationer från mottagarens sida kan ett avtal ha ingåtts. Detta kan liknas vid då ett företag skickar gratisprodukter till en influencer utan något avtal.⁹¹ Problemet kan leda till att det blir oklart om ett avtal har ingåtts eller inte.⁹²

Vid influencer marketing är det såklart lättast om ett avtal tillkommer via anbud och acceptmodellen. Det vill säga att ett företag tecknar ett avtal med de influencers

⁸⁷ Konsumentverket, *Vägledning om marknadsföring i sociala medier*, 2018-05-07. Tillgänglig: https://www.youtube.com/watch?time_continue=329&v=ToSLEUe_1gs (Hämtad 2019-05-21).

⁸⁸ Adlecreutz, Axel, Mulder, Bernad Johann, *Avtal*, 14:e uppl. Stockholm, Wolters Kluwer, 2017, s. 13.

⁸⁹ Ramberg, Christina., Ramberg, Jan, *Avtalsrätten; En introduktion*, 5:e uppl. Stockholm, Nordstedts Juridik, 2014, s. 37–39.

⁹⁰ Ibid s. 46–47.

⁹¹ SvJT 2015, s. 206.

⁹² Ramberg m.fl., 2014, s. 47.

de vill samarbeta med. En fundering kan då uppstå vad som innebär då en influencer marknadsför sina egna produkter. Exempelvis RON ärende 1901–19 där en influencer publicerat en bild på sig själv där hon håller i ett passfodral, en bagagetag och en kreditkortshållare vilka är från influencerns egna varumärke. Varumärket är taggat på inlägget. Ärendet fälldes av RON då de menar att influencern har ett ägarintresse i sitt eget varumärke och inlägget innehåller tre produkter från det egna varumärket och finner därför mot den bakgrunden att inlägget har ett kommersiellt syfte och avser rent kommersiella förhållanden.⁹³ Det bör ha i åtanke att RO bara är en stiftelse och har därav ingen rättslig effekt. Dock tyder ärendet på att det inte bör spela någon roll om influencern marknadsför sina egna produkter eller något annat företags produkter eller tjänster. Detta kan dock inte sägas med säkerhet och kan även bero på hur själva inlägget är utformat.

4.4 RON ärende 1509–146

RON prövade om ett blogginlägg avseende kläder och accessoarer från klädmärkeskedjan Nelly, som publicerats på influencern GJ:s blogg, stred mot kraven på reklamidentifiering. Inlägget bestod av bilder på olika klädesplagg som var kopplade till länkar. Länkarna ledde till sidor där varje produkt såldes på Nellys hemsida. GJ hade vid upprättandet av inlägget använt sig av tjänsten Stylewish. Stylewish är ett slags verktyg som hjälper bloggare att skapa collage, bland annat med produkter från Stylewish samarbetsföretag. Det var med andra ord Nelly och Stylewish som hade ett uppdragsavtal där Nelly betalade Stylewish för antal klick som genererades till Nellys hemsida via Stylewish tjänster och deras nätverk av influencers. Detta betyder att det inte fanns ett uppdragsavtal mellan Nelly och GJ. GJ menade att anledningen till varför hon just länkade till Nelly var att hon personligen gillade deras varumärke, men att hon inte hade något direktsamarbete med Nelly.com. Av yttrandena framgår det dock att GJ samarbetade med Nelly, eftersom GJ fick betalt i efterhand per klickad länk. Nämnden menade att inlägget syftade till att öka omsättningen av webbutiken Nellys produkter och fann att inlägget hade ett kommersiellt syfte.⁹⁴ Förhållandet mellan uppdragsgivaren och

⁹³ RON ärende 1901–10.

⁹⁴ RON ärende 1509–146.

uppdragstagaren vid influencer marketing varierar från situation till situation. I vissa fall finns det ett skriftligt avtal, men inte i andra fall. Förhållandet parterna emellan är därför aldrig detsamma, men någon form av avtal eller realhandlade föreligger om influencern skriver om ett företags produkt eller tjänst.⁹⁵

⁹⁵ Sveriges Annonssörer, "Rekommendationer för dig som arbetar med PR och marknadsföring i sociala medier", 2015.

5. Särskilt om reklamidentifiering och ansvarsfördelning på sociala medier

5.1 Allmänt

Bedömningen av marknadsföring på sociala medier jämfört med traditionella kanaler blir svårare. Inom traditionell media har pressetiska regler sedan länge klargjort att det ska göras en tydlig skillnad mellan vad som är redaktionellt material i en tidning eller tidskrift och vad som utgör en betald annons.⁹⁶

All marknadsföring ska, som sagt, *utformas och presenteras* så att det tydligt framgår att det handlar om marknadsföring samt att det måste tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Det är alltså en grundläggande rättslig princip i 9 § MFL att marknadsföringsåtgärder ska kunna definieras som sådana. Kommersiella meddelanden ska inte förväxlas med redaktionella. 9 § MFL gäller för all typ av marknadsföring, inklusive kommersiella budskap som är inbäddade i sociala medier. Det görs inget undantag för sociala medier. I den mån en bloggare eller influencer får ersättning från ett företag för att skriva om företagets tjänster eller produkter är det en fråga om ett kommersiellt meddelande från ett företag och med ett kommersiellt innehåll enligt MFL (se kapitel 4 ovan).⁹⁷

Det är höga krav som ställs på reklamidentifikation i traditionell media men kraven är ännu högre när det kommer till att tydligt markera marknadsföring som visas på medier som i första hand inte är till för marknadsföring. En användare på sociala medier ska inte vilseledas och tro att det som egentligen är reklam är någons personliga åsikt.⁹⁸ På Facebook går det exempelvis att finna avgränsade områden som är avsatta för just reklam eller sponsrade länkar.⁹⁹

⁹⁶ Edmar, 2018, s. 116.

⁹⁷ Svensson, 2016, s. 54.

⁹⁸ Widmark m.fl., s. 628.

⁹⁹ Ibid, s. 629.

I Konsumentverkets ”Vägledning om marknadsföring i bloggar och andra sociala medier” föreslås hur en annonsmarkering ska utformas på sociala medier. Konsumentverket anger exempelvis att inlägget ska märkas med ”annons” eller ”reklam” i början och slutet. Det menar att ett annat typsnitt ska användas eller en annan färgsättning eller annan bakgrundsfärg jämfört med andra inlägg. De menar också att det tydligt ska framgå att det är företaget och inte bloggaren som står bakom marknadsföringen och att inlägget därmed ska märkas med #reklam eller #annons och #företagets namn.¹⁰⁰

5.2 Influencermålet PMT 11949–16

5.2.1 Bakgrund

Det första fallet om influencer marketing uppkom 2016 då KO valde att stämma AM AB för överträdelser i MFL. Influencern har via sin blogg och sitt Instagramkonto framställt reklam för företaget Mobilåtervinnings hemsida mobilpengar.se. Anledningen till varför KO stämde influencern var att det inte framgick på ett tydligt sätt att reklamen var av kommersiellt slag till förmån för företaget Mobilåtervinning.¹⁰¹ Bloggen och Instagramkontot drevs av AM AB där influencern var företrädare för bolaget och bloggare under en pseudonym K. TM AB som var ytterligare en part i fallet, tillhandahöll en marknadsplats som fungerade som en kontaktsida där TM AB förmedlade reklamuppdrag mellan influencers och företag som ville marknadsföra sina produkter eller tjänster i sociala medier.¹⁰²

Patent- och marknadsdomstolen (PMD) bedömde i målet tre inlägg på sociala medier, två blogginlägg och ett Instagraminlägg, som influencern gjort. KO ansåg att influencerns inlägg stred mot bestämmelserna i MFL om otillbörlig och

¹⁰⁰ Konsumentverket, ”Vägledning om marknadsföring i bloggar och andra sociala medier”, Tillgänglig: https://www.konsumentverket.se/contentassets/46dcfbc6db1148918b23e9fb6acde3cd/vagledning_om_marknadsforing_i_bloggar-201511-tillganglig-konsumentverket.pdf, 2015. Hämtad 2019-05-21.

¹⁰¹ PMT 11949–16 s.6.

¹⁰² PMT 11949–16 s. 5.

vilseledande marknadsföring, eftersom genomsnittskonsumenten inte omedelbart eller vid flyktig kontakt kunnat identifiera innehållet som reklam.¹⁰³

PMD menade att all marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring, se 9 § MFL reklamidentifiering. Bestämmelsen tar upp den grundläggande principen att reklam och andra marknadsföringsåtgärder ska kunna identifieras som sådana (se prop. 1994/95:123 s. 165 och MD 2009:15). Principen går också att hitta i ICC:s regler artikel 9 och D1.¹⁰⁴

PMD menade att när det gäller marknadsföring i sociala medier är det nödvändigt med någon form av tydlig reklammarkering på en framträdande plats, eftersom det måste vara extra tydligt för att en konsument snabbt ska kunna skilja på en influencers redaktionella rekommendationer av produkter från betalda rekommendationer. Domstolen ansåg att det inte var tillräckligt att läsaren förstod att ett inlägg i en blogg eller på Instagram utgör marknadsföring först efter att ha tagit del av hela inlägget.¹⁰⁵

5.2.2 Genomsnittskonsument

Domstolen menade att vid bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd är otillbörlig är utgångspunkten att marknadsföringen ska bedömas med hänsyn till hur den uppfattas av genomsnittskonsumenten (se definition avsnitt 3.1). PMD definierade genomsnittskonsumenten i målet på basis av statistik från Google Analytics som både AM AB och TM AB stod bakom. Statistiken visade besöken från 1–8 mars 2016 där bloggen, under perioden, haft 437 000 besök och 284 000 av dessa kunde åldersbestämmas. Av de besök som kunnat åldersbestämmas har cirka 95 procent varit i åldersgruppen kvinnor 18–34 år. Det visade också att 90 procent av det totala antalet besök varit återkommande. Domstolen menade dels att genomsnittskonsumenten i fallet hade grundläggande kunskaper i engelska, dels var något mer uppmärksam än konsumenter i allmänhet när det gällde att uppfatta om

¹⁰³ PMT 11949–16 s. 6 och 33.

¹⁰⁴ PMT 11949–16 s. 35.

¹⁰⁵ PMT 11949–16 s. 35.

framställningar i sociala medier var marknadsföring och vem som svarade för marknadsföringen.¹⁰⁶

5.2.3 Reklamidentifiering

Samtliga tre inlägg på sociala medier innehöll någon form av reklamidentifiering och därför prövade domstolen om genomsnittskonsumenten förstod om inläggen faktiskt innehöll reklam. PMD menade för att uppfylla MFL:s krav på reklamidentifiering krävs att genomsnittskonsumenten redan efter flyktig anblick uppfattar att inlägget utgör reklam och därmed kan välja om denne vill ta del av hela inlägget eller inte. Domstolen hade även tidigare markerat vikten av annonsmarkering på bloggar och Instagram eftersom just dessa kanaler också används för redaktionella rekommendationer (se artikel 9 ICC:s regler om reklam och marknadskommunikation).¹⁰⁷ Domstolen fann slutligen att två av de tre inläggen inte uppfyllde kraven på reklamidentifiering. Skillnaden mellan inläggen var att det ena inlägget var en reviderad version av det andra och att det inlägget innehöll en reklammarkering direkt under rubriken i ett annat typsnitt än resterande text vilket innebar att genomsnittskonsumenten redan vid flyktig kontakt förstod att det var fråga om marknadsföring. I de andra två inläggen framgick inte reklammarkeringen på en framträdande plats vilket innebar att genomsnittskonsumenten inte uppfattade att det var fråga om marknadsföring vid flyktig kontakt.¹⁰⁸

5.2.4 Bristande sändarangivelse

Domstolen prövade även om de tre inläggen var otillbörliga på den grunden att sändarangivelsen inte var tillräcklig enligt 9 § MFL andra stycket. Eftersom domstolen redan hade konstaterat att två av de tre inläggen inte uppfyllde kraven på reklamidentifiering blev slutsatsen att inte heller sändarangivelsen kunde anses vara tillräckligt tydlig. De båda inläggen saknade uttrycklig uppgift om vem som var avsändare av marknadsföringen, vilket gjorde att de inte uppfyllde kraven på sändarangivelse.¹⁰⁹

¹⁰⁶ PMT 11949–16 s. 32.

¹⁰⁷ PMT 11949–16 s. 39.

¹⁰⁸ PMT 11949–16 s. 41–44.

¹⁰⁹ PMT 11949–16 s. 47.

Avseende inlägget som uppfyllde kravet på reklamidentifiering menade domstolen att eftersom genomsnittskonsumenten genast förstod att det var fråga om marknadsföring blev denne också uppmärksam på den avsändarinformation som fanns i inlägget. Eftersom genomsnittskonsumenten i detta fall antogs vara mer uppmärksam än konsumenter i allmänhet ansåg PMD, vid en samlad bedömning, att det tillräckligt tydligt framgick vem som svarat för marknadsföringen, trots att sändarangivelsen fanns på sista bilden.¹¹⁰

5.2.5 Vem bär ansvaret?

Angående vem som bar ansvaret i målet hade KO gjort gällande att AM AB hade ett delat huvudansvar tillsammans med Mobilåtervinning för den otillbörliga marknadsföringen. Enligt fast praxis från MD har den som utformat eller tagit aktiv del i utformningen av det marknadsförda materialet eller liknande ansetts vara medverkanansvarig för denna. Det finns även ett flertal exempel där MD hållit tidningsföretag medverkansansvariga för marknadsföring, trots att detta inte har tagit någon aktiv del i utformningen av marknadsföringen.¹¹¹

Domstolen hade alltså möjlighet att hålla såväl influencern som den som har förmedlat reklamuppdraget till influencern medverkanansvarig, vilket också är förenligt med ICC:s regler för reklam- och marknadskommunikation artikel 23.¹¹² PMD menade att marknadsföringen avsåg en tjänst som hade erbjudits av Mobilåtervinning där Mobilåtervinning var en näringsidkare vars marknadsföring var otillbörlig och därför bar företaget huvudansvaret för marknadsföringen. Då influencern varit delaktig i utformningen och publiceringen av marknadsföringen och handlat på Mobilåtervinnings vägnar och i övrigt väsentligt bidragit till marknadsföringen har denne också ett ansvar. Domstolen anser att AM AB endast hade ett medverkanansvar och inte huvudansvar, eftersom marknadsföringen inte skett i AM AB:s intresse och bolaget hade inte heller på något sätt varit involverat i erbjudandet av själva tjänsten.¹¹³

¹¹⁰ PMT 11949–16 s. 47–48.

¹¹¹ PMT 11949–16 s. 51.

¹¹² PMT 11949–16 s. 51.

¹¹³ PMT 11949–16 s. 52–53.

Domstolen prövade också om TM AB hade ett medverkanansvar (eftersom domstolen redan kommit fram till att Mobilåtervinning är ensam huvudansvariga). PMD menade att TM AB i viss utsträckning bidragit till den otillbörliga marknadsföringen, genom att tillhandahålla AM AB ett utkast till blogginlägg samt lämnat synpunkter på AM AB:s omarbetade utkast. Dock var det AM AB som slutligen utformat de otillbörliga inläggen utan något förhandsgodkännande av TM AB. TM AB hade alltså inte något inflytande över den slutliga publiceringen och utformningen av inläggen. Domstolen fann därför att TM AB inte hade handlat på Mobilåtervinnings vägnar eller övrigt bidragit till marknadsföringen och därmed ansågs det inte som medverkanansvarigt och talan lämnas utan bifall i denna del.¹¹⁴

5.3 Influencer 2 stämningsansökan

Ett fall som kan komma att bli det andra fallet i svensk domstol angående influencer marketing är ett mål där KO hade stämt en annan influencer som gjort en rad inlägg om solglasögon från märket Chimi Eyewear AB (Chimi). Några inlägg var markerade som samarbeten och några inte. KO anser att alla inlägg är av kommersiellt slag och stämde därför influencern för brott mot MFL.¹¹⁵

I början av år 2017 reste influencern och ett antal andra svenska influencers till Zanzibar för att representera glasögonföretaget Chimi. Efter resan publicerades ett flertal inlägg på sociala medier såsom egen blogg, Instagram, Facebook och Youtube. De första inläggen saknade reklammarkering och det saknades information om att det var ett samarbete med Chimi Eyewear AB.¹¹⁶

KO framställer tre yrkanden som baserar sig på skilda grunder samt anger att samtliga påtalade inlägg har ett kommersiellt syfte med kommersiella förhållanden till föremål. Grunden och omständigheterna kopplade till det första yrkandet är att influencern i bilder och text i inlägg skapat intryck av att denne uppträtt i egenskap av konsument vilket var felaktigt och vilseledande, eftersom inläggen var marknadsföringsåtgärder för Chimis produkter som publicerats av influencern i

¹¹⁴ PMT 11949–16 s. 53–54.

¹¹⁵ Konsumentverket, ”KO stämmer Kenza”, Tillgänglig: <https://www.konsumentverket.se/aktuella-konsumentproblem/nyheter-och-pressmeddelanden/pressmeddelanden/2019/ko-stammer-kenza/>, 2019. Hämtad 2019-05-06.

¹¹⁶ Ibid.

egenskap av näringsidkare. Grunden och omständigheterna i relation till andra yrkandet var att inlägget inte direkt gick att identifiera som marknadsföring, vilket angavs vara vilseledande samt strider mot god marknadsföringssed, eftersom det kommer påverka konsumenten att fatta ett välgrundat beslut. Till sist är omständigheterna och grunden i relation till det tredje yrkandet upp kravet på reklamidentifiering eftersom det inte framgår tydligt att det är Chimi som svarar för marknadsföringen.¹¹⁷

Det framgår av stämningsansökan att det fanns en överenskommelse mellan influencern och Chimi som utvisade ett samarbete mellan dessa. Denna överenskommelse innebar att influencern, mot ersättning, skulle skriva en Instagrampost samt ett blogginlägg för Chimi.¹¹⁸

Influencern menade dock att de *”ytterligare insta-poster”* där Chimi syns inte var med i överenskommelsen eftersom hon lagt upp dessa av fri vilja och inte fått betalt för dem.¹¹⁹

KO menar också att det är Chimi som bär huvudansvaret för marknadsföringen. Influencern handlade dock på Chimis vägnar och bidrog på så sätt väsentligt till marknadsföringen. KO gör därför gällande att influencern, under alla förhållanden, har ett medverkansvar.¹²⁰

5.4 Sammanfattande kommentar

Domstolen menar att när det kommer till influencer marketing kan influencers rekommendera produkter och tjänster i det redaktionella innehållet samt göra betalda reklaminslag. Det är av denna anledning kravet på reklamidentifiering är extra skärpt i sociala medier.¹²¹

¹¹⁷ Dnr 2017/533 Stämningsansökan s. 3.

¹¹⁸ Dnr 2017/533 Stämningsansökan s. 4.

¹¹⁹ Dnr 2017/533 Stämningsansökan s. 4.

¹²⁰ Dnr 2017/533 Stämningsansökan s. 17.

¹²¹ Hansen, Anna. *Influencer förbjuds fortsätta marknadsföring*, 31 januari 2018, Tillgänglig: <https://www5.infotorg.se/rb/premium/civilratt/immaterialratt/article240186.ece?rID=1557233874880&sf=QD&id=240186&fhe=-1&docType=plar&start=1&index=1&filter=&q=%2522PMT%2522%2BAND%2B%252211949%2522%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ASFSA02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ASFST02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ARE>

Även om Influencermålet och Influencer2- målet liknar varandra skiljer sig dessa ändå åt. Trots att det handlar om dold reklam i båda fallen, fanns reklammarkering med i inläggen publicerades av influencern i Influencermålet. Problemet i detta fall var att genomsnittskonsumenten inte uppfattade inlägget som reklam vid en flyktig anblick. Konsumenten måste alltså, innan denne har tagit del av hela inlägget, förstå att det rör sig om reklam.¹²² När det kommer till Influencer2-målet går det att utläsa av stämningsansökan att inget av inläggen hade en reklammarkering. Influencern hävdar att inläggen var av redaktionell karaktär och att dessa gjordes av fri vilja men Konsumentombudsmannen menar att man måste beakta att det faktiskt fanns ett avtal mellan influencern och företaget Chimi.¹²³ Dock bör vidare slutsatser dras med försiktighet eftersom inget mer framkommit från Influencer2-målet i skrivande stund.

Vad som framkommer av Influencermålet är att det inte bara är en part som kan bli ansvarig för den otillbörliga marknadsföringen. Influencern har det slutliga ansvaret för utformningen och publiceringen av sitt egna flöde och blir därför även medverkansansvarig för den otillbörliga marknadsföringen. Detta bör anses rimligt. Domen tar också upp problemen när det kommer till ansvarsfrågan för mellanhanden. Trots att TM AB, som mellanhand, handlat åt både annonsören och på AM AB:s/K:s vägnar och därmed bidragit i väsentlig grad till marknadsföringen ansåg inte domstolen att TM AB var medverkansansvarig. Influencern blev alltså ensamt medverkansansvarig eftersom det var AM AB som slutligen utformat den otillbörliga marknadsföringen.¹²⁴ En diskussion kan föras om i vilken grad en mellanhand ska ha ansvar när det kommer till marknadsföring. Utifrån domstolens avgörande i Influencermålet bär alltså inte mellanhanden (TM AB) något ansvar, trots sitt deltagande i marknadsföringen. Influencern måste därmed vara beredd på

[GR02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AKKV102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AEPDF02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ATRD103%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AHRD102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AFRD102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AKRD102&db=ALLA&desc=Fria+s%C3%B6kord+%28PMT+11949%29&sw=11949&sw=PMT](https://www.domstol.se/GR02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AKKV102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AEPDF02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ATRD103%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AHRD102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AFRD102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AKRD102&db=ALLA&desc=Fria+s%C3%B6kord+%28PMT+11949%29&sw=11949&sw=PMT)
Hämtad 2019-05-07.

¹²² PMT 11949–16 s. 44.

¹²³ Dnr 2017/533 Stämningsansökan s. 4.

¹²⁴ SOU 2018:1 s. 282 och PMT 11949–16.

att ansvaret för den otillbörliga marknadsföring faller på denne och inte mellanhanden, vilket bör tas i beaktande.

Gemensamt för de båda fallen ovan är den svåra gränsdragningen mellan kommersiellt och redaktionellt material, samt hur samarbeten som dessa kan dra nytta av varandra. I samarbeten som dessa är ett vanligt önskemål att marknadsföringen, det vill säga de betalda inläggen av influencern, framställs likadant som redaktionella inlägg för att på så sätt passa bättre in i flödet.¹²⁵

¹²⁵ PMT 11949–16 s. 29.

6. Analys

6.1 Inledning

Av redovisningen ovan kan det konstateras att det föreligger en osäkerhet avseende influencer marketing vad gäller att förstå var gränsen mellan kommersiella och icke kommersiella meddelanden på sociala medier samt hur förhållandet till tryck- och yttrandefriheten ser ut. De som tar del av budskapen på sociala medier kan lätt missuppfatta och följaren kan tro att inlägget är en personlig åsikt när det i själva verket är ett betalt reklaminnlägg.¹²⁶

Det har även framgått att reklam på sociala medier skiljer sig från annan typ av marknadsföring eftersom reklam på sociala medier är mycket mer individanpassad. Det är ofta personen själv som utformar inlägget. Reklam på sociala medier är alltså generellt sett mycket svårare att identifiera jämfört med traditionella medier då reklam på sociala medier ofta är inbäddad i annat innehåll.¹²⁷ Vikten av reklamidentifiering och sändarangivelse i just sociala medier är, enligt PMD, extra viktigt och det är nödvändigt med någon form av reklammarkering för att konsumenten tydligt ska kunna skilja på influencers redaktionella rekommendationer och betalda rekommendationer.¹²⁸

6.2 När tillämpas MFL på marknadsföring på sociala medier?

Problemet vid influencer marketing kan vara den svåra gränsdragningen mellan kommersiellt och icke kommersiellt material. En influencer brukar i många avseenden använda sociala kanaler för att uttrycka åsikter i olika frågor eller tipsa om olika produkter eller liknande *utan* ersättning. Dock kan ju också en influencer

¹²⁶ Widmark, m.fl., s. 623.

¹²⁷ Widmark, m.fl., s. 623.

¹²⁸ PMT 11949–16 s. 35.

genom en förfrågan eller ett avtal från ett företag publicera reklam genom samarbeten med företagen mot ersättning.¹²⁹

Influencers är inte bara marknadsförare utan även inflytelserika opinionsbildare vilket gör att gränsdragningen mellan kommersiellt och redaktionellt material ytterligare sätts på prov. Vad som kommit fram är att det är förbjudet för en influencer att skriva, publicera eller på annat sätt uttrycka sig om en produkt i positiv bemärkelse och få ersättning för det utan att göra någon form av reklammarkering.

MFL tillkom i en tid då traditionella medier var vanligare än digitala medier. Den reglerar därför inte tydligt vad som gäller för digitala medier, vilket har gjort att det finns en osäkerhet och därmed har den dolda reklamen har ökat. Det kan därför hävdas att MFL möjligtvis bör förnyas eller uppdateras och måste anpassas till den snabba teknikutvecklingen och de modernare marknadsföringsmetoderna. Frågan utreddes i betänkande (SOU 2018:1) som behandlats ovan. Utredningen kom fram till att det inte behövdes någon förändring i lagstiftningen och att traditionell media och icke traditionell media, såsom sociala medier, skulle behandlas på samma sätt och att det inte fanns några brister i varken MFL eller i det bakomliggande EU-direktivet. Utredningen menade att regleringen även framöver bör vara teknikneutral och att marknadsföring på internet inte behöver särregleras, utan att tydliga riktlinjer och rådgivning torde räcka.¹³⁰

MFL är alltså tillämplig på framställningar som är av utpräglad kommersiell natur och som har vidtagits i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte samt har rent kommersiella förhållanden till föremål. TF och YGL kan vara exklusivt tillämpliga om marknadsföringen också förmedlar allmänheten vissa värderingar eller påverkar ett visst beteende.¹³¹ Det finns ett flertal avgöranden som behandlar gränsdragningen, såsom MD 1974:23 och NJA 1975 s. 589 eller MD 2006:15, trots att inte dessa behandlar digitala plattformar går det ändå att dra liknelser. Av MD 1974:23 och NJA 1975 s. 589 framgår att HD ansåg att MD:s dom var felaktig

¹²⁹ Se avsnitt 1.1.

¹³⁰ SOU 2018:1 s. 18.

¹³¹ Se avsnitt 3.3

eftersom HD ansåg att det inte handlade om någon vilseledande marknadsföring. Annonserna omfattade, precis som det redaktionella materialet, av TF och inte MFL. Annonserna var missvisande, men var ett led i tidningens nyhetsförmedling. I MD 2006:15, ett långt senare fall, bedömdes marknadsföringen under MFL. Målet avsåg två missvisande annonser som inte ansågs skyddas av TF, trots att Metro är en periodisk tidskrift. MD fann bara ena annonsen som otillbörlig marknadsföring eftersom annonsens logga var så pass okänd att läsaren inte kunde förstå att de rörde sig om kommersiell marknadsföring. I MD 2005:11, som rörde formellt grundlagsskydd på internet slog MD fast att MFL:s räckvidd gällande framställningar på internet i de flesta fall skulle bestämmas enligt samma kriterier som i förhållande till TF och YFL, oavsett om mediet faller in under dessa eller ej.¹³² Domarna ger inte ett tydligt svar när det kommer till gränsdragningen av kommersiella och icke kommersiella meddelanden men de kan hjälpa till vid bedömningen när det kommer till sociala medier.

Friheten att yttra sig i kommersiell marknadsföring är en del av den allmänna yttrandefriheten, men den är begränsad genom lag, dvs MFL, se 2 kap. 23 § RF. När det handlar om blandade meddelanden, det vill säga marknadsföring med flera olika syften, ska man, om möjligt, skilja på det kommersiella och icke kommersiella yttrandena. Dock framkommer det, att om det går att på något sätt bedöma att annonsen var avsedd för att främja avsättningen för ett företag gäller MFL men om det går att bedöma att annonsen har ett tydligt nyhetsförmedlande inslag gäller istället tryck- och yttrandefriheten. MD menar även att i tveksamma fall ska tryckfriheten ha företräde (MD 2007:31).¹³³

Det är inte möjligt att på förhand exakt ange när MFL är tillämplig på influencers marketing och därmed exakt var gränsen går för MFL:s tillämplighet när det kommer till marknadsföring på sociala medier. Av vad som framgått kan det konstateras att influencers kan skyddas av yttrandefriheten, men inläggen kan även omfattas av MFL. MD har kommit fram till att, även om material på internet inte omfattas av TF eller YGL ska MFL:s räckvidd gällande framställningar på internet

¹³² Se avsnitt 3.5.

¹³³ Se avsnitt 3.3

bestämmas enligt samma kriterier som förhållandet till yttrandefriheten, och framställningar på internet som skyddas av MFL måste ha ett kommersiellt syfte.

Mot bakgrund av vad som beskrivits går det att konstatera att gränsdragningen mellan kommersiellt och icke kommersiellt material blir svårare vad gäller sociala medier som styrs av influencers, eftersom det sker på plattformar med blandat innehåll. Det framgår dock att så fort det handlar om någon typ av ersättning, det behöver inte vara pengar, från en annan näringsidkare i form av att en influencer skriver något positivt blir det reklam och därmed tillämpas MFL.¹³⁴ Detta styrks även av Skatteverkets information om att en influencer måste deklarerat för den ersättningen influencern får.¹³⁵ Om det är svårt att bevisa att inlägget har ett avsättningsfrämjande syfte gäller alltså yttrandefriheten.

6.3 Förhållandet mellan uppdragsgivaren och uppdragstagaren vid influencer marketing

Hovstadius (SvJT 2015 s. 202) menar att vid marknadsföring på sociala medier för ett företag och av en influencer bör det finnas ett uppdragsavtal mellan parterna för att förtydliga att inlägget har ett kommersiellt syfte. Det bör också förtydligas, att när näringsidkaren och influencern ingår i ett samarbete där influencern ska marknadsföra produkten mot ersättning är MFL tillämplig, eftersom inlägget har ett kommersiellt syfte. När det inte föreligger ett avtal och influencern skriver om en produkt i ett redaktionellt inlägg, utan någon form av ersättning från ett företag kan inte MFL tillämpas, eftersom inlägget inte är av kommersiellt slag och därmed skyddas av yttrandefriheten. Det finns dock fall där företag skickar gratisprodukter, utan avtal, med förhoppning om att influencern skriver något positivt om produkten eller tjänsten. Detta kan ses som ett realhandlande eller konkludent handlande.¹³⁶

Vad som framgått i Influencermålet och i Influencer2-målet är att i båda fallen föreligger det ett avtal, men i exempelvis Influencer2-målet menar influencern att de ”ytterligare insta-poster” inte var med i själva överenskommelsen mellan

¹³⁴ Se avsnitt 4.1.

¹³⁵ Se avsnitt 4.2.

¹³⁶ Se avsnitt 4.3.

parterna. Dessa poster var, enligt influencern, av fri vilja och influencern fick inte fick betalt för dessa.¹³⁷ Detta kan dock tolkas som en form av realhandlande, om man bortser från de avtal som var till för inläggen av kommersiellt syfte och med reklammarkering. Vad som framgått ovan, spelar det ingen roll i vilken form av ersättning företaget väljer när det gäller att betala för de produkter eller tjänster som det vill ska synas. När en influencer får gratisprodukter, utan någon form av avtal mellan parterna och influencern väljer att skriva om det denne fick är det marknadsföring eftersom gratisprodukterna eller tjänsterna i sådana fall ses som en annan form av ersättning. Det har också framgått att själva överenskommelsen mellan uppdragstagaren och uppdragsgivaren inte behöver vara skriftlig utan kan också vara underförstådd vilket liknas med ett realavtal.¹³⁸ Det har också till viss del framgått att det inte heller spelar någon roll om influencern är både uppdragsgivare och uppdragstagare. Det vill säga om influencern marknadsför något av sina egna varumärken. Samma regler gäller oavsett.¹³⁹

I exempelvis RON ärendet 1509–146 framgår det att inget uppdragsavtal förelåg mellan influencern och uppdragsgivaren (Nelly.com i detta fall). Avtalet var mellan Stylewish och Nelly. Dock framgick det att influencern GJ fick betalt i efterhand per klickad länk och att hon på så sätt samarbetade med Nelly.com. Ärendet kan på så sätt försvåra för de riktlinjer som finns och som tagits fram för liknande situationer. Detta kan ses som ett realavtal eftersom båda parterna utför ”prestationer” åt varandra men man kan också hävda att avtal inte föreligger eftersom, varken Nelly eller GJ har någon form av kontakt eller utbyte med varandra utan vardera parten har istället ett avtal med Stylewish.

Det är svårt att förklara hur uppdragsförhållandet ser ut mellan parterna vid influencer marketing. Beroende på om det föreligger ett avtal eller inte bör en influencer vara försiktig vid publiceringen av ett företags produkter eller tjänster. Hovstadius (SvJT s. 202) menar att det alltid bör krävas ett uttryckligt marknadsföringsavtal mellan uppdragsgivaren och uppdragstagaren för att ett inlägg om en viss produkt eller tjänst ska anses vara av kommersiellt slag och

¹³⁷ Se avsnitt 5.3.

¹³⁸ Se avsnitt 4.

¹³⁹ Se avsnitt 4.3.

därmed omfattas av MFL:s krav. Man kan tycka att det i regel alltid bör finnas ett avtal, men då förhållandet mellan parterna varierar beroende på situation kan detta bli svårt. Dock har det framgått, att om ett företag skickar en produkt eller tjänst till en influencer med hopp om att influencern ska skriva något om den är det marknadsföring och inlägget har så ett kommersiellt syfte. Det som i sådana fall kan bli svårt att bevisa, när det inte föreligger något avtal mellan parterna, är företagets avsikt med sitt handlande. Det kan dock tyckas anmärkningsvärt att en näringsidkare skulle skicka produkter eller tjänster utan att vilja att en influencer skriver om dem och därför bör företagets handlande ses som någon form av realanbud vilket leder till att om influencern skriver något om det denne fått så är det marknadsföring och MFL som gäller. Detta kan komma att bli tydligare om PMD tar ställning till KO:s stämningsansökan av Influencer2- målet då influencern hävdar att det inte fanns något avtal och att de inlägg influencern gjorde var av egen vilja trots att influencern fått produkterna av företaget Chimi.

6.4 Marknadsföringens utformning på sociala medier i förhållande till 9 § MFL

Kraven för reklamidentifiering och sändarangivelse återfinns i 9§ MFL och gäller för all typ av reklam, vilket innebär att kraven även gäller för marknadsföring på sociala medier. Dock när det kommer till bedömningen av marknadsföring på sociala medier jämfört med de traditionella kanalerna kan denna dock bli svårare och därför är kraven högre på reklamidentifikation i sociala medier.¹⁴⁰

Begreppet genomsnittskonsumert har, som tidigare nämnts, fått stor betydelse inom marknadsföringsrätten och därmed även stor betydelse vid bedömningen av 9 § MFL. Då det finns vissa krav på konsumenten inom marknadsrätten innebär det att genomsnittskonsumerten är olika från fall till fall.¹⁴¹ Detta kom även fram i Influencermålet där domstolen kom fram till just det fallets genomsnittskonsumert före själva bedömningen. Med hänsyn till genomsnittskonsumertens egenskaper blev utfallet att i två av tre inlägg förstod inte genomsnittskonsumerten att det var fråga om marknadsföring. Domstolen menade att genomsnittskonsumerten redan

¹⁴⁰ Se avsnitt 5.1.

¹⁴¹ Se avsnitt 3.1.

vid flyktig anblick måste uppfatta att inlägget utgör reklam och därmed kunna välja om denna vill ta del av hela inlägget.¹⁴² Domen visar återigen att kravet på reklamidentifiering och sändarangivelse vid marknadsföring på sociala medier är högre än vid andra medieformer. Trots att det faktiskt fanns en reklammarkering på alla inlägg utformade av influencern stred några av inläggen ändå mot 9 § MFL eftersom markeringen inte var tillräckligt tydlig.

Utfallet av Influencer2- målet kan komma att likna Influencermålet. Inläggen i det första nämnda fallet har dock ingen reklammarkering alls och bör därmed strida mot kraven i 9 § MFL. Vad som framgått av KO:s stämningsansökan är att det fanns ett samarbete och ett avtal mellan influencern och företaget, vilket gör frågan ännu mer intressant. Influencern menar dock att avtalet endast omfattade de inlägg hon gjort med reklammarkering och inte de inlägg hon blev stämd för. Influencern menar att de inlägg hon blev stämd för hade ett redaktionellt innehåll och inte ett kommersiellt syfte.¹⁴³

Frågeställningen om hur den kommersiella marknadsföringen bör utformas och presenteras på sociala medier så att den överensstämmer med MFL:s regler, speciellt 9§ MFL om reklamidentifiering och sändarangivelse kan besvaras tydligare än föregående fråga. Detta tack vare tydlig praxis som visar det höga kravet på reklamidentifiering, men även mycket rådgivning inom området. Vad som framgått är att när en influencer får någon form av ersättning och skriver om ett företags produkt eller tjänst, är det fråga om marknadsföring och MFL tillämpas. När MFL tillämpas finns det ett krav på reklamidentifiering och sändarangivelse enligt 9§ MFL och det spelar ingen roll vilken form av media reklamen är på eftersom MFL är en teknikneutral lag och marknadsföring på internet inte ska särregleras. Det har också framgått att när det kommer till marknadsföring som sprids i en kanal som vanligtvis inte brukar visa reklam, exempelvis sociala medier, är kraven för reklammarkering delvis högre. Den kommersiella marknadsföringen på sociala medier bör därför utformas på sådant sätt att genomsnittskonsumenten redan vid flyktig kontakt förstår att det är fråga om marknadsföring och kan välja

¹⁴² Se avsnitt 4.2.2–4.2.3.

¹⁴³ Se avsnitt 4.3.

att ta del av inlägget eller inte. När det kommer till sociala medier måste annonsmarkeringarna vara extra tydligt eftersom kanalerna även är till för inlägg av redaktionellt material.¹⁴⁴ Vad som framgår i exempelvis KO:s vägledning om marknadsföring i bloggar och andra sociala medier är att vid ett kommersiellt inlägg på sociala medier måste inlägget båda i början och slutet märkas med reklam såsom exempelvis ”annons” eller ”reklam”. De framgår även att det kommersiella inlägget ska i utformning skilja sig ifrån andra inlägg. Det kan exempelvis vara ett annat typsnitt eller en annan färg på inlägget. Det ska även tydligt framgå vilket företag som ligger bakom marknadsföringen.¹⁴⁵

6.5 Ansvarsfrågan

När det handlar om vem som bär ansvaret gällande marknadsföring på sociala medier finns det inte tillräcklig praxis för att göra en säker bedömning. Av resultatet från Influencermålet föreligger en hårfin gräns när det gäller vem som är att anse som ansvarig och inte. Genom PMD:s bedömning i målet kan frågan dock diskuteras. Parterna kan anses vara både huvudansvariga och medverkansvariga. Enligt 23§ MFL samt artikel 23 i ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation, är en näringsidkare som tillhandahåller otillbörlig information förbjuden att fortsätta med marknadsföringen. Förbudet gäller såväl en anställd hos näringsidkaren, någon som handlar på näringsidkarens vägnar eller någon som i övrigt bidragit till marknadsföringen. Mot denna bakgrund visar det sig alltså att det inte bara är näringsidkaren som kan bli ansvarig för den otillbörliga reklamen utan också de parter som har hjälpt till med utformningen av marknadsföringen.

Huvudansvaret ligger med andra ord hos näringsidkaren vars produkter marknadsförs. Det spelar ingen roll om näringsidkaren inte deltagit i utformningen och publiceringen av inlägget eller annonsen eftersom annonsören/näringsidkaren alltid har det övergripande ansvaret för marknadsföringen.¹⁴⁶ Detta bevisas även i Influencermålet där Mobilåtervinning var näringsidkaren och ansågs bära

¹⁴⁴ Se avsnitt 3.4.1 eller 5.2.3.

¹⁴⁵ Se avsnitt 5.1.

¹⁴⁶ Se avsnitt 3.4.2.

huvudansvaret för den otillbörliga marknadsföringen. I fallet ansågs även AM AB varit delaktig i utformningen av de kommersiella inläggen vilket leder till att AM AB anses som medverkanansvarig. Det finns egentligen inga oklarheter vem som blir ansvarig vid just otillbörlig marknadsföring på sociala medier. Både näringsidkaren och influencern anses skyldiga. Dock, om en tredje part är involverad, så som TM AB i Influencermålet, väcks nya funderingar. Dock är det samma som gäller här, att förbudet från 23 § MFL även gäller för någon som handlat på näringsidkarens vägnar eller i övrigt bidragit till marknadsföringen. Detta gör alltså att TM AB som mellanhand också kan ses som ansvarig för den otillbörliga marknadsföringen. Det finns flera fall där exempelvis reklambyråer blivit medverkansansvariga men dessa fall har inte gällt marknadsföring på sociala medier utan istället andra traditionella medier. I Influencermålet ansågs TM AB inte medverkansansvariga vilket kan tyckas oklart eftersom de faktiskt hade medverkat och lämnat synpunkter på den otillbörliga marknadsföringen. PMD menade alltså till slut att TM AB inte hade något inflytande på den *slutliga* publiceringen av inlägget och att det faktiskt var AM AB som *slutligen* utformat den otillbörliga marknadsföringen. Därför ansåg domstolen att TM AB inte handlat på näringsidkarens vägnar eller i övrigt bidragit till marknadsföringen som var förenligt med 23 § MFL.¹⁴⁷

Det är fortfarande oklart vad som gäller med mellanhanden, då otydlighet råder vid marknadsföring på sociala medier. Typen av media borde inte avgöra utgången av bedömningen, men domen i Influencermålet visar annorlunda. Då det inte finns andra fall gällande influencer marketing och ansvarsfördelning blir det svårt att ge ett exakt svar för vem som blir ansvarig. Utgångspunkten får i alla fall bli att näringsidkaren och influencern kan dömas ansvariga. Den rådgivning och de riktlinjer som finns gällande ansvarsfördelningen vid influencer marketing kanske inte, trots allt, är tillräcklig och borde justeras ytterligare för att svaret ska bli tydligare för vad som gäller.

¹⁴⁷ Se avsnitt 5.2.5

7. Sammanfattning och slutsatser

Uppsatsen har klarlagt och utrett hur marknadsföringen av influencers på sociala medier ska utformas för att inte bryta mot MFL. Trots den osäkerhet som föreligger med influencer marketing går det ändå att med viss försiktighet fastställa vad som gäller vid marknadsföring på sociala medier.

Plattformer som är gjorda för både kommersiell och redaktionell text så som sociala medier kan skyddas av både yttrandefriheten och MFL, men, när en influencer får någon form av ersättning från ett företag är det fråga om marknadsföring och MFL blir tillämplig. Med försiktighet går det att säga, att det inte spelar någon roll om det finns ett avtal mellan influencern och näringsidkaren eller ej. Ett avtal skulle underlätta och förtydliga uppdragsförhållandet mellan parterna men förhållandet rent marknadsrättsligt är detsamma. En näringsidkare som skickar produkter eller tjänster till en influencer gör detta med ett kommersiellt syfte vilket leder till att om influencern väljer att skriva om det denne fått sig tillskickat är det marknadsföring och MFL som gäller. Detta bör dock dömas med försiktighet med tanke på skyddet från yttrandefriheten, men som framgått, vid blandade meddelanden, ska man skilja på de kommersiella och icke kommersiella yttrandena. Om det vid bedömning inte går att visa att inlägget hade ett avsättningsfrämjande syfte kommer yttrandefriheten ha företräde och MFL kommer då inte kunna tillämpas.

Det kan med säkerhet konstateras att höga krav föreligger på utformningen av den kommersiella marknadsföringen på sociala medier. Detta innebär att det kommersiella inlägget tydligt ska markeras i form av särskiljande utformning i både färg och skrift. De kommersiella inläggen ska alltså skilja sig ifrån de icke kommersiella inläggen och konsumenten ska genast förstå, utan att behöva ta del av hela inlägget, att det rör sig om marknadsföring. Dock är kravet inte lika högt för sändarangivelsen. Det måste givetvis tydligt markeras vem som svarar för marknadsföringen i det kommersiella inlägget men det behöver inte direkt komma fram vid första anblick.

Det går slutligen att konstatera att ansvarsfördelning vid influencer marketing kan variera beroende på parternas inverkan på den slutliga utformningen av det kommersiella inlägget. Dock kan man med försiktighet säga, att näringsidkaren alltid kommer ha ett huvudansvar vid marknadsföringen oavsett dennes inverkan på reklamen och att influencern har ett medverkanansvar. Oklarheter kvarstår när det finns mellanhänder och om dessa kan anses medverkanansvariga för den otillbörliga marknadsföringen. Vad som framkommit, än så länge inom området, är att om inte mellanhanden *slutligen* varit med och bidragit till marknadsföringen är denne inte att anses som ansvarig trots att denna deltagit i rådgivning av text och utformning av inlägget.

Eftersom området influencer marketing fortfarande till stor del är outforskat och det finns liten praxis finns tillgå bör slutsatserna tolkas med försiktighet. Framtida domar kan komma att förändra rättsläget och ge tydligare bild av vad som ska gälla vid influencer marketing.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Lagstiftning

Marknadsföringslag (2008:486)

Regeringsform (1974:152)

Tryckfrihetsförordningen (1949:105)

Ytrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

Propositioner

Prop. 1993/94:98 - Vissa ändringar i tobakslagen

Prop. 1994/95:123 - Ny marknadsföringslag

Prop. 2007/08:115 - Ny marknadsföringslag

Statens Offentliga Utredningar

SOU 2016:58 - Ändrade mediegrundlagar

SOU 2016:7 - Integritet och straffskydd

SOU 2018:1 - Ett reklamlandskap i förändring- konsumentskydd och
tillsyn i en digitaliserad värld

Europeiska unionen

Europeiska kommissionen, *Vägledning om genomförandet/tillämpningen av direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder*, SWD (2016) 163 final av den 25 maj 2016

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter

på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004.

Litteratur

Adlecreutz, Axel, Mulder, Bernad Johann, *Avtal*, 14:e uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 2*, Marknadsföringsrätten, 1. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Edmar, Malin, *Internetpublicering och sociala medier: en juridisk vägledning*, 6:e uppl., Nordstedts juridik, Stockholm, 2018.

Gerhard, Peter, *Marknadsrättens grunder*, 4:e uppl., Gleerups Utbildning AB, Malmö, 2016.

Korling, K. & Zamboni, M. *Juridisk Metodlära*, 1 uppl., Johanneshov: Studentlitteratur, 2013.

Levin, Marianne, *Marknadsföringslagen - en kommentar*, Karnov Group, 2014.

Melin, Stefan, *Marknadsrätt*, 1 uppl., Liber, Malmö, 2009.

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten – en introduktion*, 7:e uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Ramberg, Christina & Ramberg Jan, *Avtalsrätten: En introduktion*, 5:e uppl. Nordstedts Juridik, Stockholm, 2014.

Svensson, Carl Anders, *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, 17:e uppl. Studentlitteratur, Lund 2016.

Widmark, Stefan, Ehlers, Bodil & Osmaneovic Azra, *Marknadsrätten och sociala medier, Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971–2016*, Stockholm, 2017.

Internetkällor

Framtid.se. *Influencer*. <https://www.framtid.se/yrke/influencer> (Hämtad: 2019-01-29).

Göneç Gürkynak, Ç. Olgu Kama & Burcu Ergün, *Navigating the Uncharted Risks of Covert Advertising in Influencer Marketing*. 2018. <http://www.kluwerlawonline.com.ludwig.lub.lu.se/document.php?requested=document.php%3Fid%3DBULA2018004%26type%3Dhitlist%26num%3D0%23xml%3Dhttp%3A%2F%2Fwww.kluwerlawonline.com%2Fpdfhits.php%3Ftype%3Dhitlist%26num%3D0&id=BULA2018004&type=hitlist&num=0#xml=http://www.kluwerlawonline.com.ludwig.lub.lu.se/pdfhits.php?type=hitlist&num=0&PHPSESSID=nsrscj8iqu6gv08nuv48ti80j3>. (Hämtad 2019-04-27).

Hanell, Tove. *Kritik mot dold reklam i sociala medier*. SVT Nyheter. 2013- 11- 07. <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/kritik-mot-blogginkomster>. (Hämtad 2019-01-29).

Hansen, Anna. *Influencer förbjuds fortsätta med marknadsföring*. 2018. <https://www5.infotorg.se/rb/premium/civilratt/immaterialratt/article240186.ece?rID=1558618970033&sf=QD&id=240186&fhe=-1&docType=plar&start=1&index=1&filter=&q=%2522Influencer%2522%2BAND%2B%2522f%25C3%25B6rbjuds%2522%2BAND%2B%2522forts%25C3%25A4tta%2522%2BAND%2B%2522med%2522%2BAND%2B%2522marknadsf%25C3%25B6ring%2522%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ASFSA02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ASFSA02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ASFST02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AREGR02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AKKV102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AEPDF02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ATRD103%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AHRD102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AKRD102&db=ALLA&desc=Fria+s%C3%B6kord+%28Influencer+f%C3%B6rbjuds+forts%C3%A4tta+med+marknadsf%C3%B6ring%29&sw=Influencer&sw=forts%C3%A4tta&sw=f%C3%B6rbjuds&sw=marknadsf%C3%B6ring&sw=med> (Hämtad 2019-05-07).

Hovstadius, Sara, *Innehållskontroll av kommersiella meddelanden i bloggar*, SvJT 2015, s. 202–2017. <https://svjt.se/svjt/2015/202> (Hämtad 2019-04-01).

ICC, *Marknadsföring*, <https://www.icc.se/sjalvreglering/marknadsforing> (Hämtad 2019-05-02).

ICC, *ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation*.
<https://www.icc.se/wp-content/uploads/2015/09/ICCs-Regler-f%C3%B6r-Reklam.pdf> (Hämtad 2019-05-02).

Konsumentverket, *KO stämmer Kenza*. 2019
<https://www.konsumentverket.se/aktuella-konsumentproblem/nyheter-och-pressmeddelanden/pressmeddelanden/2019/ko-stammer-kenza/> (Hämtad 2019-05-06).

Konsumentverkets vägledning. *De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om dold marknadsföring*. 2016-05-10
<https://www.konsumentverket.se/globalassets/publikationer/produkter-och-tjanster/reklam-och-marknadsforing/vagledning-nordisk-standpunkt-om-dold-marknadsforing-konsumentverket.pdf>, (Hämtad 2019-04-23).

Konsumentverket, *Vägledning om marknadsföring i bloggar och andra sociala medier*. 2015
https://www.konsumentverket.se/contentassets/46dcfbc6db1148918b23e9fb6acde3cd/vagledning_om_marknadsforing_i_bloggar-201511-tillganglig-konsumentverket.pdf. (Hämtad 2019-05-21).

Konsumentverket, *Vägledning om marknadsföring i sociala medier*. (Video)
Tillgänglig:
https://www.youtube.com/watch?time_continue=329&v=ToSLEUe_1gs 2018,
(Hämtad 2019-05-21)

Nordström, Andreas. *Skatteverket kartlägger sociala medier*. Dagens Nyheter. 2013- 11- 06. <https://www.dn.se/ekonomi/skatteverket-kartlagger-sociala-medier/>. (Hämtad 2019- 01- 29).

Reklamombudsmannen, *Om oss*, https://reklamombudsmannen.org/ro_ron (Hämtad 2019-05-02).

Skatteverket, *Influera (influencer), bloggare och spelare (gamer)*, <https://www.skatteverket.se/foretagochorganisationer/skatter/naringsinkomster/internet/blogg.106.233f91f71260075abe880006597.html?q=bloggare>. (Hämtad: 2019-05-27).

Stenberg, Anna. *Marknadsföring via influencers, vad säger lagstiftningen?* IPQ 2018-09-27 <https://www.ipq.se/marknadsforing-via-influencers-vad-sager-lagstiftningen/> (Hämtad 2019-01-29).

Sveriges Annonssörer. *Rekommendationer för dig som arbetar med PR och marknadsföring i sociala medier*. https://www.annons.se/sites/default/files/rekommendationer_for_dig_som_arbetar_med_pr_och_marknadsforing_2015.pdf. (Hämtad 2019-05-17).

Övriga källor

Dnr 2017/533 Stämningsansökan

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål C-470/93 *Mars*

Mål C-210/96 *Gut Springenheide*

Mål C-220/98 *Estée Lauder*

Marknadsdomstolen/ Patent- och marknadsdomstolen

MD 1974:23 & NJA 1975 s. 589

MD 1992:19

MD 1987:5

MD 2005:11

MD 2006:15

PMT 11949–16

RON-ärenden

RON ärende 1509–146

RON ärende 1901–19