

Marknadsföringslagens tillämplighet i EES-rättslig belysning

Av professor MICHAEL BOGDAN

1. Inledning

Den mest betydelsefulla förändringen i den svenska rättsordningen under 1990-talet blir utan tvekan dess anpassning till den europeiska integrationsprocessen. Denna anpassning, som till betydande del redan har ägt rum men alltjämt pågår, är inte beroende av Sveriges eventuella kommande medlemskap i EG resp. Europeiska unionen,¹ eftersom det mesta av den materiella EG-rätten såsom s. k. *acquis communautaire* redan övertagits genom medlemskapet i EES (Europeiska ekonomiska samarbetsområdet). Man kan således tala om en EG/EES-rätt, vilken på olika sätt formar den svenska rättsordningen på olika områden.

I detta sammanhang tänker man kanske i första hand på mängder av sekundära EG/EES-författningar, vilka i enlighet med EES-avtalets art. 7 antingen som sådana införlivas med intern svensk rätt (detta sker om de motsvarar EG-förordningar) eller genomförs i den form och på det sätt som Sverige själv får välja (denna valmöjlighet finns beträffande rättsakter motsvarande EG-direktiv). Man får dock inte heller glömma de materiella reglerna i själva EES-huvudavtalet, vilka enligt 2 § i lagen (1992:1317) om ett europeiskt ekonomiskt samarbetsområde (EES-lagen) också ”skall gälla som svensk lag”. De däri fastlagda huvudreglerna ställer åtskilliga krav på det svenska rättssystemet. Till saken hör också att EES-lagens föreskrifter i enlighet med dess 5 § skall tillämpas utan hinder av vad som annars föreskrivs i svensk lag. Det kan således inte råda någon tvekan om att svenska regler varken får eller kan hindra exempelvis den i EES-avtalet stadfästa fria rörligheten för varor, personer, tjänster och kapital.

I denna uppsats behandlas frågan huruvida, och i så fall på vilket sätt, den fria rörligheten för varor inom EES medför att de svenska marknadsföringsreglerna, trots att de inte kan anklagas för att vara diskriminerande, får vidkännas begränsningar i fråga om sin tillämplighet på den svenska marknaden. Uppsatsen begränsar sig således till den fria rörligheten för varor, men mycket av det som

¹ Trots tillblivelsen av Europeiska unionen (EU) använder jag i denna uppsats av praktiska skäl den väletablerade förkortningen EG. Artikeln är skriven i januari 1994.

kommer att sägas har viss relevans också beträffande den fria rörligheten för tjänster.

2. Marknadsföringslagens territorialitet

Den nuvarande svenska marknadsföringslagen (1975:1418) kan sägas vara av övervägande offentligrättslig karaktär. Dess funktion är huvudsakligen att upprätthålla viss juridisk standard på konsumentmarknaden, låt vara att marknadsföring till näringsidkare också omfattas. Marknadsdomstolen, som tillämpar marknadsföringslagens huvudregler (i synnerhet generalklausulen i lagens 2 §), avgör inte tvister mellan en enskild konsument och en enskild näringsidkare, utan bedriver en rättskipning som i huvudsak är preventiv och framtidsinriktad i den meningen att domstolens förbud och ålägganden, vilka normalt är förenade med vite, i princip endast gäller för framtiden och inte kompenserar konsumenten för det missförhållande som redan har ägt rum och som föranlett målet. Delvis annorlunda förhåller det sig med de få straffsanktionerade förbuden i lagens 6–8 §§ och med skadestandsregeln i lagens 19 §; inte heller dessa kompenserar den enskilde konsumenten (19 § talar endast om ersättning till konkurrerande näringsidkare) men möjliggör för allmänna domstolar att utdöma en påföljd för redan begångna lagbrott.

Förslaget till en ny marknadsföringslag i Marknadsföringsutredningens slutbetänkande SOU 1993:59, om och när det förverkligas, kommer att behålla vitesföreläggandena som den vanligaste sanktionen och avkriminalisera de idag straffbelagda marknadsföringsåtgärderna. Samtidigt införs kraftiga marknadsstörningsavgifter riktade mot företag och enskilda konsumenter tillerkänns rätt till skadestånd.

Varken den nuvarande eller den föreslagna nya marknadsföringslagen reglerar frågan om sin territoriella tillämplighet, dvs. tar ställning till sin tillämpning i internationella förhållanden, förutom den mycket speciella EES-betingade regeln om satellitsändningar av televisionsprogram (2 § 2 st. i den nuvarande och 54 § i den föreslagna lagen). Denna regel innebär i princip att den svenska lagens regler också skall tillämpas på marknadsföring i televisionssändningar från Sverige till utlandet om de kan tas emot i något annat EES-land. Det bakomliggande EG/EES-direktivet² är baserat på den s. k. sändarlandsprincipen, enligt vilken program

² Se EG-rådets direktiv den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utövandet av sändningsverksamhet för television, Europeiska gemenskapernas officiella tidning den 17 oktober 1989, nr L 298 s. 23. Direktivets text återges också som bilaga 4 i SOU 1992:49, s. 121–142.

som är lagliga i sändarlandet fritt får spridas till andra medlemsländer och att det är förbehållet sändarlandet att vidta åtgärder vid eventuella regelbrott. Huruvida TV-direktivets sändarlandsprincip endast gäller regler av radorättslig karaktär eller också exempelvis regler om vilseledande marknadsföring är emellertid omtvistat; enligt den svenska Regeringens uppfattning "torde direktivet inte hindra ett mottagarland att ingripa mot reklam som en annonsör under detta lands jurisdiktion sprider med hjälp av TV-sändningar från andra länder".³ I övriga situationer är gränserna för marknadsföringslagens tillämpning i rummet som sagt icke lagfästa.

Såvitt gäller rena skadestandsfrågor kan man rimligen hänvisa till den svenska internationella privaträttens allmänna huvudregel om utomobligatoriskt skadestånd, enligt vilken lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits skall tillämpas (se t. ex. NJA 1969:163); trots att denna regel döljer många besvärliga problem kommer den på grund av utrymmesbrist inte att närmare behandlas i denna uppsats, vilken kommer att koncentrera sig på marknadsföringslagstiftningens typiska, offentlighetsrättsliga förbud och påbud.

Av den vitessaktionerade marknadsrättsliga regleringens offentlighetsrättsliga natur torde följa att Marknadsdomstolen i princip endast kan tillämpa svensk marknadsföringslagstiftning, inte dess utländska motsvarigheter. Frågan om svensk domsrätt och om svensk rätts tillämpning sammanfaller således i dessa fall, åtminstone i princip.⁴ Detta framgår icke minst av 1 § i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m. m., enligt vilken domstolen har till uppgift att handlägga mål enligt i paragrafen uppräknade svenska författningar, däribland marknadsföringslagen.

Den obestridda utgångspunkten i fråga om den svenska marknadsföringslagens tillämpning i rummet är en form av territorialitetsprincip: lagen tillämpas på den svenska marknaden oavsett var det marknadsförande företaget hör hemma, samtidigt som lagen inte anses tillämplig på marknadsföring på utländska marknader, inte ens om den bedrivs av ett svenskt företag. I propositionen 1970:57 med förslag till lag om otillbörlig marknadsföring m.m. uttalades bl. a. följande:⁵

Generalklausulen är inte formellt begränsad till vad som sker i Sverige. Vad beträffar frågan om dess tillämpning på marknadsföringsåtgärder med internationell anknytning vill jag anföra följande. Huvudsyftet med

³ Se prop. 1992/93:75 s. 35.

⁴ Se Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Stockholm 1989, s. 53.

⁵ Se prop. 1970:57 s. 92–93.

den föreslagna lagstiftningen är att sörja för att vissa normer iakttas inom reklam och marknadsföring på den svenska marknaden. Avgörande för om generalklausulen skall tillämpas på en viss åtgärd bör därför vara om åtgärden är inriktad på en svensk publik. Var åtgärden har företagits är däremot i princip utan betydelse. Generalklausulen bör sålunda kunna tillämpas exempelvis i fråga om reklammaterial som har producerats i utlandet och därifrån distribuerats till mottagare i Sverige. Detta bör gälla vare sig reklamen är särskilt inriktad på Sverige eller vänder sig till en internationell publik, däribland den svenska. Om däremot reklamen i och för sig avser bara en viss utländsk marknad bör generalklausulen inte anses tillämplig. Det bör sålunda inte vara möjligt att ingripa mot en annons i en utländsk tidning, vilken inte primärt är avsedd för spridning i andra länder, även om vissa exemplar av tidningen skulle förekomma här i landet. Det nu sagda gäller även åtgärder som vidtas av svenska företag.

Att detta uttalande alltjämt anses vara vägledande framgår bl. a. av att det åberopas och citeras även i lagförarbetena från den allra senaste tiden.⁶

Det centrala kriteriet är således huruvida marknadsföringsåtgärden helt eller delvis riktar sig till den svenska marknaden. Var och en som marknadsför sina varor, tjänster eller andra nyttigheter på den svenska marknaden är helt enkelt skyldig att följa denna marknads spelregler. En helt annan sak är att avgränsningen av vad som menas med att viss marknadsföring riktar sig till den svenska marknaden inte alltid är en lätt sak, exempelvis vid bedömningen av annonser i tidskrifter med internationell spridning⁷ eller reklam i satellit-TV. Det var just svårigheterna rörande satellit-TV som har föranlett det EG/EES-direktiv vilket ligger till grund för specialregeln i den nuvarande marknadsföringslagens 2 § 2 st. resp. i den föreslagna nya marknadsföringslagens 54 §.

I Marknadsföringsutredningens slutbetänkande uttalas att den däri föreslagna lagen avser marknadsföring riktad till den svenska marknaden oavsett om marknadsföringsåtgärderna vidtas av svenska eller utländska näringsidkare.⁸ Lagförslagets ovannämnda 54 § innebär dock en utvidgning av det traditionella tillämpningsområdet såvitt gäller satellitsändningar av televisionsprogram, en utvidgning som sedan ikrafrädandet av SFS 1992:1361 redan finns i den nuvarande marknadsföringslagen (se lagens 2 § 2 st.). I det betänkande, som låg bakom 1992 års lagändring, finns också en hel del allmänna uttalanden om den svenska marknadsföringslagstiftningens territoriella tillämpningsområde;⁹ dessa uttalanden

⁶ Se t. ex. prop. 1992/93:75 s. 34–35.

⁷ Se t. ex. MD 1989:6 (Scanorama).

⁸ Se SOU 1993:59 s. 518.

⁹ Se SOU 1992:49 s. 51–52 och 76–82.

bygger dock i huvudsak på de ovan beskrivna lagförarbetena från 1970.

3. Marknadsföringslagen och den fria rörligheten av varor i EES

Enligt 2 § EES-lagen har bl. a. EES-avtalets art. 11, som i här relevanta avseenden är identisk med EG-fördragets art. 30, blivit en del av den svenska rättsordningen. Artikeln reglerar vissa aspekter av den fria rörligheten för varor. Enligt EG-fördragets art. 30 skall kvantitativa importrestriktioner "samt åtgärder med motsvarande verkan" vara förbjudna mellan medlemsstaterna om ej annat föreskrivs i fördraget; EES-avtalets 11 § stadgar att kvantitativa importrestriktioner samt "åtgärder med motsvarande verkan" skall vara förbjudna mellan de avtalsslutande staterna. Av bl. a. EES-avtalets art. 6, som också den har gjorts till en del av svensk rätt, framgår att EES-avtalets bestämmelser, i den mån de i sak är identiska med motsvarande bestämmelser i EG-fördraget, skall tolkas i enlighet med EG-domstolens praxis rörande EG-fördraget. Detta gäller visserligen formellt endast de av EG-domstolens avgöranden vilka meddelats före dagen för EES-avtalets undertecknande (den 2 maj 1992), men det är klart att vi i praktiken är tvungna att anpassa oss till EG-domstolens tolkning även när denna kommit till uttryck i ett senare avgörande. I den svenska EES-propositionen sägs för övrigt uttryckligen att EG-domstolens praxis har en avgörande betydelse för förståelsen av innebörden av EES-avtalets art. 11.¹⁰ En mycket viktig skillnad mellan EG- och EES-rätten är dock att den fria rörligheten för varor inom EG även inbegriper varor som har ursprung i ett utomstående land om de lagligen kommit igenom EG:s gemensamma yttre "mur", medan EES-avtalet i princip är ett frihandelsavtal begränsat till varor med ursprung i fördragsslutande stat (se EES-avtalets art. 8(2)).

Till det ackumulerade *acquis communautaire*, som vi på detta sätt måste följa i fråga om varor med ursprung i EG/EES-området, hör även den s. k. *Cassis de Dijon*-principen, vilken härleds ur EG-domstolens dom från den 20 februari 1979 i målet *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.¹¹ Målet handlade om en ur svensk synvinkel mycket märklig tysk regel, vilken krävde att vissa fruktköror skulle innehålla en viss minsta alkoholhalt (minst 25 %). På grund av denna regel förvägrades den franska likören *Cassis de Dijon* tillträde till den tyska marknaden. Finansdomstolen i Hessen underställde i samband därmed och i enlighet med EG-fördragets art. 177 EG-domstolen frågan om huruvida tillämpning-

¹⁰ Se prop. 1991/92:170, del 1, s. 63.

¹¹ Målnr 120/78; [1979] E.C.R. 649.

en av den tyska regeln på den franska varan inte var en sådan "åtgärd med motsvarande verkan" som stred mot EG-fördragets art. 30.

EG-domstolen förklarade att nationella bestämmelser och därav följande handelshinder måste accepteras i brist på gemensamma regler rörande tillverkning och marknadsföring av alkoholhaltiga drycker, förutsatt att de nationella bestämmelserna kan anses vara nödvändiga för att tillfredsställa tvingande hänsyn (*mandatory requirements*) avseende bl. a. allmänt hälsoskydd, affärstransaktionernas tillbörlighet (god handelssed) och konsumentskydd. Den tyska regeringens argumentering, som försökte framställa den tyska alkoholregeln som tjänande de nyssnämnda hänsynen, underkändes dock av EG-domstolen. Tillämpningen av den tyska regeln på drycker lagligen producerade och marknadsförda i annat medlemsland ansågs därför oförenlig med EG-fördragets art. 30, såsom varande en otillåten åtgärd med verkan motsvarande en kvantitativ importrestriktion.

"Åtgärder med motsvarande verkan", förbjudna av EG-fördragets art. 30 respektive av motsvarande bestämmelse i EES-avtalets art. 11, behöver naturligtvis inte ha formen av tekniska föreskrifter eller andra krav avseende själva varan, utan kan avse bl. a. varans marknadsföring. Det är exempelvis uppenbart att en nationell marknadsföringsregel i ett EG-land, som försätter produkter importerade från ett annat EG-land i underläge genom att inte tillåta att de marknadsförs lika effektivt som de inhemska produkterna, är förbjuden. Detsamma gäller även icke-diskriminerande marknadsföringsrestriktioner i den mån de inte uppfyller de övriga *Cassis de Dijon*-kriterierna. Detta väcker frågan om gränserna för medlemsstaternas rätt att själva få reglera marknadsföringsmetoderna på sina respektive inhemska marknader. Två principiellt viktiga domar får i det följande illustrera EG-rättens nuvarande ståndpunkt, vilken genom EES-avtalet som sagt får anses ha blivit en del av den svenska rätten och följaktligen skall följas i Marknadsdomstolens praxis.

4. Fallet *GB-INNO-BM*: tillämpning av ursprungslandets marknadsföringslagstiftning?

Det rubricerade målet, *GB-INNO-BM v. Confédération du commerce luxembourgeois*, avgjordes av EG-domstolen den 7 mars 1990,¹² efter det att den luxemburgiska kassationsdomstolen hade vänt sig till EG-domstolen med begäran om ett prejudiciellt ställningstagande enligt EG-fördragets art. 177. Bakgrunden till målet var följande.

¹² Målnr C-362/88; [1990] E.C.R. I 683.

Det belgiska företaget GB-INNO-BM drev en butikskedja i Belgien, däribland i Arlon, nära den luxemburgiska gränsen. För att locka kunder delade företaget ut reklamflygblad i såväl Belgien som i gränsområdet i Luxemburg. Dessa flygblad var lagliga enligt belgisk rätt, men stred mot luxemburgiska marknadsföringsregler, enligt vilka reklamerbjudanden avseende tillfälliga prissänkningar inte fick innehålla vare sig information om erbjudandets varaktighet eller uppgifter om det ursprungliga priset. Den fråga, som EG-domstolen fick ta ställning till, var huruvida tillämpningen av de luxemburgiska rättsreglerna på de av det belgiska bolaget i Luxemburg distribuerade flygbladen, avseende försäljning i Belgien, inte stred mot EG-fördragets regler om fri rörlighet för varor, först och främst art. 30.

EG-domstolen påpekade i sin dom att den fria rörligheten för varor avser icke blott transaktioner företagna av affärsmän utan även köp företagna av enskilda konsumenter, särskilt i gränsområdena. Konsumenter bosatta i en medlemsstat har rätt att fritt resa till annan medlemsstat för att där handla under samma villkor som den lokala befolkningen. Denna frihet äventyras om konsumenterna berövas tillgång till annonser som är tillgängliga i det land där inköpen äger rum. I brist på gemensamma regler om marknadsföring måste skillnader mellan de nationella reglerna emellertid accepteras i den mån de nationella reglerna utan diskriminering tillämpas på såväl inhemska som importerade produkter och kan försvaras som nödvändiga på grund av tvingande hänsyn till bl. a. konsumentskydd och tillbörlighet i affärstransaktioner. De luxemburgiska reglerna motiverades med konsumenternas skyddsbehov (konsumenternas svårigheter att kontrollera uppgifternas sanningshalt och det psykologiska tryck som orsakas av jämförelser mellan det ursprungliga och det nedsatta priset), men EG-rätten betraktar enligt EG-domstolen just tillgång till information som ett av de viktigaste kraven inom konsumentskyddet. En nationell lagstiftning, som nekar konsumenten viss information, kan därför inte försvaras med tvingande konsumentskyddshänsyn. EG-domstolens slutsats var således att tillämpningen av de luxemburgiska reglerna i det aktuella fallet var oförenlig med den fria rörligheten för varor inom EG. Domslutet blev följaktligen följande:

Under Articles 30 and 36 of the EEC Treaty, properly interpreted, advertising lawfully distributed in another Member State cannot be made subject to national legislation prohibiting the inclusion, in advertisements relating to a special purchase offer, of a statement showing the duration of the offer or the previous price.

Domen ansluter mycket nära till bl. a. *Cassis de Dijon*-avgörandet (se avsnitt 3 ovan). I båda målen har EG-domstolen i princip godtagit icke-diskriminerande nationella föreskrifter så länge en gemensam EG-rättslig reglering saknades. Precis som det tyska kravet på lägsta alkoholhalt i *Cassis de Dijon*-fallet har det luxemburgiska marknadsföringsförbudet i *GB-INNO-BM*-fallet emellertid underkänts såsom ej ledande till det angivna skyddssyftet. I båda fallen har EG-domstolen dessutom hänvisat till att varan resp. marknadsföringen var lovlig i det andra EG-land varifrån varan importerades resp. varifrån marknadsföringen bedrevs.

Huruvida det sist sagda innebär att EG/EES-ländernas myndigheter vid prövningen av lovligheten på den egna marknaden av en vara eller av en marknadsföringsåtgärd i vissa fall skall "tillämpa" utländsk rätt beror på hur man definierar "tillämpning". Enligt min mening är det i dessa fall naturligare att säga att utländsk rätt skall beaktas vid tillämpningen av den egna lagstiftningen, som ju behåller sin monopolställning i fråga om bl. a. sanktionerna. Det främmande "ursprungslandets" rätt behöver för övrigt inte beaktas om den ställer högre krav än lagen i det land där marknaden befinner sig: EG-rätten synes inte kräva att exempelvis det tyska kravet på minsta alkoholhalt skall uppfyllas vid försäljning av tyska likörer i Frankrike eller att luxemburgiska företag vid sin marknadsföring i Belgien måste respektera den luxemburgiska rättens marknadsföringsförbud.¹³ Att ställa dylika krav skulle faktiskt kunna utgöra en otillåten diskriminering av de importerade varorna i jämförelse med de inhemska.

Hela frågan om tillämpning resp. beaktande av utländsk marknadsföringsrätt har dock kommit i ett annat läge genom EG-domstolens dom den 18 maj 1993 i saken *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v. Yves Rocher GmbH*.¹⁴

5. Fallet *Yves Rocher*: utveckling av EG:s egen materiella marknadsföringsrätt genom EG-domstolens praxis?

Även *Yves Rocher*-målet handlade om en prejudiciell frågeställning underställd EG-domstolen enligt EG-fördragets art. 177, den här gången av Tysklands *Bundesgerichtshof*. Det tyska Yves Rocher-bolaget bedrev postorderförsäljning i Tyskland av kosmetika härstammande från det franska moderbolaget och huvudsakligen tillverkade i Frankrike. I sina i Tyskland distribuerade reklambroschyrer bröt bolaget mot en tysk rättsregel, vilken förbjöd reklam innehållande iögonfallande (*blickfangmässig*) jämförelse mellan varans

¹³ Jfr dock den tidigare omnämnda sändarlandsprincipen i EG:s TV-direktiv.

¹⁴ Målnr C-126/91.

ursprungliga och nedsatta pris. Förbudets uppgivna syfte var att skydda såväl konsumenter som konkurrenter från denna typ av marknadsföring. Den tyska regeringen hävdade bl. a. att prisjämförelserna ofta är missvisande, att konsumenterna normalt inte har möjlighet att bedöma deras sanningshalt och att de kan ge en felaktig bild av prisnivån avseende hela sortimentet. EG-domstolen ställdes inför uppgiften att bedöma huruvida den tyska förbudsregelns tillämpning på Yves Rocher-bolagets försäljning stred mot den i EG-fördraget lagfästa fria rörligheten för varor.

Med hänvisning till bl. a. *GB-INNO-BM*-domen upprepade EG-domstolen även i detta fall sin principiella uppfattning att de handelshinder, som resulterar av skillnader mellan olika nationella rättsregler, får godtas, förutsatt att gemensamma EG-regler saknas, att de nationella reglerna inte är diskriminerande och att de kan försvaras som nödvändiga för att tillmötesgå tvingande hänsyn till bl. a. konsumentskydd och tillbörlighet av affärstransaktioner. Åberopande sin tidigare praxis tillade EG-domstolen vidare att de nationella reglerna skall stå i proportion till sitt syfte.

Beträffande den i målet aktuella tyska marknadsföringsregeln påpekade domstolen att regeln förbjöd vissa uppgifter i reklam-sammanhang oavsett om uppgifterna var sanna eller falska, att detta förbud gick längre än vad som var nödvändigt för att uppnå det angivna syftet, och att en komparativ undersökning av medlemsländernas lagstiftning visade att samma syfte kunde uppnås genom mindre långtgående reglering. EG-domstolen vände sig således i första hand mot det tyska förbudets bristande proportionalitet. Såvitt gällde konkurrenternas intresse uttalade domstolen att korrekta prisjämförelser ingalunda snedvred konkurrensen; ett förbud mot dylika jämförelser kunde tvärtom få en konkurrensbegränsande verkan.

Dessa argument utmynnade i att EG-domstolen förklarade att EG-fördragets art. 30 hindrar nationella regler vilka förbjuder ett företag med säte i ett medlemsland att vid postorderförsäljning av varor importerade från ett annat medlemsland använda sig av en marknadsföring baserad på iögonfallande jämförelser mellan ursprungliga och nedsatta priser.

Domen kan sägas gå i samma riktning som domen i *GB-INNO-BM*-målet, där utgången emellertid inte grundade sig på bristande proportionalitet utan på att domstolen överhuvudtaget inte ansåg de luxemburgiska reglerna tjäna det angivna konsumentskydds-intresset. *Yves Rocher*-domen går dock faktiskt i två andra avseenden betydligt längre än domen i *GB-INNO-BM*-målet.

För det första avsåg *GB-INNO-BM*-målet marknadsföring som förutsatte att konsumenterna skulle göra sina inköp i ett annat medlemsland enligt vars lag marknadsföringen var lovlig, medan *Yves Rocher*-domen handlade om en situation där såväl marknadsföringen som de åsyftade inköpen ägde rum i ett och samma land enligt vars lag marknadsföringen var förbjuden. Den EG-rättsliga dimensionen i den senare domen begränsade sig till att de marknadsförda varorna hade importerats resp. skulle importeras från ett annat EG-land. Stora och centrala delar av EG-domstolens domskäl i *GB-INNO-BM*-domen var således ej användbara i *Yves Rocher*-fallet.

Den enligt min mening intressantaste skillnaden mellan de två målen ligger emellertid däri att EG-domstolen i det senare målet överhuvudtaget inte nämnde huruvida den omtvistade marknadsföringen var laglig enligt reglerna i varornas ursprungsland (Frankrike) eller i något annat berört EG-land. Att Frankrike saknar något motsvarande förbud framgår således inte av domen och synes inte heller ha tillmätts någon betydelse av EG-domstolen. Utgången skulle förmodligen ha blivit densamma även om fransk marknadsföringsrätt varit identisk med den tyska eller t.o.m. innehållit ett ännu mera långtgående förbud.

Denna tolkning av domen innebär att EG-domstolen håller på att prejudikatvägen skapa en gemensam, EG-rättslig materiell marknadsföringsrätt, som visserligen åtminstone delvis synes bygga på komparativa undersökningar av medlemsländernas rätt, men som samtidigt inte är kopplad till de i målet aktuella EG-ländernas lagar utan enbart återspeglar EG-domstolens egna värderingar rörande den önskvärda nivån av ett rimligt och meningsfullt konsumentskydd.

6. Avslutande synpunkter

Det kan inte råda någon tvekan om att EG-domstolens praxis, som ju blir vägledande även för tolkningen av EES-avtalet, innebär att den svenska marknadsföringslagens envälde på den svenska marknaden får vidkännas långtgående inskränkningar i de situationer där den fria rörligheten till Sverige för varor från de övriga EG/EES-länderna kan tänkas bli hindrad av de svenska marknadsföringsreglerna. De svenska reglerna ligger klart i farozonen om de avviker från de "europeiska" värderingarna, detta även när de svenska reglerna inte är diskriminerande och även när den berörda marknadsföringen av importerade varor bedrivs från svensk ort och av ett svenskt företag. EG-domstolens värderingar är samtidigt långt ifrån okontroversiella; dess betoning av konsumenternas rätt

till information bortser exempelvis från att vissa upplysningar, ehuru sanningsenliga, kan verka förvirrande på en konsument som kan ha svårt att bedöma deras relevans och värja sig mot den psykologiska och emotionella verkan de kan ha.

En aspekt som inte uttryckligen har kommenterats av EG-domstolen är att dess praxis medför ett slags omvänd diskriminering och snedvridning av konkurrensen mellan inhemska produkter och produkter importerade från ett annat EG/EES-land. EG-domstolen nöjer sig nämligen inte med att konkurrensen sker på lika villkor, utan tillerkänner de från annat medlemsland importerade varorna en betydande konkurrensfördel (s. k. nationell diskriminering). Medan Yves Rocher GmbH vid sin marknadsföring av franska kosmetikaprodukter på den tyska marknaden tydligen kan strunta i det tyska förbudet av viss prisjämförande reklam, tvingas bolagets konkurrenter, vilka på samma marknad säljer tyska¹⁵ produkter, att följa och respektera förbudet. Detta är enligt min uppfattning inte rimligt.

En möjlig utväg är att de individuella EG/EES-länderna, inklusive Sverige, börjar att gallra bland sina nationella marknadsföringsregler, så att de endast behåller sådana restriktioner som förväntas att klara en EG/EES-rättslig prövning och som följaktligen även kan tillämpas på marknadsföring av varor från ett annat EG/EES-land. Huruvida en viss regel klarar en EG/EES-rättslig granskning är emellertid ibland svårt att förutsäga, så att den nationella marknadsföringsrättens anpassning med denna metod förmodligen kommer att ske i efterhand: har exempelvis EG-domstolen förbjudit viss nationell marknadsföringsrestriktion beträffande importerade produkter, kommer denna restriktion ofta att avskaffas även beträffande de inhemska varorna.

Ett lämpligare alternativ till en sådan oorganiserad rättsutveckling vore om EG utfärdade direktiv som skulle unifiera eller åtminstone harmonisera medlemsstaternas rättsregler avseende marknadsföring. EES-systemet förutsätter att dylika EG-direktiv mer eller mindre slaviskt skulle kopieras inom EES. På vissa punkter föreligger redan direktivregler av denna typ, såsom EG-rådets direktiv av den 10 september 1984 (84/450/EEG) om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam.¹⁶ Att detta direktiv, tillsammans med ett antal andra EG-rättsakter på konsumentskyddets område, utgör en del av EES-rätten framgår av EES-avtalets bilaga XIX.

¹⁵ Detsamma gäller också varor från länder utanför EG/EES-området, i den mån ett eventuellt frihandelsavtal inte föreskriver motsatsen.

¹⁶ Europeiska gemenskapernas officiella tidning den 19 september 1984, nr L 250 s. 17. Direktivtexten återges också som bilaga nr 3 i SOU 1992:49 s. 113–120.

Det kan inte heller uteslutas att EG-domstolen tar ett steg tillbaka och visar en större tolerans mot nationella marknadsföringsregler av olika slag. Den 24 november 1993 meddelade EG-domstolen sin dom i målen *Bernard Keck* och *Daniel Mithouard*¹⁷, där tillämpningen av en fransk straffrättsregel, som förbjuder försäljning av varor till ett pris understigande inköpspriset, förklarades icke strida mot EG-fördragets art. 30, förutsatt att regeln tillämpas lika på alla näringsidkare som verkar inom landet och förutsatt att den påverkar avsättningen av inhemska och importerade varor på samma sätt (såväl rättsligt som faktiskt). Att det rör sig om en reträtt medges öppet av EG-domstolen, som uttryckligen anger att detta står i motsats till det som domstolen "hittills har antagit". Hur denna förändring kommer att påverka marknadsföringsområdet återstår att se.¹⁸

¹⁷ Målnr C-267/91 och C-268/91.

¹⁸ Efter att den artikel blivit färdigskriven meddelade EG-domstolen den 2 februari 1994 sin dom i saken *Verband Sozialer Wettbewerb v. Clinique Laboratories SNC* och *Estée Lauder GmbH*, målnr C-315/92, där det tyska förbudet mot användningen av benämningen "Clinique" för kosmetika ansågs oförenligt med bl. a. EG-fördragets art. 30 och 36.