

Om e-handelslagens tillämplighet vid gränsöverskridande marknadsföring

Av jur. dr PATRIK LINDSKOUG

Vilket lands lag är tillämplig vid gränsöverskridande marknadsföring som riktar sig till Sverige? Den traditionella och i Sverige etablerade effektlandsprincipen innebär att svensk marknadsföringsrätt anses tillämplig på marknadsföring som har effekt här i riket, oavsett i vilket land marknadsföringen har sitt ursprung. I artikeln diskuterar författaren med utgångspunkt i ett avgörande från Marknadsdomstolen om denna princip är förenlig med den ursprungslandsprincip som återfinns i e-handelslagen och rör informationssamhällets tjänster. Enligt den senare principen är det nämligen rätten i det land där tjänsteleverantören är etablerad som skall tillämpas.

1. Inledning

Den elektroniska handeln är numera en etablerad företeelse och de flesta prognoser tyder på att allt fler transaktioner kommer att genomföras elektroniskt i framtiden. Med tanke på att en del av dessa transaktioner är av gränsöverskridande karaktär så finns det skäl att anta att svenska domstolar i en ökande omfattning kommer att ställas inför e-handelsrelaterade tvister med internationell anknytning. Mot denna bakgrund finns det anledning att begrunda vilken anknytning till Sverige som krävs för tillämpligheten av svensk marknadsrätt, särskilt med tanke på att det i dessa sammanhang fortfarande råder viss osäkerhet rörande tillämpligheten av en del bestämmelser i den sedan några år tillbaka gällande e-handelslagen.¹

Utgångspunkt kan tas i Marknadsdomstolens dom 2004:17, meddelad 2004-06-30 (Dnr C 4/03). Detta fall rörde ett yrkande från STOP² om att ett danskt företag, KC, och dess svenske företrädare, I.F., skulle förbjudas att i Sverige eller från Sverige marknadsföra viss avkodningsutrustning som gör det möjligt att se sådana TV-program som endast abonnenter med auktoriserad avkodningsutrustning är behöriga att ta del av. Utrustningen, som KC marknadsförde via en webbplats på Internet, var enligt STOP av sådan karaktär att den inte yrkesmässigt får marknadsföras eller överlätas här i landet.³ I enlighet

¹ Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

² Scandinavian TV Organisations against Piracy, en förening med anknytning till TV-branschen som har tagit till sin uppgift att bekämpa sådan piratverksamhet som drabbar bl.a. nämnda bransch. Se www.stoppirat.se.

³ STOP åberopade att det enligt lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning, den s.k. dekoderlagen, är straffbart att i förvärvssyfte olovligen

därmed skulle marknadsföringen av den berörda utrustningen vara otillbörlig enligt den svenska marknadsföringslagen⁴ (MFL). I sin dom biföll MD yrkandet i denna del och förbjöd KC att marknadsföra vad som enligt domen utgjorde otillåten avkodningsutrustning (i fråga om I.F. avslogs STOP:s yrkande då MD menade att hans ställning var sådan att han ej kunde dömas till medverkansansvar enligt MFL).

Det som gör fallet värt en närmare studie är att KC å sin sida invände bl.a. att e-handelslagen var tillämplig och att det därmed saknades förutsättningar för MD att begränsa den fria rörligheten för de informationssamhällets tjänster som KC tillhandahöll. Marknadsdomstolen ansåg emellertid, av skäl som kommer att presenteras nedan, att "Något hinder mot att bifalla STOP:s talan föreligger ... inte på denna grund". Av domskälen framgår vidare att MD:s inställning är att e-handelslagens bestämmelser inte skall tillmätas någon större betydelse vid marknadsföringsåtgärder som distribueras till en svensk publik från utlandet. I det följande skall visas att det finns skäl att ifrågasätta denna inställning.

Inledningsvis presenteras de bestämmelser i e-handelslagen som aktualiseras i fall av förevarande slag och därefter kommer Marknadsdomstolens bedömningar att diskuteras utifrån de nämnda bestämmelserna.

2. Allmänt om e-handelslagen

Lagen har sin bakgrund i det s.k. e-handelsdirektivet,⁵ vilket syftar till att skapa en rättslig ram för att säkerställa fri rörlighet för informationssamhällets tjänster mellan medlemsstaterna.⁶ Med informationssamhällets tjänster avses, något förenklat, näringsaktiviteter som sker online, och en sådan tjänst kan enligt direktivet "särskilt bestå i försäljning av varor online".⁷ För att säkerställa den fria rörligheten av dessa tjänster införs genom direktivets art. 3 en ursprungslandsprincip som kan sägas bestå av två delar. För det första skall varje medlemsstat tillse att de av informationssamhällets tjänster, som en på dess territorium etablerad tjänsteleverantör tillhandahåller, överensstämmer med de nationella bestämmelser som är tillämpliga i denna medlemsstat. För det andra får en medlemsstat inte begränsa den fria rörligheten för de av informationssamhällets tjänster som har sitt ursprung i en annan medlemsstat.

hantera avkodningsutrustning i avsikt att bereda någon utanför abonnentkretsen tillgång till en kodad sändning, jfr lagens 5 och 6 §§.

⁴ Marknadsföringslagen (1995:450).

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel"), publicerat i Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 178, 17/07/2000 s. 1.

⁶ Jfr p. 8 i direktivets preambel.

⁷ Jfr p. 18 i direktivets preambel. Begreppet informationssamhällets tjänster skall enligt art. 2 a) förstås i den mening som avses i art. 1.2 i direktiv 98/34/EG, ändrat genom direktiv 98/48/EG.

Ursprungslandsprincipen kommer till uttryck e-handelslagens 3 § respektive 5 §:

3 § En tjänsteleverantör med en annan etableringsstat än Sverige inom EES har rätt att, utan hinder av svenska regler inom det samordnade regelområdet, tillhandahålla tjänstemottagare i Sverige informationssamhällets tjänster.

...

5 § Inom det samordnade regelområdet skall svensk rätt gälla för de informationssamhällets tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med Sverige som etableringsstat, även om tjänsterna helt eller delvis riktar sig mot tjänstemottagare i någon annan stat inom EES.

I vissa fall får dock den fria rörligheten av de i 3 § berörda tjänsterna begränsas. Enligt 3 § 2 st. får en domstol eller annan myndighet med stöd av lag vidta begränsande åtgärder om det är nödvändigt för att skydda 1. allmän ordning och säkerhet, 2. folkhälsan, eller 3. konsumenter.⁸ Sådana åtgärder får enligt 4 § först vidtas efter att etableringsstaten uppmanats att ingripa, såvida det inte är fråga om brådskande fall, men då måste åtgärden i stället anmälas till etableringsstaten och till Europeiska gemenskapernas kommission med uppgift om varför saken anses brådskande.

Ursprungslandsprincipen gäller som framgår enbart inom det "samordnade regelområdet". Detta område definieras i e-handelslagens 2 § som "Rättsregler med krav på informationssamhällets tjänster och på tjänsteleverantörer i fråga om påbörjande och utövande av verksamhet som rör sådana tjänster". I propositionen till e-handelslagen framgår att det samordnade regelområdet täcker ett mycket brett område och att detta inte minst berör marknadsföringsåtgärder: "Till de krav som hänför sig till utövande av verksamheten hör bl.a. krav som gäller marknadsföring, krav som gäller kvaliteten på och innehållet i tjänster samt ansvar för den information som ges vid marknadsföringen".⁹

Sammanfattningsvis bör således den i e-handelslagen införda ursprungslandsprincipen förstås på så sätt att svenska myndigheter och domstolar, inom det samordnade regelområdet, som huvudregel inte får hindra den fria rörligheten av informationssamhällets tjänster som härrör från en annan EES-stat — även om tjänsten helt eller delvis skulle rikta sig mot den svenska marknaden eller på annat sätt få effekter i Sverige.¹⁰

⁸ I lagens 6 § anges vidare ett antal generella undantag från lagens ursprungslandsprincip. Dessa saknar emellertid relevans för det beskrivna fallet och kommer inte att beröras här.

⁹ Se prop. 2001/02:150 s. 63.

¹⁰ Se prop. 2001/02:150 s. 64.

3. Ursprungslandsprincipens konsekvenser för den svenska marknadsrätten

Den traditionella i Sverige etablerade effektlandsprincipen innebär att MFL blir tillämplig på marknadsföring som helt eller delvis riktar sig till Sverige eller den svenska marknaden, dvs. om marknadsföringen har effekt här. Denna princip har tillämpats oavsett i vilket land marknadsföringen har sitt ursprung. Vid bedömningen av om en sådan effekt skall anses föreligga beaktas normalt faktorer som språk, prisuppgifter i svenska kronor, leveransmöjligheter i Sverige m.m. Att marknadsföring sker på webbplatser på Internet innebär inte i sig att effektlandsprincipen, eller MFL i övrigt, inte skulle vara tillämplig.¹¹

I och med införandet av e-handelslagens ursprungslandsprincip är det emellertid uppenbart att effektlandsprincipen inte längre är tillämplig på sådan marknadsföring som avser informationssamhällets tjänster och som faller inom det samordnade regelområdet. Konsekvenserna är inte helt enkla att överblicka. Särskilt noterbart är att olika regler blir tillämpliga beroende på vilket medium det är fråga om. För marknadsföring i gränsöverskridande online-sammanhang (t.ex. reklam på en webbplats) kan ursprungslandsprincipen bli tillämplig, medan samma marknadsföring presenterad i "traditionella" medier (t.ex. svenska tidningar) fortfarande skall bedömas i enlighet med effektlandsprincipen. Det nu sagda gäller givetvis endast om marknadsföringen i online-sammanhanget härstammar från en EES-stat. Skulle marknadsföring riktad mot Sverige ha sitt ursprung i t.ex. USA kommer sålunda effektlandsprincipen fortsatt att kunna tillämpas.

En annan konsekvens av ursprungslandsprincipen såsom den formuleras i e-handelslagen är att svensk marknadsrätt blir tillämplig på sådan marknadsföring som inte har effekt i Sverige, men som omfattas av e-handelslagens 5 §. Så kan t.ex. en i Sverige etablerad näringsidkare som via Internet bedriver verksamhet enbart riktad mot Tyskland ställas inför Marknadsdomstolen och prövas i enlighet med svensk marknadsrätt.¹²

4. Om Marknadsdomstolens inställning i det aktuella fallet

4.1 Inledning

I det inledningsvis nämnda fallet invände svaranden, det danska företaget KC, att e-handelslagen skulle tillämpas och att förutsättning för Marknadsdomstolen att begränsa den fria rörligheten för KC:s marknadsföring därför inte skulle vara för handen. Grunden för invändningen var att den verksamhet som bedrevs i Sverige av företagets företrädare, I.F., enbart bestod av försäljningsverksamhet, "dvs. beställ-

¹¹ Se t.ex. Marknadsdomstolens avgöranden MD 2000:8 och MD 2000:19.

¹² Se prop. 2001/02:150 s. 113. Denna möjlighet är i och för sig etablerad redan genom direktiv 98/27/EG om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas intressen, för svensk del genomförd genom Lag (2000:1175) om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer.

ningar tas emot och verkställs”. All marknadsföring skedde från en webbplats i Danmark där KC, som var en tjänsteleverantör i e-handelslagens mening, var etablerad. Den nämnda webbplatsen var dansk, men fanns även i en svenskspråkig och en engelskspråkig version, och kontrollerades fullständigt av KC i Danmark. Uppgifterna på webbplatsen kunde inte ändras eller påverkas från Sverige. Marknadsföringens ursprungsland var därmed Danmark.

4.2 Marknadsdomstolens bedömning av MFL:s tillämplighet

Marknadsdomstolen prövar inledningsvis om MFL är tillämplig. Av domskälen att döma görs denna prövning utan hänsyn till bestämmelserna i e-handelslagen. Avgörandet huruvida MFL är tillämplig skall enligt MD primärt baseras på de i lagen ingående bestämmelserna, oavsett vilket medium som används. Domstolen formulerar den inledande delen av domen på följande vis:

Enligt 2 § MFL är lagen tillämplig då näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet. Någon begränsning av lagens tillämplighet beträffande medier som kan komma till användning vid marknadsföring har inte gjorts. MFL är sålunda även tillämplig på marknadsföring som förekommer på Internet (se bl.a. MD 2000:8, MD 2000:19 och MD 2001:19).

Mot bakgrund av att uttalandet är generellt och inte begränsar sig till omständigheterna i det enskilda fallet är det noterbart att MD anser att marknadsföring på Internet inte medför någon begränsning av MFL:s tillämplighet. Det är förvisso riktigt att det i MFL inte tillhandahålls någon begränsande bestämmelse beträffande vilket medium som används. Likaså är det riktigt att MFL kan vara tillämplig på marknadsföring som förekommer på Internet, men sett till formuleringen av e-handelslagens ursprungslandsprincip får dessa båda ståndpunkter anses vara av underordnad betydelse. Vid de tillfällen då nämnda ursprungslandsprincip är tillämplig saknar helt enkelt svenska domstolar eller andra myndigheter enligt huvudregeln rätt att medelst tillämpning av MFL eller andra svenska regler (inom det samordnade regelområdet) ingripa mot marknadsföringen, jfr 3 § e-handelslagen. De av MD angivna avgörandena är i sammanhanget irrelevanta eftersom de avkunnades innan e-handelslagen trätt i kraft.

Den fortsatta lydelsen av domen är inte mindre intressant. Även denna är generellt utformad och klargör att MD, åtminstone initialt, har för avsikt att låta effektlandsprincipen fortsatt vara avgörande för tillämpningen av MFL på gränsöverskridande marknadsföring:

Avgörande för om MFL bör tillämpas på en marknadsföringsåtgärd är i stället om åtgärden är inriktad på en svensk publik, dvs. konsumenter och näringsidkare i Sverige. Det saknar betydelse varifrån en marknadsföringsåtgärd företas. MFL kan således tillämpas på marknadsföringsåtgärder som distribueras till svensk publik från utlandet (se MD 1989:6).

När Marknadsdomstolen i allmänna ordalag uttalar att det avgörande för MFL:s tillämplighet är om marknadsföringsåtgärden är inriktad mot en svensk samt att det saknar betydelse varifrån en sådan åtgärd företas så ger domstolen uttryck för att den som utgångspunkt närmast väljer att bortse från e-handelslagens tillämpningsområde. Vid tillämpningen av e-handelslagen är det nämligen oväsentligt om en åtgärd riktas mot Sverige eller inte. I propositionen till e-handelslagen uttalas att "Det är med andra ord ursprungslandets myndigheter som, inom det samordnade regelområdet, skall sköta kontrollen av tjänsteverantörerna och deras tjänster, *oavsett till vilken marknad tjänsterna riktas* (min kurs.)".¹³ Av detta följer också att det måste vara av högsta vikt att avgöra varifrån en gränsöverskridande marknadsföringsåtgärd på Internet företas.

4.3 Marknadsdomstolens bedömning av e-handelslagens tillämplighet

Två relevanta anmärkningar skall omedelbart göras. För det första är det noterbart att domstolen, när EG-rättsliga aspekter väl tas upp till bedömning, gör det i ett avslutande skede av sin motivering. Med tanke på att e-handelslagens ursprungslandsprincip, om den är tillämplig, medför att Marknadsdomstolen enligt huvudregeln över huvud taget inte skall ingripa mot marknadsföringen¹⁴ så synes det, åtminstone i en utomstående betraktares ögon, mera naturligt att inledningsvis avgöra om e-handelslagen är tillämplig och först därefter (om e-handelslagen ej skulle vara tillämplig) pröva MFL:s tillämplighet i övrigt. Någon förklaring till varför MD valt en motsatt metod presenteras inte i domen.

För det andra måste jag medge att min rubrik ovan är något missvisande eftersom Marknadsdomstolen i domen inte tar direkt ställning till e-handelslagens eventuella tillämplighet. När MD omsider behandlar svarandens invändning om att det enligt den lagen saknas förutsättningar att begränsa den fria rörligheten för de informations-samhällets tjänster som KC tillhandahåller, så väljer domstolen nämligen att inte beakta den åberopade e-handelslagen. I stället väljer MD att betrakta svarandens invändning som en hänvisning till EG-rätten som helhet och menar därefter att den i fallet aktuella lagen, deko-derlagen,¹⁵ bygger på ett direktiv som enligt MD:s tolkning gör det möjligt att kringgå den gemenskapsrättsliga principen om fri rörlighet för varor och tjänster:

Såvitt gäller särskilt [svarandens] invändning om att ett bifall till STOP:s talan skulle strida mot EG-rätten, gör Marknadsdomstolen följande bedömning.

¹³ Prop. 2001/02:150 s. 113. Jfr även vid not 10 ovan.

¹⁴ Jfr prop. 2001/02:150 s. 66.

¹⁵ Se not 3 ovan.

Syftet med direktivet 98/84/EG, som föranlett dekoderlagen, är enligt artikel 1 att tillnärma bestämmelserna i medlemsstaterna om åtgärder mot olaglig utrustning som ger obehörig tillgång till skyddade tjänster. Av punkterna 11 och 12 i direktivets preambel framgår också att skillnader i nationella regler om rättsligt skydd för tjänster som bygger på eller utgörs av villkorad tillgång kan skapa hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och att det inte räcker med att tillämpa fördraget för att undanröja dessa hinder för den inre marknaden. Direktivet ställer krav på medlemsländerna att förbjuda och tillgripa lämpliga sanktioner mot ett brett spektrum av kommersiella verksamheter som gäller illegala avkodare. Mot bakgrund härav är det uppenbart att principen om fri rörlighet för varor och tjänster inte syftar till att skydda tillhandahållandet av olovlig avkodningsutrustning. Något hinder mot att bifalla STOP:s talan föreligger därför inte på denna grund.

Marknadsdomstolens resonemang kan ifrågasättas på tre grunder. För *det första* är det diskutabelt om MD gör rätt när den betraktar svarandens invändning om e-handelslagens tillämpning som en hänvisning till EG-rätten som helhet. Att MD tolkar invändningen så kan vid en översiktlig betraktelse ha fog för sig — den ursprungslandsprincip som kodifieras i e-handelsdirektivet är i realiteten ingenting annat än ett uttryck för den allmänna och redan gällande EG-rättsliga principen om ömsesidigt erkännande som har sin bakgrund i EG-fördraget.¹⁶ Vad MD tycks bortse ifrån är emellertid den viktiga omständigheten att möjligheterna att göra undantag från principen skiljer sig åt i fördraget och direktivet.¹⁷ Fördraget tillåter medlemsstaterna att göra generella undantag från principen under åberopande av vissa angivna skyddsintressen. Vid tillämpning av e-handelslagens kan ett undantag från ursprungslandsprincipen endast sanktioneras om möjligheten därtill är angiven i e-handelslagen. Skillnaden mellan principerna så som de kommer till uttryck i fördraget respektive i e-handelslagen är således att de i e-handelslagen uppräknade skyddsintressena är mer begränsade än i fördraget.

När MD menar att ett undantag skall göras från e-handelslagens ursprungslandsprincip måste grunden för undantaget följaktligen vara motiverad med hänvisning till e-handelslagens bestämmelser och inte med åberopande av allmänna EG-rättsliga principer.

För *det andra*, och delvis med hänvisning till det just anförda, är det tveksamt om Marknadsdomstolens argumentation verkligen kan hänföras till något av de skyddsintressen som uppräknas i e-handelslagen. I sin konklusion anger MD att det ”är uppenbart att principen om fri rörlighet för varor och tjänster inte syftar till att skydda tillhandahållandet av olovlig avkodningsutrustning”. Att på fullt allvar förfäktat motsatsen vore givetvis föga rimligt, men kruxet är att det inte är

¹⁶ Principen kallas även Cassis de Dijon-principen efter en dom från EG-domstolen, mål 120/78 Rewe Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon], REG 1979, s. 649.

¹⁷ Prop. 2001/02:150 s. 65.

denna fråga som är den mest väsentliga. Det framstår som klart att tillhandahållandet av utrustningen är olovlig, men den här diskuterade frågan är vilka medlemsstaters domstolar som har rätt respektive plikt att ingripa däremot och enligt vilket lands lag ingripandet i givet fall skall ske. Grundläggande är därför att avgöra om MD:s konklusion i sig är *tillräcklig* för att det skall finnas möjlighet att vidta åtgärder för att begränsa den fria rörlighet som e-handelslagens ursprungslandsprincip tillhandahåller. En åtgärd från domstolen måste, förutom att ha stöd i lag, således motiveras som nödvändig med hänsyn till något av de tre skyddsintressen som anges i 3 § 2 st. e-handelslagen, dvs. de måste ha till syfte att skydda allmän ordning och säkerhet, folkhälsan eller konsumenter.¹⁸ Marknadsdomstolen grundar emellertid inte sitt beslut på någon hänvisning till något av dessa skyddsintressen, än mindre diskuterar den om något av dem rent faktiskt skulle kunna aktualiseras. Även om så hade varit fallet hade emellertid ytterligare krav ställts på MD:s agerande. En åtgärd måste nämligen föregås av en uppmaning till etableringsstaten Danmark att ingripa eller åtminstone måste en underrättelse utgå om att åtgärden kommer att vidtas, jfr e-handelslagen 4 § 1 st. En sådan underrättelse måste enligt samma lagrum även tillställas Europeiska gemenskapernas kommission. Att någon uppmaning eller underrättelse av nu nämnt slag skulle ha utgått från Marknadsdomstolen är inte sannolikt; det framgår i varje fall inte av domen att så skulle vara fallet.

För det tredje förefaller Marknadsdomstolens tolkning av direktiv 98/84/EG, i det följande för enkelhetens skull kallat "dekoderdirektivet", något betänklig. Ovan har jag redogjort för att ett undantag från e-handelslagens ursprungslandsprincip måste motiveras med hänvisning till e-handelslagens bestämmelser och inte kan rättfärdigas enligt allmänna EG-rättsliga principer. Nu är det förvisso så att MD:s argumentation kan förstås på det sättet, att domstolen menar att den inte stöder sitt resonemang på de allmänna EG-rättsliga principer som har sin bakgrund i fördraget, utan i stället på de speciella regler som anges i dekoderdirektivet. Som framgår nedan är även ett sådant resonemang tveksamt.

De av MD framhållna punkterna 11 och 12 i dekoderdirektivets preambel ger riktigt nog uttryck för att det finns "skillnader i nationella regler som kan skapa hinder för den fria rörligheten på den inre marknaden" och "att det inte räcker med fördraget för att undanröja dessa hinder". Men MD:s slutsats, att svarandens invändning rörande e-handelslagens tillämplighet därför skulle vara irrelevant, är sannolikt något förhastad.

Dels skiljer sig, som framgått ovan, de åtgärder som är tillåtna enligt fördraget för att hindra den fria rörligheten från de åtgärder som

¹⁸ Även i e-handelslagens 6 § görs vissa undantag för ursprungslandsprincipens tillämpningsområde. Dessa saknar betydelse för det aktuella fallet och kommer därmed inte att beröras här.

är tillåtna enligt e-handelslagen. Redan här finns en begränsning som medför att stor försiktighet måste iakttas vid ingripanden mot e-handelslagens ursprungslandsprincip, även om ett annat direktiv ger svenska myndigheter mandat att vidta extraordinära åtgärder i syfte säkra detta andra direktivs efterlevnad.

Dels kan de av MD framhållna punkterna 11 och 12 i preambeln läsas så, att de beskriver den situation som rådde *innan* dekoderdirektivets tillkomst, dvs. den situation som föranledde direktivets tillblivelse. Detta framgår om man läser p. 12 i sin helhet:

Det räcker inte med att tillämpa fördraget för att undanröja dessa hinder för den inre marknaden. Dessa hinder bör därför undanröjas genom att det inrättas en enhetlig skyddsnivå i alla medlemsstater. Detta innebär en tillnärmning av de nationella reglerna om sådan kommersiell verksamhet som rör olaglig utrustning.

Tolkar man texten på så sätt, att de nämnda hindren undanröjs genom att det med dekoderdirektivet införs "en enhetlig skyddsnivå" i alla stater, kan den första meningen i punkt 12 inte gärna läggas till grund för den konklusion som MD når fram till. Skillnader som rådde i nationella regler innan dekoderdirektivets tillkomst och som därmed kunde skapa hinder för den fria rörligheten reduceras helt enkelt i takt med att dekoderdirektivet genomförs i de olika staterna.

De aktuella punkterna i dekoderdirektivets preambel ger således knappast intryck av att vara en tillräcklig grund för ett avgörande som det aktuella. Samtidigt, till MD:s försvar, måste sägas att det rent generellt är oklart på vilket sätt dekoderdirektivet i situationer likt den här aktuella är tänkt att förhålla sig till e-handelsdirektivet.¹⁹ På samma gång som dekoderdirektivet påbjuder medlemsstaternas myndigheter att vidta ingripande åtgärder i syfte att förbjuda och förhindra sådan verksamhet som beskrivs som otillåten, så begränsar e-handelsdirektivet möjligheten att vidta vissa av dessa åtgärder. Den klassiska *Lex specialis*-regeln räcker föga för att lösa denna konflikt eftersom båda direktiven (och de därpå grundade svenska lagarna) är speciella i förhållande till varandra, om än i olika avseenden. Måhända kan det, i ett mera formalistiskt perspektiv, hävdas att e-handelsdirektivet och e-handelslagen såsom *Lex posterior* skall ges företräde. Relationen mellan reglerna är i vissa delar så komplicerad att det ur allmän synpunkt vore tillrådligt att låta EG-domstolen bringa klarhet genom ett tolkningsavgörande.

¹⁹ Förhållandet mellan direktiven kommenteras kort i Kommissionens rapport till rådet, Europaparlamentet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 98/84/EG av den 20 november 1998 om det rättsliga skyddet för tjänster som bygger på eller utgörs av villkorad tillgång, KOM (2003) 198 slutlig. Av rapporten framgår emellertid inte på vilket sätt gränsöverskridande marknadsföring av otillåten avkodningsutrustning skall behandlas.

Frågan är dock hur komplicerat förhållandet är i det aktuella fallet. Vid tillämpning av e-handelslagen får åtgärder som begränsar den fria rörligheten endast rikta sig mot en *viss enskild tjänst* och måste dessutom föregås av en prövning huruvida förutsättningarna är uppfyllda i *det enskilda fallet*. Några generella undantagsmöjligheter från ursprungslandsprincipen föreligger således inte.²⁰ För den i fallet aktuella tjänsten är det därmed svårt att se hur de nämnda förutsättningarna skulle kunna anses uppfyllda. I och med att den aktuella lagen, dekoderlagen, genom dekoderdirektivet har fått en närmast identisk motsvarighet i dansk rätt²¹ finns det knappast längre några sådana skillnader mellan dansk och svensk rätt som skulle kunna medföra hinder för den fria rörligheten i dekoderdirektivets mening. Det i domen presenterade resonemanget är dessutom generellt — någon prövning som visar att förutsättningarna är uppfyllda för just den i fallet berörda tjänsten synes inte ha genomförts.

4.4 Konklusioner

Mot bakgrund av det ovanstående finns det anledning att ifrågasätta Marknadsdomstolens inställning till e-handelslagens betydelse för det aktuella fallet. Det kanske mest bekymmersamma är emellertid MD:s generella syn på MFL:s tillämpningsområde vid gränsöverskridande marknadsföring via Internet. I de delar av domskälen som innehåller passager av mer allmän karaktär klargör MD att den anser såväl MFL vara "tillämplig på marknadsföring som förekommer på Internet" som att "det saknar betydelse" varifrån marknadsföringsåtgärder företas. Sådana påståenden menar jag är oförenliga med e-handelslagens bestämmelser.

När frågan om e-handelslagens tillämplighet behandlas av MD bortses ånyo från bestämmelserna i själva lagen. I stället anläggs ett allmänt EG-rättsligt perspektiv. Detta skulle möjligen kunna vara motiverat om det inte i e-handelslagen så tydligt framgått att myndigheter och domstolar måste iakttä de strängare krav som lagen uppställer. Att dekoderdirektivet skulle kunna läggas till grund för ett undantag från e-handelslagens ursprungslandsprincip i det föreliggande fallet ter sig tveksamt. Ett klargörande från EG-domstolen hade varit värdefullt, såväl i det aktuella fallet som för den framtida förståelsen av e-handelslagen.

Min konklusion är att Marknadsdomstolen i sitt avgörande bort beakta e-handelslagen. Om utgången blivit en annan är svårare att uttala sig om. En sak är emellertid säker: STOP:s synpunkter rörande e-

²⁰ Se dock not 8 ovan.

²¹ Se Danmarks Lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, vars § 91 i princip är identisk med den svenska dekoderlagens 5 §: "Det er ikke tilladt at fremstille, importere, omsætte, besidde eller ændre dekodere eller andet dekodningsudstyr, hvis formål det er at give uautoriseret adgang til indholdet af et kodet radio- eller tv-program. Annoncering eller anden form for reklame for sådant udstyr er ikke tilladt." En straffbestämmelse återfinns i den danska lagens § 94.

handelslagens tillämpning skulle nödvändigtvis ha fått den uppmärksamhet de förtjänar. Dessa synpunkter är så pass tänkvärda att de förtjänar att kommenteras särskilt.

5. Om STOP:s genmäle rörande e-handelslagens tillämplighet

När svaranden invände att e-handelslagen medförde att förutsättning saknades för MD att begränsa den fria rörligheten för de tjänster som KC tillhandahöll, så genmälde käranden STOP inledningsvis att e-handelslagen över huvud taget inte skulle vara tillämplig. Skulle MD ändå finna att e-handelslagen var tillämplig menade STOP vidare att de i lagen ingående lagvalsreglerna skulle leda till att svensk rätt blev tillämplig. Slutligen anfördes att e-handelslagen medgav undantag från bestämmelserna för att tillgodose bl.a. allmän ordning.

Det första påståendet, att e-handelslagen över huvud taget inte skulle vara tillämplig, motiverar STOP enbart med att lagen ”gäller inte regler med avseende på vilka varor som får eller inte får marknadsföras”. Vad STOP menar med detta genmäle utvecklas inte i övrigt i referatet, vilket medför att den bakomliggande tankegången är svår att bedöma. E-handelslagen omfattar samtliga informationssamhällets tjänster inom det samordnade regelområdet och gör därvid inte i sig någon skillnad på marknadsföring av varor som får eller som inte får säljas. Måhända åsyftar STOP det faktum att det samordnade regelområdet inte omfattar krav som är tillämpliga på varor som sådana, t.ex. produktkrav eller märkningskrav.²² Med tanke på att MD hade att pröva KC:s marknadsföring av viss utrustning och inte försäljningen eller distributionen av denna är det emellertid tveksamt om det är detta faktum STOP tar sikte på med sitt genmäle.

Det andra påståendet, att det följer av lagens lagvalsregler att svensk lag skulle vara tillämplig, bygger enligt domen på att STOP anser att det är i Sverige som den marknadsförda verksamheten bedrivs. Som framgår av e-handelslagens 5 § skall svensk rätt gälla för de tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med etableringsort i Sverige. Skulle sålunda den berörda marknadsföringen anses bedriven av I.F., som alltså agerade i Sverige, skulle STOP kunna ha belägg för sin uppfattning. Av domen framgår emellertid att Marknadsdomstolen, i och för sig utan att pröva påståendet i sak, inte delar STOP:s uppfattning i denna fråga. Den svenske företrädaren, I.F., ansågs nämligen inte ha en sådan ställning eller utöva ett sådant inflytande att kunde fällas för medverkansansvar enligt MFL. Därmed torde det inte heller finnas någon förutsättning för att betrakta honom som en i Sverige etablerad tjänsteleverantör i e-handelslagens mening.

Frågan är intressant även i ett annat perspektiv. Säg att MD funnit att verksamheten bedrevs i Sverige i en sådan grad att I.F. kunde likställas med en här etablerad tjänsteleverantör. Det hade lett till att flera etableringsorter hade aktualiserats i fallet — dels den danska var-

²² Jfr p. 21 i e-handelsdirektivets preambel.

ifrån KC bedriver verksamhet, dels den svenska där den svenske företrädaren I.F. likaledes skulle ha bedrivit verksamhet i KC:s regi. Svårigheten för MD är då att avgöra från vilken av dessa den aktuella tjänsten skulle anses tillhandahållen. Av e-handelsdirektivet framgår att, när det är svårt att avgöra från vilken etableringsort en viss tjänst tillhandahålls, det skall "vara den ort där centrumet för leverantörens verksamhet ligger när det gäller denna särskilda tjänst".²³ Mot bakgrund av omständigheterna i fallet, främst det faktum att marknadsföringsåtgärderna utan påverkan från Sverige härstammade enbart från huvudverksamheten i Danmark, synes det inte föreligga några skäl att anse nämnda centrum vara beläget på annan plats än i Danmark, åtminstone inte utan att först inhämta ett vägledande tolkningsavgörande från EG-domstolen.

STOP:s tredje påstående, att e-handelslagens undantag för att tillgodose bl.a. allmän ordning är tillämpligt motiveras med att ett ingripande "mot marknadsföring av avkodningsutrustning, som är förbjuden enligt såväl nationell rätt som EG-rätt, är alltid proportionerligt i enlighet med undantaget". De skyddsintressen som kan föranleda ett undantag från e-handelslagens bestämmelser har berörts tidigare, se ovan 4.3. För att kunna göra ett undantag är det nödvändigt att kategorisera åtgärden som nödvändig med hänsyn till ett av dessa skyddsintressen. Detta har STOP också tagit fasta på och så vitt kan bedömas är det inte otänkbart att det finns viss möjlighet att nå viss framgång med ett påstående som det framförda. Utsikterna begränsas givetvis av att EG-domstolen rent generellt intar en restriktiv hållning när det gäller åtgärder som hindrar den fria rörligheten. Det har i enlighet därmed också uttalats att åtgärder som begränsar den fria rörligheten av informationssamhällets tjänster i enlighet med e-handelsdirektivet inte bör kunna tillgripas annat än vid tungt vägande skäl.²⁴ Om det framförda skälet, att det handlar om marknadsföring av avkodningsutrustning som är förbjuden såväl i nationell rätt som i EG-rätt, är tungt nog är även det ett spörsmål som rimligen bör avgöras av EG-domstolen.

6. Avslutande kommentar

E-handelslagens bestämmelser är inte helt lättillgängliga och det får i sista hand ankomma på EG-domstolen att besvara de många frågeställningar som reglerna ännu är behäftade med. Ovan har jag försökt redogöra för min förståelse av dessa regler utifrån ett avgörande där jag menar att e-handelslagen borde ha tillerkänts en helt annan verkan än vad som i verkligheten blev fallet.

Samtidigt finns det skäl att understryka — i ett mera rättspolitiskt perspektiv — att jag helt och fullt delar såväl STOP:s som Marknadsdomstolens grundläggande inställning. Gränsöverskridande aktivite-

²³ Se p. 19 i e-handelsdirektivets preambel.

²⁴ Prop. 2001/02:150 s. 112.

ter rörande olovlig utrustning bör bekämpas av svenska myndigheter med alla till buds stående medel. Det kan i sammanhanget förefalla som om e-handelslagen är ett verktyg i händerna på "the bad guys", och till viss del får man nog acceptera att så kan vara fallet. I diskussionerna kring direktivet har det betonats att föreligger en risk för att skillnader i de nationell lagstiftning kan medföra ett incitament för tjänsteleverantörer att etablera sig det land där faran för ingrepp i verksamheten synes minst överhängande.²⁵ Det finns dock anledning att erinra om att e-handelslagen också tillhandahåller verktyg åt svenska myndigheter, låt vara att det är andra verktyg än de som använts tidigare, och att lagen inte innebär något förbud för svenska myndigheter att övervaka tjänster med ursprung i en annan EES-stat.²⁶ I syfte att underlätta samarbetet mellan staterna rörande frågor som handlar om informationssamhällets tjänster skall enligt e-handelsdirektivets art. 19.2 nationella kontaktpunkter etableras. Dessa kontaktpunkter bildar ett nätverk som kan bistå såväl inhemska aktörer (myndigheter, näringsidkare eller konsumenter) som utländska myndigheter med information, t.ex. meddelanden från ett mottagarland om sådana missförhållanden hos ursprungslandets leverantörer som bör åtgärdas. För svensk del utgör Konsumentverket kontaktpunkt i konsumentförhållanden och Kommerskollegium i övriga fall.

I vilken utsträckning de i e-handelslagen tillhandahållna verktygen sedan är tillräckliga för att råda bot mot föreliggande missförhållanden får framtiden utvisa.

²⁵ Problemet har karakteriserats som ett "race to the bottom". Se t.ex. Mankowski, P., Das Herkunftslandprinzip als Internationales privatrecht der e-commerce-Richtlinie, Die Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft nr. 100, 2001, s. 138.

²⁶ Prop. 2001/02:150 s. 111.