

Affiliatenätverkens marknadsrättsliga ansvar och andra mellanhänders omsorgsplikter i det digitala reklamlandskapet

av Hajo Michael Holtz*

Den teknologiska utvecklingen har medfört ett förändrat reklamlandskap med nya marknadsföringsmetoder. En av de nya metoderna utgör användningen av s.k. affiliatenätverk som fungerar som en förmedlare mellan annonsörer och ägare av digitala kanaler. Affiliatenätverkens och andra mellanhänders tjänster är i grunden helt legitima. Samtidigt försvarar användningen av dessa nya metoder försök att motverka förekomsten av otillbörlig marknadsföring i det nya digitala reklamlandskapet. Av den anledningen inställer sig frågan vem som bär ansvaret för eventuell otillbörlig marknadsföring som förekommer inom ramen för den här typen av samarbeten. I denna artikel analyseras och diskuteras mellanhänders marknadsrättsliga ansvar.

1. Inledning

I en uppmärksammas dom har en svensk domstol för första gången prövat frågan om smyg reklam i sociala medier. I domen dömdes en bloggare, s.k. influencer, för medverkan till otillbörlig marknadsföring av en näringsidkare inom mobilåtervinningsbranschen genom en överträdelse av kravet på reklamidentifiering samt sändarangivelse i enligt

* Lektor i rättsvetenskap vid Högskolan Dalarna.

het med 9 § i marknadsföringslagen (MFL).¹ Samarbetspartnern till influencern, ett s.k. affiliatenätverk som bl.a. förmedlar reklamuppdrag mellan influencer och företag (annonsörer), friades helt från ansvar. Då rättegången uppenbarligen avsåg att skapa ett prejudikat i fråga om influencemarknadsföring valde Konsumentombudsmannen (KO) förmodligen att inte inkludera själva annonsören bakom reklamen i målet. Domen har överklagats till Patent- och marknadsöverdomstolen.² Patent- och marknadsdomstolens (PMD) dom innehåller många intressanta juridiska aspekter, framförallt prejudicerande uttalanden om hur reklammarkeringen av influencemarknadsföring i sociala medier bör ske. Vid sidan av den relativt triviala frågan huruvida en markering av ett marknadsföringsinlägg på sociala medier bör placeras innan eller efter själva inlägget har domstolen haft att ta ställning till något mer komplicerade frågor, bl.a. vad gäller ansvaret för det inträffade. PMD konstaterade ett principiellt ansvar för både en influencer och ett affiliatenätverk, men avslög KO:s talan mot nätverket i det konkreta fallet.

Domen är av grundläggande betydelse för frågan vilket marknadsrättsligt ansvar mellanhänder såsom annonsnätverk och liknande samarbetspartner har i det digitala reklamlandskapet.³ Syftet med denna artikel är att analysera den frågan närmare. Artikeln intar ett generellt perspektiv och är inte direkt avsedd att vara en rättsfallskommentar, utan hänvisningar till PMD:s dom syftar mest till att illustrera resonemangen. Jag kommer att först beskriva ett affiliatenätverks funktionssätt och översiktligt redogöra för den aktuella domen. Därefter handlar diskussionen framförallt om affiliatenätverkens medverkansansvar. Sedan redovisar jag tankegångar kring ett eventuellt självständigt huvudansvar av affiliatenätverk samt liknande mellanhänder. Även ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen diskuteras kort. Artikeln avslutas med en diskussion av de huvudsakliga slutsatserna samt synpunkter på vilka vägar den framtida rättsutvecklingen bör ta.

¹ Patent- och marknadsdomstolen, dom den 2018-01-31 i mål nr PMT 11949-16, även kallad "Kissie"-domen efter namnet på influencern i målet.

² Överklagandet kräver prövningstillstånd av Patent- och marknadsöverdomstolen som i skrivande stund inte har lämnats än.

³ Frågan har redan lyfts av Widmark m.fl., Marknadsrätten och sociala medier, i Carlson m.fl. (red.), *Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971–2016* (2017), s. 621, 632 samt SOU 2018:1 s. 281 ff.

2. Affiliatenätverk och PMD:s bedömning

Annons- eller affiliatenätverk är tjänsteleverantörer i det digitala reklam-landskapet som kopplar ihop annonsörer och s.k. affiliates, alltså ägare av webbsidor eller andra digitala kanaler, såsom sociala medier, för att skapa uppmärksamhet för annonsörens näringsverksamhet eller för att dirigera trafik till annonsörens webbplats.⁴ Det existerar olika typer av sådana annonsnätverk som tillämpar olika upplägg för samarbetet med ägare av digitala kanaler och annonsörer. Nätverkens funktioner varierar mellan olika upplägg och kan handla om kontaktförmedling, tillhandahållandet av infrastruktur, det tekniska ansvaret för länkningen, bokföringen av trafik och beräkningen av betalningar utifrån trafiken samt rådgivning på grund av sakkunskap och branschexpertis.⁵ Till och med Google tillhandahåller ett eget annonsnätverk i form av tjänsten AdSense. På motsvarande sätt kan bloggnätverk och plattformar såsom Facebook i vissa avseenden fungera som förmedlande mellanhänder i den bemärkelsen.⁶

Vad gäller de avtalsrättsliga relationerna mellan de involverade parterna så beror dessa på samarbetets upplägg och vilken roll ett affiliatenätverk har i det konkreta fallet. När samarbetet enbart handlar om tillhandahållandet av reklamutrymme kan det saknas en direkt avtalsrättslig relation mellan annonsören och affiliates, då kontakten enbart sköts via nätverket. Beroende på upplägget kan dock separata avtal mellan annonsören och den som tillhandahåller marknadsföringskanalen förekomma. I de flesta fallen kan det antas att ett affiliatenätverk som mellanhand har avtalsrättsliga relationer med både annonsörer och anslutna affiliates för att kunna använda sin affärsmodell. Rent generellt fyller affiliatenätverk en meningsfull funktion genom att tillgodose behovet av riktad reklam i den digitala miljön samt genom att möjliggöra för ägare av mindre webbsidor och influencer att kommersialisera sin digitala närvaro.⁷

⁴ Jfr Wikipedia, "Annonsnätverk", <https://sv.wikipedia.org/wiki/Annonsnätverk> (senast besökt 2018-05-24).

⁵ Jfr <https://adtraction.com/whitepaper/sa-fungerar-affiliatemarknadsforing.html> (senast besökt 2018-05-24).

⁶ Se utförligt SOU 2018:1 s. 282.

⁷ Emde/Weber i Hoeren/Bensing (red.), *Haftung im Internet – Die neue Rechtslage* (2014), kapitel 9, punkt 75 f.

Affiliatenätverket i det aktuella målet tillhandahöll en marknadsplats genom vilken den förmedlade reklamuppdrag mellan influencer och annonsörer som ville marknadsföra sina produkter respektive tjänster i sociala medier. Förmedlingen kan ta formen av att en annonsörs förfrågan vidarebefordras till utvalda influencer som är anslutna till nätverket. Vidare tillhandahåller affiliatenätverket intresserade influencer servrar samt den tekniska plattformen för att bedriva en blogg, dvs. nätverket kan agera webbhotell, varvid det ingår en teknisk lösning för att enklare kunna markera inlägg som reklam. I målet framkom därutöver att affiliatenätverket formulerade utkast till blogginlägg till influencern samt lämnade synpunkter på influencerns omarbetade utkast. I det aktuella fallet hanterade nätverket initialt till och med kontakten med Konsumentverket under tillsynsärendet mot influencern. I fråga om de avtalsrättsliga relationerna i fallet framkom det i utredningen att influencern tecknat ett samarbetsavtal med affiliatenätverket ("premiumtjänst") samt att nätverket skickade en orderbekräftelse med uppdragsbeskrivningen till annonsören. Huruvida nätverket i det sammanhanget agerade med fullmakt att företräda influencern gentemot annonsören eller agerade i eget namn fastställdes inte explicit i domen. Influencern och annonsören har enligt utredningen i alla fall inte haft någon direkt kontakt med varandra.

Vad gäller den juridiska bedömningen i målet så fann PMD att annonsören har det ensamma huvudansvaret för marknadsföringen och bekräftade således att en näringsidkare som använder affiliates ansvarar för dessa.⁸ Vidare fann domstolen att såväl en influencer/affiliate som den som har förmedlat ett reklamuppdrag till en influencer/affiliate principiellt kan vara medverkansvariga för annonsörens otillbörliga marknadsföring, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Affiliatenätverket i målet handlade enligt PMD dock varken på den huvudansvarige annonsörens vägnar eller bidrog väsentligt till marknadsföringen i den mening som avses i 23 § andra stycket MFL. Domstolen anser att förmedlingen av reklamuppdraget inte var tillräcklig för att uppfylla kriteriet på att handla på någon annans vägnar och att nätverkets roll vid utformningen av den otillbörliga marknads-

⁸ Annonsörens ansvar för affiliates motsvarar redan vedertagen praxis av Reklamombudsmannens opinionsnämnd, se t.ex. ärende 1301-17 eller 1707-148. Se även Stockholms tingsrätt i fråga om utdömande av vite dom den 2014-01-10 i mål B 17708-12.

föringen i övrigt inte kunde anses som ett väsentligt bidrag så att ett medverkansansvar kunde aktualiseras.

3. Affiliatenätverkens medverkansansvar

Generellt och bortsett från det konkreta målet i PMD kan affiliatenätverkens medverkansansvar stödjas på flera olika grunder. En tjänsteleverantör i form av ett sådant nätverk kan främst vara medverkansansvarig till annonsörens marknadsföring på grund av deras samarbete eller på grund av nätverkets aktiva bidrag till marknadsföringen i övrigt. Ett affiliatenätverk skulle även kunna vara medverkansansvarigt till en influencers marknadsföring, förutsatt att influencern anses ha ett delat huvudansvar.

3.1 Handlande på annonsörens vägnar

En tjänsteleverantör såsom ett affiliatenätverk kan vara en företrädare för annonsören i enlighet med 23 § andra stycket 2 MFL. Detta kräver att nätverket handlar på annonsörens vägnar. Kravet på ett ”handlande på näringsidkarens vägnar” kan tyda på ett fullmaktsförhållande, men behöver inte nödvändigtvis tolkas som ett absolut krav att det existerar en juridiskt bindande fullmakt att företräda näringsidkaren. Rekviritet skulle likaså kunna tolkas så att det är uppfyllt när någon annan på grund av ett rättsligt förhållande är integrerad i näringsidkarens verksamhets- och ansvarsområde på ett sätt som möjliggör för näringsidkaren att utöva inflytande över dess aktivitet.⁹ När en annonsör anlitar ett affiliatenätverk för att välja ut en lämplig influencer för att tillsammans med den utforma reklam i sociala medier åt näringsidkaren kan man argumentera för att nätverket marknadsrättsligt agerar inom näringsidkarens verksamhets- och ansvarsområde och således på dess vägnar i den mening som avses i 23 § andra stycket 2 MFL.¹⁰ Den konkreta utformningen av det avtalsrättsliga förhållandet mellan parterna samt

⁹ På ungefär det sättet definieras en marknadsrättslig företrädare (”Beauftragter”) i enlighet med den tyska marknadsföringslagen, ”UWG” (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), jfr Köhler/Feddersen i Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36 uppl. (2018), § 8 UWG, punkt 2.41.

¹⁰ Enligt Sveriges Annonsörer, Handbok för Internetreklam (2011), s. 7, går affilietemarknadsföring ut på att annonsören anlitar ett affiliatenätverk för att få tillgång till anslutna webbplatser för annonsering.

huruvida annonsören faktiskt har utövat sitt inflytande över utförandet av uppdraget bör i det sammanhanget inte vara avgörande, utan den marknadsrättsliga bedömningen bör ske fristående från avtalsrätten.¹¹ Vid en sådan tolkning skulle ett affiliatenätverk kunna anses vara medverkansansvarigt redan på grund av ett handlande på annonsörens vägnar.¹²

3.2 Väsentligt bidrag till annonsörens marknadsföring

Om ett affiliatenätverk inte kan anses vara en marknadsrättslig företrädare för annonsören kan det ändå ha lämnat ett väsentligt bidrag till marknadsföringen i enlighet med artikel 23 § andra stycket 3 MFL. Den bestämmelsen avser formellt ”var och en”, men det kan utläsas ur tidigare rättspraxis från Marknadsdomstolen (MD) att den förutsätter någon form av avtalsförhållande eller samarbete mellan den medverkande och marknadsföraren.¹³ Syftet med 23 § andra stycket 3 MFL är att skapa ett ansvar för aktiva medhjälpare och inte för vem som helst som på något sätt har kommit i kontakt med marknadsföringen.¹⁴ Aktiva medhjälpare är enligt rättspraxis framförallt reklambyråer, tidningar, andra mediaföretag samt ägare av webbsidor som tillhandahåller reklamutrymme.¹⁵

MD bedömde i avgörandet 2003:26 att ett företag, vars verksamhet uteslutande är inriktad på annonsförmedling, har ett ansvar för marknadsföring i samma omfattning som det ansvar som åvilar ett tidningsföretag.¹⁶ Ett granskningsansvar för annonsförmedlingsföretag har bekräftats i bl.a. MD 2016:8. På liknande sätt bedömde MD i avgörandet 2004:9 att det måste anses åligga den part som tillsammans med andra deltar i ett utvecklat samarbete kring marknadsföringsåtgärder att förvissa sig om att det finns rutiner som säkerställer att det

¹¹ Jfr med det tyska rättsläget Bundesgerichtshof (BGH), dom den 2009-10-07 i mål I ZR 109/06 (Partnerprogramm), punkt 21.

¹² Handlingar som företas av företrädare är sedan hänförliga till annonsören, se t.ex. MD 1992:19.

¹³ Holtz, Det marknadsrättsliga ansvaret för länkar på Internet, SvJT 2017, s. 106, 117.

¹⁴ Jfr prop. 1994/95:123 s. 92.

¹⁵ Jfr Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 (2013) s. 165.

¹⁶ Det bör anmärkas att verksamheten i det fallet bestod i utgivningen av kupongkataloger.

inte förekommer otillbörlig marknadsföring som sker inom ramen för det aktuella samarbetet. Däremot ansåg MD i avgörandet 2008:7 att ren distribution av reklammaterial inte är tillräcklig för att utlösa ett medverkansansvar. Detsamma borde gälla för den rena spridningen av material på internet via länkar, så länge det inte finns ett rättsligt förhållande eller någon annan form av samarbete mellan den som skapar länken och den som står bakom det länkade materialet.¹⁷

Mot den bakgrunden bör en tjänsteleverantör i form av ett affilientenätverk som förmedlar reklamuppdrag, lämnar instruktioner, formulerar utkast till marknadsföringsåtgärder samt ger synpunkter på omarbetade utkast anses som en aktiv medhjälpare i den mening som avses i 23 § andra stycket 3 MFL. Genom att gå utöver det rena tillhandahållandet av infrastruktur, såsom ett webbhotell, eller den rena förmedlingen av ett uppdrag lämnar ett nätverk i så fall sin neutrala ställning och intar en aktiv roll. Vid ett utvecklat samarbete kring marknadsföringen finns det ingen anledning till att inte likställa en sådan tjänsteleverantör med andra aktiva medhjälpare, exempelvis reklambyråer, och att således också hålla leverantören ansvarig för eventuell otillbörlig marknadsföring som sker inom ramen för samarbetet.¹⁸ Den risken är något som en sådan tjänsteleverantör kan räkna med och som den bör kunna kontrollera genom att tillämpa lämpliga rutiner. När det existerar ett utvecklat samarbete kring framtagningen av marknadsföringsåtgärden kan det inte heller vara avgörande vem som faktiskt lämnar det sista kausala bidraget, alltså vem som tekniskt ansvarar för publiceringen av materialet.¹⁹ I annat fall skulle det vara alldeles för enkelt att undvika ansvar.

En annan fråga är sedan hur långt medverkansansvaret av ett affilientenätverk ska sträcka sig och om det borde anses vara begränsat, i likhet med tidningsföretagens ansvar, till fall, där det borde ha stått helt klart att marknadsföringen var otillbörlig.²⁰ På den punkten kan tyckas att ett affilientenätverks ansvar måste bero på det konkreta upplägget av

¹⁷ Holtz, Det marknadsrättsliga ansvaret för länkar på Internet, SvJT 2017, s. 106, 118.

¹⁸ På samma sätt SOU 2018:1 s. 286.

¹⁹ Ett affilientenätverks ansvar bör inte heller påverkas av influencerns individuella ansvar, med andra ord bör det vara möjligt att flera aktörer tillsammans eller parallellt medverkar till en och samma marknadsföringsåtgärd.

²⁰ Jfr t.ex. MD 1995:2 s. 10.

samarbetet och nätverkets faktiska roll i det enskilda fallet.²¹ Eventuella granskningsskyldigheter bör generellt vara möjliga att överhuvudtaget genomföra.²² Granskningsskyldigheter bör dessutom vara rimliga, dvs. stå i proportion till den risk som affärsmodellen typiskt sett framkallar och inte vara så långtgående att de äventyrar nätverkets i grunden legitima affärsmodell.²³ Av den anledningen bör i ett fall, där det inte har stått helt klart att marknadsföringen var otillbörlig, affiliatenätverkets ansvar inträda först när det har fått kännedom om en konkret överträdelse av lagen, exempelvis genom en varning av en konkurrent.

Vad gäller det aktuella fallet från PMD kan hävdas att det på grund av Konsumentverkets vägledning om marknadsföring i bloggar och andra sociala medier från 2015, där det av punkt 5 bl.a. tydligt framgår att inlägg bör reklammarkeras både i början och i slutet, borde ha stått klart att reklammarkeringen i flera fall inte var tillräcklig.²⁴ Det kan rimligen förväntas av ett affiliatenätverk som erbjuder en ”premium-tjänst” att det tillämpar rutiner som innebär en, i vart fall översiktlig, förhandskontroll av marknadsföringsåtgärder som har skapats inom ramen för ett premiumsamarbete med en influencer.

3.3 Medverkan till influencerns marknadsföring

Även om ett affiliatenätverk inte kan anses ha lämnat ett väsentligt bidrag till annonsörens marknadsföring skulle det istället kunna ha medverkat till influencerns marknadsföring. KO yrkade i PMD att annonsören och influencern skulle ha ett delat huvudansvar i det aktuella fallet för samtliga marknadsföringsåtgärder. PMD delade inte denna uppfattning. Begreppet ”marknadsföring” definieras enligt 3 § MFL som reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter eller

²¹ På samma sätt SOU 2018:1 s. 286.

²² Jfr med 2 § andra stycket i lagen om viten, enligt vilken vite inte får föreläggas, om adressaten kan antas sakna faktisk eller rättslig möjlighet att följa föreläggandet.

²³ Jfr med det tyska rättsläget i fråga om marknadsrättsliga omsorgsplikter Köhler/Feddersen i Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36 uppl. (2018), § 8 UWG, punkt 2.10 ff. med hänvisningar till rättspraxis. Se mer nedan punkt 4.2.

²⁴ Konsumentverkets vägledning är givetvis inte mer än en rekommendation, men en betydelsefull sådan så länge det inte finns något prejudicerande domstolsavgörande som intar en avvikande ståndpunkt.

tjänster. Den definitionen förutsätter inte explicit att en näringsidkare uteslutande måste främja avsättningen av sina egna produkter eller tjänster för att en åtgärd ska kunna klassas som en självständig marknadsföringsåtgärd.²⁵ När en influencer, vars näringsverksamhet går ut på att främja andra näringsidkares verksamheter, bedriver marknadsföring som avser dessa andra näringsidkare så handlar den också i ett eget intresse vad gäller avsättningen av dess egna tjänster som influencer.²⁶ Till skillnad från den rena upplåtelsen av annonsutrymme på en webbsida åt andra näringsidkare har influencern i det föreliggande fallet åtminstone företagit en självständig handling när den utformade och publicerade reklaminläggen på sociala medier.²⁷ Denna handling har dessutom företagits i samråd med annonsören (se ”uppdragsbeskrivning”), fastän parterna inte har haft direkt kontakt med varandra.

Skulle en influencer anses ha ett delat huvudansvar för marknadsföringen skulle ett affilientätverk kunna anses vara medverkansansvarigt till influencerns marknadsföring. I ett trepartsförhållande, såsom i det här fallet, agerar en förmedlare eller mellanhand vanligtvis åtminstone på en annan parts vägnar.²⁸ Om ett affilientätverk inte skulle anses handla på uppdrag av annonsören ligger det nära till hands att det istället agerar som en marknadsrättslig företrädare för influencern i enlighet med 23 § andra stycket 2 MFL. Så kan vara fallet när det föreligger ett utvecklat rättsligt förhållande mellan influencern och nätverket i form av ett konkret samarbetsavtal (se ”premiumtjänst”), där nätverkets uppgifter bl.a. inbegriper förmedling av uppdrag från potentiella kunder, avancerad rådgivning kring marknadsföringen samt kontakt med tillsynsmyndigheten. Alternativt kan ett affilientätverk anses åtminstone ha lämnat ett väsentligt bidrag till influencerns

²⁵ En annan fråga är huruvida andra näringsidkare berörs av influencerns marknadsföring så att de får föra talan om förbud i enlighet med 47 § MFL.

²⁶ Samma kan hävdas i fråga om en mellanhand såsom ett affilientätverk, se mer nedan punkt 4.1.

²⁷ En sådan självständig handling skulle saknas vid upplåtelsen av annonsutrymme, där annonserna genom länkning direkt tillhandahålls från affilientätverkets eller annonsörens webbservrar.

²⁸ Det tycks vara osannolikt att en förmedlare i ett trepartsförhållande, som inte bara tillhandahåller en teknisk överföring av viljeförklaringar, inte skulle agera på någon annan parts vägnar alls.

marknadsföring i enlighet 23 § andra stycket 3 MFL. I så fall gäller vad ovan under punkt 3.2 sagts om ett nätverks väsentliga bidrag analogt.²⁹

4. Mellanhänders självständiga ansvar

Det faktum att aktörer som tillhandahåller mellanhandstjänster kan ådra sig ett medverkansansvar bör inte vara överraskande, samtidigt behöver den juridiska bedömningen inte vara begränsad till 23 § andra stycket MFL. Det förefaller vara berättigat att fråga sig hur MFL ser på ett självständigt marknadsrättsligt ansvar av mellanhänder. Detta gäller inte enbart affiliatenätverk, utan även plattformar och andra mellanhandstjänster i den digitala miljön.³⁰ Ett självständigt huvudansvar skulle kunna tolkas in i det gällande regelverket och skulle i enlighet med de allmänna reglerna i MFL kräva existensen av en marknadsföringsåtgärd samt dess otillbörlighet.

4.1 Marknadsföring

För det första måste tillhandahållandet av olika typer av mellanhandstjänster utgöra marknadsföring i den mening som avses i 3 § MFL. Som ”marknadsföring” anses i enlighet därmed kort sagt all reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av produkter eller tjänster. Handlingar med det huvudsakliga syftet att främja andra näringsidkares verksamheter skulle i sig kunna klassas som självständiga marknadsföringsåtgärder. En sådan argumentation skulle kräva en extensivare tolkning av begreppet ”marknadsföring” som dock skulle rymmas inom begreppsdefinitionen, då den inte explicit kräver ett avsättningsfrämjande av enbart näringsidkarens ”egna” produkter eller tjänster.³¹ Givetvis är den vedertagna uppfattningen hittills att MFL inte är tillämplig när ett påstående enbart avser

²⁹ Den teoretiska möjligheten att medverka till medverkan skulle likaså bero på ett väsentligt bidrag till marknadsföringen i enlighet med 23 § andra stycket 3 MFL.

³⁰ Ett s.k. plattformsansvar diskuteras främst mot bakgrund av den pågående upphovsrättsreformen inom EU, se t.ex. Europeiska kommissionens meddelande COM(2015) 626 final.

³¹ I Tyskland omfattar definitionen av begreppet marknadsföring uttryckligen också handlingar för att främja någon annans näringsverksamhet, se § 2 första stycket 1 UWG.

en utomstående, se MD 2011:4.³² Det avgörandet kan dock tydas så att påståendena i fråga från början inte var ägnade att främja avsättningen av produkter. De nya Patent- och marknadsdomstolarna är för övrigt inte hindrade att utveckla och ändra MD:s tidigare rättspraxis. Tvärtom uppmuntras domstolarna explicit att utveckla ny praxis om mellanhänders ansvar.³³ Ett ytterligare argument för lagens tillämplighet är att en mellanhand alltid också handlar i ett eget intresse vad gäller avsättningen av dess egna tjänster när den arbetar efter en affärsmodell som går ut på att främja andra näringsidkares verksamheter.³⁴

En sådan tolkning av begreppet ”marknadsföring” skulle därutöver vara förenlig med direktivet 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder. Enligt EU-domstolens rättspraxis kan direktivet tillämpas i en situation då en aktörs affärsmetoder tillämpas av ett annat företag, i aktörens namn eller för vederbörandes räkning, vilket innebär att bestämmelserna kan göras gällande både mot aktören och mot företaget om båda är näringsidkare.³⁵ Möjligen är tiden kommen för att fundera över att faktiskt byta ut begreppet ”marknadsföring” med begreppet ”affärsmetod” vid tillämpningen av MFL. Det kan hävdas att begreppet ”marknadsföring” vilseleder om lagens vidsträckta tillämpningsområde, trots att båda begreppen enligt förarbeten ska ha samma innebörd.³⁶ Marknadsföringslagen bör vara tillämplig på näringsverksamhet vid den tidpunkt då det finns en direkt relation till främjandet av avsättningen av produkter, oavsett om det rör sig om en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande.³⁷ Tillhandahållandet av vissa mellanhandstjänster, såsom de erbjuds

³² Jfr även Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 (2013), s. 49.

³³ Se SOU 2018:1 s. 287.

³⁴ På samma sätt Köhler/Feddersen i Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36 uppl. (2018), § 8 UWG, punkt 2.7.

³⁵ EU-domstolen, dom den 2013-10-17 i mål C-391/12 (RLvS Verlagsgesellschaft mbH), punkt 38.

³⁶ Jfr prop. 2007/08:115 s. 63. Se för en diskussion av begreppet ”affärsmetod” även Levin, Marknadsföringslagen — en kommentar (2014), s. 3 f., 51 ff.; Axhamn, Otillbörlig konkurrens, god marknadsföringssed och otillbörlig affärsmetod, i Carlson m.fl. (red.), Amici Curiae Marknadsdomstolen 1971–2016 (2017), s. 65 ff.

³⁷ Jfr med definitionen av begreppet ”affärsmetod” i artikel 2.d i direktiv 2005/29/EG.

av affliatenätverk eller olika typer av plattformar, bör därför principiellt hamna inom lagens tillämpningsområde.

4.2 En marknadsrättslig omsorgsplikt?

För det andra skulle det krävas att tillhandahållandet av en mellanhandstjänst på något sätt stred mot kraven i MFL. Då lagen saknar speciella regler i detta avseende kommer framförallt den allmänna generalklausulen i fråga. Lagligheten av mellanhänders självständiga marknadsföringsåtgärder skulle således bero på kravet på god marknadsföringssed i den mening som avses i 5 § MFL. God marknadsföringssed definieras i enlighet med artikel 2 h i direktivet 2005/29/EG och efter en direktivkonform tolkning som den nivå av fackmässighet och aktsamhet som en näringsidkare skäligen kan förväntas visa gentemot konsumenterna, motsvarande hederlig marknadspraxis och/eller den allmänna principen om god tro i näringsidkarens bransch.³⁸ En lämplig nivå av fackmässighet och aktsamhet motsvarande hederlig marknadspraxis respektive god tro kräver alltså en viss omsorg av mellanhänder gentemot marknadsföringens mottagare, främst konsumenter. Detta skulle också kunna betecknas som en marknadsrättslig omsorgsplikt. Rättsdogmatiskt kan en sådan omsorgsplikt förklaras med den allmänna rättsgrundsatsen att den som skapar en källa för risker eller låter den bestå måste vidta rimliga åtgärder som är nödvändiga för att avvärja eventuella risker som hotar utomstående.³⁹ En marknadsrättslig omsorgsplikt kan för mellanhänder yttra sig främst i någon form av granskningsskyldighet.⁴⁰ När mellanhänder genom sina affärsmodeller skapar riskkällor för otillbörlig marknadsföring av tjänsternas användare borde omsorgsplikten leda till en skyldighet att granska hur tjänsterna används, jämförbart med den skyldighet som redan idag följer av reglerna om medverkansansvaret.⁴¹ Den som sedan inte lever upp till en marknadsrättslig omsorgsplikt är dock gärningsman, inte medverkande. Vid existensen av en sådan plikt skulle vissa

³⁸ Jfr prop. 2007/08:115 s. 70.

³⁹ Jfr med det tyska rättsläget BGH, dom den 2007-07-12 i mål I ZR 18/04 (Jugendgefährdende Medien bei eBay), punkt 36.

⁴⁰ Jfr med det tyska rättsläget BGH, dom den 2014-06-18 i mål I ZR 242/12 (Geschäftsführerhaftung), punkt 23.

⁴¹ Jfr ang. mediaföretagens ansvar Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt (2013) s. 165.

fall av mellanhänders medverkansansvar istället kunna bedömas som ett självständigt huvudansvar.⁴²

Ett huvudansvar på grund av marknadsrättsliga omsorgsplikter skulle dock i likhet med ett medverkansansvar inte vara obegränsat. Även inom ramen för 5 § MFL måste hänsyn tas till mellanhänders legitima intressen (se ”skäligen kan förväntas”, ”god tro”), varför granskningsskyldigheter som en följd av god marknadsföringssed på samma sätt bör vara rimliga, se ovan punkt 3.2. Av den anledningen bör en marknadsrättslig omsorgsplikt normalt framträda som en skyldighet till översiktlig förhandsgranskning av uppenbart otillbörligt innehåll, i kombination med en skyldighet till en grundligare efterhandsgranskning när mellanhanden får kännedom om en möjlig lagöverträdelse samt en kompletterande skyldighet att vidta åtgärder mot faktiskt otillbörligt innehåll, för att undvika ansvar.⁴³ Förfarandet skulle under dessa förhållanden kunna jämföras med en ”*notice-and-action*”-mekanism såsom den diskuteras allmänt i fråga om olagligt innehåll, bl.a. av Europeiska kommissionen.⁴⁴ Sedan tillkommer transaktionstestet i enlighet med 6 § MFL. Åsidosättandet av omsorgsplikter skulle endast anses som otillbörligt om det i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Marknadsrättsliga omsorgsplikter skulle överensstämja väl med artikel 23 i Internationella Handelskammarens (ICC) regler för reklam och marknadskommunikation, enligt vilken utgivaren, mediaföretaget eller annan uppdragstagare/leverantör som publicerar, sänder eller distribuerar marknadskommunikationen ska iaktta ”vederbörlig omsorg”, såväl då beställningen accepteras som då spridning sker till allmänheten. I enlighet med detta verkar det redan motsvara vedertagen praxis av Reklamombudsmannen (RO) samt dess opinionsnämnd (RON) att hålla annonsörer, influencer samt affiliatenätverk gemensamt ansvariga,

⁴² Den lösningen tillämpas i Tyskland där det saknas en bestämmelse i stil av 23 § andra stycket 3 MFL, se Köhler/Feddersen i Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36 uppl. (2018), § 8 UWG, punkt 2.6 ff. Detta huvudansvar på grund av omsorgsplikter (”Verkehrspflichten”) verkar på senare tid ha ersatt ansvaret som s.k. störande (”Störerhaftung”), i alla fall på det marknadsrättsliga området.

⁴³ Jfr redan angående användningen av länkar på internet Holtz, Det marknadsrättsliga ansvaret för länkar på Internet, SvJT 2017, s. 106, 118 ff.

⁴⁴ Se Europeiska kommissionen, Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online, C(2018) 1177 final.

framförallt för bristfällig reklamidentifiering och sändarangivelse.⁴⁵ Om än den etiska bedömningen utifrån ICC-koden inte nödvändigtvis behöver vara identisk med den juridiska bedömningen i enlighet med MFL så kan den ändå vara en indikation.

5. Ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen

Slutligen kan det kort sägas något om ansvarsfrihetsreglerna i 16–18 §§ e-handelslagen som kan bli relevanta för mellanhänder i det digitala reklamlandskapet, både i fråga om medverkansansvaret och ett eventuellt självständigt ansvar.

Affiliatenätverk av olika slag som tillhandahåller sina tjänster på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran kan mycket väl klassificeras som leverantörer av informationssamhällets tjänster i den mening som avses i 2 § e-handelslagen. Huruvida affiliatenätverk och liknande förmedlare med framgång kan åberopa ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen är däremot en annan fråga och beror på tjänsteleverantörens aktivitet. Privilegierna i 16-18 §§ e-handelslagen är nämligen reserverade för de neutrala tjänsterna vidarebefordran, cachning och värdtjänster.⁴⁶ Verksamheten måste vara av rent teknisk, automatisk och passiv natur, vilket innebär att tjänsteleverantören varken har kännedom om eller kontroll över vidarebefordrad eller lagrad information.⁴⁷ Affiliatenätverket i det aktuella fallet utförde inte en sådan neutral tjänst, utan intog en aktiv roll, varför ansvarsfrihetsreglerna inte aktualiserades.⁴⁸ Även om en mellanhand i det enskilda fallet skulle utföra en sådan neutral tjänst kan utifrån bestämmelsernas ordalydelse fastställas att ansvarsfrihetsreglerna ändå inte har någon bäring på ett förbudsföreläggande, utan endast på skadestånd eller sanktionsavgift.⁴⁹ Således skulle ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen kunna behöva

⁴⁵ Se RON, besluten i ärendena 1509-146 (nätverket Stylewish), 1704-85 (nätverket Adtraction), 1705-98, 1705-104, 1705-108 (samtliga nätverket APPRL Fashion) eller 1707-148 (nätverket Awin).

⁴⁶ Prop. 2001/02:150 s. 87; MD 2016:8, punkt 56 ff.

⁴⁷ Skäl 42 i direktiv 2000/31/EG (e-handelsdirektivet).

⁴⁸ Jfr med EU-domstolen, dom den 2011-07-12 i mål C-324/09 (L'Oréal mot eBay), punkt 116.

⁴⁹ Se även Axhamn, Mellanhandsansvar på internet – En rapport kring internetleverantörers roll och ansvar (2010), Netopia, s. 7 f.

prövas, men det verkar trots allt osannolikt att dessa regler skulle påverka ansvaret enligt 23 § MFL.

6. Avslutande diskussion

Sammanfattningsvis kan konstateras att affiliatenätverk av olika slag har ett marknadsrättsligt ansvar för otillbörlig marknadsföring som förekommer inom ramen för samarbeten med annonsörer och influencer/affiliates. Detta ansvar går inte att bortse från och är på grund av RON:s redan existerande praxis inte heller något revolutionerande. Ett affiliatenätverks ansvar kan vila på olika grunder, beroende på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. En sådan tjänsteleverantör kan vara en företrädare för annonsören i enlighet med 23 § andra stycket 2 MFL, en företrädare för influencern enligt samma bestämmelse, förutsatt att influencern bedöms som huvudansvarig, eller så kan ett nätverk ha lämnat ett väsentligt bidrag till marknadsföringen av antingen annonsören eller influencern i enlighet med 23 § andra stycket 3 MFL. Den mest övertygande bedömningen i det aktuella fallet är, enligt den uppfattning som uttryckts här, att influencern (Alexandra Media) bör anses ha agerat på annonsörens vägnar och affiliatenätverket (Tourn Media) i sin tur bör anses ha åtminstone lämnat ett aktivt och väsentligt bidrag till marknadsföringen i fråga. Alternativt borde tillika affiliatenätverket redan anses som en marknadsrättslig företrädare för annonsören. Både influencern och nätverket borde därför ha ålagts ett medverkansansvar, måhända av olika slag. Det kan ifrågasättas om det verkligen var riktigt att affiliatenätverket helt befriades från ansvar när det hade spelat en så aktiv roll som det gjorde.

Affiliatenätverkens och andra mellanhänders ansvar är dock inte absolut utan beroende på hur det konkreta samarbetet mellan de inblandande parterna är utformat och hur aktiv mellanhanden är. Om en tjänsteleverantör begränsar sig till att agera webbhotell åt en influencer eller enbart tekniskt överför viljeförklaringar mellan annonsörer och influencer talar inte många argument för att förutsättningarna i 23 § andra stycket MFL kan anses vara uppfyllda.⁵⁰ Samtidigt behöver den juridiska bedömningen av mellanhänders marknadsrättsliga ansvar inte sluta där och behöver inte vara begränsat till ett medverkansansvar.

⁵⁰ För neutrala tjänsteleverantörer aktualiseras dessutom ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen.

Det juridiska synsättet på tjänsteleverantörer av denna nya typ kan överlag också behöva modifieras och utvecklas. Ett förslag kan vara att se bortom medverkansansvaret och att istället utkräva ett självständigt huvudansvar av vissa mellanhänder med sådana riskfyllda affärsmodeller, genom vilka skapandet eller spridningen av otillbörliga marknadsföringsåtgärder först möjliggörs i det digitala reklamlandskapet.⁵¹ I så fall skulle eventuella granskningskyldigheter inte grunda sig på att undvika ett medverkansansvar, utan på marknadsrättsliga omsorgsplikter som en del i god marknadsföringssed i den mening som avses i 5 § MFL. En följdfråga skulle sedan bli vilka aktörer som skulle omfattas av en marknadsrättslig omsorgsplikt och vilka aktörer som fortfarande skulle klassas som medverkande i enlighet med 23 § andra stycket 3 MFL.⁵²

Rättsdogmatiskt skulle en sådan rättsutveckling kunna implementeras med hjälp av en tolkning av den allmänna generalklausulen i 5 § MFL, utan att det behövdes en lagändring. En sådan lösning förefaller vara lämpligare än en lösning via en tolkning av sanktionsföreskrifterna såsom 23 § MFL, då syftet med 5 § MFL just är att möjliggöra fortlöpande rättsbildning i takt med att nya marknadsföringsmetoder utvecklas.⁵³ En utveckling mot det hållet förefaller också vara rättspolitiskt önskvärt. Det framstår som mindre lämpligt att införa särskilda bestämmelser enbart för medverkansansvar i interaktiva digitala medier. I SOU 2018:1 uttalas det att det kan överlämnas åt rättspraxis att avgöra hur reglerna närmare ska komma att tillämpas i den nya digitala miljön.⁵⁴ Ett självständigt huvudansvar skulle vidare vara i linje med ambitionen inom EU att effektivare hantera olagligt innehåll

⁵¹ Då MFL är teknikneutral skulle samma gälla i den analoga världen. Ett sådant huvudansvar borde dock inte utöka det ansvar som grundlagsskyddade medier redan har idag.

⁵² Som avgränsningskriterium nära till hands ligger mellanhandens aktivitet vid utformningen av marknadsföringsåtgärden i fråga. Aktiva medhjälpare skulle då fortfarande bedömas som medverkande i enlighet med 23 § andra stycket 3 MFL, medan mer passiva medhjälpare med riskfyllda affärsmodeller skulle åligga en marknadsrättslig omsorgsplikt.

⁵³ Jfr prop. 2007/08:115 s. 69.

⁵⁴ SOU 2018:1 s. 287. Därför skulle en sådan lösning inte heller strida mot makt-delningsprincipen.

online, inbegripet överträdelser av konsumentskyddslagstiftning.⁵⁵ Ju flera involverade aktörer som teoretiskt kan hållas ansvariga för olika metoder, desto bättre är förutsättningarna för att otillbörlig marknadsföring inte förekommer inom ramen för den här typen av samarbeten. Enligt Konsumentverket innebär t.ex. användandet av affiliates och affliatenätverk hinder vid försök att motverka abonnemangsfällor, då det blir ännu svårare att identifiera vilket företag som egentligen står bakom marknadsföringen.⁵⁶ Om vissa aktörer kan driva på en utveckling med ökad otillbörlig marknadsföring utan att drabbas av konsekvenser kommer det bara att bidra till ett sämre konsumentskydd.⁵⁷

⁵⁵ Jfr Europeiska kommissionen, Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online, C(2018) 1177 final.

⁵⁶ Konsumentverket, Konsumentrapporten 2017, rapport 2017:3, s. 27.

⁵⁷ SOU 2018:1 s. 281.

