

Juridiska Institutionen

Jur.kand.-programmet

Tillämpade studier, 20 poäng

Ht 2000

Svartlistning av företag

Annie Alsterholm

Handledare: Professor Christina Hultmark Ramberg

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1	INLEDNING	4
1.1	Problempresentation	4
1.2	Syfte	5
1.3	Avgränsningar	5
1.4	Metod	6
2	BAKGRUND	9
2.1	Svartlistning	9
2.1.1	Inledning	9
2.1.2	Utgör svartlistning ett problem?	9
2.1.3	Exemplifiering	11
2.1.3.1	Råd & Rön	11
2.1.3.2	Svartlistning på Internet	11
2.1.3.3	”Förtäckt” svartlistning	13
2.1.4	Sammanfattning	13
3	SVARTLISTNING OCH STRAFFRÄTT	14
3.1	Inledning	14
3.2	Förtal	14
3.2.1	Historisk bakgrund	14
3.2.2	Förtalsbrottet	15
3.2.3	Förtal på Internet	16
3.3	Förtal och svartlistning	17
3.3.1	Innebär svartlistning förtal?	17
3.3.2	Förtal av juridiska personer	17
3.3.3	Sanktioner	19
3.4	Sammanfattning	20
4	SVARTLISTNING OCH SKADESTÅNDSRÄTT	20
4.1	Inledning	20
4.2	Ren förmögenhetsskada	20
4.2.1	Inledning	20
4.2.2	Bakgrund	21
4.2.3	Gällande rätt – möjligheter för svartlistade företag	21
4.3	Sammanfattning	22

5	SVARTLISTNING OCH MARKNADSRÄTT	23
5.1	Inledning	23
5.2	Marknadsföringslagen	23
5.2.1	Inledning	23
5.2.2	Otillbörlig marknadsföring och svartlistning	23
5.2.3	Sanktioner	24
5.2.4	Sammanfattning	24
5.3	Varumärkesrätt	25
5.3.1	Inledning	25
5.3.2	Varumärkesrättslig översikt	25
5.3.2.1	Lagstiftning	25
5.3.2.2	Syften och funktioner	25
5.3.2.3	Huvuddragen i VmL	26
5.3.3	Varumärkesrätt och svartlistning	27
5.3.3.1	Inledning	27
5.3.3.2	Domännamn	27
5.3.3.3	Dolda sökord, m.m.	29
5.3.3.4	VmL:s sanktioner	29
5.3.3.5	Sammanfattning	30
6	SAMMANFATTANDE ANALYS	31
6.1	Inledning	31
6.2	Är nuvarande skydd mot svartlistning tillfredsställande?	31
6.3	Förslag till skydd mot svartlistning	32
6.3.1	Ekonomiskt förtal	32
6.3.2	Ren förmögenhetsskada	35
6.3.3	Marknadsrätt	36
6.3.4	Ett globalt problem, ...	37
6.4	Sammanfattning	37
7	SAMMANFATTNING	38

KÄLLFÖRTECKNING

FÖRKORTNINGAR

1 Inledning

1.1 Problempresentation

Svarta listor fyller en viktig funktion som källa till information för konsumenter, exempelvis om vilken kvalitet ett företags varor håller och hur det sköter sina kundkontakter. Även företag kan gynnas. En bra placering på en lista ger gratis reklam. Samtidigt står det klart att oseriös svartlistning är negativt för både konsumenter och företag. Konsumenten vilseleds och kan göra ofördelaktiga val av produkter och tjänster, vilket också snedvrider konkurrensen. Drabbade företags anseende kan försämrans med stora ekonomiska konsekvenser som följd. Eftersom immateriella värden har blivit alltmer betydelsefulla för företagen, ses det allvarligt på den badwill som felaktig ranking kan innebära.

I och med att svarta listor numera snabbt sprids, när många och man därtill kan rikta informationen till en viss avsedd grupp med hjälp av Internet, har konsumentmakten på senare tid ökat kraftigt. Det kan samtidigt konstateras att möjligheterna till felaktigheter i de svarta listorna är ett problem på Internet, vilket ligger i både företagets och konsumentens intresse att åtgärda. De ökade kommunikationsmöjligheterna kan i de fall där svartlistningen är obefogad få dyra konsekvenser för drabbade företag. Svartlistning av företag och andra former av otillbörlig smutskastning med samma effekt är ett i allra högsta grad aktuellt problem värt att uppmärksamma.

Vad som skall utredas närmare i det följande är, för det första, hur skyddet för svartlistade företag ser ut i nuvarande lagstiftning. Kan företagen via marknadsrätten angripa svartlistningen eller kan svartlistning anses utgöra förtal? Finns det grund för skadestånd? För det andra, kommer jag att undersöka vilka förändringar av rättsläget som är lämpliga för att förbättra svartlistade företags rättsliga skydd.

1.2 Syfte

Jag anser det vara rätt tidpunkt att uppmärksamma svartlistning och annan smutskastning av företag och har valt att fördjupa mig i det här ämnet i syfte att uppmärksamma lagstiftaren på hur skyddet är utformat för svartlistade företag. Samtidigt har jag för avsikt att upplysa företagen om vilka möjligheter till upprättelse som finns att tillgå. Jag kommer dessutom att argumentera för hur jag anser att rättsläget bör se ut.

Det inledande kapitlet följs av ett bakgrundskapitel som innehåller en redogörelse för svartlistningsproblematiken och några illustrativa exempel. Därefter ägnar jag tre kapitler åt att beskriva, referera och analysera relevanta straffrättsliga, skadeståndsrättsliga och marknadsrättsliga regler. I den sammanfattande analysen förs ett de lege ferenda-resonemang. Jag presenterar, diskuterar och värderar olika ståndpunkter och intar slutligen själv en ståndpunkt för hur jag anser att lagstiftningen bör se ut på området.¹

1.3 Avgränsningar

Det finns många intressanta frågeställningar som skulle kunna utredas beträffande ämnet svartlistning. Internet spelar en stor roll, eftersom det är i detta medium som svartlistningen utvecklas snabbast och som innebär att problemet förstoras avsevärt. Det finns en mängd olösta och för ämnet intressanta internetrelaterade juridiska problem att studera närmare, såsom exempelvis ansvars- och jurisdiktionsfrågor, som av utrymmesskäl inte är möjliga att redogöra för. Avgränsningar är nödvändiga.

Jag har valt att i första hand koncentrera mig på svartlistning, d.v.s. olika former av ranking av företag. Det skall emellertid tilläggas att jag även kommer att ta upp andra näraliggande former av otillbörlig smutskastning av företag, eftersom de ger samma effekt för de immateriella värdena och det dessutom är möjligt att samma skydd är aktuellt mot de olika företeelserna. Det senare kommer att visa sig i den sammanfattande analysen. Viktigt att känna till är även att jag har begränsat arbetet till att avse smutskastning av företag, d.v.s. juridiska personer med vinstintresse.

¹ Lehrberg, Praktisk juridisk metod s 156 ff

Statlig svartlistning är ett aktuellt ämne i USA. Det har under ett par års tid pågått en stor debatt angående ett lagförslag om statlig svartlistning av företag som innebär att företag i vissa fall diskvalificeras från att göra affärer med regeringen. Den amerikanska handelskammaren har bildat en organisation mot svartlistning, ”National Alliance Against Blacklisting”, i protest mot förslaget som nu befinner sig på senatsnivå.² Dessutom står det klart att det amerikanska försvarsdepartementet upprättar både en offentlig och en hemlig svart lista över företag.³ Visserligen är statlig svartlistning ett betydelsefullt och intressant ämne, men med tanke på att situationen är annorlunda här i Sverige - vi har t.ex. en annorlunda syn på staten och ett mindre individuellt tänkande än i USA - har jag valt att inte ha med denna aspekt i min uppsats.

Vad beträffar marknadsrätten, inriktar den sig mot förhållanden mellan näringsidkare och är således av mindre generell karaktär än de straffrättsliga och skadeståndsrättsliga delarna. Jag kommer att redogöra för hur skyddet mot svartlistning ser ut inom området men kommer inte att lägga tonvikten vid detta kapitel då det förefaller osannolikt att det är inom marknadsrätten som man skulle kunna skapa det skydd med stor räckvidd som eftersträvas.

I varumärkesrättsdelen är det inte svartlistning utan främst andra former av missbruk som är aktuella. Jag gör inte anspråk på att ge en uttömmande redogörelse, det finns en mängd nya företeelser framför allt på Internet, utan kommer istället att lyfta fram ett par intressanta exempel som illustrerar de brister som jag anser finns i varumärkeslagen (VmL). Vad beträffar firmarätten, som naturligtvis också är relevant i sammanhanget, har jag valt att inte närmare gå in på den. Firmalagen (FL) och VmL har många gemensamma rekvisit och dessutom skall tilläggas att de flesta företag väljer att registrera sin firma som varumärke i de fall då den inte är inarbetad som varukännetecken.

1.4 Metod

I bakgrundskapitlet har jag främst inhämtat information från artiklar i dagspress och Internet. Många av de svarta listor som tidigare förekom, finns nu även på Internet.

² Solid Waste Report, July 27, 2000 v31 i29 pNA, m.fl.

³ SvD, 95-10-15, ”Svenska företag på svarta listan ...”; intervju med Talbot Lindström 2000-10-27

Senare tillkomna listor förs direkt in på Internet. Det finns ingen brist på fakta men det skall påpekas att de till övervägande del härrör från konsumentorganisationer eller åtminstone är skrivna från ett konsumentperspektiv, vilket i och för sig inte är överraskande. Internet som informationskälla är en relativt ny företeelse och det uppstår därför nya problem. Visserligen kan en exakt hänvisning ges till var materialet finns, men det kan när som helst försvinna. Material på Internet har emellertid den fördelen att det kontinuerligt kan uppdateras. Kvaliteten på information som hämtas från Internet kan naturligtvis variera kraftigt och jag har därför valt material med viss urskiljning. Jag har exempelvis kontrollerat vem eller vilka som står bakom de webbsidor som jag har hämtat information från.

De efterföljande kapitlen behandlar förtals-, skadeståndsrättsliga och marknadsrättsliga regler. Det rör sig om utredande text. Utgångspunkten är framför allt de klassiska rättskällorna. I straffrättsdelen har offentligt tryck som utkom i samband med införandet av brottsbalken (BrB) haft stor betydelse. Därav har kunnat utläsas många olika argument för och emot olika utformningar av förtalsreglerna.⁴ Dessutom har frågorna behandlats i litteraturen, i synnerhet i anslutning till BrB:s tillkomst, vilket har givit mig ett bredare perspektiv på problemen.⁵ Det står emellertid klart att verkligheten har förändrats sedan mitten av 1900-talet. Det påverkar lagtolkningen och kan föranleda att andra bedömningar kan vara mer ändamålsenliga idag.

Vad beträffar skadeståndsrättskapitlet har litteratur på området, praxis och förarbeten⁶ utgjort viktiga informationskällor då jag noggrant har undersökt bakgrunden till nuvarande stadgande om ren förmögenhetsskada. God kännedom om den kan nämligen vara betydelsefull vid en argumentation angående eventuella ersättningsmöjligheter. Litteratur och praxis visar hur rättsläget uppfattades före införandet av en konkret regel i skadeståndslagen (SkL). Förarbetena klargör hur den aktuella regeln var avsedd att tillämpas, vilket är viktigt att känna till då det inte kan utläsas direkt ur lagen.

⁴ T.ex. prop. 1962:10, SOU 1953:14 och SOU 1972:88

⁵ T.ex. Nelson, Rätt och ära och Wetter, Festskrift tillägnad Birger Ekeberg.

⁶ T.ex. prop. 1972:5, NJA 1925 s 85 och Kleineman, Ren förmögenhetsskada

Marknadsföringslagen (MFL) är mer tydlig och skyddets omfattning är möjlig att utläsa ur lagen och tillhörande litteratur.⁷ Den varumärkesrättsliga delen har angripits på ett annorlunda sätt. Ursprungligen tog jag min utgångspunkt i detta rättsområde. Det finns en mängd olika former av otillbörlig smutskastning av företags varumärken och problemet blir allt större i samband med den alltså förbättrade tekniken för informationsspridning. Detta i kombination med att immateriella värden värdesätts högre på senare tid, medförde att jag blev nyfiken på att undersöka hur skyddet mot sådana företeelser ser ut och eventuellt hur det bör förändras. Det visade sig emellertid, som nämnts tidigare, att inte svartlistning utan främst andra former av smutskastning är intressanta att ta upp i detta sammanhang. Jag valde därför, efter att översiktligt ha redogjort för huvuddragen i VmL, att endast lyfta fram några intressanta fall av smutskastning av företag i syfte att visa företagen vilket skydd som finns och samtidigt peka på brister i VmL. Information om grunderna i varumärkesrätten har huvudsakligen inhämtats från doktrin⁸ och vad beträffar de företeelser som jag har valt att beskriva, är samtliga internetrelaterade, vilket återigen medför att Internet aktualiseras som rättskälla. Därutöver har jag använt mig av den litteratur som har stått att finna på området.⁹

I den sammanfattande analysen - den normativa delen - där ett de lege ferenda-resonemang förs, använder jag mig av argumenterande text. Utgångspunkten för den sammanfattande analysen är de tidigare kapitlen, där rättsläget har analyserats. Med tanke på att jag i den här senare delen av uppsatsen har för avsikt att redogöra för hur jag anser att rättsläget på det aktuella området bör vara, är det viktigt att inte automatiskt vara alltför bunden av de argument som läggs fram i exempelvis förarbetena. Som nämnts ovan har verkligheten förändrats sedan de skrevs och en avvägning mellan olika intressen kan ge ett annat resultat nu. Ändamålsöverväganden spelar en större roll. En stor del av resonemangen i offentligt tryck och litteratur är dock fortfarande relevant och ger värdefull information.

⁷ T.ex. MFL och Svensson och Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt

⁸ T.ex. Kocktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt och Bernitz m.fl., Immaterialrätt

⁹ T.ex. Lundberg; Internet, domännamn och svensk rätt

2 Bakgrund

2.1 Svartlistning

2.1.1 Inledning

Det finns en mängd företeelser som är negativa för ett företags rykte. I det här arbetet har jag valt att koncentrera mig på svartlistning, med andra ord olika former av ranking av företag. Dessutom kommer jag även att gå in på vissa andra former av otillbörlig smutskastning av företag.

2.1.2 Utgör svartlistning ett problem?

Det kan ifrågasättas om svartlistningen verkligen utgör ett så stort problem. Räcker det inte att företagen bemöter kritiken? Är det inte bra att konsumenterna informeras om hur företagen sköter sig? Hur stor genomslagskraft har svarta listor?

Svarta listor gynnar konsumenter på flera sätt. Ranking utgör en källa till information om olika företags produkter och tjänster. Dessutom stärks konsumenternas ställning. I flera fall har de möjlighet att påverka listornas innehåll, vilket på sikt även kan medföra en förbättring av produkt- och tjänsteutbudet. Myndigheter får hjälp att upptäcka brister och fel hos de produkter och tjänster som utbjuds. Den kände konsumentadvokaten Ralph Naders verksamhet i USA är ett exempel på nyttig svartlistning som håller konsumenterna informerade om företagens produkter och tjänster.¹⁰ Han har exempelvis låtit utföra vetenskapligt genomförda krocktester, som resulterat i ranking. Nader har varit aktiv ända sedan 1960-talet då han för första gången ifrågasatte amerikanska bilars säkerhet. Det senaste fallet som har granskats är det uppmärksammade fallet ”Firestone”, där däcken visade sig vara av undermålig kvalitet och orsakat en mängd olyckor.

Däremot utgör oseriös ranking av företag en fara för konsumenterna. De vilseleds av den felaktiga informationen och kan ta fel beslut i val av produkter och tjänster. Bra företag

¹⁰ www.nader.org, www.geocities.com/CapitolHill/3750/naderwatch.htm, www.votenader.com/raiders.html

riskerar på så sätt att slås ut. Dessutom kan det leda till ökad misstro mot den typen av konsumentinformation.

Samtidigt som svarta listor kan gynna konsumenterna kan de även vara till fördel för företagen. En bra placering på listorna innebär gratis reklam på ett enkelt och effektivt sätt. Oseriös ranking är emellertid negativt även för företag. Anseendet skadas, vilket kan ge allvarliga ekonomiska konsekvenser för dem som drabbas. Det är lätt att förutse vilka förödande konsekvenser exempelvis en av Nader dåligt genomförd test med felaktigt resultat skulle få för ett drabbat företag. Som nämnts ovan finns det risk för att fel företag försvinner från marknaden. Man kan skönja en trend där de mjuka värdena såsom image och etik värderas allt högre. Tidigare var produktionen i fokus, medan man nu värnar allt mer om företagets immateriella värden. Av den anledningen ses det från företagets sida allvarligt på den goodwillförlust som en oseriös svartlistning kan innebära.

En viktig fråga är svartlistornas genomslagskraft. Påverkas konsumenterna av svartlistor? Det finns många kanaler för informationsspridning. Ralph Nader har ursprungligen genom att skriva böcker, debattartiklar och synas i TV, effektivt lyckas framföra sitt budskap. På senare tid har emellertid genomslagskraften blivit ännu större i och med den nya informationstekniken. Ett talande exempel på detta är fallet med 15-åringen som påverkade marknaden genom att skicka epostmeddelanden till en mängd olika "finance message boards" på Internet med falska och missvisande uppgifter om de olika företag han sedan köpte aktier i. Han beräknas ha tjänat ungefär \$ 800000 på detta sätt!¹¹ Det här fallet visar vilken genomslagskraft en enda persons handlingar kan ha med hjälp av de stora möjligheter till informationsspridning som Internet medför – det går snabbt och informationen når lätt rätt personer. Eftersom en person kan påverka aktiekursen på detta sätt, innebär det att han har samma möjligheter till påverkan med hjälp av Internet om han skulle vilja svartlista eller på annat sätt ge ett företag badwill. Debatten om ett eventuellt införande av någon sorts skydd för företagen, exempelvis i form av ett stadgande om ekonomiskt förtal, avstannade i början av 1970-talet. Problemet har emellertid börjat uppmärksammas på nytt och man pekar på konsumenternas stärkta ställning i och med den nya informationstekniken.¹² Ett argument emot ett skydd för företagen, är att de ökade kommunikationsmöjligheterna kan användas även av företagen

¹¹ www.sec.gov/enforce/adminact/33-7891.htm

¹² Hultmark, Ny distansavtalslag, s 58; Hydén, IT-observatorie PM 6/2000, s 10f (www.itkommissionen.se)

vid försvar mot exempelvis felaktiga rykten. Det faktum att skillnaderna mellan företagens och de enskildas möjligheter till informations spridning har utjämnats, talar emellertid för att inte endast de enskilda skall åtnjuta skydd mot förtal utan att även företag skall ha den fördelen. Det fanns större anledning att protestera emot ett skydd tidigare då företagens förutsättningar var betydligt bättre än konsumenternas.

Det kan konstateras att det är samhälleligt önskvärt att svartlistor finns under förutsättning att de upprättas efter en väl genomförd undersökning och således ger korrekt information. Oseriös svartlistning utgör ett problem för både företag och konsumenter. Svartlistornas ökade genomslagskraft på senare tid har bidragit till problemet.

2.1.3 Exemplifiering

2.1.3.1 Råd & Rön

En av de mest kända svarta listorna i Sverige är konsumenttidningen Råd & Rönns svarta lista.¹³ Det är konsumentverket som ger ut tidningen Råd & Rön och enligt en Sifo-undersökning från 1997, hade sammanlagt 1,7 miljoner människor läst den någon gång under året. Företagen som hamnar på Råd & Rönns svarta lista har inte hamnat där av en slump. Listan namnger företag som har vägrat att följa beslut i ARN.¹⁴ Den senare lägger fram rekommendationer till hur tvister skall lösas och det hör till god sed i affärsvärlden att följa besluten. I de flesta fall torde man därför kunna anta att de företag som här svartlistas förtjänar det. Eftersom listan är så väl ansedd, kan emellertid en felaktig svartlistning få allvarliga konsekvenser.

2.1.3.2 Svartlistning på Internet

Det finns svarta listor som upprättas på betydligt lösare grunder än vad som är fallet med Råd & Rönns lista och de har blivit många fler de senaste åren. Den största anledningen till att mängden listor har ökat dramatiskt är framväxten av Internet. Internet möjliggör, som nämnts ovan, stor spridning av information mycket snabbt och därtill kan rätt målgrupp lätt nås. Det innebär emellertid att konsekvenserna kan bli allvarigare för drabbade företag. Svartlistning utgör nu ett större hot än tidigare. Förutom de svarta listor som

¹³ www.radron.net/svarta-listan/

¹⁴ ARN: Allmänna reklamationsnämnden

tidigare endast spreds i mer traditionella medier, så som exempelvis är fallet med Råd & Röns svarta lista, har det även uppstått helt nya listor på nätet. Som exempel kan nämnas den svenska webbplatsen CINT¹⁵, där konsumenter betygsätter varor och tjänster som de själva har använt. Tanken är att webbplatsen skall vara en mötesplats där konsumenternas kunskaper om varor och tjänster tillgängliggörs och att därmed öka konsumentinflytandet. Den stora svagheten består i att möjligheten till manipulation är stor. Kampanjer, exempelvis av intresseorganisationer, för att ranka ett företag högt eller lågt är svåra att förhindra. Dessutom krävs endast fyra omdömen för att få ett betyg, ett s.k. cintindex, vilket knappast skulle anses tillförlitligt vid exempelvis en opinionsundersökning.¹⁶ En uppmärksammas f.d. svart lista är ”Skampålen” som upprättades för att peka på ministrars och bankdirektörers agerande före, under och efter bankkrisen i början av 1990-talet. Den förbjöds senare på grund av att den utgjorde brott mot gamla datalagen.¹⁷ Microsoft har nyligen hamnat på spamjägerorganisationen MAPS svarta lista över företag som spammar, d.v.s. ”bombarderar” med epost.¹⁸ Ytterligare ett exempel på svartlistning på nätet är webbplatsen www.svartalistan.nu; de företag som missköter sina kundkontakter brännmärks. Sistnämnda webbplats har emellertid ännu inte så många deltagare. Här i Sverige ser vi endast början av en trend med ökad konsumentmakt och svarta listor. Det finns däremot många välutvecklade utländska webbplatser med svarta listor.¹⁹

Vad beträffar svartlistning på nätet finns det även ett flertal webbplatser, exempelvis CyberSitter, som erbjuder mjukvara som spärrar viss information.²⁰ Vad som blockeras varierar och är svårt att få exakt klarhet i, eftersom databaserna med listor över det som blockeras hemlighålls. Huvudsakligen är programmen avsedda att användas av föräldrar, lärare, bibliotekspersonal m.fl. och det rör det sig framför allt om att skydda minderåriga från att komma åt ”olämpliga” webbplatser. Naturligtvis hindras pornografi men även exempelvis feministiska webbplatser blockeras i många fall. Det har riktats mycket kritik mot den här sortens webbplatser på grund av att de innebär en begränsning av

¹⁵ www.cint.se

¹⁶ GP 2000-09-28, ”Nu blir kunden kung”

¹⁷ www.bankrattsforeningen.org.se

¹⁸ <http://maps.vix.com/>; Svidén, ”Microsoft anklagas för att öppna spam”, Computer Sweden 2000-11-20

¹⁹ www.cluetrain.com; www.epinions.com; www.ciao.com

²⁰ www.cybersitter.com; se även: www.xstop.com, www.cyberpatrol.com, www.netnanny.com, www.safesurf.com, m.fl.

yttrandefriheten.²¹ Eftersom listan över blockerad information hemlighålls, är det svårt att veta om en webbplats är drabbad eller inte. Således försvåras företagets möjligheter att agera emot svartlistningen.

En till svartlistningen näraliggande företeelse utgör smutskastning av företag genom registrering av domännamn liknande företagets namn. I vissa fall är det nya domännamnet vanärande i sig, exempelvis WalMart-Sucks.com.²² I andra fall är domännamnet i sig inte vanärande, t.ex. www.newstatoil.com, men den nya webbplatsen används till smutskastning av företaget. I sistnämnda fall låg Greenpeace bakom den alternativa hemsidan om Statoil. Den är en del av en kampanj mot företaget och ger sken av att Statoil har beslutat sig för att radikalt öka investeringarna på alternativ energi. Vid en snabb genomgång av hemsidan är det endast det faktum att Statoils logotyp, oljedroppen, står i brand, som avslöjar att det inte är Statoil som står bakom.²³

2.1.3.3 "Förtäckt" svartlistning

Det kan konstateras att Internet har inneburit en ökad svartlistningsproblematik. Samtidigt kommer vi i kontakt med en mängd "förtäckta" svarta listor i vår vardag, kanske utan att tänka på det. GP:s recension av restauranger är visserligen en s.k. vit lista som lyfter fram de bästa restaurangerna. Med största sannolikhet får den emellertid stora konsekvenser för de företag som får dåligt betyg – samt för dem som inte ens finns med.

2.1.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan konstateras att svarta listor i olika former är en positiv företeelse under förutsättning att de upprättas efter en väl genomförd undersökning. Svarta listor gynnar konsumenterna på flera sätt. Listorna utgör en viktig källa till information och konsumentmakten ökar, eftersom konsumenterna i vissa fall har möjlighet att påverka listornas innehåll och även har inflytande över produkt- och tjänsteutbudet på sikt. Det finns fördelar även för företagen. Oseriös svartlistning utgör emellertid ett problem för både konsumenter och företag. De förra riskerar att vilseledas av den felaktiga informationen och de senares anseende kan skadas, vilket är allvarligt med tanke på de

²¹ www.peacefire.org, firstmonday.org/issues/issue2_12/wallace/index.html, www.leeds.ac.uk/law/pgs/yaman/cybersit.htm, se även: www.eff.org

²² <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0477.html>

²³ SvD, 2000-09-27, "Greenpeace häcklar Statoil på nätet"; angående varumärkens sårbarhet m.m., se "Kapital" – ett magasin från Finanstidningen, "All makt åt aktivisterna".

immateriella värdenas ökade betydelse. Internets framväxt bidrar till de svarta listornas genomslagskraft.

3 Svartlistning och straffrätt

3.1 Inledning

Vad som skall undersökas i det följande är om det finns någon form av straffrättsligt skydd för svartlistade företag. Femte kapitlet i BrB avser att skydda en persons anseende. Förtal avser personens goda rykte i objektiv mening och förolämpning syftar på de fall där beskyllningen riktar sig direkt mot personen och denne känner sig kränkt. Det senare rör sig med andra ord om en subjektiv bedömning. Svartlistning kan få stora följder vad beträffar ett företags goda rykte och skydd mot denna företeelse skulle följaktligen kunna passa in i förtalsparagraferna.

3.2 Förtal

3.2.1 Historisk bakgrund

Ursprungligen fokuserades det på själva äran och endast osanna eller oriktiga uppgifter bestraffades som ärekränkning. Detta började emellertid ifrågasättas vid förberedandet av 1864 års strafflag. Det rådde dock delade meningar vad beträffar sanningsbevisning och slutligen resulterade det i att sanningsbevisning blev otillåten. Skyddet för den enskildes anseende skulle som samhällsintresse i princip gå före uppenbarandet av sanningen, såvida inte ett godtagbart intresse förelåg. I samband med införandet av BrB förordade straffrättskommittén en omarbetning av straffrättsbestämmelserna.²⁴ Förbudet mot sanningsbevisning ansågs innebära flera nackdelar, bland annat att den kränkte inte hade möjlighet att få verklig upprättelse då denne inte fick möjlighet att bevisa att beskyllningen inte var sann.²⁵

²⁴ SOU 1953:14

²⁵ Axberger, Tryckfrihetens gränser s 216 ff

Det finns två huvudsakliga uppfattningar om hur bestämmelserna om ärekränkning bör konstrueras. Några anser att sanna eller välgrundade meningar skall få uttryckas straffritt, under förutsättning att det exempelvis inte rör privatlivet eller framstår som otillbörligt. Andra menar att all uttryckt missaktning för en annan människa är straffvärd med undantag för de fall där ett beaktansvärt intresse föreligger eller det sker i vardagliga sammanhang. Sistnämnda uppfattning ligger till grund för den nuvarande lagstiftningen.²⁶

3.2.2 Förtalsbrottet

Som kan konstateras är utformningen av ärekränkingskapitlet omstridd. Diskussionerna om förtalsparagraferna utmynnade i följande:

1§ Den som utpekar någon såsom brottslig eller klandervärd i sitt levnadssätt eller eljest lämnar uppgift som är ägnad att utsätta denne för andras missaktning, dömes för förtal till böter.

Var han skyldig att uttala sig eller var det eljest med hänsyn till omständigheterna försvarligt att lämna uppgift i saken, och visar han att uppgiften var sann eller att han hade skälig grund för den, skall ej dömas till ansvar.

2§ Är brott som i 1§ sägs att anse som grovt, skall för grovt förtal dömas till böter eller fängelse i högst två år.

Vid bedömande huruvida brottet är grovt skall särskilt beaktas, om uppgiften genom sitt innehåll eller den omfattning i vilken den blivit spridd eller eljest var ägnad att medföra allvarlig skada.

Doktrin och rättspraxis har intagit ståndpunkten att inget i strafflagens (BrB:s föregångare) lydelse eller förarbeten tyder på annat än att endast enskilda personer avses.²⁷

I sammanhanget skall tilläggas att brottet förtal även finns uttryckt i tryckfrihetsförordningen (TF), TF 7:4 p 14. Innehållsmässigt finns endast små skillnader mellan BrB och TF, exempelvis att TF saknar ett särskilt stadgande om grovt förtal. I praxis kan man

²⁶ Axberger, Tryckfrihetens gränser s 225

²⁷ Nelson, Rätt och ära s 234; NJA 1904 s 483

dock trots det dömas för grovt förtal i tryckfrihetsmål.²⁸ Det framgår inte om juridisk person omfattas av TF. I litteraturen hänvisas till de straffrättsliga resonemang som förts i frågan. Det skall tilläggas att det i yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) 5:1 hänvisas till brottskatalogen i TF, vilket innebär att när ett förtalsbrott begås i exempelvis radio utgör det ett yttrandefrihetsbrott.

Vad beträffar tillämpningen av TF respektive BrB, fastslås i TF 1:3 en exklusivitetsprincip, vilken innebär att TF är exklusiv straff- och processlag rörande missbruk av tryckfriheten eller medverkan däri.²⁹ Med andra ord kan konstateras att i de fall där förtal har ägt rum i tryckt skrift har TF företräde framför BrB. Det bör närmare preciseras att tryckfrihetens objekt är tryckta skrifter och skrifter som har mångfaldigats genom stencilering, fotokopiering eller liknande tekniskt förfarande. Ytterligare ett krav är att skriften skall vara utgiven.³⁰ I frågor, som inte regleras i TF eller därtill anknyttande speciallagstiftning, gäller allmänna straff- och processrättsliga regler.³¹

3.2.3 Förtal på Internet

En relevant fråga i det här sammanhanget är hur man ser på förtal på Internet. Att döma av TF 1:5 och 1:6 är inte TF tillämplig på texter på Internet.³² Inte heller YGL är tillämplig.³³ Enligt RF 2:1 har varje medborgare en grundläggande yttrandefrihet. Yttrandefriheten kan dock begränsas genom lag enligt RF 8:3, men det skall tilläggas att denna möjlighet inte är oinskränkt då vissa förutsättningar måste vara uppfyllda.³⁴ Det står klart att man vid TF:s och YGL:s tillkomst inte hade elektroniska medier i åtanke. Inte desto mindre anses de båda grundlagarna i viss mån vara tillämpliga på företeelser på Internet. Avgörande är bland annat om det rör dig om interaktiva tjänster eller inte, d.v.s. om användaren kan påverka innehållet på sidan. Om så är fallet, föreligger inget grundlagsskydd.³⁵ Det skall tilläggas att BrB är tillämplig även på företeelser i cyberspace.

²⁸ Axberger, Tryckfrihetens gränser s 226

²⁹ Strömberg, Tryckfrihetsrätt s 42 ff, Axberger, Tryckfrihetens gränser s 38 ff

³⁰ Strömberg, Tryckfrihetsrätt s 15 ff

³¹ TF 14:5 1st

³² Strömberg, Tryckfrihetsrätt s 15 ff

³³ YGL 1:6 – 1:10; Strömberg, Tryckfrihetsrätt s 99 ff

³⁴ RF 2:12 och 13; Strömberg, Tryckfrihetsrätt s 11

³⁵ Lindberg och Westman, Praktisk IT-rätt s 89 f

3.3 Förtal och svartlistning

3.3.1 Innebär svartlistning förtal?

Svartlistning kan, som nämnts ovan, ha stor betydelse för ett företags rykte. Rekvisitet ”...utpekade någon såsom brottslig eller klandervärd i sitt levnadssätt eller eljest lämnar uppgift som är ägnad att utsätta denne för missaktning...” i BrB 5:1 torde passa in på de flesta svartlistningsfall. Om svartlistningen rör enskilda personer kan förtalsparagrafen i flertalet fall tillämpas. Vad beträffar juridiska personer är rättsläget annorlunda, vilket redogörs för i det följande.

3.3.2 Förtal av juridiska personer

Inledningsvis är det viktigt att klargöra skillnaden mellan ”vanlig” ärekränkning, d.v.s. angrepp mot hedern, och ekonomiskt förtal. Det sistnämnda brukar definieras som förtal av fysisk eller juridisk person som är ägnat att skada någon i utövningen av yrke eller näring eller på annat sätt i ekonomiskt hänseende. Angrepp mot någons heder innefattas med andra ord inte. Vad beträffar ekonomiskt förtal av fysiska personer görs en vidsträckt tolkning av lagtexten, trots att det inte uttryckligen stadgas om ekonomiskt förtal i 5 kap. BrB. Det innebär att spridande av oriktiga uppgifter om en persons yrkesutövning eller ekonomiska förhållanden ofta omfattas av förtalsparagrafen. För juridiska personer saknas det stadganden i BrB rörande både ärekränkning och ekonomiskt förtal. Doktrin och rättspraxis har intagit ståndpunkten att endast fysiska personer avses. Det skall dock påpekas att det inte av lagtexten direkt framgår att juridiska personer är uteslutna. Nelson förefaller förvånad över att man vid lagarbetet inför BrB inte har resonerat kring frågan om juridiska personer skall anses omfattas av förtalsreglerna eller inte, vilket hade varit ett omdebatterat ämne tidigare.³⁶ Ärekränkning av kollektiva enheter tolkas vidsträckt och tillämpning av paragrafen aktualiseras även då förtalet visserligen formellt avser en juridisk person men det står klart att en eller flera personer därigenom utpekas.³⁷ Ekonomiskt förtal av juridiska personer omfattas emellertid inte.³⁸

³⁶ Nelson, Rätt och ära s 234; NJA 1904 s 483

³⁷ Holmqvist, m.fl., Brottsbalken – en kommentar (del 1) s 238; Strömholm, Teatterätt s 27 f; NJA 1950 s 250

³⁸ SOU 1972:88

Det har vid flera tillfällen från olika håll ifrågasatts om det inte vore lämpligt att införa regler om ekonomiskt förtal. Debatten var särskilt intensiv i samband med brottsbalkens införande. Straffrättskommittén föreslog i betänkandet ”Förslag till brottsbalk”³⁹ att stadganden om ekonomiskt förtal skulle upptas. De ansåg dock att dessa stadganden bäst hörde hemma i bedrägerikapitlet. Departementschefen ansåg att ekonomiskt förtal av juridiska personer borde regleras i lagstiftningen om illojal konkurrens.⁴⁰ Lagrådet menade däremot att det fanns ett behov av lagstiftning om ekonomiskt förtal och att denna bäst hörde hemma i ärekränkingskapitlet i brottsbalken. Det tillade att om frågan reglerades i lagstiftningen om illojal konkurrens, skulle långt ifrån alla fall täckas. Skydd skulle föreligga då konkurrenter sprider osanna uppgifter, men övriga fall av osann ryktesspridning som privatpersoner, exempelvis f.d. anställda och patienter ligger bakom, lämnas utanför lagstiftningen. I propositionen⁴¹ tog man emellertid fasta på departementschefens åsikter i frågan. Vid riksdagsbehandlingen togs frågan upp på nytt i anledning av en motion⁴². Man kom fram till att det var tveksamt om det var lämpligt att reglera frågan om ekonomiskt förtal i lagstiftningen om illojal konkurrens, men bestämde sig för att avvakta resultatet av utredningen om illojal konkurrens.

Dessutom föreslog straffrättskommittén att ett stadgande om ärekränkning av juridiska personer skulle införas i BrB. Inte heller detta förslag fanns sedan med i propositionen. Departementschefen påpekade att hänsyn i detta sammanhang måste tas till yttrandefriheten. Det första lagutskottet utvecklade resonemanget om intresseavvägningen mellan yttrandefriheten och reglering av ärekränkning av kollektiva enheter i sitt utlåtande. Det menade att det är av stor vikt att bevara den fria kritikrätten och att kollektiva enheter får antas vara mindre känsliga för kränkning, då de har större möjligheter att offentligt gå till försvar.⁴³

Några år senare, i samband med utredningen om illojal konkurrens⁴⁴ inför lagen om otillbörlig marknadsföring, fördes frågan om ekonomiskt förtal återigen på tal. I utredningen ingick ett förslag till stadgande mot oriktiga eller vilseledande framställningar, vilket innebär ett skydd mot ekonomiskt förtal mellan näringsidkare. Det

³⁹ SOU 1953:14

⁴⁰ Prop. 1962:10 s B 52, se även Jareborgs kommentar, Brotten I s 303

⁴¹ Prop. 1962:10

⁴² Motion I:536

⁴³ Se även motion I:536

påpekas emellertid att oriktiga upplysningar kan lämnas i många andra sammanhang som inte täcks av förslaget, men att det anses falla utanför utredningens uppdrag.

Frågan aktualiserades på nytt i betänkandet Konsumentupplysning.⁴⁵ Man framhöll att ett stadgande mot ekonomiskt förtal inte i första hand skulle skydda konsumenterna, som utredningen gällde. Dessutom ansågs det inte lämpligt att reglera endast ekonomiskt förtal genom konsumentupplysning separat. Det poängterades att det var av största vikt att snarast finna en lösning på problemet. Justitieministern uttalade sig lite senare i frågan och ansåg sig då inte beredd att ta ställning till huruvida allmänna regler om ekonomiskt förtal borde införas, eller inte.

I samband med riksdagsbehandlingen av propositionen angående otillbörlig marknadsföring⁴⁶ debatterades frågan mycket. Det inkom flera motioner där det efterfrågades lagstiftning om ekonomiskt förtal.⁴⁷ Tredje lagutskottet ansåg dock inte att motionerna borde föranleda någon ändring av vad som föreslagits i propositionen.⁴⁸

Därefter har ett flertal motioner där det har yrkats om lagstiftning angående ekonomiskt förtal framlagts.⁴⁹ I början av 1990-talet skrevs några motioner angående pressetik, där skydd för förtal av juridiska personer efterfrågades.⁵⁰ Inget av fallen har emellertid varit framgångsrika.⁵¹

3.3.3 Sanktioner

Påföljden för förtal är böter enligt BrB 5:1 och för grovt förtal böter eller fängelse i högst två år enligt BrB 5:2. Som har konstaterats ovan, finns det inga stadganden angående förtal av juridiska personer och i enlighet med nuvarande rättsläge kommer därför inga straffrättsliga sanktioner ifråga. Juridiska personer är inte omnämnda i TF:s stadgande om förtal och således aktualiseras varken tryckfrihetsrättsliga eller yttrandefrihetsrättsliga

⁴⁴ SOU 1966:71

⁴⁵ SOU 1968:58

⁴⁶ Prop. 1970:57

⁴⁷ Motionerna I:835, I:1171 och I:1380

⁴⁸ 3 LU 1970:45 s 88

⁴⁹ Motionerna 1971:646; 1972:913; 1974:196; 1975:200; 1975:1125; 1978:418

⁵⁰ Motionerna 92/93:K408; 93/94:K428 och 94/95:K411

⁵¹ Se t.ex. justitieutskottets betänkanden 1971:22 och 1972:21

sanktioner. Vad beträffar handlande som strider mot TF och YGL gäller att endast straffbara handlingar leder till skadeståndsskyldighet.⁵²

3.4 Sammanfattning

Utformningen av förtalsreglerna har varit föremål för mycken diskussion. Från flera håll har lagstiftning om ekonomiskt förtal förordats, dock utan att ha lett till resultat. Under den senare delen av 1900-talet tycks emellertid debatten ha avstannat. Ännu har inget straffstadgande om ekonomiskt förtal av juridiska personer införts.

4 Svartlistning och skadeståndsrätt

4.1 Inledning

Eftersom varken straffrättsliga, tryckfrihetsrättsliga eller yttrandefrihetsrättsliga sanktioner mot svartlistning av företag är aktuella, uppkommer följaktligen frågan om det finns andra möjligheter till upprättelse med anledning av svartlistning, eller inte. Inom skadeståndsrätten är det SkL 2:4, ren förmögenhetsskada, som bör undersökas närmare.

4.2 Ren förmögenhetsskada

4.2.1 Inledning

Skada p.g.a. svartlistning utgör en s.k. ren förmögenhetsskada, d.v.s. en ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada.⁵³ Ersättning för sådan skada sker om den vållats genom brott, vilket framgår av SkL 2:4. Detta synsätt kan tyckas vara mindre lämpligt med tanke på att skadestånd fyller även andra funktioner, exempelvis kostnadsfördelning. Vad beträffar ärekränkingsbrotten bör det observeras att det i flera andra länder är vanligt att förutsättningarna för skadeståndstalan bestäms utan hänsyn till straffbarheten. Inom vissa rättsområden, exempelvis

⁵² Hellner, Skadeståndsrätt s 76

⁵³ SkL 1:2

immaterialrätten, har det skett en utveckling så att skadeståndsansvaret inte har samband med straffansvaret. Där finns istället en uttrycklig lagregel om skadestånd.⁵⁴

4.2.2 Bakgrund

Traditionellt sett har rätten till skadestånd vid ren förmögenhetsskada varit starkt knuten till straffrätten i Sverige. Det faktum att det krävs att skadan skall ha föregåtts av brott, den s.k. spärregeln i SkL 2:4, har sitt ursprung i A.O. Winroths arbeten i början av 1900-talet. Trots att han var medveten om att det ligger olika intressen bakom straff och skadestånd, argumenterade han för kopplingen till de säkra rättskällor som straffrättsreglerna utgör. Hans verk har fått stor betydelse för skadeståndsrätten under större delen av 1900-talet. Kleineman påpekar emellertid att man inte med säkerhet kan fastställa att Winroths åsikter representerar dåtidens gällande rätt med möjlighet till e contrario-slut, utan snarare att spärregeln ansågs vara en allmän princip.⁵⁵

Karlgren var däremot mer negativ till en spärregel.⁵⁶ Han föreföll något förvånad över utformningen av SkL 2:4 och över att det ansågs vara en kodifiering av gällande rätt.⁵⁷ Även i övrigt kan konstateras att spärregeln inte var allmänt accepterad i doktrinen.⁵⁸ Vad beträffar rättspraxis, finns det ett par vägledande fall som talar för att spärregeln ansågs gälla.⁵⁹ Samtidigt finns det flera fall där ersättning medgivits utan stöd i lag.⁶⁰

4.2.3 Gällande rätt – möjligheter för svartlistade företag

Anledningen till att jag har valt att studera bakgrunden till den nuvarande lagstiftningen så noggrant, är att den ger en ökad förståelse för varför man skulle kunna argumentera för rätten till skadestånd enligt SkL för svartlistade företag. Rättsläget är inte så klart som det vid en första anblick kan tyckas vara. Den s.k. spärregeln kodifierades först i och med den nuvarande skadeståndslagens införande. Lagstiftaren var vid SkL:s tillkomst medveten om oenigheten vad beträffar spärregeln i doktrinen och kände till att det i praxis fanns fall där skadestånd utdömts utan att brott förelåg. Trots utformningen av SkL 2:4, var avsikten inte att hindra att skadestånd i vissa fall utdöms även då brott inte

⁵⁴ Hellner, Skadeståndsrätt s 61 ff

⁵⁵ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 84 ff och s 100

⁵⁶ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 108 ff

⁵⁷ Karlgren, Skadeståndsrätt s 107 och Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 115 ff

⁵⁸ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 117 ff

⁵⁹ NJA 1925 s 85 och NJA 1935 s 300; Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 212 ff

föreligger. E contrario-slut strider därför mot förarbetena. Tanken var att det i rättstillämpningen skall avgöras i vilken utsträckning ersättning bör utgå.⁶¹ I praktiken har emellertid införandet av den aktuella rättsregeln medfört att spärregeln blivit i det närmaste absolut.⁶²

Det finns rättsfall från tiden före SkL där skadestånd för ren förmögenhetsskada utdömts utan att brott förelegat. Lagstiftaren har utgått ifrån att denna tidigare praxis skall gälla även efter det att SkL har trätt i kraft.⁶³ Även efter spärregelns kodifiering, finns det dock exempel på rättsfall som medger ersättning utan stöd i lag.⁶⁴

Eftersom kopplingen mellan skadestånd och straff är så stark, ter sig de möjligheter som svartlistade företag har att få skadestånd små. Eftersom e contrario-slut av SkL 2:4 emellertid inte var avsedda, som nämnts ovan, skulle man kunna försöka argumentera för skadestånd på grund av ekonomiskt förtal, men torde ha endast en liten möjlighet till framgång. Kleineman har uppmärksammat bristerna i skyddet för ekonomiskt förtal och anser att det är ett argument för att en rättsutveckling i praxis är nödvändig, för att frigöra sig från spärregeln. Samtidigt påpekar han att det i så fall fordras en förändrad syn på möjligheten att utveckla rätten på det sättet.⁶⁵ Som det ser ut nu finns det möjlighet till skadestånd i kontraktuella förhållanden, vid brott och då det finns speciallagstiftning att tillgå, exempelvis i associationsrätten, konkurrensrätten och immaterialrätten.

4.3 Sammanfattning

Kopplingen mellan skadeståndsrätten och straffrätten har traditionellt sett varit stark i Sverige. Den s.k. spärregeln har emellertid varit omtvistad i såväl praxis som doktrin. Det kan konstateras att det teoretiskt sett torde kunna vara möjligt för svartlistade företag att få skadestånd, men att det, framför allt efter spärregelns kodifiering, visat sig vara betydligt svårare i praktiken.

⁶⁰ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 247

⁶¹ Prop. 1972:5 s 568

⁶² Bernitz, Festskrift till J.Hellner, s 119 och Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare, s 104; Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 141 och s 247

⁶³ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 139 och s 227 ff; Bernitz, Festskrift till J.Hellner s 118

⁶⁴ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 247 f och NJA 1987 s 692, NJA 1996 s 700, NJA 1998 s 520, m.fl.

⁶⁵ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 286 och s 575

5 Svartlistning och marknadsrätt

5.1 Inledning

Det har ovan konstaterats att straffrätten inte erbjuder svartlistade företag rättsligt skydd. Sannolikt gäller detsamma skadeståndsrätten i de flesta fall. Det återstår därför att utvärdera om det finns möjlighet till skydd i marknadsrätten.

5.2 Marknadsföringslagen

5.2.1 Inledning

Som nämnts tidigare i kapitlet om straffrätt och svartlistning, har det lagts fram förslag om ett stadgande om ekonomiskt förtal i marknadsrättslagstiftningen. Förslaget gick inte igenom, eftersom långt ifrån alla fall skulle ha täckts. Det ansågs mer ändamålsenligt att i så fall införa en sådan regel exempelvis i BrB.⁶⁶ Det finns emellertid konkreta regler som kan tillämpas i vissa fall av svartlistning. I det följande skall reglerna om otillbörlig marknadsföring i MFL undersökas närmare.

5.2.2 Otillbörlig marknadsföring och svartlistning

Ett grundläggande krav på all marknadsföring är att den stämmer överens med god marknadsföringssed och att den är tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.⁶⁷ Förutom i 4 § - generalklausulen, uttrycks det närmare i den s.k. katalogen i MFL.⁶⁸

Ett stadgande som ger visst skydd mot ekonomiskt förtal, exempelvis i form av svartlistning, och därmed kan tillämpas i vissa svartlistningsfall är 6 § MFL om vilseledande reklam. Förutsättningen för tillämpning är att det rör sig om en näringsidkare som sprider oriktiga eller vilseledande uppgifter om en konkurrents produkter, tjänster eller verksamhet i sin marknadsföring. Även sanna uppgifter kan angripas om de exempelvis på grund av framställningen är vilseledande eller på annat sätt

⁶⁶ Se bl.a. SOU 1972:88

⁶⁷ MFL 3 och 4 §§

⁶⁸ Svensson, Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt s 57 ff

är onödigt misskrediterande. I sistnämnda fall tillämpas istället 4 § MFL.⁶⁹ Det skall dock observeras att s.k. jämförande reklam som huvudregel är tillåten när den baserar sig på korrekta uppgifter. Internationella handelskammaren (ICC) har samma inställning till misskreditering av företag, vilket lägger ytterligare tyngd bakom reglerna.⁷⁰

Eftersom tillämpning av lagen endast kommer ifråga när det rör sig om förehavanden mellan näringsidkare i marknadsföringssammanhang, har skyddet mot svartlistning och liknande företeelser en begränsad räckvidd. Samtliga fall där näringsidkare agerar i andra än marknadsföringssammanhang utesluts. Likaså faller de fall där exempelvis privatpersoner, organisationer eller massmedia ligger bakom misskrediteringen utanför MFL:s tillämpning. Som nämnts ovan i bakgrundskapitlet om svartlistning, innebär Internets framväxt med ökade kommunikationsmöjligheter som följd att även exempelvis enskilda personer lätt och till liten kostnad kan sprida felaktiga uppgifter. Med det i åtanke ter sig MFL:s skydd otillräckligt.

5.2.3 Sanktioner

De sanktioner som kan komma att aktualiseras i MFL är flera. Att närmare gå in på dem alla, skulle ta alltför mycket utrymme i anspråk. Vad som är utmärkande för MFL är det relativt nya stadgandet om marknadsstörningsavgift. Den är lägst fem tusen kronor och högst fem miljoner kronor och utdömes vid uppsåtlig eller oaktsam överträdelse av reglerna i katalogen som stör marknadsfunktionen. Vid överträdelse av generalklausulen aktualiseras förbudsregeln i 14§. Därutöver kan exempelvis ett åläggande om att lämna information och skadestånd komma ifråga.⁷¹

5.2.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan konstateras att det i MFL:s regler om otillbörlig marknadsföring finns visst skydd mot svartlistning. Kravet på att det skall röra sig om näringsidkare i marknadsföringssammanhang, för att lagen skall kunna tillämpas, innebär emellertid en avsevärd begränsning.

⁶⁹ Svensson, Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt s 60 och s 216 ff

⁷⁰ ICC:s grundregler för reklam, artikel 7

⁷¹ Svensson, Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt s 51 ff

5.3 Varumärkesrätt

5.3.1 Inledning

Som nämnts tidigare var det i första hand med utgångspunkt i varumärkesrätten som jag inledde mina undersökningar angående skydd mot svartlistning för företag. Från att huvudsakligen ha varit avsedda att skydda och underlätta för konsumenter, har det skett en utveckling mot att i allt större utsträckning se det ekonomiska värdet i varumärkena. Det innebär att skydd mot de företeelser som medför en goodwillförlust blir allt viktigare att uppmärksamma. Därtill har en mängd nya företeelser, där varumärkeslagen kan vara tillämplig, tillkommit i och med internets framväxt. Det kan ifrågasättas om lagstiftningen verkligen motsvarar skyddsbehovet med tanke på de internetrelaterade företeelser som har uppstått och det förändrade synsättet på varumärkesrätten.

Efter att översiktligt ha redogjort för huvuddragen i varumärkesrätten, kommer jag att behandla några intressanta fall av smutskastning av företag i syfte att undersöka om skydd mot varumärkesintrång föreligger och samtidigt peka på de brister som jag anser finns i VmL.

5.3.2 Varumärkesrättslig översikt

5.3.2.1 Lagstiftning

Den nationella lagstiftningen utgörs av VmL som har tillkommit genom nordiskt samarbete och på senare år även har EG-harmoniserats. I och med den omfattande utrikeshandeln är varumärkesrätten mycket internationell och bestämmelser på den här nivån återfinns exempelvis i Pariskonventionen (PK), Madridarrangemanget och TRIPs. Det skall tilläggas att det numera finns möjlighet till varumärkesregistrering på såväl EU-nivå som internationell nivå.⁷²

5.3.2.2 Syften och funktioner

Varumärkesrätten skiljer sig från exempelvis upphovsrätten och patenträtten genom att det huvudsakligen ligger ekonomiska intressen bakom lagstiftningen. Varumärken är av största betydelse för distribution och marknadsföring av varor och tjänster och kan utgöra

⁷² Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt s 289 ff

en av företagens värdefullaste tillgångar.⁷³ De utgör ett konkurrensmedel för företagen och används till att symbolisera, framhäva och särskilja de egna produkterna från konkurrenternas. Dessutom kan varumärken spela en avgörande roll för varornas image och är bärare av den eventuella goodwill som företaget har lyckats arbeta upp. Samtidigt kan de ha en viss konkurrensbegränsande effekt, eftersom märkta varor anses mindre utbytbara än omärkta.

För konsumenterna innebär användandet av varumärken att produkterna lättare identifieras. Om varumärken inte hade funnits, hade utbudet av varor sannolikt varit oöverskådligt. Dessutom underlättar de för konsumenterna att sammankoppla olika slag av varuinformation, såsom reklam, andras erfarenheter av varorna, osv.⁷⁴

5.3.2.3 Huvuddragen i VmL

Skydd enligt VmL uppkommer genom registrering eller inarbetning. Nationell registrering utförs efter ansökan av Patent- och registreringsverket (PRV) och internationell registrering ansvarar WIPO⁷⁵ för i enlighet med Madridprotokollet. Därutöver finns även gemenskapsvarumärken.⁷⁶ De krav som ställs för att ett varumärke skall anses vara inarbetat är för det första att det skall vara taget i bruk. För det andra skall det här i landet inom en betydande del av den krets som märket riktar sig till, blivit känt som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet.⁷⁷

Vad beträffar skyddsobjektet, varumärket, krävs det att det har särskiljningsförmåga.⁷⁸ Det innebär att det skall ha ett särdrag och exempelvis inte vara deskriptivt eller framstå som en beteckning på varan. Övriga krav framgår av VmL 14 §.⁷⁹ Skyddsobjektet kan vara antingen en fysisk eller en juridisk person.⁸⁰

Inarbetning och registrering resulterar i att en ensamrätt uppstår. Dess omfattning framgår av VmL 4-6 §§. Innehavaren av varumärket kan hindra andra att i näringsverksamhet

⁷³ Bernitz m.fl., Immaterialrätt s 3

⁷⁴ Bernitz m.fl., Immaterialrätt s 164 f

⁷⁵ World Intellectual Property Organisation

⁷⁶ Bernitz m.fl., Immaterialrätt s 171

⁷⁷ Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt s 304 f; Bernitz m.fl., Immaterialrätt s 172 ff och VmL 2 § 3 st.

⁷⁸ VmL 1 § 2 st.

⁷⁹ Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt s 312 ff; Bernitz m.fl., Immaterialrätt s 176 ff

⁸⁰ Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt s 317

använda ett förväxlingsbart kännetecken. Det är viktigt att uppmärksamma näringsverksamhetskravet som gäller i hela varumärkesrätten. Därtill ställs ett krav på användning. Varumärken anses vara förväxlingsbara när både märkeslikhet och varuslagslikhet föreligger. Märkena skall med andra ord vara, om inte identiska så i alla fall så lika att de kan förväxlas och angå varor av samma eller liknande slag. Det skall dock påpekas att det vid värderingen av förväxlingsbarheten görs en helhetsbedömning där hänsyn även tas till exempelvis faktisk användning och inarbetning. Den som bryter mot VmL 4 och 6 §§ begår varumärkesintrång.⁸¹

Viktigt att lägga märke till är att det finns undantag från huvudregeln om att förväxlingsbara märken skall röra samma eller liknande varuslag. Väl ansedda varumärken har en särskild ställning.⁸² Vid intrångsbedömningen läggs särskild vikt vid om det har dragits otillbörlig fördel av varumärket och om det har medfört skada. Skyddsbehovet för väl ansedda varumärken är större, eftersom risken är stor att de utnyttjas på ett illojalt sätt. Sådan användning kan få allvarliga konsekvenser och kan i värsta fall leda till degeneration av varumärket.⁸³

5.3.3 Varumärkesrätt och svartlistning

5.3.3.1 Inledning

Mot bakgrund av den översiktliga redogörelse av varumärkesrätten som gjorts i föregående avsnitt, skall i det följande resoneras kring huruvida olika företeelser som kan svärta ned ett företags rykte kan anses utgöra varumärkesintrång. Det har visat sig att det inte är svartlistning utan främst andra former av smutskastning av företag som är av intresse på det här området. De finns i stor utsträckning på Internet⁸⁴ och det råder därför stor osäkerhet om varumärkeslagens tillämpning i många fall.

5.3.3.2 Domännamn

På senare tid har det förekommit ett antal fall där någon registrerar annans varumärke som domännamn, exempelvis ikea.com och arla.com. En mängd frågor har uppstått vad beträffar domännamn och varumärkesrätt, t.ex. på grund av att det endast finns möjlighet

⁸¹ Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt s 320 ff och Bernitz m.fl., Immaterialrätt s 184 ff

⁸² VmL 6 § 2 st.

⁸³ Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt s 333 ff och 343 f

att registrera samma varumärke en gång oavsett om det rör sig om samma slags produkter och oavsett om de geografiskt sett är skilda åt eller inte. Dessutom är det tillåtet att låta registrera exempelvis beskrivande kännetecken som domännamn, vilket inte är möjligt för ”vanliga” varumärken.⁸⁵ Att närmare gå in på de här problemen skulle ta alltför mycket utrymme i anspråk och dessutom falla utanför ramen för uppsatsen. Jag kommer därför att koncentrera mig på de domännamnsproblem som har samband med svartlistning och annan smutskastning av företag.

Väl ansedda varumärken anses särskilt skyddsvärda som nämnts tidigare.⁸⁶ Att någon registrerar ens varumärke kan få allvarliga följder, eftersom man själv inte har kontroll över i vilka sammanhang varumärket används. Ett tydligt exempel på hur utsatta välkända namn är, är fallet med domännamnet madonna.com som registrerades av en affärsman för att sprida pornografi.⁸⁷ I de fall där någon registrerar annans varumärke som domännamn, kan man konstatera att själva registreringen inte utgör intrång. Det ställs nämligen krav på användning och dessutom skall näringsverksamhetskriteriet vara uppfyllt.⁸⁸ När det rör sig om ett väl ansett varumärke, aktualiseras VmL 6 § 2 st. där det inte ställs krav på varuslagslikhet och man istället fokuserar på den eventuella otillbörliga fördel som domäntjuven kan få. Det anses då finnas viss möjlighet att hävda att varumärkesintrång föreligger, om man kan fastställa att domäntjuvarna exempelvis har för avsikt att hyra ut eller sälja domännamnet – användnings- och näringsverksamhetskravet är uppfyllt. Att göra gällande varumärkesintrång enligt VmL 6 § 1 st. vad beträffar ”vanliga” varumärken, med andra ord de som inte klassas som väl ansedda, torde emellertid i de flesta fall vara betydligt svårare framför allt på grund av kravet på varuslagslikhet.⁸⁹

Det har förekommit fall där ”vanärade” domännamn, såsom WalMart-Sucks.com, har registrerats. I nämnda fall fastslog WIPO:s domstol att förväxlingsrisk förelåg och att Wal-Mart Stores hade rätt till namnet.⁹⁰ I andra liknande fall har WIPO emellertid haft

⁸⁴ Allmänt om varumärken på internet: ”Study on Use of Trademarks in the Internet” (WIPO) – www.wipo.int/eng/document/sct/doc/sct2_9.doc

⁸⁵ Lundberg, Internet, domännamn och svensk rätt s 66 ff

⁸⁶ Se avsnitt 5.3.2.3

⁸⁷ Svenska Dagbladet, ”Madonna segrade över porrhemside”, 2000-10-18

⁸⁸ Lindberg och Westman, Praktisk IT-rätt s 220 f

⁸⁹ Lundberg, Internet, domännamn och svensk rätt s 86 ff

⁹⁰ <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0477.html>

motsatt uppfattning.⁹¹ Frågan är om dessa fall av smutskastning av ett varumärke, skall anses utgöra intrång enligt VmL. Att förväxlingsrisk med varumärket WalMart föreligger är troligt. Att det finns risk för association, som i svensk rätt är en del av förväxlingsbedömningen,⁹² är ännu troligare. Vad som kvarstår att utreda är om näringsverksamhets- och användningskravet är uppfyllt. Rör det sig om ett väl ansett varumärke ökar möjligheterna betydligt, eftersom det inte ställs krav på varuslagslikhet.

5.3.3.3 Dolda sökord, m.m.

I övrigt kan företeelser såsom dolda sökord, länkar och framing bidra till att svärta ned ett företags rykte. Vad beträffar förstnämnda företeelse, dolda sökord eller metataggar, kan det exempelvis förekomma att webbsidor med pornografiskt innehåll, lockar till sig läsare genom att lägga in ett företags varumärke som dolt sökord på webbsidan. Den dominerande uppfattningen verkar vara att det är användning av annans varumärke och om kravet på näringsverksamhet är uppfyllt, d.v.s. om t.ex. ett företag ligger bakom webbsidan, torde varumärkesintrång föreligga. Det skall dock tilläggas att hänvisningar på en webbsida till annans varumärke är tillåten, även om det innebär att man vid sökning av varumärket via vissa sökmotorer på så vis får träff på den aktuella webbsidan.⁹³ Det kan exempelvis röra sig om jämförande reklam. En förutsättning för att det skall vara tillåtet är emellertid att det ligger ett lojalt intresse bakom jämförelsen.⁹⁴

5.3.3.4 VmL:s sanktioner

Immaterialrätten är ett av de rättsområden där skadeståndsansvaret inte har något samband med straffansvaret, vilket annars är huvudregeln för ren förmögenhetsskada inom skadeståndsrätten.⁹⁵ Det finns istället en uttrycklig lagregel om skadestånd.⁹⁶ Därutöver kan bland annat böter, fängelse och förbud vid vite att fortsätta med intrånget utdömas.⁹⁷ Det skall uppmärksammas att det inte enligt VmL är möjligt att fastställa vem som har rätt till ett domännamn, vilket borde vara av stort intresse för det drabbade

⁹¹ <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions>

⁹² Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt s 321

⁹³ Lindberg och Westman, Praktisk IT-rätt s 221

⁹⁴ Bieniaszewski Sandberg, Goodwillskyddet enligt immaterialrätt och marknadsrätt s 32

⁹⁵ SkL 2:4 och Hellner, Skadeståndsrätt s 62

⁹⁶ Levin, Noveller i varumärkesrätt s 187 ff

⁹⁷ VmL § 37 ff

företaget.⁹⁸ En sådan möjlighet finns emellertid vid tvistlösning genom WIPO:s domstol.⁹⁹

5.3.3.5 *Sammanfattning*

Som inledningsvis nämnts, medför det faktum att varumärkets ekonomiska värde värdesätts allt högre, att skydd mot de företeelser som medför nedsvärtning av ett företags rykte blir allt viktigare att uppmärksamma. Även inom detta rättsområde spelar Internets framväxt en avgörande roll. Som förklarats ingående i tidigare kapitel, innebär Internet ökade kommunikationsmöjligheter och att även privatpersoner kan ha stort inflytande. Det kan konstateras att det grundläggande näringsverksamhetskravet därför innebär en begränsning av skyddet mot varumärkesintrång, eftersom även exempelvis organisationers och privatpersoners användning av förväxlingsbara kännetecken kan få allvarliga konsekvenser. Vad beträffar de nya företeelser som växer fram på Internet, kan det dessutom vara svårt att fastställa om näringsverksamhetskravet är uppfyllt. Definitionssvårigheter gäller även beträffande bedömningen av om användningskravet är uppfyllt eller inte. Med andra ord saknas skydd mot varumärkesintrång vad gäller ett flertal företeelser.

Ett antal exempel på företeelser där risk för goodwillförlust för de drabbade företagen finns, har genomgått. Vad beträffar domännamn, finns det störst möjlighet att konstatera att varumärkesintrång föreligger i de fall där det rör sig om väl ansedda varumärken. Många gånger kan man nämligen fastställa att domäntjuven har för avsikt att exempelvis försälja eller hyra ut domännamnet och såväl näringsverksamhets- som användningskravet anses därmed vara uppfyllt. Dessutom föreligger inget krav på varuslagslikhet, vilket utesluter intrång för ”vanliga” varumärken i de flesta fall. Dolda sökord och hänvisningar till andras varumärken har också tagits upp.

⁹⁸ Lundberg, Internet, domännamn och svensk rätt s 89 f

⁹⁹ www.arbiter.wipo.int

6 Sammanfattande analys

6.1 Inledning

Efter att ha ägnat tre kapitel åt att undersöka olika, för svartlistning och andra former av otillbörlig smutskastning, relevanta rättsområden, skall jag i det följande föra ett de lege ferenda-resonemang. Bör reglerna om förtal, ren förmögenhetsskada och olika marknadsrättsliga stadganden förändras på något sätt i syfte att bättre tillgodose behovet av skydd mot svartlistning?

6.2 Är nuvarande skydd mot svartlistning tillfredsställande?

Genomgången av de olika relevanta rättsområdena har visat att skyddet mot svartlistning är begränsat. Juridiska personer skyddas överhuvudtaget inte mot förtal. Skadestånd med anledning av ren förmögenhetsskada torde sannolikt inte utgå i de allra flesta fall. MFL ger visserligen skydd men bara då det rör sig om två näringsidkare och svartlistningen sker i samband med marknadsföring. För liknande företeelser som orsakar goodwillförlust, såsom otillbörligt utnyttjande av annans väl ansedda varumärke, är VmL i vissa fall tillämplig. Bland annat kravet på näringsverksamhet innebär dock en begränsning.

I bakgrundskapitlet konstaterades att svartlistning och liknande företeelser utgör ett problem för företagen i större utsträckning än tidigare i och med Internets framväxt och de därmed ökade kommunikationsmöjligheterna. Dessutom bidrar de immateriella värdenas ökade betydelse till att problemet förstoras. Samtidigt kan svarta listor vara mycket positivt från konsumentsynpunkt. Av största vikt, för både företag och konsumenter, är emellertid att listorna ger korrekt information. Det är av samhällsintresse att obefogad svartlistning inte förekommer. Det bör i lag finnas regler som motverkar obefogad svartlistning.

Eftersom det har visat sig att skyddet mot svartlistning och andra liknande företeelser är bristfälligt¹⁰⁰ och att det finns behov av skydd, uppkommer följaktligen frågan hur man skulle kunna förändra den nuvarande lagstiftningen så att företagens behov av skydd bättre tillgodoses. Det bästa anser jag vore om man kunde skapa ett kraftfullt skydd som täcker så många situationer som möjligt. Såsom redan föreslagits vid ett flertal tillfällen i samband med brottsbalkens införande, skulle ett stadgande om ekonomiskt förtal kunna vara en lösning på problemet.

6.3 Förslag till skydd mot svartlistning

6.3.1 Ekonomiskt förtal

Långt tillbaka i tiden ansågs ärekränkingsbrottet vara av stor betydelse, vilket bland annat den rikhaltiga doktrinen på området visar. I och med industrisamhällets framväxt, fokuserades emellertid allt mer på produktionen och ärekränkingsbrottens betydelse minskade något. I samband med brottsbalkens tillkomst blev debatten mer intensiv och ett utökat ärekränkingskapitel var angeläget för många. Ett stadgande om ekonomiskt förtal föreslogs upprepade gånger, dock utan att ge resultat. Därefter verkar debatten ha avstannat. Man kan emellertid skönja en viss förändring på senare år. De mjuka värdena, såsom image och etik, värderas högre. För dagens företagare är inte längre endast produktionen avgörande. Att vårda de immateriella värdena kan vara lika viktigt, om inte viktigare. Att kommunikationsmöjligheterna kraftigt har ökat på senare tid i och med Internet, som nämnts flera gånger tidigare, är ytterligare en anledning till att frågor kring ryktesspridning är aktuella. Därför torde det nu vara rätt tidpunkt att återigen föra en debatt om förtalsbrottets utformning.

Kan ett stadgande om ekonomiskt förtal vara lösning på problemet med det bristfälliga skyddet mot svartlistning och andra företeelser med badwill som följd? Hur bör regeln vara utformad?

För det första kan man fråga sig om ett skydd för företag mot ”vanlig” ärekränkning bör införas. I litteraturen är meningarna delade. Nelson anser att ärekränkning endast avser den moraliska värderingen av en människa och att kollektiva enheter därför inte kan

¹⁰⁰ Se även: Bieniaszewski Sandberg, Goodwillskyddet enligt svensk immaterialrätt och marknadsrätt s 69

komma ifråga för ärekränkning. Thyren däremot gör skillnad på kollektiva enheters subjektiva och objektiva ära och menar att den sistnämnda är skyddsvärd. Med subjektiv ära avses någons hederskänsla eller självkänsla och objektiv ära är detsamma som anseendet.¹⁰¹

Vikten av att den fria kritikrätten bevaras är ett ofta återkommande argument emot att ett stadgande om ärekränkning av kollektiva enheter införs. Som Nelson påpekar, är olika slags kollektiva enheter dock olika mycket utsatta, vilket spelar en avgörande roll vid en avvägning mellan yttrandefrihetsaspekter och skyddsbehov.¹⁰² Vad beträffar kollektiva enheter utan vinstintresse, exempelvis organisationer, skulle en lämplig avvägning kunna resultera i ett skydd för anseendet, den objektiva äran, i de fall där det rör sig om sanningslösa påståenden som inte föregåtts av någon närmare undersökning.¹⁰³ Man skall dock observera att kollektiva enheters möjligheter att offentligt försvara sig bör vägas in i bedömningen. Verkligheten har förändrats sedan dessa resonemang fördes. Numera är skillnaden mellan kollektiva enheters och enskilda personers möjligheter att sprida information inte lika stor som den var på 1950-talet, vilket kan föranleda annorlunda bedömningar. Tidigare kunde kollektiva enheter lättare än den enskilde nå ut till allmänheten exempelvis i syfte att dementera ett rykte. Tillgången till Internet har emellertid inneburit en förändring. Den enskildes möjligheter har förbättrats. Eftersom maktförhållandena har blivit jämnare, finns det inte längre ett lika tungt argument emot ett skydd för den objektiva äran för kollektiva enheter.

Svarta listor och liknande företeelser kränker inte ett företag i subjektiv mening. Vad beträffar anseendet, den objektiva äran, skulle man efter en avvägning mellan yttrandefrihetsaspekter och skyddsbehov kunna dra samma slutsats som vad beträffar kollektiva enheter utan vinstintresse. Med andra ord skulle man kunna komma fram till att skyddsbehov föreligger, trots företagets möjligheter att offentligt försvara sig. Den avgörande skillnaden vad gäller företag i förhållande till kollektiva enheter utan vinstintresse är att en ärekränkning, där anseendet objektivt sett sjunkit, torde få ekonomiska konsekvenser i de allra flesta fall. Man kan ifrågasätta om de fall av objektiv ärekränkning som inte får ekonomiska återverkningar är skyddsvärda. Begränsningar i

¹⁰¹ Nelson, Rätt och ära s 234 ff; Wetter, Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s 558 ff; SOU 1953:14 s 214

¹⁰² Nelson, Rätt och ära s 238 f

¹⁰³ Wetter, Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s 564 ff; SOU 1953:14 s 218f; Nelson, Rätt och ära s 238 f

yttrandefriheten bör undvikas i så stor utsträckning som möjligt. Min uppfattning är därför att det är tillräckligt att införa ett stadgande om ekonomiskt förtal, där en av förutsättningarna för att brott skall föreligga är att förtalet har lett till ekonomisk skada.

Vid utformningen av stadgandet om ekonomiskt förtal är det viktigt att tillse att svartlistningens positiva funktioner inte hämmas. De listor som bygger på korrekt information får anses vara en positiv företeelse och skall därför inte vara olagliga. I samband med att ett stadgande om ekonomiskt förtal tidigare utreddes, drog man efter en avvägning av yttrandefrihetsaspekter och skyddsbehov, slutsatsen att endast sanningslösa uppgifter borde vara straffbara.¹⁰⁴

Att ställa ett absolut krav på sanning för att undgå straff torde emellertid vara att gå alltför långt. Min uppfattning är att det är mer ändamålsenligt att svaranden tvingas visa att en tillräckligt objektiv undersökning ligger till grund för uppgifterna. Därigenom äventyras inte det allmänna behovet av att svartlistor upprättas, så länge som den som gör listorna kan visa att han är seriös. För att ytterligare försäkra sig om att inget orimligt resultat uppstår i det enskilda fallet, skulle man kunna tillägga att skäl som innebär att uttalandet med hänsyn till omständigheterna är försvarligt medför att ansvar för ekonomiskt förtal inte utdöms.

Vidare uppkommer frågan var ansvaret skall regleras. Straffrättskommittén argumenterade, i samband med BrB:s införande, för att ett stadgande om ekonomiskt förtal bör höra hemma i lagstiftningen om förmögenhetsbrott.¹⁰⁵ Departementschefen menade däremot att lagstiftningen om illojal konkurrens vore en lämpligare hemvist för stadgandet, eftersom det främst rör förhållandet mellan näringsidkare.¹⁰⁶ Lagrådet påpekade att inte endast näringsidkare sprider osanna uppgifter om varandra, utan att även privatpersoner kan ligga bakom uppgifterna. Av den anledningen menade lagrådet att en reglering i lagstiftningen om illojal konkurrens inte är att rekommendera. Istället förordades att stadgandet om ekonomiskt förtal infördes i ärekränkingskapitlet i

¹⁰⁴ SOU 1953:14 s 280 f; Wetter, Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s 563 f; Nelson, Rätt och ära 238 f

¹⁰⁵ SOU 1953:14 s 278 ff

¹⁰⁶ Prop. 1962:10 s B 52

brottsbalken.¹⁰⁷ Lagrådets åsikt anser jag vara den bästa, med tanke på att man på så sätt uppnår en ändamålsenlig räckvidd.

Vad beträffar ändringar i lagstiftningen, skall påpekas att förslaget om ett stadgande om ekonomiskt förtal i BrB även föranleder ett förslag till ändring i TF.

Fördelen med ett stadgande om ekonomiskt förtal är att det kan täcka in många olika företeelser. Klara fall av svartlistning som t.ex. CINT omfattas, om det på webbplatsen exempelvis skulle förekomma otillbörlig och inkorrekt information. Detsamma gäller förtäckt svartlistning, t.ex. GP:s recension av restauranger. Likaså torde andra sorters otillbörlig smutskastning, såsom exempelvis registrering av vanärande domännamn och fallet med newstatoil.com, omfattas av ekonomiskt förtal. Det är av stor vikt att noga överväga ordalydelsen i syfte att täcka in alla relevanta företeelser, med andra ord undvika att någon liknande företeelse med samma negativa ekonomiska effekt faller utanför tillämpningsområdet.

6.3.2 Ren förmögenhetsskada

Vad beträffar regeln om ren förmögenhetsskada i SkL 2:4, är kopplingen mellan skadestånd och straff stark. Skyddet för svartlistade företag är således mycket begränsat, eftersom något brott i form av ekonomiskt förtal i nuläget inte föreligger. Frågan är om en förändring av skadeståndslagstiftningen skulle vara en bättre lösning på skyddsproblemet än införandet av ett stadgande om ekonomiskt förtal i BrB.

Så är sannolikt inte fallet. Ett stadgande om ekonomiskt förtal har stor räckvidd och skulle täcka in en stor del av svartlistningen och liknande företeelser. Möjligtvis skulle man kunna fundera över om en förändring av SkL 2:4 skulle kunna utgöra ett lämpligt komplement till förslaget om ekonomiskt förtal. Om brottet ekonomiskt förtal införs, utgår emellertid skadestånd enligt SkL 2:4.

Att försöka utforma en ny ersättningsregel beträffande rena förmögenhetsskador, ter sig dessutom som en mycket mer komplicerad uppgift än att införa ett stadgande om ekonomiskt förtal. Detta innebär dock inte att jag inte anser att omformning av 2:4 SkL

¹⁰⁷ Prop. 1962:10 s B 429

vore lämplig. Det skall påpekas att för de företeelser som faller utanför tillämpningsområdet för brottet ekonomiskt förtal, utgår inget skadestånd. Kleineman förordar som nämnts tidigare en rättsutveckling i praxis för att en frigörelse från spärregeln skall äga rum. Problemet är att det i Sverige saknas en diskussion för formerna för en sådan rättsutveckling.¹⁰⁸ För att en förändring av rättsläget skall kunna uppnås, krävs det därför sannolikt att lagstiftaren ingriper, vilket jag anser vore bra. Att utvidga ansvaret för ren förmögenhetsskada till att även omfatta vissa icke-brottsliga fall, skulle motverka den rigiditet som präglar den nuvarande lagstiftningen.¹⁰⁹ Ursprungligen markerade skadeståndet främst att en handling var otillåten. Numera fyller det även t.ex. en kostnadsfördelande funktion, vilket talar för att kopplingen mellan straff och skadestånd inte borde vara så stark. Det kan dock fastställas att det är viktigt att vissa spärrkriterier kvarstår för att undvika att skadeståndsansvaret vid ren förmögenhetsskada växer okontrollerat. Eftersom skadeområdena skiljer sig från varandra och därför kräver olika kriterier, är det svårt att finna en bra generell lösning. Att bedöma varje område var för sig torde vara det mest ändamålsenliga.

6.3.3 Marknadsrätt

Det skydd som MFL erbjuder är som tidigare nämnts tämligen begränsat, eftersom den är tillämplig endast på näringsidkare i marknadsföringssammanhang. Att utöka skyddet så att även t.ex. organisationer och privatpersoner omfattas, har inte sin naturliga plats i marknadsrätten. Redan i samband med förslaget till lag om otillbörlig marknadsföring i slutet av 1960-talet, uttalades att skyddet mot ekonomiskt förtal behöver utökas men att BrB lämpar sig bättre för en sådan lagstiftning.¹¹⁰

Inte heller en förändring av skyddet i VmL skulle kunna ersätta ett stadgande om ekonomiskt förtal, eftersom VmL har ett begränsat tillämpningsområde. De ekonomiska intressen som ligger bakom varumärkena uppmärksammas allt mer, vilket inte skyddas fullt ut i VmL. Kravet på bland annat näringsverksamhet och användning för att varumärkesintrång skall föreligga, utgör en stor begränsning av skyddet.¹¹¹ Dessutom kan ifrågasättas om VmL:s sanktioner är tillfredsställande.¹¹² Jag skulle därför vilja uppmana

¹⁰⁸ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 245 och 286

¹⁰⁹ Kleinemans, Ren förmögenhetsskada s 574 ff

¹¹⁰ Prop. 1970:57 s 71

¹¹¹ Se avsnitten 5.3.3.2 och 5.3.3.5

¹¹² Se avsnitt 5.3.3.4

lagstiftaren till en översyn av de aktuella reglerna i VmL. Att tydliggöra vad som krävs för att användnings- respektive näringsverksamhetskravet skall anses vara uppfyllt, skulle förbättra förutsebarheten. Frågan är om man bör gå ett steg längre och göra ett undantag från näringsverksamhetskravet, eftersom även t.ex. privatpersoners användning av varumärken kan få stora konsekvenser för företagen i och med den nya informationstekniken. Därutöver bör övervägas om de nya problemen beträffande registrering av annans domännamn verkligen bäst passar in i varumärkeslagstiftningen. Att istället reglera problemen i marknadsföringslagstiftningen skulle kunna vara ett lämpligare alternativ.¹¹³

6.3.4 Ett globalt problem, ...

Även om det anses lämpligt med reglering på nationell nivå i form av ett stadgande om ekonomiskt förtal, står det klart att det rör sig om ett globalt problem. För att på ett kraftfullt sätt kunna ingripa emot oönskade nya företeelser i cyberspace, är nationell lagstiftning otillräcklig. Istället krävs ett agerande på ett internationellt plan. Ett första steg är emellertid att reglera på nationell nivå. Frågorna kring jurisdiktion finns inte möjlighet att redogöra för här.

Så länge det inte finns något stadgande om ekonomiskt förtal, får företagen svara med samma medel som deras motståndare - kommunikation. Efter en svartlistning finns det möjlighet att förbättra företagets anseende exempelvis genom att figurera på vita listor eller att göra annan PR för sig själv. Det gäller att använda de ökade kommunikationsmöjligheterna till sin egen fördel!

6.4 Sammanfattning

Efter att ha konstaterat att skyddet mot svartlistning är bristfälligt i nuvarande lagstiftning, kom jag fram till att ett stadgande om ekonomiskt förtal är den bästa lösningen på det växande problemet med svartlistning och liknande företeelser. Fördelen med en sådan reglering är bland annat att dess räckvidd är stor. Lagstiftning om ekonomiskt förtal har tidigare förespråkats av många framför allt i samband med införandet av den nya BrB. Sedan dess har en dylik lagstiftning blivit än mer aktuell i och

¹¹³ Lundberg; Internet, domännamn och svensk rätt s 92 f

med ökade kommunikationsmöjligheter och den högre värdesättningen av immateriella värden. Mot bakgrund av förslaget om en regel om ekonomiskt förtal, ter sig en förändring av SkL 2:4 inte lika angelägen. Om ekonomiskt förtal utgör brott, utgår nämligen skadestånd enligt SkL 2:4. Med tanke på de fall som faller utanför det föreslagna stadgandets tillämpning samt övriga rena förmögenhetsskador som inte föregåtts av brott, vore emellertid en översyn av ersättningsmöjligheterna för sådana skador lämpliga. För att åstadkomma en förändring av rättsläget, torde ett ingripande av lagstiftaren vara nödvändig. Att vissa spärkkriterier kvarstår och att de olika skadeområdena bedöms för sig anser jag vara det mest ändamålsenliga. Vad beträffar marknadsrätten innebär VmL:s krav på näringsverksamhet och användning en begränsning av vad som anses utgöra varumärkesintrång. Eftersom fokus läggs på de ekonomiska intressena bakom varumärkena i större utsträckning nu än tidigare och dessutom nya företeelser på Internet kan anses innebära varumärkesintrång, är min uppfattning att man bör agera även här. Att klargöra vad som krävs för att näringsverksamhets- och användningskravet skall anses vara uppfyllt är lämpligt. Ett eventuellt undantag från näringsverksamhetskravet bör därutöver övervägas.

Svartlistning och annan otillbörlig smutskastning är ett globalt problem. En kraftfull insats kan därför endast ske på ett internationellt plan. Trots detta, anser jag att nationell lagstiftning på området är ett första viktigt steg. I väntan på rättsliga medel, får drabbade företag dra nytta av de stora kommunikationsmöjligheterna för att förbättra sitt anseende, exempelvis i form av vita listor.

7 Sammanfattning

Inledningsvis konstateras att svartlistning och annan smutskastning har funnits länge, men att det, på grund av de möjligheter till informationsspridning som den nya tekniken medför, nu utgör ett mycket större problem för företagen än tidigare. Dessutom medför de immateriella värdenas ökade betydelse att problemet förstoras. Samtidigt bidrar svarta listor till att informera konsumenterna bland annat om hur företagen sköter sig, vilket

naturligtvis är positivt. Av största vikt är att uppgifterna är korrekta och att en väl genomförd undersökning genomförs innan de sprids.

Kapitel tre behandlar förtalsreglerna i BrB. De erbjuder endast skydd mot förtal av enskilda personer och inte mot förtal av företag. Lagstiftning om ekonomiskt förtal har föreslagits vid ett flertal tillfällen, i synnerhet i samband med införandet av BrB, dock utan framgång. Under den senare delen av 1900-talet verkar debatten ha avstannat.

Straffrättsdelen följs av ett kapitel rörande reglerna om ren förmögenhetsskada i SkL. Jag inleder med att redogöra för den traditionellt starka kopplingen mellan skadeståndsrätten och straffrätten i Sverige. Den s.k. spärregeln i SkL 2:4, med andra ord det faktum att en ren förmögenhetsskada skall ha föregåtts av brott för att ersättning skall utgå, har varit föremål för omfattande diskussion i både praxis och doktrin. Lagen utesluter inte möjligheten för svartlistade företag att få skadestånd, men det har visat sig att man i rättspraxis är benägen att tolka SkL 2:4 e contrario och med andra ord inte medge skadestånd för ren förmögenhetsskada utan brott.

I MFL:s regler om otillbörlig marknadsföring finns visst skydd mot svartlistning. Det ställs emellertid krav på att det skall röra sig om näringsidkare som svartlistar i marknadsföringssammanhang, vilket innebär en avsevärd begränsning.

I den följande varumärkesrättsdelen påpekas att varumärken lätt utsätts för olika former av otillbörlig smutskastning. Det grundläggande näringsverksamhetskravet i VmL innebär en begränsning av skyddet mot varumärkesintrång och det kan dessutom vara svårt att fastställa huruvida näringsverksamhetskravet är uppfyllt eller inte rörande de nya företeelser som växer fram på Internet. Därtill tillkommer definitionssvårigheter vad gäller bedömningen av om användningskravet är uppfyllt eller inte. Det finns ännu ingen vägledande svensk rättspraxis på området och utgångspunkten är därför de resonemang som förts i litteraturen. Exempelvis vad beträffar domännamn, finns det störst möjlighet att konstatera att varumärkesintrång föreligger i de fall där det rör sig om väl ansedda varumärken. När man kan fastställa att domäntjuven har för avsikt att t.ex. sälja eller hyra ut domännamnet, verkar den dominerande uppfattningen vara att både näringsverksamhets- och användningskravet är uppfyllt. Dessutom föreligger inget krav

på varuslagslikhet, vilket utesluter intrång för ”vanliga” varumärken i de flesta fall. Även fenomenet dolda sökord och hänvisningar till andras varumärken tas upp.

Efter att ha konstaterat att skyddet mot svartlistning är bristfälligt i nuvarande lagstiftning, kommer jag fram till att ett stadgande om ekonomiskt förtal är den bästa lösningen på det växande problemet med svartlistning och liknande företeelser. Att istället förändra regeln om ren förmögenhetsskada för att uppnå samma syfte, ter sig som en onödigt komplicerad eller till och med en olämplig uppgift. Med tanke på de fall som faller utanför det föreslagna stadgandet om ekonomiskt förtals tillämpning samt övriga rena förmögenhetsskador som inte föregåtts av brott, vore det emellertid bra om en översyn av ersättningsmöjligheterna för sådana skador gjordes. Eftersom fokus läggs på de ekonomiska intressena bakom varumärkena i större utsträckning nu än tidigare och dessutom nya företeelser på Internet kan anses innebära varumärkesintrång, är min uppfattning att man bör förändra även i VmL.

Avslutningsvis påpekas att svartlistning och annan otillbörlig smutskastning är ett globalt problem som bör lösas på ett internationellt plan för att nå ett gott resultat. Min uppfattning är dock att nationell lagstiftning på området är ett första viktigt steg och att drabbade företag får dra nytta av de stora kommunikationsmöjligheterna för att förbättra sitt anseende i väntan på rättsliga medel.

KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Prop. 1962:10

Prop. 1970:57

Prop. 1972:5

Tredje lagutskottets utlåtande (3 LU) 1970:45

Justitiekommitténs betänkanden 1971:22 och 1972:21

SOU 1953:14. Förslag till brottsbalk

SOU 1966:71. Otillbörlig konkurrens

SOU 1968:58. Konsumentupplysning

SOU 1972:88. Ärekränkning

Motionerna I:536, I:835, I:1171, I:1380, 1971:646, 1972:913, 1974:196, 1975:200, 1975:1125, 1978:418, 92/93:K408, 93/94:K428 och 94/95:K411

Praxis

NJA 1904 s 483

NJA 1925 s 85

NJA 1935 s 300

NJA 1950 s 250

Litteratur

Axberger, Hans-Gunnar, Tryckfrihetens gränser, Stockholm 1984, Liber Förlag

Bernitz, Ulf ”Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare”, 1:a uppl., Göteborg 1993, Norstedts Juridik AB

Bernitz, Ulf, Festskrift till Jan Hellner, Malmö 1984, P A Norstedt & Söners Förlag

Bernitz, Ulf, m.fl., Immaterialrätt, 6 uppl., Stockholm 1998

Bieniaszewski Sandberg, Anna, Goodwillskyddet enligt svensk immaterialrätt och marknadsrätt, Stockholm 1994, Juristförlaget

Hellner, Jan, Skadeståndsrätt, 5:e uppl., Stockholm 1995, Juristförlaget

Holmqvist, Lena; *Leijonhufvud*, Madeleine; m.fl. *Brottsbalken – en kommentar*, 7:e uppl., Stockholm 1998, Norstedts Juridik AB

Jareborg, Nils, *Brotten I*, 2:a uppl., Stockholm 1984, P A Norstedt & Söners Förlag

Karlgren, Hjalmar, *Skadeståndsrätt*, 5:e uppl., Stockholm 1972, P A Norstedt & Söner Förlag

Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada*, 1:a uppl., Stockholm 1987, Juristförlaget

Koktvedgaard, Mogens och *Levin*, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 5:e uppl., Stockholm 1997, Norstedts Juridik AB

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 2:a uppl., Uppsala 1993, Iustus förlag

Levin, Marianne, *Noveller i varumärkesrätt*, Stockholm 1990, Juristförlaget

Lindberg, Agne; *Westman*, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, 2:a uppl., Stockholm 1999, Norstedts Juridik AB

Lundberg, Johan, *Internet, domännamn och svensk rätt*, Uppsala 1997, Lundberg & Lundberg KB och Iustus Förlag AB

Nelson, Alvar, *Rätt och ära*, Uppsala 1950

Strömberg, Håkan, *Tryckfrihetsrätt och annan yttrandefrihetsrätt*, 13:e uppl., Lund 1999 (Studentlitteratur)

Strömholm, Stig, *Teaterrätt*, Stockholm 1971, P A Norstedt & Söners förlag

Svensson, Carl Anders; *Stenlund*, Anders; m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, 6:e uppl., Stockholm 1996, Norstedts Juridik AB

Wetter, Folke, *Festskrift tillägnad Birger Ekeberg*, Stockholm 1950, AB Norstedt & Söner och SvJT

Hultmark, Christina, *Ny distansavtalslag*, JT årgång 12 2000-01 nr.1

Hydén, Håkan, *IT-observatorie PM 6/2000*, www.itkommissionen.se

Lindström, Talbot intervju 2000-10-27, jurist som under 1980-talet var en av de högsta tjänstemännen i det amerikanska försvarsdepartementet, arbetar numera på advokatfirman Delphi & Co. Angående SvD 95-10-15, ”Svenska företag på svarta listan ...”.

Svenska Dagbladet (SvD) 2000-09-27, Greenpeace häcklar Statoil på nätet

Svenska Dagbladet (SvD) 2000-10-18, Madonna segrade över porrhemside

Svidén, Henrik, *Microsoft anklagas för att öppna spam*, Computer Sweden 2000-11-20

Roberts, Adam, (The Economist), ”All makt åt aktivisterna”, Kapital – ett magasin från FinansTidningen (Världen år 2001).

Solid Waste Report, USA En av flera artiklar om den statliga svartlistningen som innebär att vissa företag diskvalifieras från att göra affärer med regeringen.

ICC:s grundregler för reklam (Internationella handelskammaren)

WIPO: Study on Use of Trademarks in the Internet

(www.wipo.int/eng/document/sct/doc/sct2_9.doc) (2000-11-14)

Internet:

www.sec.gov/enforce/adminact/33-7891.htm, 2000-11-07

www.nader.org, 2000-10-28

www.geocities.com/CapitolHill/3750/naderwatch.htm, 2000-10-28

www.votenader.com/raiders.html, 2000-10-28

www.radron.net, 2000-11-13

www.cint.se, 2000-09-29

www.bankrattsforeningen.org.se, 2000-10-18

<http://maps.vix.com/>, 2000-11-21

www.cluetrain.com, 2000-11-02

www.epinions.com, 2000-11-02

www.ciao.com, 2000-11-02

www.cybersitter.com, 2000-11-02

www.xstop.com, 2000-11-02

www.cyberpatrol.com, 2000-11-02

www.netnanny.com, 2000-11-02

www.safesurf.com, 2000-11-02

www.peacefire.org, 2000-11-02

www.firstmonday.org/issues/issue2_12/wallace/index.html, 2000-11-02

www.leeds.ac.uk/law/pgs/yaman/cybersit.htm, 2000-11-02

www.eff.org, 2000-11-02

www.newstatoil.com, 2000-09-27

www.svartalistan.nu, 2000-09-29

www.arbiter.wipo.int, 2000-09-07

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions, 2000-09-07

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0477.html, 2000-09-07

FÖRKORTNINGAR

ARN	Allmänna reklamationsnämnden
BrB	Brottsbalken
FL	Firmalagen
GP	Göteborgs-Posten
ICC	Internationella handelskammaren
LU	Lagutskottet
MFL	Marknadsföringslagen
NJA	Nytt juridiskt arkiv (del 1)
PK	Pariskonventionen
Prop.	Proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
RF	Regeringsformen
SkL	Skadeståndslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvD	Svenska Dagbladet
TF	Tryckfrihetsförordningen
TRIPS	Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights
WIPO	World Intellectual Property Organisation
VmL	Varumärkeslagen
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen