

Visionen om det koldioxidfria kolkraftverket*

AV fil.dr ERIK BENGTON, docenten OSKAR MOSSBERG och jur.dr LOVE RÖNNELID¹

För några år sedan hade ett företag systematiskt omtalat ett kolkraftverk som koldioxidfritt. Det fick en miljöorganisation att väcka talan. Marknadsdomstolen fann dock att det inte utgjorde vilseledande marknadsföring — det var inte ens marknadsföring. Det här är en rättsretorisk artikel, där vi kommenterar domstolens slutsats och vägen dit. Artikeln visar på motsättningar i synen på marknadsföring mellan marknadsföringsteorin och marknadsföringsrätten. Analysen kan bidra till kunskap om rättsliga strukturer som påverkar möjligheterna för kommande reglering av grön marknadsföring.

1 Ett koldioxidfritt kraftverk?

Under tidigt 2000-tal började ett av Europas ledande energiföretag att utveckla ett nytt slags kraftverk. Det brunkolseldade Kraftwerk Schwarze Pumpe i tyska Spremberg skulle husera världens första pilotanläggning för avskiljning och lagring av koldioxid i berggrunden (carbon capture and storage, eller CCS). Det var en stor satsning, mot ett högt mål. Projektet gavs det visionära namnet ”det koldioxidfria kraftverket”. Visionen var att koleldade kraftverk i framtiden skulle kunna ha noll, eller åtminstone nära noll, koldioxidutsläpp. Om satsningen gick i lås kunde det mycket väl vara historiens viktigaste klimatsatsning.

Bolaget var djupt engagerat i miljöfrågor och hade anseende som en av världens viktigare aktörer för att finna lösningar, inte minst nya tekniska sådana, som bidrar till att motverka klimatförändringar. Det var därmed både naturligt och viktigt för bolaget att dela med sig av sin kunskap och informera om teknikutvecklingen. Bolaget var det statligt ägda Vattenfall, som under lång tid profilerat sig i miljö- och klimatfrågor.² Man informerade öppet och löpande om kraftverksprojektet.

* Denna artikel har genomgått kvalitetsgranskning genom s.k. peer review (granskning av jämlike).

¹ Den följd i vilken författarnamnen anges återspeglar inget annat än efternamnens alfabetiska ordning. Erik Bengtson är lektor i retorik vid Södertörns högskola och forskare i retorik vid Uppsala universitet. Oskar Mossberg är lektor i civilrätt vid Uppsala universitet. Love Rönnelid är biträdande lektor i folkrätt vid Stockholms universitet. Bengtsons och Mossbergs arbete med artikeln har finansierats av Energimyndigheten genom forskningsprogrammet Människa Energisystem Samhälle (MESAM). Författarna vill tacka de två anonyma granskarna för deras värdefulla synpunkter.

² Som företaget självt tecknar sin historia har det varit engagerat i miljöskyddsfrågor sedan 1940-talet (<https://historia.vattenfall.se/stories/i-hetluften/tidig-miljovard-hallristningar-sparas>).

Ofta omtalades det då med sitt namn — ja, inte ”Svarta pumpskraftverket” alltså, utan det bättre klingande ”det koldioxidfria kraftverket”.³

Företagets informationskampanjer stötte dock på patrull. Miljörörelsen visade sig inte alls vara så positiv som man hade kunnat förvänta sig. Tvärtom kom skarp kritik därifrån. Företaget stod dock på sig: det var en vital satsning och det var angeläget att informera om den. Men kritiken lade sig inte. Istället valde den nordiska underavdelningen till miljöorganisationen Greenpeace att väcka talan i domstol, för att försöka hindra energibolaget från att tala om koldioxidfrihet när det informerade om sina visioner.⁴ Organisationen påstod att detta inte endast utgjorde marknadsföring, utan var otillbörlig marknadsföring som borde förbjudas.

Marknadsdomstolen (MD) kom att pröva Greenpeaces talan, och i slutänden ogilla den. Domstolen fann den ogrundad. Rättsligt sett ansågs det vara omotiverat att förbjuda Vattenfall att kalla sitt kolkraftverk ”koldioxidfritt”.

Företagets reaktion på domen andades lättnad: ”Det är glädjande att Marknadsdomstolen stödjer Vattenfalls argumentation och anser att vår kommunikation följer god affärssed” kommenterade den informationsansvarige för Vattenfalls CCS-projekt.⁵ Förloraren Greenpeace var mindre entusiastisk. Dess dåvarande generalsekreterare, tillika förre centerledaren, Lennart Daléus, kommenterade strax efter förlusten MD:s dom i ett pressmeddelande. Han var fortsatt kritisk, men numera inte så mycket mot Vattenfalls kommunikation, utan snarare mot det regelverk som gav Vattenfall väl stort svängrum: ”Domen visar att man som ett storföretag får ljuga hur mycket som helst om vad som helst i sin öppna marknadskommunikation så länge lögnerna inte är direkt kopplade till försäljningen av en specifik vara.”⁶

Den här artikeln handlar om MD:s dom. Den har nu några år på nacken. Det är dock bara fördelaktigt. Fallet rörde kommunikation

³ Inledningen här bygger på parternas talan i målet och i deras inlagor, vad gäller både sakpåståenden och ton.

⁴ I ett pressmeddelande som gjordes om Greenpeaces anmälan uttalar organisationens dåvarande energiansvariga bl.a. att: ”Medan det energieffektivaste gaskraftverket som finns släpper ut ca 365 g koldioxid per kWh har ett kolkraftverk med Vattenfalls försöksmetod ett utsläpp på mellan 150 och 190 g koldioxid per kWh, beroende på typ av kol. Ett enda 1600 MW brunkolskraftverk — det senaste i Tyskland som byggdes var av den storleken — skulle alltså släppa ut runt 1,5 miljoner ton koldioxid om året. Det kan knappast beskrivas som koldioxidfritt.” (Greenpeace, Pressmeddelande, Klimat: ”Greenpeace anmäler Vattenfall för vilseledande marknadsföring”, 2006-09-25.)

⁵ Formuleringen härrör från Vattenfalls pressmeddelande 2007-12-12 om domen (”Marknadsrättsprocess om ordval avgjord”). Den är dock missvisande. MD fann förvisso inte att kommunikationen stred mot god marknadsföringssed, men prövade heller inte frågan. Formuleringen citerades dock på flera håll i samtida media, se t.ex. Ny teknik-artikeln i noten nedan.

⁶ Alpman, Vattenfall vann målet om det koldioxidfria kraftverket, Ny teknik 2007-11-30. Ett halvår senare genomförde Greenpeace en aktion i samband med Vattenfalls bolagsstämma. Man dumpade ett ton stenkolk utanför Vattenfalls huvudkontor på Stureplan i Stockholm, och kommenterade aktionen i ett pressmeddelande (2008-04-29) under rubriken: ”Vattenfall är Sveriges största miljöbov”.

kring en, då, framåtsyftande pilotsatsning, och den tid som passerat medger att vi, nu, kan betrakta fallet med viss distans och med nya perspektiv, som möjliggör en bättre värdering av såväl projektet som kommunikationen därom.⁷ Domen är också illustrativ för hur reaktionerna på företags gröna kommunikationer ofta beror på vem det är som reagerar — kommunikatören, olika delar av en sammansatt publik, eller prövande domstolar. Olika aktörer kan ta fasta på olika aspekter, och värdera dem olika. Vi gör gällande att domen är representativ för vissa hållningar som jurister lätt intar. Temat får utvecklas i det följande, men hållningarna har alla att göra med att frågor retoriskt ramas in på vissa sätt i en rättslig kontext.⁸ Det kan exempelvis ske genom att ett företags kommunikation förläggs till ett skärningsfält mellan å ena sidan yttrandefriheten och å andra sidan marknadsföringsrätten. Det kan också ske genom att argument om mänskliga rättigheter tillämpas på juridiska personer som företag. Med sådana inramningar kommer nämligen rättslig kontroll av grön marknadsföring, och väl i princip marknadsföringsrätten som sådan, lätt att ses som en förbjudande intervention i en frihetens domän.

Avgörandet tjänar även som utgångspunkt för att lyfta en bredare diskussion om den rättsliga regleringen av företags miljökommunikation. Detta område har fått ny aktualitet genom EU-kommissionens förslag till direktiv om miljöpåståenden, ”Green Claims Directive”. Det är ännu endast ett förslag, men målet är att reglera företags miljökommunikationer för att främja tillförlitlig, lättförståelig, jämförbar och verifierbar miljöinformation.⁹ Uttryckt i lekmannatermer är målet att ”förbjuda greenwashing”¹⁰ — vilket är just vad Greenpeace beskyllde Vattenfall för.

Nedan ges först en kontextualiserande beskrivning av en del icke-rättslig teori (del 2). Mer specifikt introduceras viss marknadsföringsteori, med särskilt fokus på grön marknadsföring och marknadsföringens retoriska dimensioner. Därefter redogör vi för hur domstolen

⁷ Pilotsatsningars roll i energi- och klimatomställning har rönt viss forskningsuppmärksamhet; se t.ex. Ryghaug & Skjølvold, *Pilot Society and the Energy Transition: The co-shaping of innovation, participation and politics*, Palgrave 2021, eller Envall, *Experimenting for change?: The politics of accomplishing environmental governance through smart energy pilot projects*, Linköping University Electronic Press 2021. Fenomenet i sig förtjänar dock ytterligare uppmärksamhet, särskilt kring den juridiska/retoriska manövreringen runt dem, och hur den som bedriver pilotsatsningar kan profitera på osäkerheten i prognoserna. Just den temporala aspekten, med den inbyggda osäkerheten, gör att vi också måste kunna diskutera dem i efterhand.

⁸ Med inramning åsyftas här detsamma som med den mer kända engelska termen *framing*.

⁹ Se om förslaget motiv, syften och bakgrund Förslag till Europaparlamentet och Rådets direktiv om styrkande och framförande av uttryckliga miljöpåståenden (direktivet om miljöpåståenden) COM(2023) 166 final 2023/0085(COD) 1.1–1.2.

¹⁰ De slagkraftiga formuleringarna har duggat tätt i media; se även t.ex. Kommissionens pressmeddelande 2023-03-22, *Consumer protection: enabling sustainable choices and ending greenwashing* och jfr Europaparlamentets pressmeddelande 2023-09-19, *EU to ban greenwashing and improve consumer information on product durability*.

resonerade när den slöt sig till att Vattenfalls kommunikationer inte föll under marknadsföringslagen, och därmed inte kunde kontrolleras (del 3). Därpå följer några reflektioner kring domens underliggande premisser (del 4). I den avslutande delen lyfts några implikationer av domen samt några av de utmaningar och möjligheter den tycks föranleda för grön marknadsföring som kommersiell praktik och rättsligt fenomen (del 5).

Artikeln är del av ett större flervetenskapligt projekt. Vi vill bidra till dialog mellan ämnen. Inte minst mellan rätts- och retorikvetenskaperna. För att texten ska bli transparent även för icke-jurister har vi försökt uttrycka oss enkelt när det gäller rättsliga begrepp och tankesätt. Omvänt kan delarna om ”marknadsföring som retorik” framstå som elementära för vissa läsare. Ambitionen är dock att tillgängliggöra denna tradition även för jurister, för att på så vis bidra till interdisciplinär dialog. Strävan att underlätta interdisciplinär kommunikation är också ett svar på en av textens huvudpoänger: att vissa begrepp, och i synnerhet marknadsföringsbegreppet, kommit att brukas på påtagligt olika sätt inom olika kunskapsfält.¹¹

2 Grön marknadsföring

2.1 Marknadsföring — en disciplins framväxt

Marknadsföring som akademisk disciplin växte fram som en gren av tillämpad ekonomi under första halvan av 1900-talet.¹² Den förståelse av marknadsföring som då etablerades omfattade hela processen att föra en produkt till marknaden, det vill säga från producent till konsument. Ämnet kretsade till stor del kring att tackla utmaningar i marknadsekonomin och den pågående industrialiseringen. Det handlade således inte bara om reklam och annonser, utan disciplinen behandlade även frågor om att hitta effektiva system för massdistribution av fabrikstillverkade varor. System för informationsspridning var förvisso en viktig pusselbit — t.ex. för att hantera informationsasymmetrier, som kunde bidra till en omotiverat stor diskrepans mellan priset ”vid bondens grind” och konsumentpriset — men de var ändå bara en del av ett större pussel.¹³ Forskningen kunde gå ut på att kate-

¹¹ Jfr sålunda t.ex. förarbetena till nu gällande MFL, SOU 2006:76 s. 194, där det under rubriken ”Begreppet ’marknadsföring’” skrivs: ”I ekonomisk terminologi brukar marknadsföring beskrivas som en process uppdelad i olika faser; marknadsundersökning, marknadsanalys, produktframtagning och produkttestning, produktion, marknadsbearbetning, dvs. reklam och försäljning, kontraktering, efterservice och även destruktion av produkter. Marknadsföringslagens tillämpningsområde är emellertid snävare [...]”

¹² Se t.ex. Shaw, Jones & McLean, *The early schools of marketing thought*, i Maclaran, Saren, Stern & Tadajewski (red.), *The SAGE Handbook of Marketing Theory*, SAGE Publications 2011, s. 27 ff., med hänv.

¹³ Så vill t.ex. Thompson, *Marketing Virtue, Business Ethics: A European Review* 2002 (vol. 11) s. 354 ff., se marknadsföringsfenomenet som ett ursprungligen informellt projekt i samhällets intresse. En fungerande marknadsföring skulle motverka att giriga mellanhänder genom stora prispåslag, eventuellt i flera led, orsakade omotiverat höga priser för slutkonsumenterna.

gorisera varor på olika sätt, samt att analysera vilka aktörer som var inblandade i marknadsföringsprocessen (t.ex. producenter, diverse mellanhänder, grossister och återförsäljare, samt slutförsäljare till konsumenter) och deras respektive funktioner.

Det moderna marknadsföringsfältet anses i allmänhet ha vuxit fram senare, med start någon gång under 1950-talet. Då kom flera verk vars insikter och perspektiv är tydligt relevanta än idag. I takt med att marknadsföringsfältet utvecklades, både som ekonomisk praktik och akademiskt ämne, tydliggjordes även själva marknadsföringsbegreppets spännvidd. En pionjär var amerikanen Edmund D. McGarry (1891–1973), vars analys i ”Some functions of marketing reconsidered” är belysande.¹⁴ Han identifierar sex grundläggande funktioner för marknadsföring:

- 1) att föra samman köpare och säljare (contractual),¹⁵
- 2) att anpassa produkter till marknadens krav (merchandising),
- 3) prissättning (pricing),
- 4) propaganda (propaganda),
- 5) distribution (physical distribution) och
- 6) avslut (termination).

Vad gäller *propaganda* beskrivs den som funktionen att påverka köpare eller säljare till att inta en fördelaktig attityd. Ordet propaganda har förstås en särskild laddning, med konnotationer av manipulation och bedräglighet. Den poäng vi vill framhäva här är dock endast att olika former av *allmän attitydpåverkan* ansetts som en viktig del av marknadsföringen åtminstone sedan 1950-talet.¹⁶

McGarrys funktionsorienterade synsätt har tydliga beröringspunkter med det *management-paradigm* som kom att etableras genom Wroe

¹⁴ McGarry, Some functions of marketing reconsidered, i Cox & Alderson (red.), Theory in marketing, Irwin 1950, s. 269 ff.

¹⁵ Snarare än som ”avtalsmässigt” ska ”contractual” här förstås mot bakgrund av ordets etymologi. Contract kommer av latinets contrahere, som betyder dra samman, och marknadsföringsfunktionen handlar alltså om att ”contract” också i en vidare mening.

¹⁶ *Propagandabegreppet* härrör historiskt från en katolsk kontext, där det syftade på propagerandet för den sanna läran. Det har sedermera, framförallt från och med 1900-talet, även kommit att brukas i en militär och politisk kontext. Begreppet har då ofta — men långt ifrån alltid — en tydligt negativ konnotation. Det kan också påpekas att begreppet propaganda, när det ställs i centrum för human- eller samhällsvetenskaplig reflektion, sällan brukas i en teoretisk apparat som även använder begrepp som retorik och ideologi, förmodligen därför att det skulle medföra viss redundans eller överlappning. Här använder vi McGarrys propaganda-begrepp som utpekades en brett retorisk dimension av marknadsföring; det stämmer också överens med hans eget sätt att bruka termen om marknadsföringens persuasiva dimension, vilken kontrasterande jämförs med ”utbildning”. Se McGarry, The Propaganda Function in Marketing, Journal of Marketing 1958 (vol. 23) s. 131 ff. I sammanhanget kan noteras att Fellows år 1959 noterat att begreppet ”på senare tid” verkar ha rört sig i en mindre negativ riktning, och ibland brukas som benämning för ett fenomen som varken ska förstås som i sig positivt eller negativt, se Fellows ’Propaganda:’ History of a Word, American Speech 1959 (vol. 34) s. 182 ff.

Aldersons arbeten (1898–1965),¹⁷ och sedan företräddas av ämnesgiganten Philip Kotler (1931–),¹⁸ vars litteratur än i dag återopas som standardverk. Ur ett managementperspektiv är den grundläggande frågan hur olika aktörer (”managers”) på för dem själva gynnsamma sätt kan marknadsföra varor till konsumenter, klienter och andra avnämare. I anslutning till detta paradigm utvecklades forskning om marknadsföringssystem och konsumentbeteenden.¹⁹ Med Kotler kom marknadsföringsbegreppet att breddas, till att uttryckligen inkludera att ”sälja idéer”.²⁰ Därmed etablerades tanken om marknadsföring som modell för opinionspåverkan.²¹ Den säljande kommersiella aktören är dock alltså det paradigmatiska fallet, och dess strategiska aktörsperspektiv är en given utgångspunkt. Ett illustrativt exempel på det managementcentrerade synsättet finner vi i Kotler, Armstrong och Parmenters lärobok ”Principles of Marketing: Scandinavian edition”²² — en bok som i läroböcker i marknadsföringsrätt framhållits som ”[e]tt välkänt, grundläggande arbete” och hanterats som medel för inblick i modern marknadsföringsteori.²³ Författarna inleder boken med berättelsen om klädföretagets H&M:s ”imponerande framgångar”,²⁴ och lyfter genomgående fram vad läsaren kan lära om marknadsföring av olika påstått föredömliga exempel. Urvalet och behandlingen av dessa exempel antyder att måttstocken för föredömlighet primärt är marknadsföringsteknisk, i betydelsen att en aktör framgångsrikt lyckas framkalla eftersträvade kommersiella effekter. Inom ramen för detta tanke-sätt finns återkommande reflektioner om etiska hänsyn. Dessa etiska hänsyn tas dock inom ramen för management-paradigmet, det vill säga med utgångspunkt i den enskilda kommersiella aktörens strategiska

¹⁷ Se t.ex. de inflytelserika verken Alderson, *Marketing Behavior and Executive Action*, Richard D. Irwin 1957, samt Alderson, *Dynamic Marketing Behavior*, Richard D. Irwin 1965. Om Aldersons inflytande, se även Shaw, Jones & McLean, *The modern schools of marketing thought* s. 42 ff., samt Wooliscroft, Tamilia, and Shapiro (red.), *A twenty-first guide to Aldersonian marketing thought*, Kluwer 2006.

¹⁸ Se t.ex. Kotler, *Marketing Management: Analysis, Planning, and Control*, Prentice Hall 1967 (nionde utgåvan utkom 1996, därefter utges olika samförfattade variationer av boken på samma tematik). Om Kotlers betydelse, se även Jones, Shaw & McLean, *The modern schools of marketing thought*.

¹⁹ Se t.ex. Shaw & Jones, *A history of schools of marketing thought*, *Marketing theory* 2005 (vol. 5) s. 239 ff. med hänv.

²⁰ Kotler & Levy, *Broadening the Concept of Marketing*, *Journal of Marketing* 1969 (vol. 33) s. 10 ff.

²¹ Steget är inte långt till föreställningen om det offentliga samtalet som en marknadsplats för idéer. Se därom t.ex. Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, *Duke Law Journal* 1984 (vol. 1) s. 1 ff.

²² Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition*, Pearson 2020.

²³ Se t.ex. Bernitz, *Marknadsföringsrätten*, Norstedts Juridik 2020, s. 16, jfr s. 17.

²⁴ Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition*, s. 4–7. Det finns vissa problematiseringar om hållbarhetsfrågor knutet till H&M:s affärsmodell i redogörelsen; dess vinkel är dock tydligt till H&M:s fördel med formuleringar om att företaget ”seems to be genuinely interested in sustainability”, ”takes the criticism seriously” samt att det ”in recent years” intensifierat sina ”sustainability efforts”. Jfr även den svenskspråkiga utgåvan Kotler, Armstrong & Parment, *Marknadsföring: teori, strategi och praktik*, Pearson 2017, s. 4–8.

möjligheter att, i sin specifika miljö, nyttja etiska argument, snarare än utifrån ett perspektiv som reflekterar över systemets grundläggande effekter.

2.2 Marknadsföringsbegreppets utveckling: Från produktorientering till relationsorientering

Om vi tillämpar det traditionella breda marknadsföringsbegreppet blir en term som "hållbar marknadsföring" något som i princip berör alla beslut inom kommersiell verksamhet.²⁵ Finns det hållbara sätt att knyta samman köpare och säljare? Vilka produkter är hållbara? Hur kan pris-sättning bidra till hållbarhet? Vilken roll kan reklam och kommunikationsinsatser ha för att gynna hållbara attityder? Hur kan distribution av produkter ske på det mest hållbara sättet? Och hur kan avslutandet av en marknadsföringsprocess främja hållbarhet? Den sistnämnda frågeställningen om hållbara avslut kan t.ex. inkludera föreställningar om att säljaren bör ha ett långtgående ansvar för en produkts livslängd, eller ansvara för dess återvinning. Sammantaget rör dessa frågeställningar den grundläggande frågan om hur produktion och konsumtion kan ske på hållbara sätt. De inbjuder till ett brott med managementparadigmets utgångspunkt i den säljande aktörens perspektiv och visar hur frågan om hållbar marknadsföring rör inte bara hur enskilda företag agerar utan minst lika mycket hur marknaden i sig fungerar.²⁶

Under 1980-talet skedde ett centralt skifte inom marknadsföringsfältet, där kommersiella *relationer* kom att sättas i fokus. Skiftet skedde parallellt med att den sociala medvetenheten ökade och det uppstod

²⁵ Se t.ex. Polonsky & Rosenberger III, Reevaluating green marketing: a strategic approach, *Business Horizons* 2001 (vol. 44) s. 21 ff.

²⁶ Många frågor knutna till "hållbar" eller "grön" marknadsföring utmanar idén om att "kärnan" i marknadsföring skulle vara två parter, som båda har något av värde för den andra, vilket de efter kommunikation kan välja att byta (eller inte byta) med varandra. Det förenklande utbytesparadigmet utmanas av hållbarhetsaspekterna. Hållbarhet är inte en fråga bara för två parter, utan en fråga som per definition rör effekter på systemnivå, i form av t.ex. påverkan på miljön och andra människor, snarare än endast de som är direkt inblandade i transaktionen. Hållbarhetsdiskursen tvingar därmed marknadsföringsdiskursen bort från ett utbytesparadigm, och ett renodlat managementperspektiv där fokus faller på de enskilda aktörernas strategiska agerande relativt varandra. Samtidens krav tvingar oss att utforska system och deras effekter på mer övergripande plan. För ett juridiskt perspektiv på marknadsföring innebär detta att etablerade värden för en fungerande marknad som rätten syftar till att skydda — som sund konkurrens och tydlighet för inblandade parter — alljämt är viktiga. Den rättsliga regleringen kan dock inte begränsas till att enbart beakta de inblandade parternas intressen. Den måste ta hänsyn också till effekter på systemnivå, inklusive miljöpåverkan. För exempel på diskussioner inom marknadsföringsfältet som tar ett bredare perspektiv på hållbar marknadsföring, se t.ex. Thompson, *Marketing Virtue* s. 354 ff.; Dyck & Manchanda, Sustainable marketing based on virtue ethics: addressing socio-ecological challenges facing humankind, *AMS Review* 2021 (vol. 11) s. 115 ff. med hänv.; Gordon, Carrigan, and Hastings, *Marketing Theory* 2011 (vol. 11) s. 143 ff., samt Ertekin & Atik, Sustainable Markets: Motivating Factors, Barriers, and Remedies for Mobilization of Slow fashion, *Journal of Macromarketing* 2014 (vol. 35) s. 53 ff. Jfr även Mossberg, Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, särskilt s. 209 ff.

en form av grön (miljömedveten) rörelse bland konsumenter.²⁷ Skiftet innebar dock inte att fältet fick mindre fokus på säljande aktörer (managementperspektiv) till förmån för ett större fokus på marknads funktion (systemperspektiv). Istället levde managementperspektivet kvar som dominerande paradigm, medan förståelsen av marknadsföring skiftade från att fokusera på produkten som ämnets centrala nod, till att fokusera på relationen. Ett exempel på det skiftet återfinns hos Christian Grönroos ("den första icke nordamerikanen som utsetts till en 'legend in marketing'"),²⁸ som 1989 presenterar vad han benämner som en nordisk definition av marknadsföring: "Marketing is to establish, maintain, and enhance relationships with customers and other partners, at a profit, so that the objectives of the parties involved are met. This is achieved by a mutual exchange and fulfilment of promises."²⁹

Definitionen var ett slags svar på den definition American Marketing Association (AMA) hade presenterat 1985, som fått kritik för att inte ta fasta på marknadsföringens samhälleliga dimension.³⁰ Grönroos definition fångar upp två för tiden viktiga trender: dels signaleras tydligt hur man började fokusera på att hantera ("manage") relationer; dels uppmärksammas långsiktighet och ömsesidighet. Artikeln resonerar dock även om vikten av att uppnå tillit (trust). Detta öppnar — tillsammans med Grönroos breda förståelse av att hålla sina löften — för en konceptualisering av marknadsföring som inkluderar frågor om Corporate Social Responsibility (CSR).³¹ Under 1990-talet kom konceptualiseringen av marknadsföring som syftande till att etablera och vårda relationer att konsolideras.³² Det nya synsättet innebar att förståelsen av marknadsföring som fenomen blev mindre tätt knutet till specifika produkter och enskilda transaktioner. Frikopplingen illustreras kan-

²⁷ Jfr t.ex. Tadajewski & Brownlie, *Critical Marketing: A Limit Attitude*, i Tadajewski & Brownlie (red.), *Critical marketing: Contemporary issues in marketing 2008*, s. 1 ff.; Brassington & Pettitt, *Principles of Marketing*, Prentice Hall 2006, s. 19 ff.

²⁸ Konkret innebär utmärkelsen att Sage Publications gav ut hans samlade skrifter, i den prestigefyllda serien "Legends in marketing".

²⁹ Grönroos, *Defining marketing: A market-oriented approach*, *European Journal of Marketing* 1989 (vol. 23) s. 52 ff., på s. 57.

³⁰ Gamble, Gilmore, McCartan-Quinn & Durkan, *The Marketing concept in the 21st century: A review of how Marketing has been defined since the 1960s*, *The Marketing Review* 2011 (vol. 11) s. 227 ff., på s. 233 med hänv.

³¹ Jfr Paetzold, *Corporate Social Responsibility (CSR): an International Marketing Approach*, Diplomica Verlag 2010; Kotler & Lee, *Corporate Social Responsibility: Doing the Most Good for Your Company and Your Cause*, Wiley 2005. För rättsliga perspektiv, jfr t.ex. Holtz, *Corporate Social Responsibility — en marknadsrättslig fråga*, JT 2017–18 s. 321 ff., samt Halje, *Rättslig operationalisering av företags samhällsansvar: särskilt om avtalsrätt, köprätt, konsumentköprätt, marknadsföringsrätt och aktiebolagsrätt*, Uppsala universitet 2022, s. 191 ff., 377 ff.

³² Baker, *Research for marketing*, Macmillan Education 1991, samt *Marketing: An introductory text*, Macmillan Press 1996, s. 3. Se även Grönroos, *From marketing mix to relationship marketing: Towards a paradigm shift in marketing*, *Management Decision* 1994 (vol. 32) s. 4 ff., på s. 9, med hänv., där marknadsföring på liknande sätt som ovan definieras om att "establish, maintain, and enhance relationships with customers and other partners, at a profit, so that the objectives of the parties involved are met. This is achieved by a mutual exchange and fulfilment of promises".

ske som tydligast när marknadsföring beskrivs som att den innefattar "a customer's every experience with a business".³³ Denna utveckling av fältet sammanfaller med att marknadsföring etablerade sig som en betydande akademisk disciplin. Genom populära marknadsföringsutbildningar kom det relationsorienterade synsättet att över tid påverka många företags marknadsföringspraktiker.

Det relationsorienterade synsättet innebar bland annat ökat fokus på hur kommersiella aktörer uppfattas av konsumenter, samt hur aktörer kan påverka dessa uppfattningar genom att framställa sig själva som på olika sätt föredömliga, för att därmed etablera en förtroendefull relation. Dylika modi operandi är av intresse för vår studie eftersom Vattenfalls kommunikation i det aktuella fallet lätt kan förstås på just detta sätt. Inom retoriskt orienterad forskning beskrivs det som en form av ethosbyggande.³⁴ Det finns flera kopplingar mellan retorik och marknadsföring som perspektiv. Dessa kopplingar synes användbara — inte minst vid diskussion och bedömning av språkliga, kommunikativa och persuasiva dimensioner av företags marknadsföring, det vill säga vad som inom fältet ofta benämns som marknadsföringskommunikation (marketing communication).

2.3 *Marknadsföring som retorik*

Marknadsföring kan betraktas som retorik.³⁵ Om vi utgår från McGarrys ovan nämnda marknadsföringsfunktioner, så innebär retorikperspektivet ett fokus på marknadsföringens propagandafunktion.³⁶ Termen propaganda är lite orättvis mot retorikämnet (som sedan antiken kämpat med sitt rykte som instrument för manipulation och demagogeri).³⁷ Här är poängen dock endast att synliggöra att marknads-

³³ Dahle citerad efter Seelig, Marketing now has broader [sic] definition, writer says, Grand Rapids Business Journal 1999 (vol. 17) s. 10.

³⁴ Jfr därom t.ex. Mossberg, Avtalets räckvidd I, Iustus förlag 2020, s. 198 ff. med hänv. eller Bengtson & Mossberg, The Virtues of Green Marketing, Palgrave Macmillan 2023, med andra hänv.

³⁵ Perspektivet är inte nytt, se t.ex. Miles & Nilsson, Marketing (as) rhetoric: an introduction, Journal of Marketing Management 2018 (vol. 34) s. 1259 ff., och i samma nummer Brown, Hackley, Hunt, Marsh, O'Shaughnessy, Phillips, Tonks, Miles & Nilsson, Marketing (as) Rhetoric: paradigms, provocations, and perspectives, s. 1336 ff. Se även t.ex. Frandsen & Johansen, Rhetoric, Climate Change, and Corporate Identity Management, Management Communications Quarterly 2011 s. 511 ff. eller Wæraas & Ihlen, Green legitimation: the construction of an environmental ethos, International Journal of Organizational Analysis 2009 (vol. 17) s. 84 ff., som studerar företags kommunikation och varumärkeshantering genom en kombination av retorisk teori och organisationsteoretiska perspektiv. Notera att en retorisk förståelse av marknadsföring inte står i konflikt med andra vetenskapliga angreppssätt, vilka t.ex. studerar produktgenskaper och deras konsekvenser, eller analyserar distributionsmetoder och lagerhållning. Det retorikvetenskapliga perspektivet innebär primärt en analytisk avgränsning vad gäller det studerade föremålet, där fokus faller på kommunikation som påverkanspraktik.

³⁶ Se 2.2 ovan.

³⁷ Se t.ex. Platons Gorgias, där termen retorik (ῥητορική) lär ha myntats, i vad som kan betraktas som den första smädelseskraften av retoriken. Se även t.ex. Bengtson, The Epistemology of Rhetoric: Plato, Doxa and Post-truth, Windsor Studies in Argumentation 2024 och Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 127 ff. med hänv.

föringsaktiviteter kan syfta till attitydpåverkan, eller mer specifikt till att genom kommunikation påverka någon till att inta en fördelaktig attityd till ett företag, dess produkter eller allmänna verksamhetsområde. Skiftet mot ett relationsorienterat perspektiv på marknadsföring under 1980- och 90-talen medförde ett ökat fokus på attityder, men redan McGarry utgick på 1950-talet från en bred syn på språklig påverkan. Han begränsade inte ämnet till direkt säljargumentation, utan lät det beakta i princip allt som påverkar attityder. Det kan också noteras att retorikfältet under andra delen av 1900-talet genomgått en utveckling delvis parallell med den inom marknadsföringsfältet. Forskningen har rört sig från att se retorik som primärt avgränsad till distinkta retoriska situationer där målet är att övertyga om en specifik förändring,³⁸ till att också undersöka sådant som identifikationsprocesser,³⁹ hur retorik förhandlar värderingar,⁴⁰ konstituerandet av publiken,⁴¹ samt hur texter cirkulerar och ständigt får ny mening i olika kommunikativa miljöer.⁴² Retorikämnet har också förändrats i takt med den tekniska utvecklingen; det är numer vedertaget att studera även multimodala kommunikationer i olika medier. Sammantaget medför dessa skiften en vidare syn på påverkan samt mer utvecklade referensramar för bedömning av kontextuella och persuasiva faktorer.

En väsentlig poäng med att tematisera marknadsföring som retorik är att tillgängliggöra retorikens verktyg för att analysera kommunikation och meningsskapande. I linje med en relationsorienterad syn på marknadsföring bör marknadsföringens retorik förstås som något bredare än direkt köpuppmanande uttalanden ("Köp Kalles korv!") eller tydligt avgränsade övertalningsförsök att handla en viss produkt ("— den är god!"). Allmänspråkligt är möjligen ordet "marknadsföring" primärt knutet till sådant som annonser, reklamtavlor och direkt säljfrämjande åtgärder.⁴³ En beskrivning av marknadsföring som retorisk kan därför tänkas (för)leda någon att tänka på fenomenet i sådana snäva termer. I marknadsföringslitteraturen är det dock tydligt att propagandafunktionen tänks bredare och att den innefattar mer än bara omedelbart transaktionsdrivande åtgärder. Det är denna bredare förståelse som tenderar att läras ut och därmed forma branschpraxis inom marknadsföringsfältet. I Kotler, Armstrong och Parments ovan-

³⁸ Bitzer, *The Rhetorical Situation*. *Philosophy & Rhetoric* 1968 (vol. 1) s. 1 ff., menar att en retorisk situation består av tre beståndsdelar, dels en form av brist eller ofullkomlighet i världen (exigence) som tycks bjuda in någon att agera retoriskt, dels en publik (audience) som om den övertygas har möjlighet att agera för att åstadkomma en önskad förändring och dels villkor (constraints) som begränsar vilka retoriska medel som lämpligen kan användas.

³⁹ Burke, *A Rhetoric of Motives*, University of California Press 1969.

⁴⁰ Perelman & Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*. University of Notre Dame Press 1969.

⁴¹ Charland, *Constitutive rhetoric: The case of the *peuple québécois**, *Quarterly Journal of Speech* 1987 (vol. 73) s. 133 ff.

⁴² Edbauer, *Unframing Models of Public Distribution: From Rhetorical Situation to Rhetorical Ecologies*, *Rhetoric Society Quarterly* 2005 (vol. 35) s. 5 ff.

⁴³ Jfr således t.ex. Bernitz, *Marknadsföringsrätten* s. 16 f. (se dock s. 31 ff.).

nämnda lärobok beskrivs skillnaden mellan å ena sidan den allmänspråkliga förståelsen av marknadsföring, och å andra sidan marknadsföringens ändamål och funktion. De skriver:

Many people think of marketing as only selling and advertising. We are bombarded every day with TV commercials, catalogues, 'spiels' from salespeople, and online pitches. However, selling and advertising is only the tip of the marketing iceberg. Today, marketing must be understood not in the old sense of making a sale — 'telling and selling' — but in the sense of *satisfying customer needs* — and delivering beyond what customers know they want.⁴⁴

Annonsering, alltså traditionell reklam, är bara ett av de verktyg marknadsförare har i sin låda för att kommunicera, och bara en bråkdel av den mix av verktyg som faller inom marknadsföringens domän. När det gäller marknadsföringskommunikation räknar Kotler, Armstrong och Parment med fem centrala delar i en "kommunikationsmix": (1) annonsering, (2) säljstöd/sales promotion, (3) personlig försäljning, (4) public relations och (5) direktmarknadsföring. Det framhävs som centralt att alla dessa är samstämmiga, tydliga och övertygande vad gäller att förmedla företagens varumärke och budskap.⁴⁵

Ett av marknadsförarens kommunikativa verktyg är alltså allmänt opinionsbildande attitydarbete, det vill säga "public relations" (eller PR). I PR-verktyget inkluderas pressrelationer, produktexponering, byggandet och upprätthållandet av offentliga relationer (med politiker, massmedier, opinionsbildare, journalister), lobbying samt arbete med investerarelationer.⁴⁶ Snarare än att fokusera endast på produktförsäljning, framhåller alltså Kotler, Armstrong och Parment i sin beskrivning av marknadsföring som kommunikativ praktik betydelsen av relationsbyggande med en bred skara intressenter vilka på olika sätt kan påverka affärsverksamheten också indirekt. Det rekommenderade anslaget omfattning framträder tydligt när de definierar marknadsföring som "the process by which companies create value for customers and build strong customer relationships in order to capture value from customers in return".⁴⁷ Att de inte begränsar ämnet till att syssla med explicit säljretorik blir än tydligare när författarna citerar marknadsföringsegurun Peter Druckers uttalande: "The aim of marketing is to make selling unnecessary".⁴⁸ I marknadsföringens måltillstånd är alltså direkt

⁴⁴ Kotler, Armstrong & Parment, Principles of Marketing: Scandinavian edition s. 9.

⁴⁵ Kotler, Armstrong & Parment, Principles of Marketing: Scandinavian edition s. 447; Kotler, Armstrong & Parment, Marknadsföring: teori, strategi och praktik s. 362, 366.

⁴⁶ Kotler, Armstrong & Parment, Principles of Marketing: Scandinavian edition s. 456; Kotler, Armstrong & Parment, Marknadsföring: teori, strategi och praktik s. 380.

⁴⁷ Kotler, Armstrong & Parment, Principles of Marketing: Scandinavian edition s. 9.

⁴⁸ Kotler, Armstrong & Parment, Principles of Marketing: Scandinavian edition s. 9. Drucker är citerad efter Neal, From the editor, Marketing Management, januari-februari 2006, s. 3.

säljfrämjande åtgärder inte bara mindre centrala, utan strategiskt underordnade andra, mer effektiva, metoder.

2.4 Varumärkesbygge och entymemisk marknadsföring

Kopplat till det relationsorienterade synsättet finns några särskilt intressanta punkter där marknadsföringslitteraturen och retorisk teori överlappar.⁴⁹ Ett sådant överlappningsområde är marknadsföringsfältets tankar om ”branding”, som har klara beröringspunkter med retorikvetenskapens förståelse av övertygelsemedlet *ethos*. Brands, eller varumärken, framhålls inom marknadsföringslitteraturen numera som en nyckelkomponent för företags arbete med att etablera och vårda kundrelationer. Ett varumärke kan vara knutet till ett företagsnamn, men det måste inte vara det. Företag kommunicerar ofta med hjälp av flera olika varumärken. Det enskilda varumärket utmärks av ett tecken — i form av en grafisk, verbal eller tredimensionell symbol — men detta tecken är inte hela varumärket i marknadsföringsfältets mening; det är bara en form som laddas med ett innehåll. Det intressanta är istället de uppfattningar och känslor som knyts till produkten eller företaget.⁵⁰ Exakt vilka typer av uppfattningar och känslor det kan röra sig om, och hur de kan värderas i ekonomisk eller rättslig mening, är förstås en hel vetenskap i sig.⁵¹ Varumärkeslagen (2010:1877) är dock avgränsad så att den kretsar kring frågan om vilka tecken som kan skyddas, och vad skyddet innebär. I lagens mening är alltså ett varumärke just själva kännetecknet. Samtidigt bygger lagen på vad ett varumärke är i en vidare mening, och det är alltså denna vidare mening som marknadsföringsteorin intresserar sig för. Utifrån denna artikels ändamål är det av intresse att många inom marknadsföringsfältet ser varumärken som ett företags mest centrala tillgång.⁵²

Varumärkeskonceptet blir särskilt intressant i relation till grön marknadsföring. Sådan handlar nämligen om att skapa/knyta gröna associationer till ett varumärke. (”Vi bryr oss om klimatet!”, ”The Green Company”.) Analys av grön marknadsföring kan berikas av att associera idén om branding med retorikens idé om *ethos*. *Ethos* tar sikte på talarens karaktär och på hur talarens självgestaltning kan verka över-

⁴⁹ Vi använder här Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition* som en ingång till marknadsföringsfältet. Se även t.ex. Martin & Blythe, *The Essentials of Marketing*, Pearson 2023, för en pedagogisk och kärnfull introduktion till fältets centrala områden.

⁵⁰ Om hur varumärken fungerar såväl denotativt som konnotativt, se t.ex. Bastos & Levy, *A history of the concept of branding: practice and theory*, *Journal of Historical Research in Marketing* 2012 (vol. 4) s. 347 ff.

⁵¹ För en ingång till forskningsfältet, se Keller & Lehmann, *Brands and Branding: Research Findings and Future Priorities*, *Marketing science* 2006 (vol. 25) s. 740 ff.; Shtovba, Shtovba, och Filatova, *The current state of brand management research: An overview of leaders and trends in branding research over the past 20 years*, *The Bottom Line* 2020 (vol. 33) s. 1 ff.

⁵² Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition*, s. 304–305; Keller & Lehmann, *Brands and Branding: Research Findings and Future Priorities*.

tygande på en publik.⁵³ Både branding och ethos kan också knytas till organisationsforskningens *legitimitetsteori*. Denna teori sätter fingret på organisationers (konstanta) behov av att uppfattas som legitima: För att kunna verka i en samhällelig kontext behöver de uppfattas som aktörer med ett existensberättigande; detta kan vara pragmatiskt grundat, moraliskt grundat eller bygga på att organisationen tas för given som en naturlig del av samhället.⁵⁴ Vad som krävs för legitimitet förändras också över tid. I förlängningen av att klimatomställning och hållbarhet alltmer etableras och institutionaliseras som samhällsnormer kan rättsliga krav på hållbarhetsarbete utvecklas.⁵⁵ Samhällsnormer kan även förmå kunderna själva att, direkt eller indirekt, kräva hållbarhet. När det sker ser vi en länk mellan förändrade normer och förändrad efterfrågan. Hållbarhet som kundbehov kan adresseras genom tydlig kommunikation av specifika produkttegenskaper ("50 % återvunnet material!"), men också på en mer övergripande nivå genom branding. Företag kan alltså sträva efter att etablera sina varumärken som gröna, för att därigenom få *märket som sådant* att fungera som hållbarhetsgarant.⁵⁶

Relationsperspektivet inbjuder till ett holistiskt synsätt. Varumärket byggs inte bara i direkta säljsammanhang, utan marknadsförare uppmanas ta ett helhetsgrepp. Idealet är att all företagskommunikation bidrar till att bygga ett trovärdigt ethos, vilket i sin tur skapar en efterfrågan på att handla med just den aktören.

Givet att det ligger nära till hands att tänka på marknadsföring som en fråga om försäljningsdrivande i snäv mening, ligger det också nära till hands att tolka dess retoriska propositio som en (ibland implicit) handlingsuppmaning: "köp! (den här!)". Denna handlingsuppmaning behöver sedan backas upp på något sätt. En av retorikens mest grundläggande läror är att de retoriska övertygelsemedlen, det vill säga de medel som gör ett budskap övertygande, är tre: För det första finns uttryckligen sakorienterade logoskäl, som att något är "5 % bättre för miljön!". För det andra finns mer känslomässig pathosargumentation, som uppmaningen: "Tänk på barnen!" För det tredje finns ethosargument, som gäller talarens karaktär eller person, och hur också dessa

⁵³ Till undvikande av onödig upprepning hänvisas här till Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing*.

⁵⁴ Se t.ex. Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing*; Scott, *Institutions and Organizations: Ideas and Interests*, Sage 2008; Maurer, *Readings in Organization Theory: Open-system Approaches*, Random House 1971. DiMaggio & Powell; *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, *American Sociological Review* 1983 (vol. 48) s. 147 ff.; Suchman, *Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches*, *The Academy of Management Review* 1995 (vol. 20) s. 571 ff.

⁵⁵ Om klimatomställning som institutionaliserad, se Frandsen & Johansen, *Rhetoric, Climate Change, and Corporate Identity Management*; Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing* 2023 s. 22 ff.

⁵⁶ Modeindustrin erbjuder åtskilliga illustrativa exempel. Friluftsföretaget Patagonia torde exempelvis ha relativt stark trovärdighet bland dess konsumenter som hållbarhetsgarant, medan t.ex. H&M ofta associeras med föreställningar om fast fashion och därmed torde ha relativt svag "grön" trovärdighet.

påverkar mottagandet av en talares budskap.⁵⁷ För alla tre övertygelsemedel gäller att retorisk argumentation bör förstås som *enthymemisk*, snarare än syllogistisk. Retoriken har sedan antiken ofta definierats som motpol till en strikt reglerad (filosofisk) logik eller dialektik, varvid en motsättning tänkts bestå i att retoriken kännetecknas av att delar av det övertygande resonemanget underförstås, i den meningen att en publik förväntas kunna dra vissa slutsatser själv.⁵⁸ Om ett vinstdrivande företag gör pilotsatsningar knutna till miljösyften så kan upplysningar om satsandet i linje med detta fungera som enthymemiska bevis för företagets gröna ethos. Retoriskt kan marknadsföring således analyseras som ett bruk av olika handlingspåverkande övertygelsemedel. Kommersiella aktörers ethosbyggande åtgärder kan då betraktas som relationsbyggande marknadsföring — som retorik ägnad att, indirekt, få kunder att köpa deras produkter. En sådan tolkning synes rimlig givet samhällskontexten, då aktörerna kan antas arbeta mot ett sådant vinstsyfte som normalt kan presumeras.⁵⁹ Kort sagt: en framställning måste inte innehålla en explicit uppmaning ”köp produkten!” för att framställningen ska kunna fungera som marknadsföring. Ethoskonstruktionen fungerar i sig som ett persuasivt enthymem — eller, annorlunda uttryckt, som en del av det som är ägnat att påverka de som nås av kommunikationen.⁶⁰

När marknadsföringslitteraturen talat om en ”kommunikationsmix” bygger metaforiken på att ingredienser kan blandas på olika sätt för att, så att säga, få en kaka som är maximalt stor eller god.⁶¹ Att få ut en positiv bild av varumärket eller företagets produkter i en bred flora av tillgängliga kanaler är centralt i arbetet med en sådan framgångsrik mix. Kotler, Armstrong och Parment framhåller särskilt att företag kan gynnas av att få ut budskapet via trovärdiga aktörer som framstår som separata från företaget: ”highly credible sources are more persuasive.”⁶² Liknande tankar har i retoriksammanhang diskuterats i termer av att ”låna andras ethos”.⁶³ Den gemensamma tanken är att andras trovärdighet kan utföra en del av det argumentativa arbetet åt talaren. En del av

⁵⁷ Jfr om ethos som rättsretoriskt analysverktyg t.ex. Mossberg, *Avtalets räckvidd I* s. 198 ff. med hänv.

⁵⁸ Om enthymemanalys, se t.ex. Mossberg, *Avtalets räckvidd I* s. 191 ff. m. hänv., samt t.ex. Lindqvist, *Känslans syllogistik: Den enthymematiska strukturen i Aristoteles analys av pathos*, *Rhetorica Scandinavica* (nr 68) 2014 s. 54 ff. eller Wolrath Söderberg, *Aristoteles enthymem: slutledningsformer eller meningsskapande processer?*, *Rhetorica Scandinavica* (nr 53) 2010 s. 36 ff.

⁵⁹ Se 4.2 nedan.

⁶⁰ Se, mer elaborerat om ethosanalys och grön marknadsföring, Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing*, kap. 3–4 med hänv.

⁶¹ Se 2.3 och 2.4 ovan.

⁶² Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition* s. 470. Jfr även t.ex. Frandsen & Rhetoric, *Climate Change, and Corporate Identity Management* och därtill Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing*, 4.2 och s. 98. Jfr även Bengtson & Mossberg, *Greenwashing och grön marknadsföring*, *Retorikmagasinet* 2022-03-13.

⁶³ Se t.ex. Lid Falkman, *Ledarskapande retorik: Dag Hammarskjöld och FN:s övriga generalsekreterare som scen för karisma, dygder och ledarideal*, *Handelshögskolan* 2009 s. 190.

den traditionella kommunikationsmixen är PR och det ligger i linje med det sagda att kommunikation som ger positivt genomslag i etablerade medier, eller i sociala medier, ofta värderas högre än traditionella annonser. Det finns flera skäl att nyttja sådana PR-strategier antingen istället för, eller i kombination med, till exempel annonsering och användning av säljare, men sammantaget handlar det om att strategierna kan ge stor effekt till en låg kostnad.⁶⁴

I resonemang om kommunikation och information använder marknadsföringslitteraturen ofta tanken om push- respektive pull-strategier.⁶⁵ Å ena sidan finns marknadsföring som genom push-strategier försöker ”trycka på” kunden produkter via säljande parter genom att direkt peka på dess värde för en konsument, eller kanske framhäva att just nu är rätt tillfälle att konsumera.⁶⁶ Å andra sidan finns ett förhållningssätt där målet med marknadsföringen är att få konsumenter att inta en gynnsam inställning till företaget, dess produkter eller mer allmänt vissa produkttyper, för att konsumenterna själva ska söka efter mer information och leta efter platser att konsumera. De senare, så kallade pull-strategierna, handlar om att öka efterfrågan och därigenom *dra* kunder till lämpliga kanaler, där mer information och produkter finns. I relation till den senare kategorin kan det vara klagörande att diskutera i termer av olika *faktorer* i ett samhälle — eller hos specifika kundgrupper — som driver efterfrågan. Marknadsföringsteorin innefattar metoder för att analysera sådana faktorer. Denna kunskap kan sedan användas för att positionera ett varumärke som varandes i linje med exempelvis vissa sociala eller kulturella värderingar. Alternativt kan företaget arbeta för att försöka förändra konsumentens förståelse av sin egen tillvaro i världen.⁶⁷ När marknadsföring, inklusive PR-insatser, bibringar konsumenterna vissa synsätt, praktiker och kulturella värderingar så kan produkterna utöva en sådan dragningskraft att kunden

⁶⁴ Ries & Ries, *The fall of advertising and the rise of PR*, Harper Business 2002.

⁶⁵ Om push och pull se t.ex. Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition* s. 472 f.; Smith & Taylor, *Marketing communications: An integrated approach*, Kogan Page 2004, s. 132, 21; Brocato, *Push and Pull Marketing Strategies*, i Sheth & Malhotra (red.), *Wiley International Encyclopedia of Marketing* 2010.

⁶⁶ Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition*.

⁶⁷ En för detta relevant del i marknadsföringsteorin är konceptualiseringen av en *makro-miljö*, inom vilken ett företags verksamhet och marknadsföring måste förstås. Här listas ofta olika typer av faktorer, som t.ex. demografiska, ekonomiska, politiska, juridiska, sociala/kulturella, ekologiska och geografiska, och teknologiska. Som t.ex. Blythe & Martin, *The Essentials of Marketing*, Pearson 2023, s. 21–46, framhäver så blir dessa faktorer, som just makro-faktorer, svåra för ett företag att ha kontroll över. De kan dock fortfarande påverkas och då kanske särskilt genom medveten PR-kommunikation. Diskussionen om gruppidentiteters betydelse för konsumtionsbeslut är också av särskilt intresse här, se t.ex. Goulding, Shankar & Canniford), *Learning to be tribal: facilitating the formation of consumer tribes*, *European Journal of Marketing* 2013 (vol. 47) s. 813 ff., som behandlar hur marknadsförare kan arbeta strategiskt för att facilitera formerandet av ”consumer tribes”.

självmant efterfrågar dem.⁶⁸ Utifrån ett sådant perspektiv blir det följaktligen svårt att särskilja marknadsföringens kommersiella effekter från dess opinionsbildande funktion — eftersom opinionsbildningen är tänkt att leda till just kommersiella effekter.

I takt med att marknadsföringen utvecklas har den ansetts bli mer splittrad, då den fokuserat på ständigt nya former, kanaler och medier för marknadsföring,⁶⁹ vilka också riktas till allt mer diversifierade och specificerade grupper.⁷⁰ Kotler, Armstrong och Parmenters lärobok ger det övergripande intrycket att marknadsföringsexperter förväntas inkludera allt fler former av kommunikation i sin verktygslåda. Marknadsföring definieras inte av en specifik metod, utan av ett mål, nämligen att bygga för avsändaren gynnsamma kundrelationer och främja konsumenters tilltro.⁷¹ Det som lärs ut är olika strategier för att främja detta mål. För att alludera på Aristoteles klassiska definition av retoriken kan marknadsföring beskrivas som en teknik som hjälper företag att i varje givet fall finna till buds stående medel för att övertyga, och därmed nå sina kommersiella mål.

3 Greenpeace mot Vattenfall: Marknadsdomstolen MD 2007:31

3.1 Bakgrund och parternas talan

Bakgrunden till målet i MD 2007:31 var som ovan beskrivits Greenpeace Nordens försök att utverka ett förbud mot användningen av begreppet ”koldioxidfri” i Vattenfalls kommunikation kring det tyska CCS-pilotprojektet.⁷² Som också nämnts står CCS för ”carbon-capture and storage”: en teknik under utveckling för att fånga upp och lagra koldioxid geologiskt.⁷³ Målet hade därmed sin upprinnelse i vad en

⁶⁸ Att marknadsföring som teori och metod kan användas för att förändra även andra beteenden än konsumtion är också en grundtanke i fältet social marknadsföring. Termen ”social marketing” brukar åsyfta försök att förändra människors beteende på sätt som gynnar dem och samhället. Marknadsföraren behöver då inte vara ett företag, utan kan vara en organisation helt utan vinstintresse. Samtidigt kan även vinstdrivande företag bedriva denna typ av marknadsföring, och många har påpekat att det då i regel inte görs utifrån renodlat ideella syften. Snarare rör det sig om kombinationer av ideella och kommersiella intressen. Se t.ex. Drumwright & Murphy, *Corporate Societal Marketing*, i Bloom & Gundlach (red.), *Handbook of marketing and society*, Sage Publications, s. 162 ff.; Kotler & Lee, *Corporate social responsibility: doing the most good for your company and your cause*; Hoeffler & Keller, *Building Brand Equity through Corporate Societal Marketing*, *Journal of Public Policy & Marketing* 2002 (vol. 21) s. 78 ff.

⁶⁹ Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition*, s. 474.

⁷⁰ Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition* s. 475.

⁷¹ För ett exempel som rör miljömärknadsföring och dess effekter, se t.ex. Söderlund & Mattsson, *Consumers’ reactions to unsubstantiated claims about ecological products*, *Journal of Consumer Marketing* 200 (vol. 37(5)) s. 569 ff.

⁷² För en retorisk analys av CCS, se Endres, Cozen, O’Byrne, Feldpausch-Parker & Rai Peterson, *Putting the U in carbon capture and storage: rhetorical boundary negotiation within the CCS/CCUS scientific community*, *Journal of Applied Communication Research* 2016 (vol. 44) s. 362 ff.

⁷³ CCS är omdiskuterat. I svensk offentlighet har ämnet t.ex. diskuterats på DN Debatt 27/5 2019, 15/3 2020, 12/8 2021, och 9/9 2022 med efterföljande repliker.

miljöorganisation uppfattade som att en kommersiell aktör beskrev ett kolkraftverk som koldioxidfritt. Rättsfrågorna rörde i första hand hur kommunikationen kring pilotanläggningen skulle karaktäriseras enligt den då gällande (numera äldre) marknadsföringslagen (1995:450) (ÄMFL). I synnerhet kretsade avgörandet kring marknadsföringsbegreppet, då lagens tillämplighet förutsatte att kommunikationen kunde klassificeras som ”marknadsföring” i lagens speciella mening.

Nedan beskrivs först parternas respektive talan. Därefter följer en analyserande redogörelse för MD:s resonemang med fokus på marknadsföringsbegreppet (3.2) och yttrandefrihetskontexten (3.3). Analysen visar sammantaget hur domen är en del av ett juridiskt system präglad av vissa specifika rationaliteter. En avslutande kontextualiserande diskussion om domstolens läsning samt dess implikationer följer sedan i del 4.

För att sätta vederhäftigheten av Vattenfalls framställningar i fråga tryckte Greenpeace på ett antal faktorer.⁷⁴ Organisationen betonade att anläggningen var av försökskaraktär, tryckte på projektets spekulativa natur och underströk att anläggningen i stor utsträckning tjänade till att bemöta kritik mot den miljöskadliga brunkolsbrytningen i Tyskland (jfr ”greenwashing”).⁷⁵ Vidare framhöll organisationen hur inte ens Vattenfall självt trodde att kraftverket skulle bli koldioxidfritt — det ”koldioxidfria” kraftverket antogs endast kunna reducera utsläppen. Slutligen tryckte organisationen på att kvalificerande och preciserande information om anläggningens försöksnatur ofta utelämnades i företagens kommunikation. Då sådana brasklappar saknades skapades ett vilseledande helhetsintryck.

För att underbygga sin sak åberopade Greenpeace material ”i vilket Vattenfall använder begreppet koldioxidfri”. I domskälen omtalas Greenpeaces bevisning som ett ”omfattande material”. Ytligt betraktat är det en ganska okontroversiell beskrivning, då det rörde sig om flera hundra sidor material av olika karaktär. Då domstolen dock kom att tillmäta materialet ganska begränsad betydelse är det frestande att läsa in någon liten syrlighet i domstolens kärnfullt ospecificerade skrivning.

Vattenfall bestred miljöorganisationens talan. Företaget hänvisade till sitt genuina engagemang mot global uppvärmning och framhöll ett

För en ingång till den vetenskapliga diskussionen, se t.ex. Budinis, Krevor, Mac Dowell, Brandon & Hawkes, *An assessment of CCS costs, barriers and potential*, Energy Strategy Reviews 2018 (vol. 22) s. 61 ff.; Tsvetkov, Cherepovitsyn & Fedoseev, *Public perception of carbon capture and storage: A state-of-the-art overview*, Heliyon 2019 (vol. 5) s. 1 ff.; Ma, Li, Wang, Du, Ma, Zhang & Wang, (2022), *Carbon capture and storage: history and the road ahead*, Engineering 2022 (vol. 14) s. 33 ff.

⁷⁴ Av MFL:s bestämmelser följer ett vederhäftighetskrav, se därom t.ex. MD 2011:13 (”Av ovan nämnda stadganden [i MFL] följer att all marknadsföring ska vara vederhäftig. En näringsidkare som i sin näringsverksamhet använder sig av ett visst påstående ska kunna styrka att påståendet eller framställningen är riktig. Om näringsidkaren inte kan det ska påståendet anses ovederhäftigt.”).

⁷⁵ Se allmänt om greenwashing t.ex. de Freitas Netto, Sobral, Ribeiro, da Luz Soares, *Concepts and forms of greenwashing: a systematic review*, Environmental Sciences Europe 2020 (vol. 32) s. 1 ff. med hänv.

flertal argument om CCS-teknikens förtjänster: CCS var en av de mest lovande teknikerna för att minska koldioxidutsläppen. Tekniken hade potential att spridas till andra aktörer. Fullt fungerande skulle den kunna reducera koldioxidutsläppen med upp till 90 procent, vilket vore en väsentlig minskning. Någon marknadsföring av själva CCS-metoden hade enligt företaget inte förekommit, och ”skulle [inte heller] ha varit möjlig”. Påståendet preciseras inte, men poängen är möjligen att metoden i sig inte var tänkt att säljas (åtminstone inte genom de aktuella kommunikationerna). Företaget gestaltade vidare koldioxidfriheten som en ambition och ett mål — det var en vision byggd på förhoppningen om ett löftesrikt testprojekts framtida möjligheter. Vattenfalls argumentation anspelade även på en rättslig gränslinje mellan yttrandefrihetsrättens och marknadsföringsrättens domäner. Företagets talan gick i denna del ut på att retoriskt röra sig mot yttrandefrihetsrättens område och därmed föra undan fallet från den förbjudande marknadsföringsrättens domän, dit Greenpeace försökt dra det. Vattenfall fångade upp en skrivning från tidigare fall, anförde att ÄMFL endast var tillämplig på ”framställningar av rent kommersiell natur” och att ”såväl syfte som innehåll måste vara kommersiellt för att yttrandefrihetsskyddet inte skall gälla”. Bolagets kommunikation borde ses som yttrandefrihetsrättsligt skyddad information, och opinionsbildning, snarare än som sådan (kommersiell) marknadsföring som faller under ÄMFL.⁷⁶ Bolaget fortsatte: Även om kommunikationen skulle anses utgöra sådan marknadsföring, så var den ändå inte otillåten. ÄMFL förbjöd marknadsföring som var otillbörlig, t.ex. genom att vara vilseledande. Vattenfall invände mot påståendet att framställningarna var det; de riktades i huvudsak till informerade målgrupper, som inte skulle missförstå innebörden. Även konsumenter (vilka verkade förutsättas vara mindre informerade) skulle med enkelhet förstå hur kommunikationen var avsedd att förstås menade företaget.⁷⁷

⁷⁶ Frågan om förhållandet mellan yttrandefrihetsskyddet och MFL har, under lite varierande terminologi, diskuterats tidigare, se t.ex. SOU 2006:76 s. 145 ff.; prop. 2007/08:115 s. 57 ff.; SOU 1993:59 s. 199 ff., prop. 1994/95:123 s. 83 f., SOU 1992:49 s. 21 ff., samt t.ex. Svensson, Stenlund, Brink, Ström & Carlén, Praktisk marknadsrätt, 8 uppl., Norstedts juridik 2020 s. 55 ff.; Strömberg, Tryckfrihet och marknadsföring: En rättsfallsöversikt med kommentarer, SvJT 1980 s. 25 ff.; Seger, Gränsdragningen mellan yttrandefrihet och marknadsföring, SvJT 2021 s. 698 ff. Se vidare 3.3 nedan med hänv.

⁷⁷ Konstruktionen av mottagaren (Vem är den? Vad vet den? Hur tittar den? osv) är central för bedömningar av om framställningar är vilseledande, se och jfr t.ex. Bengtson & Mossberg 2023. Detta gäller även inom marknadsföringsrätten, där den normala utgångspunkten är att mottagaren ska förstås som en *genomsnittskonsument*: en normativ (snarare än empirisk eller statistisk) konstruktion. Jfr om betydelsen av hur marknadsföringsadressaten konstrueras t.ex. Svensson, Stenlund, Brink, Ström & Carlén-Wendels, Praktisk marknadsrätt 8 uppl. s. 153 ff.; Bernitz, Nordell, Rosén & Sandgren, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens 15 uppl., HB Immaterial Rättsskydd, Stockholm 2020, s. 334, 292; Bernitz, Marknadsföringsrätten, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm s. 52 ff., och Howells, Micklitz & Wilhelmsson, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, Routledge 2006, s. 83 ff., särskilt s. 111 ff. För mer ingående och kontextualiserande diskus-

3.2 Domstolens resonemang I — marknadsföringsbegreppet

Domstolens resonemang kan läsas på flera olika sätt. Istället för att disponera om resonemanget (t.ex. tematiskt eller i anslutning till doktrinära traditioner och distinktioner) tar vi här fasta på domens egen disposition och inneboende logik. När vi nu övergår till de egentliga domskälen, eller annorlunda uttryckt de rättsliga resonemang som legitimerar utfallet, följer vi kort sagt MD:s ordning.⁷⁸

Domstolen började i marknadsföringsbegreppet. Avstamp togs i ÄMFL:s legaldefinitioner, där ”marknadsföring” enligt 3 § bestäms som ”reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter”.⁷⁹ För att ge ytterligare kött på benen vad gäller förståelsen av marknadsföringsbegreppet, lyfte MD kortfattat fram tre argument från förarbetena.

För det första framhölls att marknadsföring primärt handlar om ”framställningar och andra handlingar som vänder sig till allmänheten eller en viss grupp av intressenter, exempelvis annonser och säljfrämjande åtgärder av allmän inriktning”.⁸⁰ Framställningens adressatkrets, form och syfte användes alltså som bedömningskriterier. Tar man fasta på att ”annonser” ges som exempel kanske man frestas anamma en snäv grundsyn på marknadsföring, som enbart direkt försäljningssyftande framställningar, med den klassiska avsättningsfrämjande annonsen som paradigm (”Kom och köp Kalles korv!”).⁸¹ Det är dock tydligt att detta enbart är ett exempel och att också annat än klassiska annonser tänkts kunna utgöra marknadsföring i lagens mening,⁸² så länge det rör sig om åtgärder som främjar försäljning, eller mer precist: syftar till att främja försäljningen.⁸³ Lagstiftaren har också förutsett att adressationer på det närliggande temat ”EU-konsumenten”, se bidragen i Leczykiewicz & Weatherill (red.), *Images of the Consumer in EU Law*, Hart 2018.

⁷⁸ Jfr om ”de egentliga domskälen” t.ex. Mossberg, *Avtalets räckvidd I* s. 439 med hänv.

⁷⁹ Den nuvarande, något fylligare, lydelsen återfinns i 3 § marknadsföringslagen (2008:486) och är: ”marknadsföring: reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare”.

⁸⁰ Se MD 2007:31, där domstolen förhåller sig till prop. 1970:57 s. 64, där det bl.a. sägs att: ”I begreppet marknadsföring får anses ligga att det skall vara fråga om åtgärder som syftar till att främja avsättning av varor eller tjänster. Hit hör i första hand framställningar och andra handlingar som vänder sig till allmänheten eller en viss grupp av intressenter, exempelvis annonser och säljfrämjande åtgärder av allmän inriktning.”

⁸¹ Jfr 2.3 ovan.

⁸² Se på temat t.ex. Seger, *Gränsdragningen mellan yttrandefrihet och marknadsföring*, s. 698 ff., som också har åtskilligt intressant att säga om det fall vilket vi här berör.

⁸³ Enligt ÄMFL kunde även tillgångsfrämjande framställningar utgöra marknadsföring, men som MD synes ha förstått saken var försäljning den relevanta avsättningsriktningen. Här kan noteras att det räcker att marknadsföringen *avses* främja försäljningen. Även misslyckade kampanjer kan vara marknadsföring i lagens mening. Däremot följer viss begränsning av det så kallade transaktions- eller affärsbeslutstest som ska genomföras enligt numer 6 och 8 §§ MFL. Se därom t.ex. Bernitz, *Marknadsföringsrätten* 2 uppl. bl.a. s. 42 f., 64 f.; Levin, *Marknadsförings-*

kretsen för sådant säljfrämjande kan vara mer specificerad än ”allmänheten”. Förarbetena talar uttryckligen om ”en viss grupp av intressenter”,⁸⁴ varför man mycket väl kan tänka sig marknadsföring som riktar sig till exempelvis journalister — vilket enligt Vattenfall var en av deras centrala avnämargrupper.

Som framgått av del 2 ovan har man i marknadsföringsforskningen uppmärksammat åtskilliga strategier ägnade att just *indirekt* främja affärstransaktioner. Företag kan exempelvis kommunicera i branding-syfte och försöka konstruera en tilltalande företagsbild, verka för att etablera förtroendefulla relationer (ethos), eller försöka förändra en grupp intressenters begär för att i förlängningen skapa efterfrågan. Ett tydligt exempel på indirekt affärsfrämjande reklam är om, säg, ett bryggeri, spelar in en reklamvideo som tjänar till att förknippa ett varumärke med en ”härlig känsla”, genom att gestalta en fest, på en strand i kvällssolen, med musik, dans och en heterogent sammansatt deltagarskaras oavbrutet bländvita leenden.⁸⁵ I ett sådant fall behöver inte en direkt köpuppmaning finnas med, eller ens produkten visas upp. Argumentationen är entymemisk. Publiken förväntas själv fylla i det som fattas för att marknadsföringen ska uppnå sitt syfte. Sådana indirekta marknadsföringsformer är centrala inom modern marknadsföring. Kanske är de i praktiken rent av mer betydelsefulla än reklam som mer direkt uppmanar till köp.

För det andra lyfte MD att lagmotiven medger att marknadsföringsbegreppet inbegriper ”åtgärder som är inriktade på enskilda individer, exempelvis säljargument vid förhandling med enskild kund”.⁸⁶ Det är dock inte helt klart hur detta uttalande ansetts vara relevant för målet. Om passagen avsetts endast som ett pedagogiskt syftande obiter dictum framstår den som okontroversiell; den blir då bara ett klargörande av att också kommunikation riktad till en snävare grupp än ”allmänheten” kan utgöra marknadsföring eller av att andra ”åtgärder” än reklam kan falla under definitionen. Det är dock intressant att motiven explicit anger att åtgärder en försäljare vidtar i direkt anslutning till försäljningsprocessen kan utgöra marknadsföring. Inte minst är det

lagen: En kommentar, Karnov 2014, s. 46 f.; Svensson, Stenlund, Brink, Ström & Carlén-Wendels, Praktisk marknadsrätt 8 uppl. s. 126 f. (jfr s. 28, 115), men även Patent- och marknadsöverdomstolens dom 5 dec 2019 i mål PMT 2054-18, samt, i anslutning till det bakomliggande direktivet, t.ex. Howells, Micklitz & Wilhelmsson, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices, Routledge 2006, s. 102 ff. och Kommissionens tillkännagivande, Vägledning om tolkningen och tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden, 2021/C 526/01, s. 30 ff.

⁸⁴ Se enligt ovan prop. 1970:57 s. 64.

⁸⁵ Jfr t.ex., om ”emotional branding”, Kim & Sullivan, Emotional branding speaks to consumers’ heart: the case of fast fashion brands, Fashion and textiles 2019 (vol. 6).

⁸⁶ Vi citerar MD, men domstolen citerar i princip rakt av ur prop. 1970:57 s. 64, där citatet från not 80 ovan fortsätter så: ”Termen marknadsföring täcker emellertid också åtgärder som är inriktade på enskilda individer, exempelvis säljargument som en försäljare använder vid förhandling med en enskild kund.”

intressant utifrån ett relationsorienterat perspektiv på marknadsföring och en retorisk syn på kommunikation. De åtgärderna kan nämligen ses som ett led, inte bara i den enskilda försäljarens ethoskonstruktion som direkt talare, utan även i företagets dito som indirekt talare, givet det samband mellan försäljare och företag som normalt torde kunna förutsättas.⁸⁷

Det är i sammanhanget intressant att notera att det också är vedertaget inom marknadsföringsteori att information som gestaltar ett företag som en god grön aktör kan appellera till miljömedvetna gruppers preferenser, och därmed fungera som försäljningsfrämjande marknadsföring — oavsett om kommunikationen som formar det gröna varumärket inbegriper direkt köpuppmanande språk.⁸⁸ Genom sådan entymemisk argumentation behöver ett företag som etablerat att de ”arbetar för en god miljö” inte nödvändigtvis tillfoga: ”alltså bör ni köpa våra saker!” Även denna formulering ur lagmotiven ger alltså öppningar för att låta lagtillämpningen harmoniera med modern marknadsföringsteori (även om MD — som vi utvecklar nedan — visade sig obenägen att utnyttja dessa öppningar).

För det tredje lyfte MD fram en passage ur lagmotiven om att också själva saluhållandet av en produkt, även när det är helt passivt,⁸⁹ kan utgöra marknadsföring.⁹⁰ Det är inte heller helt tydligt vilken roll denna passage spelar i MD:s resonemang. Liksom de två andra motivuttalandena kan formuleringen anses indikera ett brett marknadsföringsbegrepp, som täcker mer än bara köpuppmanande kommunikationer eller direkt transaktionsfrämjande annonser. Detta är också i linje med en mer allmänspråklig förståelse av vad marknadsföring

⁸⁷ Det vore väl för övrigt förenligt med t.ex. köplagens och konsumentköplagens regler om marknadsföringsansvar (se 18 § resp. 4 kap. 2 och 7 §§, jfr även 4 kap. 11 och 23 §§) att kunna anse ett sådant samband kunna föreligga även utan någon närmare analys av anställningsförhållanden och liknande formella relationer (som för adressaten ofta måste vara osynliga). I KöpL är det avgörande (i kombination med säljarens onda tro om lämnade uppgifter) att uppgifterna lämnats för säljarens räkning (och inte t.ex. i enlighet med dennes uppdrag, eller av en behörig företrädare).

⁸⁸ Jfr t.ex. Hoeffler & Keller, Building Brand Equity through Corporate Societal Marketing s. 78 ff.; Wæraas & Ihlen, Green legitimation: the construction of an environmental ethos; Chen, The Drivers of Green Brand Equity: Green Brand Image, Green Satisfaction, and Green Trust, Journal of Business Ethics 2010 (vol. 93) s. 307 ff.

⁸⁹ Som så ofta när passivitet aktualiseras i rättsliga sammanhang finns det här utrymme att formulera problemen på olika sätt, redan därför att det ”passiva saluhållandet” väl i regel är resultat av tidigare aktiva åtgärder. Några exempel på ”passiv marknadsföring” skulle dock kunna vara mer passivt tillhandahållande av företagsinformation för journalister och andra avnämargrupper, samt branding-strategier kopplat till ”visual merchandising” av det slag som exemplifieras i brödtexten strax nedanför denna not.

⁹⁰ Se sålunda prop. 1975/76:34 s. 124: ”Förslaget att lagen skall betecknas som marknadsföringslag har som utgångspunkt att begreppet marknadsföring har en vidsträckt innebörd och täcker de förfaranden som lagen i det följande föreslås gälla. I prop. 1970:57 s. 64 anförs att i begreppet ligger att det skall vara fråga om åtgärder som syftar till att främja avsättning av varor eller tjänster. Jag vill tillägga att redan själva saluhållandet, även om det är helt passivt, bör anses vara en sådan åtgärd.”

betyder.⁹¹ Även om man inte känner till fältspecifika termer som "visual merchandising" så inser nog de flesta som varit i en butik att varuexponering, butikskommunikation och dekor utgör etablerade strategier för att föra varor till marknaden och främja avsättning av dem. Lagstiftaren tycks således öppna för att hänsyn tas till en bredare kommunikativ kontext när man bedömer om något utgör marknadsföring i lagens mening. Det rättsliga marknadsföringsbegreppet kunde därmed täcka in mer av det marknadsföringsforskare räknar till sin domän. Med ett sådant synsätt skulle man också (som i marknadsföringslitteraturen) kunna inkludera typiska PR-insatser och brandingstrategier. MD:s konstruktion av begreppet blir dock snävare.

Det finns kort sagt en ambivalens kring användningen av de tre uttalandena från lagmotiven. Motiven verkar öppna för ett relativt brett marknadsföringsbegrepp. De medger beaktande av en bredare kommersiell och kommunikativ kontext när det gäller den rättsliga bedömningen av företags kommunikation och lagens klassificering av åtgärder som marknadsföring.⁹² Legaldefinitionen av marknadsföring medger mycket, och de anförda motiven utesluter väl inte att rättstillämpare laborerar med till exempel ett relationsorienterat marknadsföringsbegrepp, snarare än ett produktorienterat.⁹³ Förarbetena antyder överlag en vid syn på vilka typer av kommunikation som kan inkluderas i marknadsföringsbegreppet. Som antytts är det dock inte den effekt förarbetena fick i fallet. Efter att ha redogjort för de tre synbarligen breddande argumenten fastnade domstolen för en mer snäv förståelse av vad som kan utgöra marknadsföring. "Med utgångspunkt från vad som anförts i ovan nämnda motiv" konstaterar nämligen domstolen lakoniskt att de pressmeddelanden, årsredovisningar och nyhetsartiklar Greenpeace åberopat "överhuvudtaget inte [kan] sägas utgöra marknadsföring".⁹⁴ Såvitt gäller dessa kategorier av framställningar kan domstolen knappast beskyllas för att tillämpa ett särskilt brett marknadsföringsbegrepp. Givet dessa texttypers funktion att kommunicera om företags tillstånd, satsningar och planer ligger det nära till hands att se till exempel årsredovisningar som en del av deras marknadsföring. Så behandlas de även i marknadsföringslitteraturen.⁹⁵

⁹¹ Jfr 2.3 ovan.

⁹² Se sålunda prop. 1970:57 s. 64 och 1975/76:34 s. 124, varur citeras i några av noterna ovan.

⁹³ Begreppen diskuteras 2.2 ovan.

⁹⁴ Det bör anmärkas att domskälen inte är entydiga, såvitt gäller om det som uteslöt ÄMFL:s tillämpning var hänförligt till framställningarnas adressatkrets, publiceringskanal, medium, eller innehåll (form och materia). Möjligen är det en kombination av dessa faktorer. I anledning av sin otydlighet därvidlag ger fallet inte stöd för några entydiga slutsatser, men då de respektive framställningar som nämns i praktiken karaktäriseras av att ha särskilda innehåll och förmedlas i särskilda kanaler och medier torde alla dessa faktorer vara relevanta, även om de kanske inte bör betraktas som nödvändiga eller ensamt utslagsgivande.

⁹⁵ Om årsredovisningar som marknadsföring, se t.ex. Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition* s. 457 eller Prasad & Prasad, *Improving Corporate Marketing Communication through Annual Reports*, King (red.), *Proceedings of the 1991 Academy of Marketing Science (AMS) Annual*

en.¹⁰¹ Man kan vinna i trovärdighet om man lyckas få aktörer utan eget vinstintresse att tala om ens gröna vision; man lånar av deras trovärdighet för att *förstärka* effekten på sitt eget ethos. I avgörandet visar MD en tendens att utdefiniera denna typ av kommunikation från marknadsföringsbegreppet — kanske för att den inte utgör annonsreklam, som i domstolens läsning av ÄMFL verkar vara den paradigmatiske typen av marknadsföring. Vilken den bakomliggande tanken än var, synes effekten bli att några av de mest effektiva och frekvent använda formerna av grön marknadsföring exkluderas från marknadsföringsrättens domän.

3.3 Domstolens resonemang II — yttrandefrihetskontexten

Efter att sålunda ha konstaterat att många av de dokument Greenpeace åberopat inte kunde klassificeras som marknadsföring tog domstolen sig an frågan om förhållandet mellan marknadsföring och yttrandefrihet. Detta skedde alltså i förhållande till det material som inte enligt ovan rakt av utdefinieras från marknadsföringsbegreppet. Det som nu ska diskuteras är därmed det material som enligt domstolen ”i huvudsak består av utdrag från Vattenfalls webbplatser”. I denna del kan MD sägas bygga vidare på tidigare rättspraxis, samt på liknande resonemang i förarbetena till tryckfrihetsförordningen (TF) och i den rättsvetenskapliga litteraturen. Där har den dominerande positionen varit att ingripande kan ske mot kommersiell marknadsföring, även om denna finns i medier som i övrigt åtnjuter det särskilda grundlagsskyddet.¹⁰² Konstruktionen innebär att det blir centralt att avgränsa kommersiell marknadsföring från annan kommunikation, för att därmed bestämma grundlagsskyddets utsträckning. När Marknadsdomstolen bygger vidare på denna diskurs anknyts bland annat explicit till ett resonemang i det tidigare avgörandet MD 2005:11. Där etablerade domstolen att ett test som använts för att avgränsa MFL¹⁰³ mot TF och YGL också skulle gälla vid bedömning av opinionsbildning utan

¹⁰¹ Se 2.4 ovan.

¹⁰² Se bl.a. NJA 1975 s. 589 och NJA 1999 s. 749, där HD bl.a. anförde: ”Reklam i tryckt skrift faller i och för sig under [TF]. Det torde emellertid råda allmän enighet om att ingripande mot reklamåtgärder kan ske utanför tryckfrihetsförordningens regler i fall då åtgärderna är av utpräglat kommersiell natur, det vill säga att de vidtagits i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte samt har rent kommersiella förhållanden till föremål.” Jfr även NJA 1977 s. 751 och NJA 2007 s. 142. Se ur lagmotiv diskussionen kring TF 1 kap. 9 §, nuvarande 1 kap. 12 §, i prop. 1973:123 s. 46 och ur litteraturen t.ex. Strömberg, Tryckfrihet och marknadsföring s. 25 ff., samt senare t.ex. G. Persson, Exklusivetsfrågan: om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt, Norstedts 2002, passim; Seger, Gränsdragningen mellan yttrandefrihet och marknadsföring s. 698 ff. med hänv., och Bernitz, Marknadsföringsrätten s. 88 f. med hänv., bl.a. till den internationellt kontextualiserande diskussionen hos Heide-Jørgensen, Commercial Speech and its limits — Fundamental Rights and Comparative Constitutional Aspects, i Bernitz & Heide-Jørgensen, Marketing and advertising law in a process of harmonization, Hart 2017, s. 19 ff.

¹⁰³ I fallet var det ÄMFL som aktualiserades, men det torde vara relevant även för den nya lagen.

skydd av dessa grundlagar.¹⁰⁴ I det här studerade fallet, rörande Vattenfall, summerades detta test som följer:

För att ett ingripande enligt MFL skall kunna ske mot marknadsföring på webbplatserna krävs därför att marknadsföringen är *av utpräglad kommersiell natur*, dvs. har vidtagits *i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte* samt har *rent kommersiella förhållanden till föremål*.¹⁰⁵

Skrivningen anvisar ett antal kvalificerande kriterier, som sammantagna tjänar till att retoriskt konstruera en renodlat ekonomisk domän. Det fält som därigenom upprättas handlar om pengar och krassa vinningsmotiv, snarare än mer allmännyttiga ändamål. Särskilt genom kvalificeringarna "utpräglad" och "rent" antyds också ett synsätt där många tänkbara typer av kommunikation med *blandade* motiv undantas från marknadsföringslagens räckvidd. En inblandning av andra, icke-

¹⁰⁴ MD 2005:11 innehåller flera såväl illustrativa som principiellt betydelsefulla skrivningar. Inte minst: "Med utgångspunkt i yttrandefriheten såsom oumbärlig för demokratin och ett fritt samhällsskick bör således återhållsamhet visas ifråga om att ingripa med MFL på ett sätt som kan hindra eller försvåra för näringsidkare att använda Internet för opinionsbildning och andra åsiktsyttringar. Domstolen finner därför att gränsen för MFL:s räckvidd i detta medium bör bestämmas enligt samma kriterier som i förhållande till TF/YGL." För "ingripande" krävdes därmed, "enligt rådande rättsuppfattning, att framställningen är av rent kommersiell natur." Och, "Vidare gäller att vid tvekan yttrandefriheten skall ges företräde." Frågan om förhållandet mellan grundlagarna och MFL berörs i SOU 2006:76 s. 145 ff., se inte minst s. 148 ff., där det här diskuterade testet berörs (kort och utan ifrågasättande). Jfr även (ganska intetsägande) prop. 2007/08:115 s. 57 ff. Förarbeten till ÅMFL är mer matnyttiga i sammanhanget, se SOU 1993:59 s. 199 ff., respektive prop. 1994/95:123 s. 84 f.

¹⁰⁵ Se MD 2007:31, våra kurs. Uttalandet bygger på tidigare källor. I MD 2005:11 hänvisar domstolen till MD 2002:34, där den i sin tur, med markören "se bl.a.", hänvisar till MD 1977:1, MD 1986:28, MD 1987:27, MD 1994:1 och MD 1998:12, samt, med "jämför även", till MD 2001:17 och MD 2001:18" och därutöver till resningsärendena NJA 1975 s. 589 (där testet uttryckligen knyts till TF:s med förarbeten), NJA 1977 s. 751 och NJA 2001 s. 319. MD 2007:31, alltså Vattenfall-avgörandet kan jämföras med det första som nämns här i noten, MD 2005:11 (Ånglagård). Ånglagård handlade om ett spel på en webbplats, och därmed om något som vid första anblick verkar mer oskyldigt, eller perifert, än det slags strategiska företags-PR som aktualiserades i Vattenfall-avgörandet. Man kunde tänka sig att det är mindre närliggande att se ett dylikt spel som något rent kommersiellt, utifrån det tredubbla testet om kommersialitet. Det rörde sig om ett spel "som funnits på en webbplats och som handlat om en jämförelse mellan ekologisk odling och konventionell odling". Det är förstås inte så långsökt att tänka sig att en ekologisk producent vill framhålla sina miljöfördelar för att främja försäljningen, men formen signalerar inte att det rör sig om direkt försäljning; i Ånglagård, där det ansågs röra sig om marknadsföring i MFL:s mening, tycks dock domstolen ha varit mer benägen att "genomskåda" spelet, och se det som kommersiell retorik, medan den i Vattenfall, tvärtom tenderar att bedöma framställningarna efter sin yttre form, trots att väl också elproducenter kan ha motsvarande drivkrafter. I teoritermer kan man säga att domstolen 2005 föredrog en misstankens hermeneutik, medan samma domstol i 2007 års fall föredrog en tillitens hermeneutik (hermeneutics of faith). En intressant fråga i relation till detta är hur ombud kan försöka rigga processen eller argumentera inom den för att försöka föra domstolen åt endera hållet.

kommersiella motiv innebär ju synbarligen att kommunikationen inte är *rent* kommersiell.¹⁰⁶

Den kanske kryptiska skrivningen om att framställningen ska ha "rent kommersiella förhållanden till föremål" (för att falla inom MFL) ger företag en öppning att delta i samhällsdebatten, särskilt när det inte tydligt sker för att påverka deras kommersiella position.¹⁰⁷ Här finns dock en spänning. I den marknadsföringsteori vi berört ovan antas sedan länge att positionering i offentligheten är en naturlig del av marknadskommunikation syftande till att stärka företagets varumärken och få fram dess budskap.¹⁰⁸ Politiska ställningstaganden blir en del av företagets branding. Det aktiebolagsrättsliga vinstsyftet hindrar förvisso inte att företag skulle kunna agera det minsta altruistiskt.¹⁰⁹ Men det är ändå ett rimligt antagande att kommersiella aktörer tenderar att inta positioner i den allmänna debatten just *för att* det kan påverka deras ekonomiska position, om än endast indirekt. Sådana indirekta motiv kan vara svåra att påvisa i enskilda fall. Det tycks dock vara etablerat i marknadsföringsteori att PR har kommersiella effekter och därmed kan vara kommersiellt motiverad.¹¹⁰ Med MD:s synsätt verkar sådan indirekthet dock bidra till att framställningar anses falla utom MFL. Vi återkommer till det.

Domstolen kan sägas arbeta med ett dikotomiskt förhållningssätt, där (kommersiell) marknadsföring och opinionsbildning ses som två motstående fenomen.¹¹¹ Dikotomin samverkar med andra etablerade

¹⁰⁶ Se på temat NJA 2007 s. 142. En tidning hade på framsidan en reklam och sin logotyp; det blandade meddelandet ansågs inte hindra ingripande enligt ÅMFL, eftersom framsidan saknade redaktionellt innehåll. Se även NJA 2001 s. 319. Jfr, om möjligheten att analysera marknadsföring i termer av att den har multipla motiv, Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing* s. 75 ff.

¹⁰⁷ Seger, *Gränsdragningen mellan yttrandefrihet och marknadsföring* s. 707 (vår kurs.): "Vidtagandet i kommersiell verksamhet innebär att en framställning sker inom ramen för en näringsverksamhet. Framställningen behöver däremot inte åsyfta näringsverksamheten som sådan. Ett exempel på detta är när företag ger uttryck för åsikter i en politisk debatt. *Företagets åsikt i en politisk fråga behöver inte ha någon koppling till affärsverksamheten eller företagets tjänster.*"

¹⁰⁸ Se även diskussionen om "cause-related marketing"; Brønn & Vrioni, *Corporate social responsibility and cause-related marketing: an overview*, *International Journal of Advertising* 2001 (vol. 20) s. 207 ff.

¹⁰⁹ Hållbarhetsaspekters relation till vinstsyftet diskuteras ingående av Stattin, *Aktiebolagets funktion*, Uppsala 2021, s. 292 ff., se inte minst s. 309 f. (Bl.a.: "[...] aktiebolagslagen är nöjd med vad som kan kallas hållbar vinst på längre sikt. Slutsatsen är att aktiebolagslagen inte lägger hinder i vägen för att beakta hållbarhet i företagsverksamhet.")

¹¹⁰ Se 2.3 och 2.4 ovan med hänv. Jfr Nordell, *Marknadsrätten*. En introduktion, 9 uppl. 2023 s. 115 f.

¹¹¹ Här synes argumentationen konsekvent med en distinktion mellan å ena sidan kommersiella och privata ting som kan regleras av MFL, och å andra sidan offentliga saker där det implicita antagandet blir att regleringen är mindre lämplig. Här ryms ett intressant forskningstema, såvitt gäller hur detta argumentationsmönster kan påverka juridiska resonemang. I internationell forskning är detta mer utforskat än i svensk rättsvetenskap. För en välkänd internationell utblick, se Horowitz, *The History of the Public/Private Distinction*, *University of Pennsylvania Law Review* 1981–1982 (vol. 130) s. 1423 ff. Se även Cutler, *Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law*, *Review of International Political Economy* 1997 (vol. 4) s. 261 ff.

tankestrukturer inom juridiken, såsom det juridiska personbegreppet, på ett sätt som gör att det, ur ett rättsligt perspektiv, framstår som rimligt eller rent av logiskt att tillskriva också företag yttrandefrihet. När vi skrivit artikeln har detta varit en av de saker utomstående funnit mest apart med den juridiska argumentationen; det är lätt för icke-jurister att tänka att denna typ av (mänskliga) rättigheter är ämnade endast för just människor.¹¹² Inom juridiken är det dock vanligt att i rättighetshänseende likställa företag och människor, genom att klassificera båda som "enskilda" och "personer".¹¹³ En grundlags- och konventionsskyddad rättighet som yttrandefriheten kan därmed bidra till att retoriskt legitimerade begränsningar av marknadsföringslagens tillämpningsområde för att skydda företags mänskliga rättigheter. Genom att gestalta marknadsföringsrätten som en intervention i (yttrande)frihetens domän kan man därmed juridiskt legitimerade ett större spelrum för kommunikation från kommersiella aktörer. Här finns mycket för tvistande parter att vinna på medvetet bruk av *framing*-strategier: En retorisk inramning av den omtvistade saken som hänförlig till ett visst område relevansgör områdets grundläggande rationalitet, på så vis att man tillgängliggör vissa argumentationslinjer, och omvänt gör andra otillgängliga.¹¹⁴ I fallet synes också Vattenfall ha dragit nytta av spänningen mellan marknadsföringsreglering och yttrandefrihet. "Marknadsföring" i MFL:s mening kan förvisso förbjudas, men domstolen utpekar en annan typ av kommunikation den ser sig förhindrad att agera mot: "Ingripanden kan däremot inte ske mot framställningar som är inriktade på att bibringa allmänheten vissa värderingar eller påverka dess allmänna beteende i viss riktning". Den senare typen av kommunikation tillhör yttrandefrihetens typiska skyddsobjekt. Lyckas man gestalta företagskommunikation som åsiktsbildande motverkas därigenom marknadsföringsrättsliga interventioner, eftersom de då uppfattas strida mot yttrandefrihetsrättsliga idéer.

Det tar dock emot att se Vattenfalls kommunikationer som huvudsakligen opinionsbildande. Enligt ovan har man i marknadsföringslitteraturen betraktat också försök att bibringa kunder vissa värderingar som en gångbar strategi att öka efterfrågan på en viss produkt eller kategori av produkter. Det är en form av värdebaserad (value-based) eller kulturell (cultural) marknadsföring, som i kombination med branding och ethosargumentation ökar efterfrågan — så kallad pull marketing.¹¹⁵ MD:s position är inte helt dikotomisk, utan domstolen framhåller att

¹¹² Internationellt är denna fråga mer diskuterad än vad den synes vara i svensk rättsvetenskap. Se t.ex. Gear, Challenging Corporate 'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights, *Human Rights Law Review* 2007 (vol. 7) s. 511 ff.

¹¹³ Detta diskuteras vidare under 4.4 nedan. För en kritisk diskussion, se Gear, Challenging Corporate 'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights, *Human Rights Law Review* 2007 (vol. 7) s. 511 ff.

¹¹⁴ Se om framingstrategier och inramningsanalys som rättsliga analysverktyg Mossberg, Avtalets räckvidd I s. 228 ff. med hänv.

¹¹⁵ Se 2.4 ovan.

också ”information” kan ha ett ”avsättningsfrämjande syfte”.¹¹⁶ I ljuset av litteraturen om hur (grön) marknadsföring fungerar framstår detta medgivande som närmast en självklarhet. Mycket marknadsföringskommunikation kännetecknas just av ett strategiskt urval och betoning av information.¹¹⁷ Att förmedla efterfrågefrämjande information kan också vara ett mer framgångsrikt sätt att driva fram transaktioner, än att rakt av uppmana presumtiva kunder att köpa något. Tanken torde vara välbekant: Den påverkan som är mest effektiv är den som inte märks. Redan de antika retorikerna visste värdet av att gestalta sin retorik som att den tillförde beslutsunderlag, för att låta publiken själv bestämma, snarare än att försöka säga åt dem vad de borde göra.¹¹⁸ I MD:s domskäl finns möjligen inte ett totalt utdefinierande av ”informationsgivande-som-sälj-argument”, men likväl en tydlig *tendens* att utdefiniera sådan kommunikation. Som vi redan framhållit är det frestande att i domen läsa in en köpuppmanande annons som underförstådd idealbild av marknadsföring. Med domstolens tankesätt synes det bli svårare att kvalificera något som marknadsföring ju längre man rör sig från denna idealbild. Visserligen anför domstolen att information om näringsidkarens verksamhet, ”i vissa fall”, ”kan” ha betydelse för avsättningen, ”exempelvis då etiska överväganden har stor betydelse för konsumenternas efterfrågan på företagets produkter”. Men sådan ”etikmarknadsföring”, som varit en viktig marknadsföringspraktik sedan 1980-talet, synes av domstolen betraktas som ett undantag från det paradigmatiske huvudfallet. Givet att undantag ibland antas böra tillämpas snävt, implicerar synsättet en restriktivitet med ingripanden mot flera betydelsefulla former av marknadsföring. Läsningen innebär då att dessa former av företagskommunikation inte ska klassificeras som marknadsföring i lagens mening och att man då inte kan utföra rättsliga bedömningar av om sådan information är vilseledande eller otillbörlig.

Den i målet aktuella ”informationen” handlade om en testanläggning i Tyskland (eller en ”vision” om en sådan anläggning). I sitt resonemang om hur denna information skulle bedömas väckte MD frågan om vilken påverkan som information om anläggningen hade på den svenska elmarknaden. Bedömningen av om informationen skulle ses som marknadsföring gjordes därmed beroende av utfallet i en sakfråga, rörande faktisk efterfrågepåverkan, och Greenpeace ålades bevis-

¹¹⁶ Se domskälen i MD 2007:31: ”Vid en närmare granskning av utdragen från webbplatserna kan konstateras att dessa består av dels information om klimatförändringarna, dels mer eller mindre detaljerad information om det av Vattenfall påbörjade projektet.”

¹¹⁷ Jfr Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing* s. 55–61, 83 f., 106 f., 110, 120 ff. och 130.

¹¹⁸ Den rådgivande talgenren benämns än idag som *genus deliberativum*. Ordet kommer från latinets *libra*, våg: Det handlade om att väga skälen för eller mot en handling. Jfr även O’Banion, *Narration and Argumentation: Quintilian on Narratio as the Heart of Rhetorical Thinking*, *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric* 1987 (vol. 5) s. 325 ff.

bördan för att sådan påverkan fanns. MD fann sedan att organisationen inte hade *visat* att det fanns någon koppling mellan efterfrågan i Sverige och information om en pilotanläggning i Tyskland.¹¹⁹ Beviskravet framstår möjligen som strängt, men i praktiken hade organisationen inte anfört någon bevisning därom alls. (Det verkar heller inte finnas något i handlingarna som tyder på att den identifierat något behov därav.)¹²⁰ Domstolen fann därmed att den aktuella informationen inte primärt kunde anses ha ett avsättningsfrämjande syfte. Med MD:s synsätt verkar det krävas åtminstone en ”indirekt uppmaning till potentiella kunder att förvärva Vattenfalls produkter”. Någon sådan ansågs här inte finnas. Istället var det ”fråga om allmän information som syfta[de] till att informera om bolagets verksamhet och dess syn på vilka åtgärder som bör vidtas med anledning av klimatförändringarna”. MD fastslog sedan att ”[s]ådan information” inte kan ”sägas vara av utpräglat kommersiell natur”. Vulgariserat uttryckt bedömdes alltså saken som om bolaget blott sagt att ”det här gör vi” och ”så här tycker vi”. Dessa utsagor ansågs vara för otydligt kopplade till företagets kommersiella intressen för att utgöra marknadsföring. Följaktligen var informationen om Vattenfalls tyska CCS-visioner inte otillåten. Greenpeace talan ogillades, och föreningen fick bekosta Vattenfalls rättegångskostnader.¹²¹

4 Reflektioner kring domens underliggande premisser och implikationer

4.1 Diskrepansen mellan marknadsföringsfältet och marknadsföringsrätten

Även om en direkt uppmaning att köpa en viss produkt är det kanske mest paradigmatiska marknadsföringsfallet, så behöver marknadsföringsfenomenet knappast begränsas till sådana exemplariska fall. Den vid tiden tillämpliga ÅMFL medgav enligt ovan en vidare läsning av marknadsföringsbegreppet. Den inbegrep inte bara ”reklam”, utan även ”andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av produkter”. Även förarbetena antyder ett brett marknadsföringsbegrepp (även om domstolen istället verkar använda de ovan diskuterade skrivningarna för att tvärtom begränsa marknadsföringsbegreppet).¹²² Marknadsföringslitteraturen inbegriper sedan länge också mer allmän kommunikation av PR-typ inom sin domän. Till den räknas även olika former av varumärkesbyggande kommunikation (branding), inklusive relationsfrämjande retorik, som marknadsföringsåtgärder, vilka syftar till avsättning, och i förlängningen till vinst.

¹¹⁹ Notera beviskravets höjd. Här synes tillämpningen av normalbeviskravet, dvs. styrkt/visat, innebära en ganska tung bevisbörda. Det är mer sökt, men möjligen är poängen dock endast att Greenpeace inte ens försökt visa någon sådan koppling.

¹²⁰ Akten (dnr C 26/06, målet avgjort 2007-12-12) finns tillgänglig i Stockholms tingsrätts arkiv.

¹²¹ I den aktuella måltypen är huvudregeln att tappande part står för motpartens rättegångskostnader (losers pay). Det finns flera skäl för en sådan regel, men den kan i vart fall antas ha en viss avskräckande effekt. Se om regeln t.ex. Bellander, Rättegångskostnader, Iustus 2017, särskilt s. 320 ff. med hänv.

¹²² Se särskilt 3.2 ovan.

Med MD:s synsätt verkar dock krävas åtminstone en ”indirekt uppmaning till potentiella kunder att förvärva Vattenfalls produkter”. Därigenom exkluderas många typiska former av marknadsföringskommunikation från det rättsliga marknadsföringsbegreppet.¹²³ Med ett sådant tankesätt blir det bara mindre sofistikerade (och möjligen marknadsföringstekniskt sett mindre effektiva)¹²⁴ former av handlingspåverkande kommunikation som faller inom ramen för marknadsföringslagen och därmed kan prövas rättsligt, till exempel genom kontroll av om information är missvisande.

Diskussionen så här långt bör ha illustrerat diskrepansen mellan vad å ena sidan marknadsföringsexperten och å andra sidan marknadsföringsrätten räknar som marknadsföring (om den analyserade domen tas som en rättvisande representation av marknadsföringsrätten). Några möjliga förklaringar till denna diskrepans förtjänar ytterligare uppmärksamhet. Förklaringarna erbjuder en legitimeringskontext till domen och visar på faktorer som är relevanta för den fortsatta rättsbildningen. Grön marknadsföring är onekligen ett område där rättsbildning pågår.¹²⁵ Den allt starkare framväxten av grön företagsretorik, samt dess relation till behovet av klimatomställning, har lett till flera lagstiftningsinitiativ på EU-nivå, inom ramen för unionens Green Deal. EU-lagstiftaren har en uttalad ambition att motverka greenwashing, att stärka möjligheten till sund konkurrens, och att främja hållbar utveckling på den inre marknaden. Det finns flera exempel på EU-lagstiftarens strävan att integrera hållbarhet i den inre marknadsregleringen. Som exempel kan nämnas den nya regleringen av hållbarhetsrapporter,¹²⁶ det nya föreslagna Green Claims-direktivet, samt den fortsatta ambitionen att stärka konsumenters makt (”empower consumers”) genom att stärka deras rätt att kräva hållbarhet.¹²⁷ Vart och ett av dessa förslag kan självklart diskuteras och problematiseras, men de kommer med all sannolikhet att påverka också den nationella

¹²³ Givet att det då börjar likna ett formkrav kan ifrågasättas om inte detta innebär en lite formalistisk hållning.

¹²⁴ Jfr 2.1 ovan, mot slutet, om att måttstocken för bedömning av marknadsföring tidvis varit teknisk.

¹²⁵ Se ang. rättsläget i allmänhet Rönnerbäck, Miljöpåståenden i marknadsföring, i Goodarzi m.fl., Regler i en ny reklamvärld, Jure 2019, s. 149 ff.

¹²⁶ Här har vi direktivet om företagens hållbarhetsrapportering (Corporate Sustainability Reporting Directive, CSRD) i åtanke. CSRD ersätter det tidigare rapporteringsdirektivet (Non Financial Reporting Directive, NFRD). Med stöd av CSRD har EU även tagit fram standarder (European Sustainability Reporting Standards, ESRS). Standarderna ska följas av de företag direktivet omfattar och reglerar innehållet i hållbarhetsrapporten. Se SOU 2023:35 Nya regler om hållbarhetsredovisning.

¹²⁷ Det är egentligen en bredare ambition, men en viktig symbol för ambitionen är det s.k. EmpCo-direktivet (efter engelskans EU Directive on *Empowering Consumers for the Green Transition*), d.v.s. Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av direktiven 2005/29/EG och 2011/83/EU vad gäller mer konsumentmakt i den gröna omställningen genom bättre skydd mot otillbörliga affärsmetoder och bättre information.

rättsutvecklingen.¹²⁸ Rättsfallet som här diskuteras är inte nytt och domen rörde tillämpning av den äldre marknadsföringslagen. Ur ett svenskt perspektiv erbjuder dock domen alltså ett viktigt exempel som illustrerar problem rättsutvecklingen lär brottas med även framöver. Därmed är problematisering och kritisk contextualisering av domen befogad. Sådan kan bidra till en bättre förståelse av grön marknadsföring som juridiskt problemfält. I det följande lyfter vi därför, utan anspråk på fullständighet, tre beaktansvärda dimensioner.

4.2 Bolagsform och avsättningsfrämjande syfte

Ett möjligt underliggande skäl till domstolens läsning skulle kunna vara omständigheten att Vattenfall är ett statsägt bolag, för vilket man möjligtvis kan tänka sig ett större utrymme för kommunikation av annat än kommersiella skäl. Det är svårt att bedöma, och domskälen är tysta därvidlag, men man kan alltså spekulera kring om detta har påverkat bedömningen. Oavsett den faktiska påverkan döljer sig här argumentationsmöjligheter. Rent generellt är det, i ljuset av det aktiebolagsrättsliga vinstsyftet, lätt att tänka att företag agerar som de gör för att tjäna pengar.¹²⁹ Ser man det så, ligger det nära till hands att också se den omtvistade kommunikationen som kommersiell. Att kommersiella mål uppnås genom indirekta medel motsäger ju inte att det finns ett kommersiellt syfte, eller att syftet i slutändan är kommersiellt. Även om den privata företagsformen därmed i sig är ett indicium på kommersialitet så går det inte att bortse från ägarförhållandena, och att Vattenfall är ett statligt bolag. Att aktiebolagslagen anvisar en presumption om vinstsyfte innebär inte att det inte går att göra avsteg från denna. Det är fullt möjligt att ta in andra syften i bolagsordningen. I Vattenfalls fall tycks också företagsledningen vara ålagd att ta hänsyn till miljöintressen. Bolagsordningen synes medge att avvägningar sker mellan affärsmässighet och miljömässighet, och det finns utan tvekan öppningar för att bedriva opinionsbildningsarbete.¹³⁰ Ett sätt att göra detta kan förvisso också vara att synliggöra att Vattenfall självt, trots att

¹²⁸ Ett annat viktigt internationellt initiativ finns sedan länge genom Internationella handelskammarens s.k. miljökod, se ICC:s riktlinjer för ansvarsfull marknads-kommunikation om miljö och klimat.

¹²⁹ För diskussion om det aktiebolagsrättsliga vinstsyftet och dess koppling till affärsmässighet samt eventuella kollisioner med CSR-frågor, se t.ex. Halje, Rättslig operationalisering av företags samhällsansvar s. 465 ff. och 75 ff. med hänv., Stattin, Aktiebolagets funktion s. 292 ff., jfr s. 112 ff, och Nordell, Marknadsrätten. En introduktion s. 115 f.

¹³⁰ Enligt bolagsordningen, 3 § (a), ska Vattenfall "affärsmässigt bedriva energiverksamhet så att bolaget är ett av de bolag som leder utvecklingen mot en miljömässigt hållbar energiproduktion". Angående avvägningen mellan affärsmässighet och miljömässighet, se Stattin, Regeringens möjlighet att påverka beslut om försäljning av tillgångar i Vattenfall AB (publ.), Uppsala Faculty of Law Working Paper 2016:2. Frågorna om Vattenfalls uppdrag och ägarstyrningens former har återkommande varit politiskt laddad, se från den aktuella perioden t.ex. Näringsutskottets betänkande 2004/05:NU12. Se även Riksrevisionens skrift RiR 2004:18, Vattenfall AB — uppdrag och statens styrning, bl.a. s. 44 f. Vattenfalls ambitioner vid tiden beskrivs även i årsredovisningarna, se t.ex. Årsredovisningen från samma år som domen, dvs. 2007, s. 6 f., 9, 12 f.

det rör sig om ett högriskprojekt, väljer att lägga stora resurser på CCS-projektet och ta den risk det innebär. Deras agerande kan anses visa på angelägenheten av att verka för klimatomställning.

Satsningen måste dock inte tolkas som en altruistisk åtgärd. Även om den är riskabel kan satsningen vara motiverbar utifrån affärsmässiga skäl, låt vara som en satsning av karaktären "high risk, high reward". Detta måste visserligen inte utesluta att Vattenfalls framställningar kan tolkas som opinionsbildning, men kan innebära att opinionsbildningen är knuten till och motiverad av kommersiella intressen. Fallet illustrerar en underliggande problematik kopplad till marknadsföringsrättens utformning, och hur det kan vara svårt att bedöma frågan om avsättningsfrämjande syfte när det gäller företag som inte drivs utifrån ett okomplicerat eller renodlat vinstintresse. Det sagda gäller inte bara statliga bolag. Problematiken kan aktualiseras i många olika fall. Ett tydligt exempel kan vara stiftelseägda bolag med uttalat ideella mål.¹³¹

Att MD inte prövade Vattenfalls framställningars vederhäftighet beror enligt ovan delvis på fallets inramning och att det förlades till yttrandefrihetsrättens gränsområden.¹³² En lite ironisk kuriositet med fallet är därmed att det statliga bolaget Vattenfall, i samband med en förenings process mot detsamma, kom att retoriskt profitera på ett rättighetskydd som traditionellt ansetts tjäna till att skydda individer *mot* staten. Ironin ligger då förstås i att yttrandefrihetsargumenten i detta fall istället tjänade till att skydda ett statligt bolag mot enskilda.

4.3 Tidsdimensioner kring gröna löften

Den i målet aktuella informationen handlade om en försöksanläggning. Den rörde Vattenfalls framtidsperspektiv — en vision.¹³³ Som företagets argumentation framställs i domstolens grunder: "Om projektet faller väl ut är avsikten att utveckla ett kraftverk i full skala ca 2020 och att sprida tekniken till andra aktörer." I skrivande stund har det gått drygt 15 år sedan domen. På företagets webbplats anges numera: "Vattenfall vill fånga in koldioxid vid någon av våra värmeanläggningar i Sverige senast 2030."¹³⁴ Visionen består därmed, men den har omformulerats och klingar nu mindre ambitiöst. Planerna har blivit vagare, förskjutits framåt ett decennium, och förlagts till Sverige.¹³⁵ (I Tyskland verkar för övrigt myndigheterna ha ingripit, och

¹³¹ Jfr Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing* s. 110, om hur miljardföretaget Patagonia (vilket sedan länge odlat sitt gröna ethos) sedan något år ägs av en särskild stiftelse "dedicated to fighting climate change". I samband med ägarbytet antog företaget en ny slogan: "Earth is now our only shareholder."

¹³² Se 3.3 ovan och 4.4 nedan.

¹³³ Där Vattenfalls talan återges i domen står sålunda bl.a. att: "Projektet har givits det visionära namnet 'det koldioxidfria kraftverket'."

¹³⁴ <https://group.vattenfall.com/se/var-verksamhet/vagen-mot-ett-fossilfritt-liv/infangning-av-koldioxid> (2023-05-15).

¹³⁵ Skälen till att visionerna numera rör Sverige är komplicerade, men statens ägarstyrning och den därigenom föranledda avvecklingen av kolkraftsverksamheten lär ha påverkat.

åtminstone interimistiskt ha förbjudit Vattenfall att annonsera med ordet koldioxidfri när de informerade om satsningen.) Den tyska visionsanläggningen är numera nedlagd.¹³⁶

Vattenfalls retorik illustrerar en inte ovanlig retorisk strategi som kan kallas upprepat uppskjutande. Strategin innefattar ett retoriskt manövrerande i en tidlig dimension och bygger, åtminstone här, på två saker. Uppskjutandet bygger på att det som sägs eller lovas inte kan verifieras förrän vid en senare tidpunkt. Upprepningen innebär att uppskjutandet sker återkommande, så att man hela tiden förskjuter den tidpunkt vid vilken verifikation vore möjlig. (Ofta kräver nog uppskjutandet legitimerande skäl för att det ska accepteras, men i teorin kan verifikationstidpunkten postponeras för evigt.) Detta slags retorik kan bidra till att upprätthålla legitimitet. Den som använder den (talaren) inte bara vidgår existensen av ett problem, utan utfäster sig dessutom att adressera det. Talaren positionerar sig som framåtriktad, och med framåtanda: hon ser och erkänner historien och de nuvarande problemen, men ältar dem inte, utan föresätter sig att hantera dem — ofta med ett slags ingenjörsmässig underton av antingen samhälls- eller tekniskt slag.¹³⁷

Det paradoxala med sådana strategier är hur de kan tjäna till att fördröja förändring eller rentav undvika den. Kritik som ”Men ni *gör* ju inget!” kan avisas med hänvisning till redan pågående eller planerade satsningar — trots att dessa inte kan förväntas bära frukt förrän i framtiden. Anammandet av sådana strategier innebär ofta att man griper problemformuleringsprivilegiet. Strategin kan på så sätt förskjuta diskussionen bort från nuet och frågan om något bör göras eller inte. Talaren erkänner ju problemet och antar handlingsmaningen. Istället kommer frågan att röra inom vilken tidshorisont som problemet måste hanteras (2030? 2045? 2050?), och när frågan på detta sätt kommer att kretsa kring framtiden skapas, åtminstone retoriskt, större svängrum i nuet.

Temporalitetsretorik är utan tvekan ett dynamiskt område — strategierna och kommunikationspraktikerna utvecklas kontinuerligt.¹³⁸ Det behövs ytterligare forskning kring temporalitetsdimensioner

¹³⁶ Detta illustrerar en allmän problematik, som har lyfts i debatten, med just denna typ av löften. Ett senare exempel finns i Preems ansökan om utvidgad fossil raffinaderiverksamhet i Lysekil (Preemraff) där företaget åberopade icke bindande ambitioner om framtida satsningar och resultat. Ett annat omdiskuterat exempel på temporal löftesmanövrering är när regeringen Kristersson under första året vid makten besvarade frågor om regeringens påstådda avsaknad av politik för att uppnå klimatmålen medelst hänvisningar till en kommande klimatpolitisk handlingsplan (Skr. 2023/24:59), vilken när den sedan presenterades fick kritik för att till betydande del bestå av löften om att tillsätta relativt öppna utredningar för att ta fram förslag till politiska reformer.

¹³⁷ Framåt och uppåt, blir devisen (det finns klara överlappningar med så kallad ekomodernism).

¹³⁸ För en ingång till forskning om temporalitetsretorik, se t.ex; Lazar, *Out of Joint: Power, Crisis, and the Rhetoric of Time*, Yale University Press 2019; Bjork & Buhre, *Resisting Temporal Regimes, Imagining Just Temporalities*, Rhetoric Society

i företags alltmer utbredda hållbarhetsretorik.¹³⁹ Vilka strategier förekommer? Vilka funktioner fyller de? Vilka risker och möjligheter medför de? Sådan forskning kan bidra till att både belysa de empiriska praktikerna och stödja en rättsutveckling förankrad i desamma. Dels på lång sikt. Dels redan på kortare, inte minst om förslag rörande temporaliteten i gröna löften kan samordnas med det förväntade implementerandet av det föreslagna direktivet om miljöpåståenden (Green Claims Directive).¹⁴⁰

4.4 Juristers tendens att tillerkänna företag mänskliga rättigheter

En viktig uppdelning i juridiken är den mellan enskilda och det allmänna, alltså mellan privata rättssubjekt och offentliga aktörer. De privata subjekten delas vidare ofta in i fysiska och juridiska personer. De tidigare är människor. De senare är olika associationer — ofta företag. Det fyller en praktisk funktion att se dessa som rättssubjekt. Juridiken har ”uppfunnit” en intellektuell konstruktion i form av en fingerad person för att kunna hantera till exempel företag och myndigheter som bärare av rättigheter och skyldigheter. Detta innebär att man inom rätten kan laborera med vilka entiteter som tillskrivs rättigheter. Ibland har detta varit en effektiv strategi.¹⁴¹ I linje med en sådan strategi har frågor om att utsträcka rättigheter till flera typer av juridiska personer lyfts på senare år: Utöver människor, bon och bolag, har det ibland argumenterats för att det juridiska personbegreppet kunde få inbegripa också annat, såsom floder eller djur; i en uppmärksammas rättsutveckling har också domstolar i flera länder bestämt sig för att på olika sätt ge ”naturen” rättigheter.¹⁴²

Precis som att rätten kan bestämma vilka entiteter som kan bära rättigheter så finns det heller inget som hindrar att den kan bestämma vilka rättigheter dessa kan få åtnjuta. I stor utsträckning arbetar dock juridiken med ett *dedifferentierat personbegrepp*, vilket bortser från skillnaderna mellan olika typer av juridiska personer.¹⁴³ Både människor (fysiska personer) och företag (juridiska personer) hanteras samfällt som

Quarterly 2021 (vol. 51) s. 177 ff.; Hilson, Framing time in climate change litigation, Onati Socio-Legal Series 2019 (vol. 9) s. 361 ff.

¹³⁹ Jfr Rönnelid, What legal research in sustainable development could become, *de lege* 2022 s. 267 ff.

¹⁴⁰ Se Kommissionens Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om styrkande och framförande av uttryckliga miljöpåståenden (direktivet om miljöpåståenden) COM/2023/166 final och därom t.ex. Regeringens faktapromemoria 2022/23:FPM80.

¹⁴¹ Rönnelid, The emergence of routine enforcement of international investment law — effects on enforcement and development, Uppsala 2018, diskuterar hur utländska investerare kom att konstrueras som rättighetsbärande subjekt i större omfattning än fysiska personer inom folkkrätten i övrigt.

¹⁴² För en diskussion av hur denna internationella trend har börjat dyka upp i Europa, se Epstein, A positivist approach to rights of nature in the European Union, *Journal of Human Rights and the Environment* 2021 (vol. 12) s. 205 ff. Se även Mossberg, Rättsbehandlingsbegreppet: kriterierna, *JT* 2023–24 s. 116 f. med ytterligare hänv.

¹⁴³ Jfr, vagt, men analytiskt parallellt, Schlag, The De-Differentiation Problem, *Continental Philosophy Review* 2009 (vol. 42) s. 35 ff.

”enskilda”. Detta tycks medföra en tendens att ibland tillerkänna båda personformerna samma skydd. Med valet att se något som en person tenderar helt enkelt att medfölja allt som gäller för personer och då inte minst olika mänskliga rättigheter. Ett illustrativt exempel finns i ett Europadomstolsavgörande från 2002, där domstolen fann att ”tiden var kommen” för att utsträcka rätten till ett privat- och familjeliv också till företag (vilket kom att försvåra konkurrensmyndigheternas kontroller av företag).¹⁴⁴ Det har blivit tydligt under arbetet med denna artikel att denna tendens inom juridiken för många personer utan juridisk skolning framstår som inte bara förvånande utan rent av ologisk, då den medför att mänskliga rättigheter tillfaller annat än människor.

Ett sätt att, särskilt i relation till icke-jurister, förklara den inomjuridiska tankestrukturen är att förstå den i termer av *en serie metaforer*, där man stegvis tänker något som vore det något annat.¹⁴⁵ Först tänker man sig att något som inte finns, nämligen ”associationen som rättighetsbärande”, finns, såsom ett subjekt i rätten. Detta tillskapade rättssubjekt tänks sedan som en person, vilken sedan, som en tänkt person, kommer att låna drag av människor. I varje led av metaforserien förs nämligen föreställningar från bildledet över till sakledet. Föreställningar om människor, inklusive den att de kan bära mänskliga rättigheter, överförs till den intellektuella konstruktion som ytterst fingerats. För inomjuridisk analys är detta tankesätt naturaliserat och framstår i regel som okontroversiellt.¹⁴⁶ Av våra erfarenheter att döma kan det dock uppfattas som överraskande av personer från andra discipliner; någon har rent av ifrågasatt om det inte, översatt till juridiska termer, ”strider mot det allmänna rättsmedvetandet”.¹⁴⁷ En möjlig förklaring till denna diskrepans mellan olika grundförståelser kan vara just det juridiska personbegreppet.

Retorikperspektivet kan bidra här. Inte primärt genom att beskriva den rättsliga logiken, utan framförallt genom att visa på argumentativa öppningar för den som vill ifrågasätta tankesättet att företag är som människor, antingen i valda delar eller i dess helhet. När man ser likställandet som en serie metaforer kan man till exempel välja att sätta någon av metaforerna i serien ifråga, för att därigenom söka differentiera personbegreppet, och då ifrågasätta om ett visst företag verkligen borde tillskrivas någon viss (mänsklig) rättighet. Tankesättet framstår ofta naturligt för jurister. Den metaforiska logiken dock kan fås att framstå som konstlad, om man illustrerar den med ett medvetet absurt

¹⁴⁴ *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, st. 41.

¹⁴⁵ Om hur metaforer kan analyseras retoriskt, se Jordan, *Criticism of Metaphor*, i Kuypers (red.), *Rhetorical Criticism: Perspectives in Action*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers 2021 s. 111.

¹⁴⁶ Om hur grundläggande metaforer, ofta obemärkt, styr människors tänkande, se Lakoff & Johnson, *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press 2008, särskilt s. 25–34 om ontologiska metaforer och personifiering.

¹⁴⁷ För en kritisk diskussion om tankefiguren företag som personer, se t.ex. Thimsen, *The People Against Corporate Personhood: Doxa and Dissensual Democracy*, *Quarterly Journal of Speech* 2015 (vol 101(3)) s. 485 ff.

exempel (en form av *reductio ad absurdum*): Borde verkligen det betalningsförmögna Kalles Korv AB få återopa rätten till liv enligt den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheternas (EKMR:s) första artikel, för att förhindra genomdrivandet av en sådan konkursprocess som kan sägas utmynna i företagets död? Frågan är förstås retorisk. Exemplet illustrerar hur rättens metaforiska logik kan verka krystad, samt därmed föga övertygande, om man uppehåller sig vid den. På grund av den långtgående användningen av denna typ av metaforer inom delar av juridiken har dock sådana tankesätt blivit naturaliserade.

Viktiga delar av den juridiska mänskliga rättighetsdiskursen har de senaste åren fokuserat just på personers kommersiella intressen, inklusive företags sådana.¹⁴⁸ Ett tag handlade till exempel den svenska juridiska "rättighetsrevolutionen" till stor del om hur principen om *ne bis in idem*, enligt vilken man inte kan straffas två gånger för samma brott, kunde användas för att försvåra statlig kontroll av eventuellt skattefusk.¹⁴⁹ På ett liknande sätt har EU-stadgan — som initialt ofta sågs som ett sätt att begränsa den inre marknadens enkelriktade fokus på fri rörlighet — kommit att tolkas på sätt som expanderar kommersiella intressen, särskilt genom artikel 16 (näringsfrihet).¹⁵⁰ En jämförbar tendens synes genom det aktuella fallet ha gjort sig gällande i marknadsföringsrätten, eftersom fallet relevansgjorde yttrandefrihetsargument på sätt som inbjöd till att reducera området för MFL:s kontrollsystem. Fallet kom att låna argumentationsmönster från TF och YGL:s domän, eftersom MD byggde vidare på praxis om gränsdragningen mellan å ena sidan TF och YGL samt å andra sidan ÅMFL.¹⁵¹ Här fortsatte förvisso MD på en sedan tidigare inslagen väg, men det kan ändå ifrågasättas om inte domstolen härigenom reducerade marknadsrättens domän — det blir mindre kontroll — genom att importera argument från en viss grundlagskontext även till fall där inget skydd enligt TF eller YGL förekom. Genom fallet medges därigenom kommersiella aktörers framställningar skydd av skäl som ursprungligen hämtats från TF och YGL. Detta skydd gäller så länge framställningarna inte bedöms vara av "utpräglat kommersiell natur" — vilket ska bedömas genom ett test som,

¹⁴⁸ Jfr t.ex. Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten s. 132 ff., 494 f.

¹⁴⁹ För mer detaljerade kommentarer till denna rättsutveckling, se t.ex. Ruotsi, Svensk yttrandefrihet och internationell rätt s. 227 f.; Munck, Skattetillägg och dubbelbestraffning, SvJT 2010 s. 747 ff.; Gulliksson, Klart till halvklart — om *ne bis in idem* och skattetilläggen, SvJT 2013 s. 645 ff., eller Danelius, Danelius, Bull & Cameron, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 6 uppl., Norstedts 2023, s. 781 ff., särskilt s. 788 ff., alla med vidare hänv.

¹⁵⁰ För en mer negativ och en mer positiv beskrivning av denna tendens, se Bartl & Leone, Minimum Harmonisation and Article 16 of the CFREU: Difficult Times Ahead for Social Legislation?, i Hugh Collins (red.), European Contract Law and the Charter of Human Rights, Cambridge University Press 2018 och Usai, The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration, German Law Journal 2013 (vol. 14) s. 1867 ff.

¹⁵¹ Se 3.3 ovan med hänv.

på grund av ett tredubbelt krav på kommersialitet, i praktiken torde innebära en ganska hög tröskel.¹⁵² Nå inte denna tröskel så faller framställningen utom MFL:s räckvidd. Hade bedömningen istället gjorts enligt regeringsformen, EKMR eller EU:s rättighetsstadga så hade utfallet eventuellt kunnat bli annorlunda, då dessa tre regelverk alla medger att yttrandefriheten får begränsas (genom lag).¹⁵³ Det kan ju också sägas vara vad lagstiftaren gjort genom MFL.¹⁵⁴ Kort sagt kan alltså MD:s tredubbla kommersialitetstest sägas innebära en transplantation av argument från TF och YGL:s begreppsvärld; en transplantation som får till effekt att inskränka marknadsföringsrättens domän. Ser man det så kan också denna rättsbildning ses i ljuset av en större trend mot att använda juridisk rättighetsargumentation för att skydda kommersiella intressen.

5 Sammanfattande avslutning

Det tycks finnas en intressant diskrepans mellan marknadsföringens praktiker och regleringen därav. Samtida marknadsföring innebär ofta att kommersiella aktörer framställer sig på sätt som får potentiella kunder att känna tillit, och därmed välja att ingå i kommersiella relationer med just dem. Med retorisk terminologi kan detta beskrivas som att företaget bygger sitt ethos, det vill säga förmedlar en bild av sig självt för att därigenom attrahera kunder. I någon mening handlar marknadsföring förstås alltid om att sälja något. Från ett marknadsföringsteoretiskt perspektiv innebär det dock inte att den uppenbart säljande argumentationen måste stå i fokus. Denna tanke formuleras kanske slagkraftigast av Drucker när han säger att: "The aim of marketing is to make selling unnecessary."¹⁵⁵ Det finns andra sätt att sälja än att explicit prångla produkter. Det kan exempelvis vara effektivt att odla sitt varumärke genom att knyta vaga men positivt laddade associationer till det.¹⁵⁶ I relation till hållbarhetsutmaningar handlar det ofta om att skapa en berättelse om utveckling och gestalta en ambition att förändra företaget som del av en samhällsutveckling vilken konsumenterna vill se (eller antas kunna fås att vilja se). Det kan till exempel ske på företagets webbsidor, genom VD-ord i årsredovisningar, eller genom att utomstående aktörer — som influerare och journalister — förmås förmedla en bild av företaget och dess visioner. Att kommuni-

¹⁵² Se om det tredubbla kravet 3.3 ovan.

¹⁵³ Se regeringsformen 2 kap 23 §, samt t.ex. Bernitz, *Marknadsföringsrätten* s. 88 med hänv.; Bernitz, *Marknadsföringslagen*, Norstedts juridik 2002, s. 28 f., 87 ff. (i anslutning till ÄMFL); Seger, *Gränsdragningen mellan yttrandefrihet och marknadsföring* s. 698 ff. med hänv., och Heide-Jørgensen, *Commercial Speech and its limits — Fundamental Rights and Comparative Constitutional Aspects* s. 19 ff. med hänv. Frågan om förhållandet mellan (nuvarande) MFL och grundlagarna berörs i SOU 2006:76 s. 145 ff. och prop. 2007/08:115 s. 57 ff.

¹⁵⁴ Se 3.3 ovan med hänv.

¹⁵⁵ Kotler, Armstrong & Parment, *Principles of Marketing: Scandinavian edition* s. 9. Drucker är citerad efter Neal, *From the editor, Marketing Management*, januari-februari 2006, s. 3.

¹⁵⁶ Jfr om problemen med vaghet bl.a. Mossberg, *Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, de lege 2023* s. 195 ff., bl.a. s. 249 f.

cera om framåsyftande hållbarhetsatsningar och målsättningar är vanliga grepp.¹⁵⁷ Marknadsföringsfältet har över tid kommit att alltmer betona den betydelse som attityder har för konsumtionsbeslut.¹⁵⁸ Marknadsföringens funktion blir då att antingen presentera en viss produkt eller en viss organisation (samt dess visioner), som överensstämmande med en viktig konsumentattityd — eller att påverka konsumenter så att en för företaget gynnsam attityd aktualiseras i samband med vissa kommersiella beslut.

Det rättsfall som här diskuterats exemplifierar hur praktiskt betydelsefulla marknadsföringsformer ansetts falla utanför det marknadsföringsrättsliga regelverket. Marknadsdomstolens lagtillämpning innebär att de regler som ska stävja vilseledande marknadsföring alls inte blir tillämpliga på stora delar av vad marknadsföringsexperter räknar till sitt gebit. I avgörandet konstrueras marknadsföringsrätten som ett undantag från yttrandefriheten. MD bygger vidare på en serie prejudikat där argument som ursprungligen handlade om tryckfrihetsrättsligt skyddade yttranden förs över till områden som inte skyddas av TF eller YGL.¹⁵⁹ Härigenom får också yttranden inom dessa andra områden motsvarande långtgående skydd. När MFL läses som en inskränkning av grundläggande rättigheter inträder nog lätt en begränsningsreflex hos jurister, utifrån en föreställning om att sådana friheter bör begränsas så lite som möjligt. TF och YGL bygger uttryckligen på en logik där tryck- och yttrandefriheten i tveksamma fall ska ges företräde.¹⁶⁰ Effekten blir en tendens att läsa MFL snävt, vilket bland annat leder till att den centrala ethosbyggande marknadsföringen i hög grad kan falla utanför lagen. En sådan mentalitet synes vara i spel i avgörandet. Vattenfalls framställningar ansågs yttrandefrihetsrättsligt skyddade, därför att de inte bevisligen och direkt syftade till ökad avsättning, och därmed inte ansågs rent kommersiella, med tillämpning av det tredubbla kommersialitetstestet.¹⁶¹ Den restriktiva tillämpningen av MFL underbyggs även av tendensen att i rättighetshänseende likställa företag och människor samt av domstolens relativa återhållsamhet vad gäller vilka kontexter och kausalitetssamband som blir relevanta inom ramen för dess bedömningar: Det tyska projektet ansågs inte bevisligen påverka efterfrågan i Sverige; detta ansågs tala mot kommersialitet — och därmed mot MFL:s tillämplighet.

¹⁵⁷ Jfr om målsättningsmarknadsföring i not 96 ovan.

¹⁵⁸ Se 2.1 och 2.3 ovan.

¹⁵⁹ Se 3.3 och jfr 4.4 ovan.

¹⁶⁰ TF och YGL bygger rent av uttryckligen på en logik där tryck- och yttrandefriheten i tveksamma fall ska ges företräde, se 1 kap. 10 § TF respektive 1 kap.15 § YGL. Jfr även MD 2005:11: ”I prop. 1970:57 (s. 67) betonas vikten av att undvika en rättsstillämpning som kan te sig tvivelaktig från tryckfrihetsrättslig synpunkt. Av praxis framgår vidare att av hänsyn till tryckfriheten bör stor försiktighet iakttas när det gäller bedömning och normer som hindrar näringsidkare att utge eller äga tidskrift, se MD (MR) 1972:4.”

¹⁶¹ Se 3.3 ovan.

Det är frestande att se det som besvärande att domstolens tillämpning av det marknadsföringsrättsliga regelverket innebär att mycket av vad marknadsföringsexperter anser centralt kommer att falla utom lagens räckvidd. Om rättsutvecklingen fortsätter på den inslagna vägen, eller om det tredubbla kommersialitetstestet alltför hårdhänt hanteras som prejudicerande, ges kommersiella aktörer öppningar att, om inte kringgå, så väl undgå lagen. För om de kan kommunicera på sätt som visserligen varken är transparenta eller vederhäftiga, men som inte *bevisligen* är *direkt* försäljningsfrämjande eller *rent* kommersiella (efter den tredubbla verifieringen), så undviker de ju därmed det reglerade området. En sådan möjlighet att undgå lagens kontrollsystem skulle synbarligen ge företag (ytterligare) incitament att formulera sin marknadsföring som ethosbyggande, relationsorienterad och overifierbart framåtsyttande.

Det finns förstås inget som säger att ethosbyggande marknadsföring måste vara oärlig.¹⁶² Viljan att *framställa* sig som en socialt, ekonomiskt eller miljömässigt ”god” aktör kan också föranleda faktisk utveckling i en sådan riktning.¹⁶³ Det vore dock naivt att tro att all ethosbyggande marknadsföring är ärlig och konstruktiv. Egennyttigt agerande företag kan sägas vara den liberala marknadsekonomins grundmodus. Det saknas skäl att tro att varje vision har enbart vällovliga motiv, eller att alla testprojekt kommuniceras transparent. I synnerhet om regelverket medger stort utrymme för strategiskt manövrerande medelst kreativa formuleringar om pilotprojekt, visioner och fromma framtidsförhoppningar. I den mån MD:s läsning är representativ för den gällande marknadsföringsrätten lämnas stort spelrum för denna typ av strategier.

Avsaknaden av rättslig kontroll av marknadsföring kan leda till flera olika typer av problem. En oreglerad marknadsföringspraktik kan t.ex. motverka seriöst hållbarhetsarbete. Avsaknad av kontroll av kommersiell information kan bidra till att snedvrیدا konkurrensen (i betydelsen att rätten då skapar incitament för oärlig men effektiv kommersiell kommunikation), skapa eller förstärka informationsasymmetrier och föra oss bort från (det låt vara ouppnåeliga) idealet om fullt informerade marknadsaktörer. Avsaknad av disciplinerande strukturer skapar både utrymme för och incitament till greenwashing, och en utbredd greenwashing leder till trovärdighetsproblem även för välgrundade former av gröna löften. I litteraturen har fenomenet benämnts *grön*

¹⁶² Se i detta avseende diskussionen i Bengtson & Mossberg, *The Virtues of Green Marketing*, om hur marknadsföring skulle kunna utformas enligt dygdetiska principer för att korrekt kommunicera information till prospektiva konsumenterna.

¹⁶³ För en diskussion om när hållbarhetsargumentation kan reflektera verklig förändring, se Rönnelid, *What legal research in sustainable development could become* s. 267 ff. Jfr även Frandsen & Johansen, *Rhetoric, Climate Change, and Corporate Identity Management* s. 511 ff., om hur retorik kan påverka företags självbild och praktiker.

skepticism: en instinktiv misstro mot varje grön signal.¹⁶⁴ Sådan kan försvåra klimatomställning både genom att neutralisera ambitioner att konsumera mer hållbart och genom att motverka en positiv spiral där gröna marknadsföringspraktiker bidrar till miljömässiga förbättringar även i företags generella verksamhet.

Det finns dock inget tvång att läsa MFL som MD gjorde i MD 2007:31. Både lagen och förarbetena verkar tvärtom medge att det som marknadsföringsexperter räknar som marknadsföring ska betraktas som sådan även i rättslig mening.¹⁶⁵ Att domstolen inte tog fasta på detta kan ha flera förklaringar. Det måste inte röra sig om en oförmåga att förstå modern marknadsföring eller att effektivt granska argument med uppskjuten temporalitet. Vattenfalls framställningar kanske helt enkelt uppfattades som ärligt menade politiska inspel baserade på en genuin omsorg om vår gemensamma framtid. Det *går* att tolka kommunikationen så, och den konkreta bedömningen av olika kommunikationer måste i slutändan ofrånkomligen ligga på domstolarna. Det finns dock även andra tänkbara förklaringar till MD:s läsning. En är att den är en effekt av en ganska servil inställning till HD:s rättspraxis.¹⁶⁶ En annan att läsningen grundas i en verkligt långtgående idé om yttrandefrihet som en kommersiell aktörs mänskliga rättighet. En tredje är att läsningen påverkats av en kritisk hållning till Greenpeaces allmänna processbenägenhet och/eller processföring i det aktuella fallet.¹⁶⁷ (Märk dock att Greenpeace kanske inte såg sin ”förlust” som ett misslyckande; miljörörelsen har ofta använt processföring för att dra uppmärksamhet till sin sak och bilda opinion.)¹⁶⁸ Oavsett bevekelse-

¹⁶⁴ Vad gäller kommersiella aktörers gröna löften leder grön skepticism (eller grön osäkerhet) till problem i den kommersiella relationen eftersom det undergräver tilliten. Det är självfallet sunt med en skepsis snarare än naivitet om det hindrar människor från att bli lurade, men om det på en marknad saknas tillit till grön informations relevans och vederhäftighet, så kan detta leda till att gröna faktorer bortses ifrån vid köp, och i förlängning till att säljande företag prioriterar ned, eller bort, miljöarbete. Se på temat t.ex. Golob, Kos Koklic, Podnar & Zabkar, *The Role of Environmentally Conscious Purchase Behaviour and Green Scepticism in Organic Food Consumption*, *British Food Journal* 2018 (vol. 120) s. 2411 ff.; Chen & Chang, *Enhance Green Purchase Intentions: The Roles of Green Perceived Value, Green Perceived Risk, and Green Trust*, *Management Decision* 2012 (vol. 50) s. 502 ff.; Chen & Chang, *Greenwash and Green Trust: The Mediation Effects of Green Consumer Confusion and Green Perceived Risk*, *Journal of Business Ethics* 2013 (vol. 114) s. 489 ff.; Albayrak, Aksoy & Caber, *The effect of environmental concern and scepticism on green purchase behaviour*, *Marketing Intelligence & Planning* 2013 (vol. 31) s. 27 ff.

¹⁶⁵ Det gäller inte minst den nya MFL, där man i förarbetena uppmuntrat till en åtminstone i vissa avseenden bredare tillämpning, se prop. 2007/08:115 s. 62 f. Jfr dock SOU 2006:76 s. 194 f., där skillnaden mellan marknadsföringsteorin och det rättsliga marknadsföringsbegreppet uttalas explicit och därmed reproduceras.

¹⁶⁶ Jfr 3.3 och 4.4 ovan med hänv.

¹⁶⁷ Jfr vad som sagts 3.1 ovan, om domstolens återgivande av den av Greenpeaces åberopade bevisningen.

¹⁶⁸ Se. Like, *Multi-Media Confrontation — The Environmentalists’ Strategy for a ‘No-Win’ Agency Proceeding*, *Ecology Law Quarterly* 1971 (vol. 1) s. 495 ff.; Konkes, *Green Lawfare: Environmental Public Interest Litigation and Mediatized Environmental Conflict*, *Environmental Communication* 2018 (vol. 12) s. 191 ff.; Nixon, Konkes, Lester & Williams, *Mediated Visibility and Public Environmental*

grunderna blir effekten ett prejudikat som möjliggör att många marknadsföringsformer exkluderas från MFL:s tillämpningsområde. Aktörer som är kommersiella, i det avseendet att de huvudsakligen drivs av en kommersiell rationalitet, kan utnyttja detta. Domens implicita logik inbjuder till en fortsatt ökning av försöken att främja kommersiella mål genom att retoriskt konstruera företag som gröna och sköna — oaktat om de verkligen förtjänar dylika epitet.

Vad gäller frågan om aktörers syften med sina framställningar vore det heller inte så konstigt att etablera en presumtion för att företag med vinstsyfte typiskt sett kommunicerar för att i förlängningen få avsättning för sina produkter, snarare än för att altruistiskt delta i samhällsdebatten. Det skulle innebära en omkastning av den bevisbörda som väsentligt bidrog till Greenpeaces förlust. En sådan *kommersialitetspresumtion* skulle ligga i linje med den breda förståelse av vinstdrivande marknadskommunikation som är etablerad i marknadsföringslitteraturen. Presumtionen borde förstås kunna hävas, men den skulle vända bevis- och argumentationsbördan. Med en sådan presumtion skulle det behöva påvisas att en kommersiell aktör kommunicerar för att påverka samhällsutvecklingen, utan avseende på sin egen avkastning — vilket väl inte vore orimligt?

Redan nu finns utrymme för en annan rättstillämpning. I avsaknad av sådan finns förstås möjligheter för andra aktörer. En möjlighet är att lagstiftaren griper in och förtydligar, eller rent av utvidgar, lagens tillämpningsområde.¹⁶⁹ Ett sådant ingrepp kunde med fördel ske i samband med förmodat förestående anpassningar till den ovan diskuterade EU-lagstiftningen.¹⁷⁰ Inom ramen för ett sådant arbete kunde räckvidden för yttrandefrihetsargument beröras när det gäller kommersiella aktörer i en marknadsföringskontext och man kunde utreda förutsättningarna att i högre grad tillämpa MFL på vad marknadsförare räknar som just marknadsföring.¹⁷¹

Det finns förstås många frågetecken. Frågorna är heller inte okomplicerade. Snarare rör det sig om flera intrikata och omfattande hela komplex av frågor, kring hur marknadsföringsrätten på inte bara svensk utan också europeisk nivå relaterar till yttrandefriheten och kring det rättsliga personbegreppet. Inte minst aktualiseras frågor om vilka differentieringar och distinktioner som är möjliga och rimliga, såvitt gäller vilka rättigheter som tillkommer vilka subjekt. Därtill finns

Litigation: The Interplay between Inside and Outside Court during Environmental Conflict in Australia, *Laws*, 2021 (vol. 10) s. 35 ff.

¹⁶⁹ Jfr dock prop. 2007/08:115 s. 62 f., där det uttrycks en ambition om att redan enligt gällande MFL anpassa tillämpningen av rekvisitet marknadsföring till EU-rättens krav (som nog skulle innebära en vidare förståelse än enligt tidigare svensk rätt, men inte lika vid som enligt marknadsföringsteorin). Jfr även Levin, *Marknadsföringslagen: En kommentar* s. 51 ff.

¹⁷⁰ Se 3.3 ovan, om "Green Claims Directive".

¹⁷¹ Som noterats ovan berörs frågan i förarbetena till nu gällande MFL (se SOU 2006:76 s. 145 ff. respektive prop. 2007/08:115 s. 57 ff., jfr s. 62. f.). Resonemangen är dock delvis ganska intetsägande, och berör inte i någon egentlig mening kopplingen till marknadsföringens praktiker.

frågor kring om, och i så fall hur, marknadsföringsreglering kan fånga upp retoriskt manövrerande i tidliga dimensioner. Det synes dock givet att det finns utvecklingspotential, vad gäller juristers analysverktyg, regelverkets utformning och den allmänna samordningen mellan nationell reglering och EU-rättens krav. En alltför snäv förståelse av marknadsföringsbegreppet är inte utan vidare förenlig med våra internationella åtaganden, eftersom EU-rätten i synnerhet genom direktivet om otillbörliga affärsmetoder bygger på ett avsiktligt mycket vitt marknadsföringsbegrepp.¹⁷² I sina fundamentala byggstenar har MFL sett väsentligen likadan ut sedan dess första iteration från 1970-talet. Den då nya svenska regleringen har beskrivits som en världsnyhet.¹⁷³ Sedan dess har dock både den internationella regleringen och marknadsföringsteorin utvecklats betydligt, med nya praktiker och inte minst ett förändrat marknadsföringsbegrepp. Att analysera dessa, samlat och i ljuset av varandra, framstår därmed som angeläget. Sådan analys kan bidra till en bättre förståelse av de argumentationsstrukturer vari nya försök att reglera grön marknadsföring behöver integreras.

¹⁷² Se t.ex. Howells, Micklitz & Wilhelmsson, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Routledge 2006, s. 53 ff. med hänv.; Bernitz, *Otillbörliga affärsmetoder. Det nya EG-direktivet och vad det innebär*, i *Festskrift till Marianne Levin*, Norstedts 2008, s. 127 ff., och Kommissionens tillkännagivande, *Vägledning om tolkningen och tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden*, 2021/C 526/01, s. 28 ff. med hänv.

¹⁷³ Jfr Bernitz, *Marknadsföringsrätten* 2 uppl. s. 29, och mer ingående Bernitz, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare*, Norstedts juridik 1993, s. 107 ff.