



SVEA HOVRÄTT
 Patent- och
 marknadsöverdomstolen
 Rotel 020109

DOM
 2019-09-03
 Stockholm

Mål nr
 PMT 10420-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens dom 2017-10-20 i mål nr PMT 12325-16, se bilaga A

PARTER

Klagande och motpart

Fast Communication Sweden AB, 559021-6296
 Box 3058
 250 03 Helsingborg

Ombud: Advokaten H.W.
 Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
 Box 1027
 251 10 Helsingborg

Klagande och motpart

Konsumentombudsmannen
 Box 48
 651 02 Karlstad

SAKEN

Marknadsföring per telefon av telefonabonnemang

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen avvisar Konsumentombudsmannens yrkande om att Fast Communication Sweden AB vid vite ska förbjudas att, efter att avtal om abonnemang ingåtts i samband med telefonförsäljning, begära betalning för mer eller annat än vad som överenskommits vid samtalet.
2. Med ändring av punkten 1 i Patent- och marknadsdomstolens dom förbjuder Patent- och marknadsöverdomstolen Fast Communication Sweden AB, vid vite om 1 000 000 kr, att vid telefonförsäljning gentemot konsument av telefonabonnemang kräva betalning för tjänst som konsumenten inte har beställt.

Dok.Id 1497753

Postadress
 Box 2290
 103 17 Stockholm

Besöksadress
 Birger Jarls Torg 16

Telefon
 08-561 670 00
 08-561 675 00

E-post: svea.hovratt@dom.se
 www.patentochmarknadsoverdomstolen.se

Telefax
 08-21 93 27

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00–16:30

3. Med ändring av punkten 5 i Patent- och marknadsdomstolens dom förbjuder Patent- och marknadsöverdomstolen Fast Communication Sweden AB, vid vite om 1 000 000 kr, att vid marknadsföring gentemot konsument av telefonabonnemang genom telefonförsäljning använda påståenden som ger konsumenten intryck av att Fast Communication Sweden AB representerar eller samarbetar med konsumentens befintliga operatör, när så inte är fallet.
 4. Med ändring av punkten 7 i Patent- och marknadsdomstolens dom ålägger Patent- och marknadsöverdomstolen Fast Communication Sweden AB att betala marknadsstörningsavgift med 1 500 000 kr.
 5. Med ändring av punkten 8 i Patent- och marknadsdomstolens dom ska Fast Communication Sweden AB ersätta Konsumentombudsmannen för rättegångskostnader i Patent- och marknadsdomstolen med 275 318 kr samt ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 20 oktober 2017 till dess betalning sker.
 6. Fast Communication Sweden AB ska ersätta Konsumentombudsmannen för rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen med 47 565 kr samt ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom till dess betalning sker.
 7. Patent- och marknadsöverdomstolen avslår Fast Communication Sweden AB:s yrkande om ersättning för rättegångskostnader.
-

YRKANDEN M.M.

Fast Communication Sweden AB (FastCom) har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska upphäva punkterna 4–8 i Patent- och marknadsdomstolens dom och avslå Konsumentombudsmannens (KO) talan i dessa delar samt förplikta KO att ersätta bolaget för dess rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen.

KO har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska bifalla talan även beträffande yrkande 1, höja marknadsstörningsavgiften till 2 200 000 kr samt förplikta FastCom att ersätta KO:s rättegångskostnader i Patent- och marknadsdomstolen.

KO har justerat yrkande 1 på så sätt att KO har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen vid vite ska förbjuda FastCom att efter att avtal om abonnemang ingåtts i samband med telefonförsäljning, begära betalning för mer eller annat än vad som överenskommits vid samtalet.

FastCom har motsatt sig att KO ska tillåtas att justera sitt yrkande. I sak har parterna motsatt sig varandras ändringsyrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Målet har avgjorts utan huvudförhandling.

PARTERNAS TALAN OCH UTREDNINGEN I MÅLET

Parterna har i här aktuella delar åberopat samma grunder och utvecklat sin talan på i huvudsak samma sätt som i Patent- och marknadsdomstolen.

Viss ny skriftlig bevisning har åberopats av FastCom. I övrigt är utredningen densamma som i Patent- och marknadsdomstolen.

DOMSKÄL

Inledning

Målet rör marknadsföring per telefon av abonnemang för fast telefoni. Patent- och marknadsdomstolens dom har överklagats i samtliga delar utom när det gäller punkterna 2 och 3 i domslutet, dvs. frågorna om förbud för FastCom att kontakta konsumenter anslutna till NIX-registret och om åläggandet för FastCom att lämna information om ångerrätten.

Under målets handläggning i Patent- och marknadsöverdomstolen har det införts en ny bestämmelse i 2 kap. 3 a § lagen (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler som trädde i kraft den 1 september 2018 (se SFS 2018:1321).

Bestämmelsen innehåller särskilda regler vid telefonförsäljning och innebär att det inte längre är möjligt att ingå muntliga avtal på det sätt som var möjligt tidigare. För att det ska uppkomma ett bindande avtal krävs enligt den nya regleringen att konsumenten får ett skriftligt anbud i anslutning till säljsamtalet och att konsumenten därefter lämnar en skriftlig accept.

KO har med hänvisning till lagändringen ändrat yrkande 1 på det sätt som redovisats under rubriken Yrkanden m.m.

Patent- och marknadsöverdomstolen prövar först frågan om KO ska tillåtas att ändra sitt yrkande. Därefter prövas frågorna om förbud och ålägganden gentemot FastCom och sedan frågan om FastCom ska åläggas att betala marknadsstörningsavgift.

Slutligen tar Patent- och marknadsöverdomstolen ställning till hur rättegångskostnaderna ska fördelas.

Frågan om KO ska tillåtas att ändra sitt yrkande

Enligt huvudregeln i 13 kap. 3 § rättegångsbalken får en väckt talan inte ändras. Enligt första stycket 1 får käranden dock, på grund av omständighet som inträffat under

rättegången eller först då blivit känd för käranden, kräva annan fullgörelse än den som talan väckts om. Bestämmelsens ordalydelse tar sikte på likvärdiga ersättningsprestationer. Bestämmelsens tillämpningsområde har emellertid utsträckts till att kunna omfatta en höjning av yrkat belopp och att ändra en fastställsetalan till att i stället avse fullgörelse eller annan fastställelse. Mycket talar för att undantaget bara kan tillämpas om det nya yrkandet skulle träffas av rättskraften hos en dom över det ursprungliga yrkandet (se Ekelöf m.fl., Rättegång II, 9 uppl., 2015, s. 159 f. med där gjorda hänvisningar).

KO har gjort gällande att ändringen av yrkande 1 ska tillåtas eftersom den föranletts av den lagändring rörande telefonförsäljning som trätt i kraft under målets handläggning. KO har framhållit att FastCom, trots den nya lagstiftningen, antingen skulle kunna fortsätta med det hittillsvarande förfarandet eller vilseleda konsumenten inför utväxlandet av skriftliga anbud och accept.

Enligt 23 § första stycket marknadsföringslagen (2008:486) får en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig förbjudas att fortsätta med denna eller någon annan liknande åtgärd. Av bestämmelsen följer att ett förbudsföreläggande måste ha sin grund i ett otillbörligt agerande som näringsidkaren vidtagit innan talan väcks.

KO:s ursprungliga yrkande innebär att FastCom vid telefonförsäljning av abonnemang ska förbjudas kräva betalning för en tjänst som konsumenten inte har beställt. Den marknadsföringsåtgärd som det yrkade förbudet omfattar är alltså att det, trots avsaknaden av beställning av en tjänst, riktas ett betalningskrav mot konsumenten genom faktureringen. Det ändrade yrkandet tar däremot sikte på att FastCom ska förbjudas att begära betalt för mer eller för något annat än det som parterna kommit överens om vid en tidigare telefonkontakt, dvs. det avser en diskrepans mellan vad som sagts under telefonsamtalet och innehållet i den efterföljande bekräftelsen till konsumenten. Det ursprungliga respektive det ändrade yrkandet avser alltså olika ageranden.

Patent- och marknadsöverdomstolen anser mot denna bakgrund att KO:s ändrade yrkande inte kan anses utgöra en sådan tillåten ändring talan som avses i 13 kap. 3 § första stycket 1 rättegångsbalken. KO:s ändrade yrkande ska därför avvisas.

Den fortsatta prövningen ska därför göras med utgångspunkt i det ursprungligt framställda yrkandet i denna del.

Utgångspunkter för prövningen av marknadsföringen

Patent- och marknadsöverdomstolen ansluter sig till det som Patent- och marknadsdomstolen redovisat beträffande de rättsliga utgångspunkterna när det gäller möjligheten att meddela vitesförbud och ålägganden vid vite samt beträffande förutsättningarna för att ålägga en näringsidkare att betala marknadsstörningsavgift.

När det gäller frågan om marknadsföringen är riktad till en viss målgrupp konstaterar Patent- och marknadsöverdomstolen, i likhet med Patent- och marknadsdomstolen, att det av utredningen får anses framgå att det numera är i huvudsak äldre personer som innehar abonnemang för fast telefoni. FastComs marknadsföring har riktat sig till innehavare av fasttelefoniabonnemang, dvs. en grupp som till betydande del utgörs av äldre konsumenter. Bedömningen i målet ska alltså ske med utgångspunkt i hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam genomsnittskonsument i denna målgrupp.

Betalningskrav utan föregående beställning – yrkande 1

KO har som grund för sin talan åberopat att FastCom krävt betalning för abonnemang som konsumenten inte har beställt. FastComs agerande strider enligt KO såväl mot punkterna 21 och 29 i den s.k. svarta listan (bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr

2006/2004) som de generella förbuden mot marknadsföring som är vilseledande (10 § marknadsföringslagen) eller i strid med god marknadsföringssed (5 § samma lag).

Patent- och marknadsöverdomstolen har i en nyligen meddelad dom prövat ett likartat förfarande vid telefonförsäljning av telefonabonnemang (Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 27 juni 2019 i mål nr PMT 10059-18). Som redovisas i den domen har EU-domstolen i ett avgörande från år 2018 rörande tolkningen av punkten 29 i svarta listan, vilken omfattar leveranser utan föregående beställning, uttalat bl.a. att beställningen av en tjänst bör vara ett fritt val för konsumenten och att det i synnerhet förutsätter att de uppgifter som lämnas av näringsidkaren till konsumenten är tydliga och adekvata samt att de uppgifter som lämnas innan ett avtal ingås, om avtalsvillkoren m.m., är av grundläggande betydelse för konsumenten. EU-domstolen uttalade vidare att vid tolkningen har direktivets syfte betydelse, nämligen att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå genom att skydda konsumenter mot otillbörliga affärsmetoder där konsumenterna befinner sig i underläge mot näringsidkaren (EU-domstolens dom den 13 september 2018, Wind Tre, i mål C 54-/17 och C-55/17, EU:C:2018:710, särskilt punkterna 45, 46, 53 och 54).

Vid prövningen av om FastCom i strid med punkten 29 i svarta listan har levererat en tjänst som konsumenten inte har beställt är det alltså av betydelse om det under telefonsamtalen kan anses ha lämnats tydliga och adekvata uppgifter som möjliggjort för konsumenten att göra ett fritt val.

KO har som bevisning åberopat bl.a. inspelningar av telefonsamtal. Tre av dessa, nämligen samtalen med R.L., U.B.L. och B.G., omfattar hela samtalen, medan de övriga endast omfattar den avslutande delen av samtalen i vilket avtalen bekräftas muntligen.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan konstatera att de tre samtal som spelats in i sin helhet följer samma mönster. Den information som lämnas ger tydligt intryck av att det som konsumenten erbjuds är en rabatt på sitt befintliga fasttelefoniabonnemang.

Att konsumenten i själva verket byter operatör och tecknar avtal med FastCom om ett nytt abonnemang lämnas det inte någon tydlig och adekvat information om.

När det gäller överträdelsernas omfattning kan det som sagts i dessa samtal inte ensamt läggas till grund för några närmare slutsatser om innehållet i andra samtal. Det finns emellertid annan bevisning som, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, ger ett betydande stöd för att samtalen generellt följt samma modell.

T.C.N, som var en av de säljare som sålde FastComs abonnemang, har berättat att instruktionen han fick var att säljsamtalen skulle gå till på det sätt som KO påstått.

Han har också berättat att han fick ett A4-papper med vissa skriftliga instruktioner.

Vidare har I.M. och R.B., vilka arbetade som

”säljcoacher” vid callcentren och ansvarade vardera för ca 15 säljare berättat bl.a. att samtalen skulle följa en ”röd tråd” och att i inledningen av samtalen skulle callcentrets företagsnamn, och alltså inte FastCom, nämnas. De har vidare uppgett att uppgifter om den uppringde konsumentens nuvarande operatör och ungefärliga månadskostnad togs fram i förväg genom bl.a. respektive operatörs hemsida samt att en säljare kunde ringa flera hundra samtal per dag.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen ger utredningen i målet sammantaget stöd för att FastCom systematiskt och i stor omfattning underlåtit att lämna tydlig och adekvat information till konsumenter om att de i själva verket erbjuds att teckna ett nytt abonnemang med en ny operatör. Genom att kräva betalning för denna tjänst, vilken kunden inte tydligt informerats om, får FastCom anses ha överträtt punkten 29 i svarta listan.

Patent- och marknadsdomstolens dom ska således ändras i denna del och ett förbud meddelas mot FastCom. Förbudet bör utformas på det sätt som framgår av domslutet.

Reklamidentifiering och sändarangivelse – yrkande 4

Patent- och marknadsöverdomstolen gör inga andra bedömningar än Patent- och marknadsdomstolen i fråga om reklamidentifiering och sändarangivelse samt åläggande vid vite i denna del. Patent- och marknadsdomstolens dom ska därför inte ändras i denna del.

Samarbete med befintlig operatör – yrkande 5

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i Patent- och marknadsdomstolens bedömningar att FastComs försäljare i de inspelade samtal som åberopats på olika sätt gett intryck av att säljaren ringt från eller samarbetat med konsumentens befintliga teleoperatör, att marknadsföringen är vilseledande och är att anse som otillbörlig. Av utredningen i målet har emellertid inte framkommit att FastCom uttryckligen påstått sig samarbeta med konsumentens befintliga operatör. Vitesförbudet bör därför justeras på så sätt att det omfattar användningen av påståenden som ger intryck av att FastCom representerar eller samarbetar med konsumentens befintliga operatör. När det gäller vitesförbudets utformning i övrigt gör Patent- och marknadsöverdomstolen ingen annan bedömning än Patent- och marknadsdomstolen.

Marknadsstörningsavgift

De överträdelser som kan ligga till grund för att FastCom ska kunna åläggas att betala marknadsstörningsavgift är de som rör betalningskrav utan beställning, bristande reklamidentifiering, bristande sändarangivelse och användningen av påståenden som ger intryck av FastCom representerar eller samarbetar med konsumentens befintliga operatör, dvs. de överträdelser som omfattas av yrkandena 1, 4 och 5.

Som Patent- och marknadsdomstolen konstaterat är marknadsstörningsavgift avsedd att användas i de fall där det finns ett mer påtagligt behov av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen. Den är avsedd för situationer där den otillbörliga marknadsföringen stör marknadens funktion. Så kan exempelvis vara fallet

när ett otillbörligt agerande leder till bristande förtroende för en viss bransch eller försäljningsmetod. Avgörande för bedömningen är alltså om FastComs överträdelser enligt yrkandena 1, 4 och 5 kan sägas ha stört marknadens funktion.

För att marknadsstörningsavgift ska kunna åläggas krävs vidare att överträdelserna skett uppsåtligen eller av oaktsamhet.

I likhet med Patent- och marknadsdomstolen anser Patent- och marknadsöverdomstolen att de överträdelser som FastCom har gjort sig skyldigt till är av sådan omfattning att bolaget ska åläggas att betala marknadsstörningsavgift. Som framgått i det föregående har Patent- och marknadsöverdomstolen kommit fram till att FastCom dessutom agerat i strid med punkten 29 i den s.k. svarta listan. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen måste FastCom ha insett att bolagets agerande inte stod i överensstämmelse med marknadsföringslagen. Det är därför fråga om uppsåtliga överträdelser. FastCom ska därför åläggas att betala marknadsstörningsavgift.

Enligt 31 § marknadsföringslagen (i den lydelse bestämmelsen hade före den 1 oktober 2016) ska en marknadsstörningsavgift bestämmas till lägst fem tusen och högst fem miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av näringsidkarens årsomsättning närmast föregående räkenskapsår. Vid bestämmande av marknadsstörningsavgiftens storlek ska hänsyn tas till överträdelsens, art, varaktighet och omfattning, men avgiften får inte sättas så högt att företaget riskerar att hamna på obestånd (se MD 2012:17).

Av FastComs årsredovisning för räkenskapsåret 24 juli 2015–31 december 2016 framgår att omsättningen under denna period om 18 månader uppgick till 32 266 917 kr. Beloppet svarar mot en årsomsättning på cirka 22 miljoner kronor. Det innebär att det högsta belopp som marknadsstörningsavgiften kan bestämmas till i detta fall uppgår till 2,2 miljoner kr.

Som tidigare konstaterats har det varit fråga om relativt omfattande uppsåtliga överträdelser. De har pågått under en tidsperiod om i vart fall sex månader.

Marknadsstörningsavgiften bör därför bestämmas till ett avsevärt högre belopp än vad Patent- och marknadsdomstolen kommit fram till, men däremot inte så pass högt att den närmar sig den maximala avgiften. Sammantaget bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att marknadsstörningsavgiften bör bestämmas till 1 500 000 kr.

Rättegångskostnader

Enligt 64 § marknadsföringslagen gäller 18 kap. rättegångsbalken i marknadsföringsmål. Vidare anges att bestämmelsen i 18 kap. 16 § rättegångsbalken inte ska tillämpas i mål om förbud enligt 23 § och åläggande enligt 24 eller 25 § marknadsföringslagen. Enligt huvudregeln i 18 kap. 16 § rättegångsbalken ska bestämmelserna i 31 kap. samma balk tillämpas i fråga om rättegångskostnaderna när en myndighet i vissa fall för det allmännas talan. En enskild part som vinner ett sådant mål kan således tillerkännas ersättning för sina rättegångskostnader i den mån kostnaden varit skäligen påkallad för tillvaratagande av partens rätt (31 kap. 2 § första stycket rättegångsbalken).

Av det anförda följer att 18 kap. rättegångsbalken i detta mål där KO för talan mot en enskild part endast ska tillämpas på de rättegångskostnader som är hänförliga till talan om förbud och åläggande vid vite medan 31 kap. rättegångsbalken ska tillämpas på de rättegångskostnader som är hänförliga till talan om marknadsstörningsavgift.

KO har fått bifall till sin talan när det gäller vitesförbud och har därför rätt till ersättning för rättegångskostnader i denna del i såväl Patent- och marknadsdomstolen som Patent- och marknadsöverdomstolen. De yrkade beloppen får med hänsyn till målets omfattning anses skäliga.

Eftersom FastCom inte har fått framgång med sin talan avseende frågan om marknadsstörningsavgift, har bolaget inte rätt till ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader i denna del.

Överklagande

Det saknas skäl att göra undantag från huvudregeln att Patent- och marknadsöverdomstolens domar inte får överklagas (se 1 kap. 3 § tredje stycket lagen, 2016:188, om patent- och marknadsdomstolar). Denna dom får därför inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Peter Strömberg, hovrättsråden Göran Söderström, referent, och Annika Malm samt tf. hovrättsassessorn Carl Johan Sundqvist



STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Patent- och marknadsdomstolen

DOM
2017-10-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
PMT 12325-16

PARTER

Kärande

Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

Företrädd av Processråden Carolina Andersson och Kristofer Johannesson, samma adress

Svarande

Fast Communication Sweden AB, 559021-6296
Box 3058
250 03 Helsingborg

Ombud: Advokat H.W.
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
Box 1027
251 10 Helsingborg

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsdomstolen avslår Konsumentombudsmannens yrkande om förbud för Fast Communication Sweden AB att vid telefonförsäljning av abonnemang kräva betalning för tjänst som konsumenten inte har beställt.
2. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder Fast Communication Sweden AB vid vite av 1 000 000 kr att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning kontakta konsumenter som företaget inte har en befintlig kundrelation med på telefonnummer som är antecknat i spärregistret NIX-Telefon,
3. Patent- och marknadsdomstolen ålägger Fast Communication Sweden AB vid vite av 1 000 000 kr att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning lämna korrekt, klar och begriplig information till konsumenten om dennes rätt att ångra avtal såvitt avser

Dok.Id 1774594

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 8307 104 20 Stockholm	Rådhuset, Scheelegatan 7	08- 561 654 70 E-post: stockholms.tingsratt@dom.se www.stockholmstingsratt.se	08- 561 650 05	måndag – fredag 08:00–16:00

- i) hur ångerfristen beräknas, när den startar och slutar,
- ii) och att det finns ett standardformulär för utövande av ångerrätt och var detta formulär finns.

Informationen ska lämnas dels innan avtal ingås, med hjälp av kommunikationsmedlet, dvs. telefon, dels inom rimlig tid efter det att avtal ingåtts, i läsbar och varaktig form om inte information redan getts i sådan form.

4. Patent- och marknadsdomstolen ålägger Fast Communication Sweden AB vid vite av 1 000 000 kr att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning i början av samtalet tydligt informera konsumenten om att det är Fast Communication Sweden AB som är avsändare av marknadsföringen och att syftet med samtalet är att sälja telefonabonnemang.

5. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder Fast Communication Sweden AB vid vite av 1 000 000 kr att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning påstå att Fast Communication Sweden AB representerar eller samarbetar med konsumentens befintliga operatör, eller använda påståenden av väsentligen samma innebörd, när så inte är fallet.

6. Punkterna 2-5 i domslutet gäller även för tiden intill dess domen vunnit laga kraft och ersätter därmed Patent- och marknadsöverdomstolens intermistiska beslut den 13 januari 2017 i mål PMÖ 10737-16.

7. Fast Communication Sweden AB förpliktas att betala marknadsstörningsavgift med 500 000 kr.

8. Vardera part ska stå sin rättegångskostnad.

BAKGRUND

Fast Communication Sweden AB:s ("Fastcom") verksamhet består av att erbjuda kommunikationstjänster, bl.a. att via telefon sälja telefonabonnemang avseende fast telefoni till privatpersoner.

Efter att anmälningar mot Fastcom inkommit till Konsumentverket öppnades i april 2016 ett ärende mot företaget.

Den 27 september 2016 väckte Konsumentombudsmannen ("KO") talan mot Fastcom och yrkade bl.a. att företaget vid vite skulle förbjudas att fortsätta med vissa marknadsföringsmetoder. KO yrkade att nämnda förbud skulle gälla för tiden till dess frågorna avgjorts eller annat beslutats.

Patent- och marknadsdomstolen fattade ett interimistiskt beslut den 2 december 2016. Genom beslutet förbjöds Fastcom vid vite att fortsätta med de av KO påtalade marknadsföringsmetoderna. Beslutet överklagades till Patent- och marknadsöverdomstolen, som på vissa punkter biföll Fastcoms överklagande.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

KO

Yrkande 1

KO yrkar att Patent- och marknadsdomstolen vid vite förbjuder Fastcom att vid telefonförsäljning av abonnemang kräva betalning för tjänst som konsumenten inte har beställt.

Yrkande 2

KO yrkar att Patent- och marknadsdomstolen vid vite förbjuder Fastcom att telefonledes i försäljningssyfte kontakta konsumenter vars telefonnummer är antecknat i spärregistret NIX-Telefon.

Yrkande 3

KO yrkar att Patent- och marknadsdomstolen vid vite ålägger Fastcom att vid marknadsföring genom telefonförsäljning lämna korrekt, klar och begriplig information till konsumenten om dennes rätt att ångra avtal såvitt avser

- a) hur ångerfristen beräknas, när den startar och slutar
- b) att det finns ett standardformulär för utövande av ångerrätt och var detta formulär finns.

Informationen ska lämnas dels innan avtal ingås, med hjälp av kommunikationsmedlet, dvs. telefon, dels inom rimlig tid efter det att avtal ingåtts, i läsbar och varaktig form om inte information redan getts i sådan form.

Yrkande 4

KO yrkar att Patent- och marknadsdomstolen vid vite ålägger Fastcom att vid telefonförsäljning gentemot konsument i början av samtalet tydligt informera om att det är ett samtal från Fastcom och att syftet med samtalet är att sälja ett telefonabonnemang.

Yrkande 5

KO yrkar att Patent- och marknadsdomstolen vid vite förbjuder Fastcom att vid telefonförsäljning av telefonabonnemang, påstå att försäljaren representerar eller

samarbetar med konsumentens befintliga operatör, eller använda påståenden av väsentligen samma innebörd, när så inte är fallet.

Yrkande 6

KO yrkar att de viten som kopplas till förbuden och åläggandena i yrkandena 1-5 ska gälla som löpande viten. Vidare yrkar KO att de intermistiska förbuden enligt Patent- och marknadsöverdomstolens beslut den 13 januari 2017 i mål PMÖ 10737-16 ska bestå alternativt att de ska bestå i den utsträckning som KO:s talan bifalls.

Yrkande 7

KO yrkar att Patent- och marknadsdomstolen förpliktar Fastcom att utge marknadsstörningsavgift med 3 000 000 kr.

Fastcom

Fastcom bestrider samtliga av KO:s yrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER

KO

Yrkande 1 – fakturering utan föregående beställning

Fastcom har krävt betalning för abonnemang som konsumenten inte har beställt. En sådan marknadsföringsåtgärd är under alla förhållanden otillbörlig.

Yrkande 2 – kontakt med konsumenter som anslutit sig till spärregistret NIX-Telefon

Fastcom har kontaktat konsumenter per telefon trots att deras telefonnummer är antecknade i spärregistret NIX-Telefon. Konsumenten har genom att ansluta sig till registret tydligt motsatt sig marknadsföring per telefon. Att ringa säljsamtal till NIX-registrerade nummer strider mot god marknadsföringssed och är dessutom otillbörligt eftersom det i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Yrkande 3 – information om ångerrätten

Fastcom har helt utelämnat information om konsumenternas ångerrätt såväl innan (påstått) avtal träffas, i säljsamtalet, som i handling som skickats till konsumenten efter (påstått) avtalsslut. Information om konsumentens ångerrätt är väsentlig. Att information utelämnats har vilselett konsumenten, som har påverkats i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Yrkande 4 – syfte och identitet

Telefonförsäljare som representerat Fastcom har inte alls eller i vart fall inte i början av samtalet informerat om att de ringer för Fastcoms räkning och att syftet med samtalet är att sälja telefonabonnemang. Informationen är väsentlig och den ska lämnas klart och begripligt i början av samtalet. Den bristfälliga informationen har vilselett konsumenten som påverkats i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Yrkande 5 – samarbete med befintlig operatör

Telefonförsäljare som representerat företaget vid försäljning av telefonabonnemang har felaktigt påstått eller gett intryck av att försäljaren representerar eller samarbetar med konsumentens befintliga operatör och liknande påståenden. Den felaktiga

informationen har vilselett konsumenten som påverkats i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Yrkande 6 – löpande vite, m.m.

Det finns anledning att befara att Fastcom kommer att upprepa nu aktuella överträdelser i framtiden. Det är därför lämpligt att förordna om att förbuden och åläggandena enligt yrkande 1-5 ska förenas med löpande vite. Förbuden och åläggandena bör fortsätta att gälla i avvaktan på att domen vinner laga kraft.

Yrkande 7– marknadsstörningsavgift

Flera av Fastcoms överträdelser av Marknadsföringslagen (2008:486) (MFL) är reglerade under lagrum som är kopplade till sanktionen marknadsstörningsavgift. Överträdelserna har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Även omständigheterna i övrigt – t.ex. att marknadsföringen skett genom telefonförsäljning och riktat sig mot äldre konsumenter, som utgör en extra svag grupp av konsumenter – motiverar att marknadsstörningsavgift döms ut. Fastcoms marknadsföring riskerar även att minska tilliten till en bransch och försäljningskanal som redan har lågt förtroende.

Fastcom

Yrkande 1 – fakturering utan föregående beställning

Avtal har träffats och Fastcom har till följd av detta haft rätt att skicka en faktura avseende de tjänster som avtalet omfattar.

Vidare omfattas säljmetoden, på så sätt Patent- och marknadsöverdomstolen kommit fram till, inte av punkten 21 eller punkten 29 i svarta listan.

Yrkande 2 – kontakt med konsumenter som anslutit sig till NIX-registret

Fastcom bestrider att företaget medvetet har nonchalerat registret NIX-Telefon. Det fåtal överträdelser som skett måste betraktas som ringa och har inte varit led i ett systematiskt förfarande.

Yrkande 3 – information om ångerrätten

KO:s påstående om att Fastcom inte lämnat korrekt information om ångerrätt är felaktigt. Ångerrätten framgår tydligt av punkt 14 i Fastcoms allmänna villkor. De allmänna villkoren skickas undantagslöst ut till kunden i samband med övrig information. Det saknas anledning att upprepa informationen i välkomstbrevet som skickas ut samtidigt. Fastcoms allmänna villkor återfinns också på företagets hemsida. Vidare avvaktar Fastcom alltid minst 14 dagar innan avtalet träder ikraft, vilket innebär att Fastcom tillämpar ångerrätten.

Yrkande 4 – syfte och identitet

Telefonförsäljare som ringer på Fastcoms vägnar presenterar sig själva på ett tydligt sätt i början av telefonsamtalet och berättar varifrån de ringer samt att det är fråga om att sälja ett telefonabonnemang.

Säljarna uppger dock inte att de ringer från Fastcom. Anledningen till det är att de inte ringer från Fastcom utan från en återförsäljare av Fastcoms tjänster. Om säljarna uppger att de ringer från Fastcom skulle det vara en felaktig uppgift. Det finns därför inte något skäl att kritisera Fastcom. Normala frågor av artighetskaraktär som säljarna kan använda sig av innebär vidare inte att säljarna undviker att presentera sig.

Yrkande 5 – samarbete med befintlig operatör

Den första åtgärd säljarna vidtar när de ringer ett samtal är att berätta vilket företag de ringer från. Säljarna påstår inte att de ringer från kundens nuvarande operatör och ger inte heller sken av detta. Det sker också en jämförelse mellan Fastcoms erbjudande och det erbjudandet som kundens befintliga operatör har. En sådan jämförelse är meningslös om man ringer från konsumentens befintliga operatör.

Yrkande 6 – löpande vite, m.m.

KO gör gällande att förbuden och åläggandena ska förenas med vite samt fortsätta gälla intermistiskt. Fastcom bestrider att så ska ske. Detta i enlighet med inställningen i huvudfrågorna.

Yrkande 7 – marknadsstörningsavgift

Redan det faktum att Fastcom använder telefonsamtal som kommunikationskanal motiverar inte att marknadsstörningsavgift ska utgå. Att sälja produkter och tjänster per telefon är per definition inte otillåtet.

KO kan inte vinna framgång med sina yrkanden. Beträffande yrkande 2 är det fråga om enstaka misstag av enskilda säljare och inte fråga om ett systematiskt åsidosättande av gällande regelverk.

Det bestrids att hela branschen för telefonförsäljning skulle riskera att drabbas av bristande tilltro till följd av Fastcoms påstådda överträdelser av MFL. Fastcom är en i sammanhanget obetydlig aktör.

Den påstått vilseledande marknadsföringen har inte vänt sig till ett stort antal konsumenter. Påståendet är felaktigt och ger sken av att samtliga telefonsamtal varit vilseledande enligt ett utstuderat mönster.

Det finns heller inget stöd för KO:s påstående om att vilseledandet skulle ha varit omfattande eller systematiskt. Fastcom har inte uppmanat säljare att bryta mot MFL eller medverkat till att skapa en företagskultur som uppmuntrar till detta.

Det framgår av 31 § MFL att en marknadsstörningsavgift kan uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor, dock får avgiften inte överstiga tio procent av näringsidkarens årsomsättning.

Fastcom kan vitsorda att företaget haft en omsättning om 32 000 000 kronor under perioden 24 juli 2015 – 31 december 2016. Perioden avser dock ett förlängt räkenskapsår (18 månader). Fastcom bestrider att företaget kan förpliktas betala en marknadsstörningsavgift om 3 000 000 kronor, oavsett utgången i målet.

UTVECKLING AV TALAN

KO

Fastcoms verksamhet

Fastcom bedriver verksamhet genom att via telefon sälja bl.a. telefonabonnemang. Ensam styrelseledamot och VD är M.S. Företaget registrerades för F-skatt i september 2015. På Fastcoms hemsida har företaget i ett pressmeddelande uppgett att det ingår i en koncern. Samma sak framgår av en kartläggning av företaget som tidningen Sydsvenskan gjort.

Det finns även kopplingar mellan Fastcom och Swedfonenet AB, som den 10 september 2015 godkänt ett förbuds- och informationsföreläggande utfärdat av KO. Överträdelserna i Swedfonenet AB var delvis av samma art som nu förekommer i Fastcom. Företagen har vidare använt sig av samma callcenter, vilket är företaget Telework.

Anmälningar

Den 10 februari 2017 var antalet anmälningar till Konsumentverket mot Fastcom och Telework 135 stycken, varav en anmälan från en konsumentvägledare avsåg 21 drabbade konsumenter. En del av anmälningarna är anonyma eftersom Konsumentverket tillämpar en ordning där det är möjligt att göra en anmälan anonymt.

Till Hallå Konsument hade vid samma tidpunkt inkommit 432 klagomål och förfrågningar. Antalet och innehållet i klagomålen har en vägledande funktion vid Konsumentverkets tillsynsarbete. Antalet klagomål är av relevans för frågorna i målet.

Den 8 februari 2017 uppgick vidare antalet processer i Etiska nämnden för direktmarknadsföring till 63, i Allmänna Reklamationsnämnden till 11 och klagomålen hos Telekområdgivarna till 209.

Sammanställningen över mängden anmälningar, kontakter och processer visar att Fastcoms otillbörliga marknadsföring varit systematisk, haft stor omfattning och spridning samt pågått under en förhållandevis lång period. All marknadsföring ska vara vederhäftig varför Fastcoms invändning om att antalet anmälningar i förhållande till det stora antalet salsamtal är försvinnande litet ska lämnas utan avseende.

Fakturerings utan avtal

Den av KO ifrågasatta marknadsföringsåtgärden utgörs av kravet på betalning, dvs. faktureringen. Att skicka en faktura är en sådan situation som inbegrips under marknadsföringsbegreppet efter försäljningen, dvs. en s.k. efterköpssituation.

Säljmetoden som yrkande 1 avser omfattas således inte av yrkandena 2-5 eftersom det är fråga om olika marknadsföringsmetoder.

Det ska noteras att KO inte har påstått att den ifrågasatta säljmetoden är s.k. negativ avtalsbindning. Traditionell negativ avtalsbindning innebär att konsumenten anses ha ingått ett avtal eftersom denne inte sagt nej. Direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare mot konsument och punkterna 21 och 29 i bilaga I till direktivet omfattar bl.a. säljmetoden att fakturera utan föregående beställning/avtal.

Domstolen bör först pröva om den ifrågasatta marknadsföringsåtgärden, dvs. Fastcoms fakturering utan beställning/avtal ägt rum. Om så är fallet går bevisbördan över till Fastcom att visa att avtal träffats och beställning skett, som i sin tur ger underlag för företagets rätt att fakturera. Om Fastcom inte lyckas med detta faller marknadsföringsmetoden under förbudet mot leverans utan beställning enligt punkten 21 och punkten 29 i svarta listan.

Utifrån anmälningarna, samstämmigheten i dessa, och av KO åberopade ljudfiler framgår att inget avtal om abonnemang träffats under telefonsamtalen med M.L. B., R.L., B.G., I.R., U.B.L. och I.A.. Partsavsikten hos konsumenterna har inte varit att byta telefonoperatör utan de har samtliga utgått ifrån att det var deras befintliga telefonoperatör som de hade att göra med. Trots detta har Fastcom efter samtalen fakturerat konsumenterna. Att fakturera konsumenter utan föregående beställning på det sätt som skett står i strid med punkten 29 alternativt punkten 21 i svarta listan. Enligt 7 § fjärde stycket MFL är de i svarta listan angivna aggressiva affärsmetoderna under alla förhållanden otillbörliga. Marknadsföringen ska därför förbjudas enligt 23 § MFL.

Kontakt med konsumenter som anslutit sig till NIX-Telefon

Registret NIX-Telefons senast reviderade regler gäller från 15 februari 2015. Syftet med registret är att konsumenter ska kunna göra bekant att de inte önskar bli kontaktade på sitt telefonabonnemang i försäljnings-, marknadsförings- eller insamlingssyfte. Syftet är även att näringslivet ska ha tillgång till en samlad

förteckning över konsumenter som anmält att de inte önskar bli kontaktade per telefon i marknadsföringssyfte.

Punkten 5 i NIX-Telefons regler anger att god marknadsföringssed kräver att registret kontrolleras av näringsidkaren innan konsumenter kontaktas per telefon.

Av Swedmas etiska regler för försäljning och marknadsföring via telefon till konsument framgår av punkten 2 att telefonsamtal i försäljnings- eller marknadsföringssyfte inte är tillåtet till konsumenter som är registrerade i registret NIX-Telefon. Reglerna utgör vedertagen branschpraxis och utgör god marknadsföringssed.

Fastcom har i samband med marknadsföring av telefonabonnemang kontaktat konsumenter per telefon trots att konsumenternas telefonnummer står antecknade i registret NIX-Telefon.

Telefonsamtalen med fyra av konsumenterna (R. L., I. J., E.A. och Y.B.) finns även upptagna på ljudfiler där säljaren uppger telefonnumret denne ringt. Även I. R. blev under våren 2016 uppringd av Fastcom på sitt i NIX-Telefon införda telefonnummer.

Om en konsument låtit anteckna sitt telefonnummer i registret NIX-Telefon har konsumenten tydligt motsatt sig marknadsföring per telefon. Metoden strider dessutom mot reglerna i NIX-Telefon och därmed även mot god marknadsföringssed. Metoden påverkar i märkbar mån eller i vart fall sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Information om ångerrätten

Fastcom har helt underlåtit att lämna information om konsumentens rätt att ångra avtalet. Bristerna har påverkat konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Två av de konsumenter som inte fick någon information om ångerrätten var I. A. och I.R.

I.A., som var kund hos Fastcom för sin fasta telefoni, blev uppringd av en säljare som även ville att hon skulle byta sitt mobilabonnemang till Fastcoms abonnemang. I välkomstbrevet som I.A. sedan fick saknades helt information om ångerrätten. Förutom fakturan är välkomstbrevet den enda dokumentation hon mottagit från Fastcom. Ingrid Rebing, som också blev uppringd av Fastcom, erhöll heller ingen information om ångerrätten i välkomstbrevet eller på annat sätt.

Syfte och identitet

Syftet med de i målet aktuella telefonsamtalen från Fastcom till olika konsumenter har varit att sälja telefonabonnemang. Denna information har lämnats otydligt först i slutet av samtalen eller utlämnats helt.

Vid telefonsamtalen har information om att det är Fastcom som är leverantör av den marknadsförda tjänsten lämnats otydligt först i slutet av samtalen eller utlämnats helt. Att telefonförsäljare säger från vilket callcenter de ringer från uppfyller inte MFL:s krav. Det är Fastcom och inte ett callcenter, t.ex. Telework, som är leverantör av den marknadsförda tjänsten.

Att underlåta att i början av samtalet informera om syftet med samtalet får anses påverka konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Samarbete med befintlig operatör

Konsumenterna som har gjort anmälningar till Konsumentverket har uppgett att de trott att samtalet från Fastcom rört information om ändring av deras befintliga abonnemang och inte marknadsföring av en ny operatör.

Flertalet anmälare har uppgett att de har blivit kontaktade av en telefonförsäljare som i inledningen av samtalet säger att han eller hon ringer från konsumentens befintliga operatör eller samarbetar med den befintliga operatören.

Det har förekommit olika varianter på hur konsumenten vilseletts att tro att det är konsumentens befintliga operatör som ringer. I flertalet fall har försäljaren sagt att den fasta telefonin kommer att upphöra och att försäljaren nu kan hjälpa konsumenten behålla fast telefoni i 24 månader till.

I bl.a. I.R.s fall trodde hon att det var den befintliga operatören som ringde eftersom säljaren pratade mycket om vad hon hade för abonnemang, vad det kostade och att hon betalade för mycket.

Av ljudinspelningen från samtalet med R.L. framgår tydligt att säljaren i inledningen av samtalet presenterar sig som handläggare av fast telefoni. Det är inte förrän i det inspelade avtalsslutet (som i denna inspelning startar först efter 8 minuter och 50 sekunder) som försäljaren nämner Fastcom och att det är en ny operatör. Samma sak kan höras i de hela inspelade samtalen med U.B.L. och B.G.. Försäljaren presenterar sig t.ex. för U.B.L. som abonnemangshandläggare.

I samtalen med U.B.L. och B.G. inleder försäljaren med att uppge att denne kan se att konsumenten haft sin fasta telefon under mycket lång tid och nu är berättigad till seniorrabatt. Vilseledandet förstärks av att Fastcom ringt

telefonnummer som är registrerade i registret NIX-Telefon. Konsumenten förväntar sig då att bara den befintliga operatören kan ringa konsumenten.

Det höga antalet anmälningar med samstämmiga redogörelser visar att Fastcom inte presenterat sig på ett korrekt sätt.

Affärsmetoden är vilseledande och otillbörlig eftersom konsumenten påverkas negativt i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Löpande vite

Ett förbud eller åläggande ska förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövligt enligt 26 § MFL. Enligt KO:s uppfattning finns inga sådana skäl.

Ett löpande vite aktualiseras i situationer då det kan befaras att näringsidkaren kan komma att åsidosätta domstolens beslut upprepade gånger. Bl.a. tidigare beteende, marknadens och säljformens särskilda beskaffenhet kan beaktas vid bedömningen (prop. 1984/85:96 s. 51).

De flagranta, allvarliga och upprepade överträdelser det är frågan om visar att Fastcom på ett hänsynslöst sätt nonchalerar regler på konsumenternas bekostnad. Trots pågående mål och det interimistiska beslutet från den 13 januari 2017 inkommer anmälningar mot Fastcom. I. A. blev till exempel uppringd den 7 april 2017 och uppförd som kund hos Fastcom trots att hon inte hade någon avsikt att ingå avtal med företaget.

KO anser att ett löpande vite är påkallat eftersom företaget helt nonchalerar MFL:s bestämmelser om otillbörlig marknadsföring.

Marknadsstörningsavgift

De överträdelser av MFL som Fastcom gjort sig skyldigt till är så graverande att de i sig utgör grund för att marknadsstörningsavgift ska utgå. Dessutom tillkommer att det skett genom telefonförsäljning. Marknadsföringen riskerar att minska tilliten till en försäljningskanal som redan har lågt förtroende. Konsumentverkets undersökningar visar för fjärde året i rad att Telekombranschen är den bransch som orsakar mest bekymmer för konsumenter. Fastcoms verksamhet är ägnad att ytterligare minska förtroendet för telekombranschen.

Antalet anmälningar, frågor och klagomål till Hallå Konsument, antalet processer i Allmänna Reklamationsnämnden och antalet anmälningar till Telekområdgivarna visar att företagets marknadsföring har stor spridning. Oavsett om ett antal anmälningar är anonyma, att frågor ställts i affekt och att vissa anmälningar kan vara falska så överstiger siffrorna med mycket stor marginal vad som är normalt för ett seriöst företag.

Ljudfilerna som åberopats av KO visar även de på en stor omfattning och spridning av företagets vilseledande marknadsföring. Det är olika telefonförsäljare som ringer upp konsumenter och även vid en mycket försiktig uppskattning kan antas att antalet vilseledande samtal är betydande.

Efter Konsumentverkets skriftväxling med Fastcom kan det hållas för visst att företaget och dess företrädare varit väl införstådda med vilka regler som gäller för marknadsföring via telefon. Genom samhörighet med de av Konsumentverket granskade bolagen Swedfonenet och Telework bör också företaget ha fått kännedom om gällande regelverk. Trots detta har företaget alltså fortsatt sin vilseledande marknadsföring. Överträdelserna har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet.

Fastcom*Företagets verksamhet*

Fastcom erbjuder kostnadseffektiva kommunikationstjänster och har ett lägsta fastpris för fast telefoni som ofta är lägre än vad mer traditionella telekomföretag erbjuder kunderna. Fastcom har idag över 19 000 aktiva abonnenter.

Marknaden för fast telefoni är, till skillnad från den mobila, relativt outforskad och befintliga aktörer tillhandahåller en förhållandevis dyr tjänst, inte sällan med höga fasta månadsavgifter och ett mycket begränsat utnyttjande från konsumentens sida. Inte sällan utgör den fasta avgiften en helt dominerande del av fakturabeloppet och samtalskostnaden är förhållandevis blygsam.

Den fasta telefonin används i dag till stor del av medelålders eller äldre konsumenter. Om konsumenten är över 60 år tillhandahåller Fastcom en s.k. seniorrabatt.

Fastcom vänder sig mot beskrivningen att företaget skulle ange att konsumentens befintliga leverantör är på väg att lägga ned sin verksamhet. Fastcom tydliggör också att konsumenten byter operatör till Fastcom. Att fakturan därmed får ett annat utseende följer som en naturlig konsekvens av detta.

Anmälningarna mot Fastcom

KO har gjort gällande att antalet anmälningar till Konsumentverket är 135 stycken och att anmälningarna till Hallå Konsument uppgår till över 400 stycken. Därtill kommer ärenden hos Allmänna Reklamationsnämnden (okänt antal), Nämnden för direktmarknadsföring (63 stycken) och Telekområdgivarna (209 stycken). Antalet påstådda anmälningar är inte korrekt.

Fastcom har gått igenom samtliga handlingar hos Hallå Konsument och Konsumentverket. Redovisningen nedan utvisar att KO haft mycket lågt ställda krav för att ta upp en anmälan och lägga den till grund för sin talan.

Vidare har de anmälningar som inkommit en tydlig koppling tidsmässigt till att KO meddelade att ”KO stämmer Fastcom”. Under 2017 har det inte skrivits mycket om Fastcom, annat än att förvaltningsrätten beslutat att KO:s publicering av Fastcoms namn på den s.k. varningslistan var olaglig. Antalet anmälningar mot Fastcom under 2017 uppgår till drygt en per månad, vilket är en bråkdel jämfört med då media skrev om att KO stämt Fastcom.

Några av anmälningarna till Konsumentverket

Fall 1. Anmälaren har varit kund hos Fastcom tre gånger. Första gången ångrade hon avtalet eftersom en 93 årig kvinna svarat i telefonen för anmälarens räkning. Andra gången ångrade hon avtalet av ett annat skäl. Nu, denna tredje gång, ångrade hon sig efter flera månader och påstod att en 93-årig kvinna svarat i hennes telefon. Anmälan gjordes långt efter att avtal träffats och anger att det är oskäligen avtalsvillkor.

Fall 2. Anmälarens svärmor påstås ha blivit uppringd av någon telefonförsäljare trots att hon hade anmält sitt telefonnummer hos NIX-Telefon. Anmälaren tror inte att telefonförsäljaren kommer skicka ut någon blankett om ångerrätt. Det finns ingen uppgift om vem kunden är eller om detta överhuvudtaget gäller Fastcom.

Fall 3. Anmälaren är missnöjd med Fastcom och har valt att i stället bli kund hos Telia. Telia får något problem som gör att kundens telefon inte fungerar. Den f.d. kunden anmäler Fastcom (i stället för Telia). KO registrerar detta som en anmälan mot Fastcom.

Fall 4. En kunds son har skickat in frågor till KO rörande om Fastcom har konkurrenskraftiga priser. Detta uppfattar KO som en anmälan mot Fastcom.

Fall 5. En kund har haft fast telefoni hos Fastcom. När kunden ska flytta säger dennes gode man upp avtalet med Fastcom. Därefter tecknar en annan operatör, Seniortelefoni i Sverige AB, ett avtal med kunden. Den gode mannen anmäler Seniortelefoni i Sverige AB men skickar med en faktura också från Fastcom. KO uppfattar detta som en anmälan mot Fastcom fastän den rätteligen avser Seniortelefoni i Sverige AB.

Kommentar till anmälningarna gjorda till Hallå Konsument

Fastcom har gått igenom de 440 upptagna ”anmälningarna”.

I det 46:e ärendet ställer anmälaren frågan till Hallå Konsument om Fastcom får många anmälningar. Vid det tillfället finns det alltså 45 stycken ”anmälningar”. Hallå Konsument svarar dock med att ”Ja vi har fått ett antal klagomål. Ungefär 8-10 konkreta anmälningar”. Hallå Konsument har således själva uppfattningen att 80 procent av alla anmälningar är ”icke-konkreta”.

I det 278:e ärendet uppkommer frågan om Fastcom är ett seriöst företag. Det finns då 277 ”anmälningar”. Hallå Konsument svarar med att ”Det är svårt för mig att säga om de är seriösa eller inte. Det jag kan se är att det finns 17 anmälningar vad jag kan se på företaget”. Hallå Konsument har vid denna tidpunkt sållat bort 95 procent av anmälningarna som icke seriösa.

Det finns ytterligare bevis på falska anmälningar till Hallå Konsument, vilket framgår av en s.k. chatt mellan ”Birgitta” och handläggaren på Hallå Konsument.

Fastcom har över 19 000 aktiva abonnenter. Eftersom det är företagets marknadsföring som ifrågasätts kan konstateras att företaget har en ”träffprocent” på cirka 10 procent. Det betyder att närmare 200 000 kontakter tagits vilket renderat i 34 anmälningar.

Det kan konstateras att det inte är frågan om likartade problem utan anmälningarna

”spretar”. Det är således endast 0,00017 procent av kontakterna som anmält Fastcom till Konsumentverket.

Fakturerering utan avtal

KO:s påstående om att Fastcom skulle fakturera kunder som inte ingått avtal med Fastcom bestrids. Innan Fastcom accepterar att säljarna ingår ett avtal för företagets räkning ska följande frågor ställas till kunder:

- a) ”Endast det som sägs i denna inspelning gäller för vårt avtal, är det ok?”
- b) ”Detta är ett muntligt avtal som gäller som giltigt avtal mellan Fastcom och dig som kund, är det ok?”

Kunden behöver svara ja på båda frågorna. Skulle kunden inte göra det blir det inget avtal. Likaså om kundens beteende är sådant att det framstår att han/hon inte är klar över att det är frågan om ingående av avtal. Fastcoms säljare utbildas i bl.a. avtalsrätt.

Efter det att Fastcom och kunden muntligen enats om ett avtal översänder Fastcom ett s.k. välkomstpaket med en del praktisk information och företagets allmänna villkor. Därefter avvaktar Fastcom minst 14 dagar med att registrera kunden som kund hos Fastcom. Anledningen är att kunden har 14 dagars ångerrätt, vilket Fastcom utan undantag respekterar (i själva verket tillåter Fastcom missnöjda kunder att lämna företaget även efter det att ångerrätten passerat, detta som en goodwill gest).

Kontakt med konsumenter som anslutit sig till registret NIX-Telefon

Fastcom har inte medvetet ringt konsumenter som är registrerade i registret NIX-Telefon. Något uppsåt föreligger inte. Fastcom har vidtagit åtgärder för att inga samtal till registret NIX-Telefon ska ske och har inte förhållit sig passivt till situationen.

Fastcom medger att K.L., B.A., E.A. och Y.B. blivit uppringda på telefonnummer som var registrerade i registret NIX-Telefon. Företaget har däremot aldrig ringt upp U.L. eller A.A..

L.K.. har blivit uppringd på sin mobiltelefonnummer som inte varit upptaget i NIX-Telefon.

I.R. och I.A. är befintliga kunder hos Fastcom rörande traditionell analog telefoni och eftersom Fastcom är en befintlig operatör får företaget ta kontakt med dem.

Information om ångerrätten

Fastcom har lämnat korrekt information om ångerrätten. Av Fastcoms allmänna villkor, punkten 14, har ångerrätten tydligt framgått. Villkoren finns vid var tid tillgängliga på Fastcoms hemsida.

De allmänna villkoren skickas undantagslöst ut till kunden i samband med övrig information. Det saknas anledning att upprepa informationen i välkomstbrevet som skickas ut samtidigt.

U.B.L. informerades om ångerrätten (minut 12:20 och 12:40 på ljudinspelningen). I.R. har också informerats om ångerrätten. Beträffande I.A. hänvisar Fastcom till ljudinspelningen av samtalet med henne (1 min 20 sek) där säljaren lämnar information om ångerrätten och hur I.A. ska utnyttja denna. Hon fick dessutom information om ångerrätten i de allmänna villkoren.

Det ska noteras att Fastcom – historiskt – utan undantag lämnat information om ångerrätten i samband med att orderbekräftelse skickas ut till kunden. Kunden får således alltid del av informationen. Sedan KO uppmärksammat Fastcom om sin tolkning av hur ångerrätten ska lämnas har Fastcom ändrat sina rutiner.

Syfte och identitet

KO gör gällande att Fastcom underlåtit att i början av samtalet informera om syftet med samtalet.

Vid telefonsamtalen med R.L., U.B.L. och B.G. har säljaren på ett tydligt sätt och redan från början av samtalet både presenterat sig, talat om varifrån han ringer och att det är fråga om att sälja ett telefonabonnemang.

A.M.s., R.C.s., H.N.s. (genom konsumentvägledare K.L.), B.J.s (genom N.J.) och M.B.s. anmälningar har avsett andra klagomål än de som yrkande 4 avser. Av anmälningarna kan inte utläsas annat än Fastcom tydliggjort för anmälaren vad företaget haft för syfte med samtalet.

Den uppringande personen har arbetat med att sälja telefonabonnemang och beteckningen ”abonnemangshandläggare” är därför en adekvat beskrivning av personens position. Att det skulle ge intryck av att säljaren därigenom skulle ringa från konsumentens befintliga leverantör är inte korrekt; begreppet handläggare kan knappast vara begränsat till att avse personer som arbetar hos konsumentens befintliga operatör.

Samarbete med befintlig operatör

KO gör gällande att Fastcom underlåtit att i början av samtalet presentera sig utan gett sken av att företräda konsumentens nuvarande operatör.

Säljarna har emellertid som första åtgärd angett från vilket företag de ringer. Säljarna har inte påstått att de ringer från den nuvarande operatören och ger inte heller sken av detta. Det har även under samtalet skett en jämförelse mellan Fastcoms erbjudande och

det erbjudande som den befintliga operatören har. En sådan jämförelse hade varit meningslös om det var den befintliga operatören som ringde.

Under samtalet med kunden har Fastcom vid flera tillfällen redovisat att Fastcom inte är kundens befintliga operatör. Samtalen har bl.a. haft följande inslag:

”Fastcom är en svensk fristående operatör som inte har kopplingar till andra operatörer.”

”Idag den [datum] har Fastcom kommit överens med [namn] om att ni vill byta operatör till Fastcom och flytta över [antal] abonnemang.”

”Jag kommer nu att ställa två kontrollfrågor för att ni ska vara trygga med överenskommelsen:

1. Är du som kund medveten om att ni byter operatör från [befintlig operatör] till Fastcom? [Ja]
2. Är ni medvetna om att ni hädanefter kommer att få er fasttelefoniräkning från Fastcom? [Ja]”

”Då registrerar vi [namn] som ny kund hos Fastcom.”

Mot ovanstående bakgrund måste kunden ha insett att han/hon byter från sin befintliga operatör till Fastcom.

Marknadsstörningsavgift

Fastcom tolkar inte MFL så att redan det faktum att Fastcom använder telefonsamtal som kommunikationskanal skulle motivera att marknadsstörningsavgift ska utgå. Att sälja produkter och tjänster per telefon är per definition inte otillåtet.

Det bestrids att hela branschen för telefonförsäljning skulle riskera att drabbas av bristande tilltro till följd av Fastcoms påstådda överträdelser av MFL. Fastcom är en i sammanhanget obetydlig aktör.

Det är korrekt att Fastcom är orienterat kring MFL:s bestämmelser, som seriöst företag åligger det företaget att vara det, och det kan inte hållas emot Fastcom att det har varit uppdaterat kring gällande lagstiftning.

Fastcom har varit totalt öppet gentemot Konsumentverket och lojalt svarat på de frågor som ställts samt överlämnat det material som Konsumentverket begärt. Fastcom har anlitat samarbetspartners och lämnat noggranna instruktioner om hur de ska agera. I de fall en enskild säljare hos en samarbetspartner inte levt upp till de föreskrifter som gällt har åtgärder vidtagits mot den säljaren. Fastcom har agerat mot felaktiga ageranden om detta ägt rum och inte uppsåtligen brutit mot MFL.

Fastcom bestrider påståendet att den vilseledande marknadsföringen vänt sig till ett stort antal konsumenter. Påståendet är felaktigt och ger sken av att samtliga telefonsamtal varit vilseledande enligt ett utstuderat mönster. Mängden samtal i förhållande till mängden anmälningar är vidare försvinnande liten och av anmälningarna är många anonyma eller gjorda i strid mot bättre vetande för att ”komma ur” ett ingånget avtal.

Beträffande frågan om den påstådda samhörigheten mellan Swedfonenet AB och Fastcom kan noteras att Swedfonenet AB mottagit och accepterat ett föreläggande från Konsumentverket. Swedfonenet AB har inte ådömts att utge något vite utan har lojalt följt föreläggandet. Om samhörigheten har någon betydelse är detta i så fall till Fastcoms fördel eftersom Swedfonenet AB accepterat och agerat lojalt med utfärdat föreläggande.

Som nämnts ovan har Fastcom agerat öppet och lojalt med Konsumentverket. Om Konsumentverket hade utfärdat ett föreläggande om att inte vidta vissa tydligt

identifierade åtgärder hade Fastcom sannolikt accepterat detta. Fastcom har inte beretts den möjligheten. Detta bör beaktas om domstolen skulle överväga att döma ut en marknadsstörningsavgift.

Den årsredovisning KO åberopat omfattar arton månader och ger således inte information om årsomsättningen varför omsättningen som är redovisad i årsredovisningen inte kan läggas till grund för beräkningen av en marknadsstörningsavgift.

BEVISNING

På KO:s begäran har vittnesförhör hållits med T.C.N., R.L. och U.B.L.

På Fastcoms begäran har vittnesförhör hållits med I.M. och R.B.

Parterna har åberopat skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

Målet rör marknadsföring av i huvudsak telefonabonnemang för fast telefoni genom telefonförsäljning.

Målgrupp

Om marknadsföringen är särskilt riktad till en viss konsumentgrupp ska den, enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter (se skäl 18 och artikel 5.2 b i direktivet) bedömas ur ett perspektiv som är representativt för den genomsnittlige konsumenten i denna grupp. (se även t.ex. Marknadsdomstolens domar MD 2015:14 punkt 67, MD 2014:17 och MD 2008:15).

Av förhören med R.B. och I.M. har framgått att det framförallt är äldre som idag använder sig av fast telefoni. Den sistnämnde uttryckte saken så att det i huvudsak är fråga om konsumenter ”55 +” som använder sig av fast telefoni. Det kan vidare konstateras att de konsumenter som förekommer på de av KO åberopade ljudfilerna är äldre personer och detsamma gäller de förhörpersoner som åberopats av KO.

Domstolen finner sammantaget att Fastcoms marknadsföring varit riktad till en äldre konsumentgrupp. Bedömningen av Fastcoms marknadsföring ska alltså ske med utgångspunkt i hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam genomsnittskonsument ur denna målgrupp.

Krav på betalning för tjänst som inte beställts – Yrkande 1

Rättsliga utgångspunkter

Bilaga I till det ovan nämna direktivet, den s.k. svarta listan, gäller enligt 4 § MFL som svensk lag. Svarta listan innehåller en uppräkningslista av affärsmetoder som enligt 7 § fjärde stycket och 8 § andra stycket MFL alltid är att anse som otillbörliga. Bland dessa svartlistade affärsmetoder återfinns följande i punkten 21 och punkten 29:

(21) I marknadsföringsmaterialet inkludera en faktura eller liknande betalningshandling som ger konsumenten intryck av [att] han redan har beställt den marknadsförda produkten när så inte är fallet.

(29) Kräva omedelbar eller uppskjuten betalning för eller återsändande eller förvaring av produkter som näringsidkaren tillhandahållit men som konsumenten inte beställt (leverans utan föregående beställning) utom om produkten är en sådan ersättning som tillhandahållits i överensstämmelse med artikel 7.3 i direktiv 97/7/EG.

Vid genomförandet av direktivet anförde regeringen i förarbetena att punkten 21 och punkten 29 i svarta listan i allt väsentligt motsvarade 12 § i 1995 års MFL om obeställda produkter och fakturaskojeri (se prop. 2007/08:115 s. 103 f.). Denna uppfattning synes också ha fått genomslag i praxis (se bl.a. Marknadsdomstolens domar MD 2014:17 p. 53 och MD 2016:10 p. 53). Av praxis framgår vidare att svarta listan, mot bakgrund av att listan utgör en EU-rättslig reglering och inte ensidigt kan ändras av en medlemsstat, inte bör tolkas extensivt (se MD 2009:33).

Är det av KO påtalade förfarandet förenligt med punkten 21 och punkten 29 i svarta listan?

KO har till grund för sin talan i denna del åberopat att Fastcom har skickat fakturor till konsumenter trots att de inte beställt ett telefonabonnemang och därmed inte haft någon avtalsrelation med företaget. Till stöd för detta har KO åberopat dels vittnesförhör med R.L., U.B.L. och T.C.N., dels ljudinspelningar av säljsamtal med R.L., B.G. och I.A., dels skriftliga anmälningar till Konsumentverket från fem konsumenter.

Enligt Fastcom har det förelegat ett avtal mellan företaget och konsumenterna varför det funnits en rätt för företaget att fakturera dem för användningen av den sålda tjänsten.

Det har enligt vad KO gjort gällande aldrig uppstått någon avtalsrelation mellan konsumenterna och Fastcom eftersom det saknats en gemensam partsavsikt. Detta eftersom konsumenterna – mot bakgrund av hur försäljningssamtalen genomförts – bibringats en uppfattning att Fastcoms erbjudande inte innefattade ett byte från konsumentens befintliga operatör till Fastcom.

Inledningsvis konstaterar domstolen att även åtgärden att sända en faktura efter försäljning eller leverans av produkter enligt 3 § MFL utgör en marknadsföringsåtgärd

(en s.k. efterköpssituation). Fastcoms fakturering är således att se som en marknadsföringsåtgärd som faller inom området för såväl MFL:s som direktivets tillämpningsområde, även om faktureringen föregåtts av någon form av beställning.

Som KO fört sin talan i målet ser domstolen inte något utrymme för att pröva den påtalade marknadsföringen i denna del mot några andra bestämmelser än punkten 21 och punkten 29 i svarta listan. Prövningen är alltså begränsad till om en överträdelse har skett av en eller båda dessa bestämmelser. Vid sin prövning har domstolen vidare tagit sin utgångspunkt i att bestämmelserna i svarta listan inte ska tolkas extensivt.

Enligt domstolens mening tar punkten 21 i svarta listan främst sikte på en situation där konsumenten tillsammans med annat marknadsföringsmaterial får en faktura eller annan liknande betalningshandling och därigenom vilseleds att tro att han eller hon har gjort en beställning när så inte är fallet. I punkten 29 i svarta listan är det i stället fråga om produkter som tillhandahålls utan föregående beställning och ett betalningskrav som följer på detta. Gemensamt för de båda punkterna i svarta listan är således att konsumenten genom försändelsen vilseleds till att tro att en beställning har skett av den marknadsförda produkten trots att så inte är fallet.

Som domstolen förstår bestämmelserna i punkten 21 och punkten 29 i svarta listan omfattar de således i allt väsentligt vad som tidigare utgjorde s.k. fakturaskojeri enligt 12 § i 1995 års MFL. Enligt denna bestämmelse fick en näringsidkare vid sin marknadsföring inte översända en faktura, inbetalningsaviser eller liknande meddelanden avseende produkter som inte uttryckligen beställts och därmed vilseleda mottagaren om dennes betalningsskyldighet (se prop. 2007/08:115 s. 103 f. samt MD 2009:32, MD 2009:36 och MD 2014:17 punkt 53).

Av utredningen i målet framgår att konsumenterna under de säljsamtal som skett via telefon gjort en uttrycklig beställning av vad de uppfattat som den marknadsförda tjänsten. Detta har medfört att de registrerats som kunder hos Fastcom och därpå fakturerats för användning av den tjänst företaget tillhandahållit. Vidare är det genom

utredningen klarlagt att Fastcom skickat fakturor till konsumenterna och att detta skett utan att fakturorna inkluderats i annat marknadsföringsmaterial.

Utredningen i målet ger vidare vid handen att det är tveksamt i fall konsumenternas uppfattning om bakgrunden till och innehållet i sin beställning motsvarat de verkliga förhållandena och innehållet i den tjänst Fastcom erbjöd. Detta särskilt som tjänsten medförde ett byte till en operatör som inte hade någon koppling till deras tidigare operatör. Mot denna bakgrund kan det sättas ifråga om ett giltigt avtal verkligen kommit till stånd mellan parterna. Ett sådant förfarande, dvs. att skicka en faktura trots att något giltigt avtal inte föreligger, kan vara i strid med god marknadsföringssed eller vilseledande enligt MFL:s bestämmelser.

Som domstolen anmärkt ovan är prövningen i målet emellertid begränsad till om den påtalade marknadsföringen omfattas av punkten 21 eller punkten 29 i svarta listan. För att ett förfarande ska rymmas i någon av dessa bestämmelser måste det bl.a. innefatta ett betalningskrav trots att konsumenten inte gjort någon beställning av den marknadsförda produkten. En uttrycklig beställning kan, som domstolen ser det, anses ha skett även om det från ett avtalsrättsligt perspektiv inte har kommit till stånd något giltigt avtal mellan konsumenten och näringsidkaren. I förevarande fall har konsumenterna i några fall gjort en uttrycklig beställning och i något fall uttryckligen godtagit att registreras som kund men med förbehållet att konsumenten (Ingela Andersson) – som upplysts om ångerrätten – uppgav att hon skulle se över avtalet innan ett slutligt ställningstagande.

Eftersom Fastcom inte i ett marknadsföringsmaterial inkluderat en faktura eller krävt betalning för en tjänst utan uttrycklig beställning har marknadsföringen inte varit sådan att den rymms inom det förhållandevis snäva tillämpningsområdet för punkten 21 eller punkten 29 i svarta listan. Följaktligen ska KO:s yrkande i denna del avslås.

Kontakt med konsumenter registrerade i NIX-Telefon – Yrkande 2

Av motiven till bestämmelserna 19-21 §§ i MFL om obeställd reklam framgår att en person som vill motsätta sig marknadsföring via vissa metoder för distanskommunikation kan, i de fall det finns ett spärregister, anmäla sig dit.

NIX-Telefon ges som exempel på ett register där privatpersoner kan anmäla sitt telefonnummer om de inte vill bli uppringda i försäljnings- eller marknadsföringssyfte (se prop. 1999/2000:40 s. 41). En konsument som låtit anteckna sitt telefonnummer i NIX-Telefon har alltså tydligt motsatt sig marknadsföring per telefon.

Det är i målet ostridigt att Fastcom i samband med marknadsföring av telefonabonnemang kontaktat konsumenterna K.L., B.A., E.A. och Y.B. per telefon trots att konsumenternas telefonnummer stått antecknat i registret NIX-Telefon.

Av skriftliga anmälningar till Konsumentverket och övrig utredning framgår vidare att konsumenterna U.L., I.J., L.K. och A.A. angett att de blivit uppringda av säljare för Fastcoms räkning och då på telefonnummer som varit införda i registret NIX-Telefon. Uppgifterna i anmälningarna är på denna punkt precisa och enligt domstolen trovärdiga. Ljudinspelningarna från telefonsamtalen med R.L., I. J., E. A. och Y. B. ger också de vid handen att dessa konsumenter blivit uppringda på telefonnummer som varit införda i registret NIX-telefon.

Fastcoms agerande, dvs. att i marknadsförings- och försäljningssyfte kontakta konsumenter som företaget inte haft en tidigare kundrelation med och vilkas telefonnummer finns registrerade hos NIX-Telefon, innebär en överträdelse av 21 § MFL. Förfarandet strider mot god marknadsföringssed och är otillbörligt eftersom det i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Förfarandet ska förbjudas i enlighet med 23 § MFL.

Information om ångerrätten – Yrkande 3

Innan ett avtal mellan en näringsidkare och konsument ingås via telefon ska näringsidkaren enligt 2 kap. 2 § första stycket 9 lagen (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler (distansavtalslagen) ge konsumenten information om och under vilka förutsättningar det finns en ångerrätt, tidsfristen och övriga villkor för ångerrätten, hur ångerrätten utövas samt om att det finns ett standardformulär för utövande av ångerrätten och hur konsumenten kan ta del av detta formulär.

I 2 kap. 3 § första stycket distansavtalslagen anges särskilt att informationen ska ges klart och begripligt och på ett sätt som är anpassat efter det medel för distanskommunikation som används. Att vid telefonförsäljning hålla villkoren för ångerrätten tillgängliga som del av allmänna leveransvillkor på en hemsida uppfyller således inte lagens krav.

Om näringsidkaren inte ger föreskriven information om ångerrätt enligt 2 kap. 2 § första stycket 9 distansavtalslagen, ska MFL:s bestämmelser om bl.a. vilseledande marknadsföring i 10 § andra stycket 10 och om åläggande att lämna information i 24 § tillämpas. Vidare framgår av 2 kap. 6 § distansavtalslagen att sådan information ska anses vara väsentlig enligt 10 § tredje stycket MFL.

KO har i denna del av målet bl.a. åberopat inspelningar av telefonsamtal i försäljningssyfte med konsumenterna R. L., I. J., E. A., Y. B., U.B.L. och B. G. Inspelningarna med konsumenterna R. L., U.B.L. och B.G. återger hela säljsamtal medan inspelningarna av samtalen med de övriga konsumenterna återger endast själva avtalsslutet.

Av ljudinspelningarna framgår att någon information om ångerrätten inte lämnas på ett tillräckligt klart och tydligt sätt. Där ångerrätten nämns sker det högst begränsat,

hastigt och inte fullständigt i förhållande till lagens krav. I ett visst fall (U.B. L.) är det vidare närmast på konsumentens initiativ ångerrätten kommer på tal.

Från Fastcom har i denna del åberopats en ljudinspelning av ett säljsamtal med I.A. av vilket det framgår att information om ångerrätten lämnades.

Fastcoms underlåtenhet att lämna fullständig information om ångerrätt på ett för konsumenten klart och tydligt sätt i de fall som omfattas av KO:s bevisning medför att marknadsföringen är att anse som vilseledande enligt 10 § tredje stycket MFL jämfört med de tidigare nämnda bestämmelserna i distansavtalslagen.

Den information Fastcom utlämnat, dvs. information om ångerrätten, ska enligt 10 § tredje stycket MFL anses som väsentlig. Eftersom kravet på att information måste vara väsentlig och bedömningen av om vilseledandet har en sannolik påverkan på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut kan vägas samman (se prop. 2007/08:115 s. 147) konstaterar domstolen att marknadsföringen är att anse som otillbörlig. Fastcom ska därför enligt 24 § MFL åläggas att lämna information i enlighet med KO:s yrkande. Förbudet bör dock ges en delvis annan utformning än vad KO yrkat.

Frånvaro av reklamidentifiering och sändarangivelse – Yrkande 4

Enligt 9 § första stycket MFL ska all marknadsföring utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring, s.k. reklamidentifiering. Enligt andra stycket i samma bestämmelse ska det också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen, s.k. sändarangivelse. Bestämmelsen uttrycker en grundläggande princip inom marknadsrätten, nämligen att reklam och andra marknadsföringsåtgärder ska kunna identifieras som sådana (prop. 1994/95:123 s. 165). Här kan även noteras att enligt 2 kap. 2 § tredje stycket lagen (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler ska försäljaren vid telefonförsäljning i

början av samtalet informera konsumenten om sitt namn, samtalets syfte, näringsidkarens identitet och försäljarens relation till näringsidkaren.

Kravet på reklamidentifiering enligt MFL innebär att konsumenten ska ha möjlighet att med ett minimum av ansträngning avvisa meddelanden som han eller hon inte vill ta del av. Det är inte tillräckligt att konsumenten kan ana och så småningom förstå att det rör sig om marknadsföring, utan detta ska framgå så tydligt att en konsument redan efter en flyktig kontakt kan skilja mellan reklam och annan information. Det är således inte tillräckligt att det först efter ett inledande skede, dvs. ett stycke in i säljsamtalet, framgår för den uppringde vem som ligger bakom marknadsföringen (se MD 2011:15).

KO har gjort gällande att telefonförsäljare som representerat Fastcom inte alls eller i vart fall inte i början av samtalet har informerat om att det är ett samtal från Fastcom och att syftet med samtalet är att sälja Fastcoms abonnemang för fast telefoni.

Till stöd för sin talan i denna del av målet har KO åberopat skriftliga anmälningar från åtta olika konsumenter och ljudinspelningar av säljsamtal med R.L., U.B.L. och B.G..

Genom de inspelade telefonsamtalen, som återger samtalen i deras helhet, framgår att R.L., U.B.L. och B.G. blivit uppringda av försäljare anställda hos olika s.k. callcenters.

Telefonförsäljarna har i inledningen av de åberopade telefonsamtalen sagt att de ringer från det callcenter där de arbetar, t.ex. DM eller Telework, och inte angett att det är Fastcom som är reklamavsändaren.

Vid marknadsföring ska reklamavsändarens namn eller firma, i detta fall Fastcom, anges (prop. 2007/08:115 s. 83). Att de uppringande säljarna har angett från vilket callcenter de ringer uppfyller således inte de krav som ställs på sändarangivelse i MFL

Vidare har säljarna i inledningen av samtalen använt uttryck som att de är ”Handläggare för fast telefoni”, ”Abonnemangshandläggare på Telework” och ”Du är berättigad till seniorrabatt”. De har även förmedlat intrycket att de känner till vilket pris konsumenten för närvarande betalar. Först en betydande bit in i samtalen har det framgått att det är Fastcom som är reklamavsändaren och att det är fråga om försäljning av telefonabonnemang. Samtalen har vidare skett i ett högt tempo och enligt domstolen ger samtalen vid handen att konsumenten inte fullt ut varit införstådd med vad samtalet gått ut på eller först långt in i samtalet fått klart för sig att det rört sig om försäljning av telefonabonnemang.

Av de åberopade ljudinspelningarna framgår det således enligt domstolen att det vid den påtalade marknadsföringen inte i inledningen av samtalen angetts vem som svarar för marknadsföringen eller vad syftet med samtalet är på sätt som krävs enligt MFL och distansavtalslagen.

Av de åberopade skriftliga anmälningarna kan konstateras att A.M. angett att säljaren inte presenterade sig och att hon erbjöds ett lägre pris på fast telefoni eftersom hon fyllt 65 år. H.N.s hustru A.M. N. har enligt anmälan fått ett snarlikt erbjudande i och med att hon erbjöds en ”pensionärsrabatt”. Dessutom ska säljaren enligt anmälan ha uppgett att han ringde från Telia.

R. C. har i sin anmälan uppgett att hans befintliga telefonoperatör var Glocalnet och att säljaren som ringde sade att han ringde från den befintliga operatören. N. J. , som lämnat in en anmälan för B. J., har i anmälan uppgett att säljaren sagt att han ringde från Telia och att Telia skulle sluta med telefonabonnemang.

De skriftliga anmälningarna från A.M., R. C., H. N. och N. J. innehåller konkreta och precisa påståenden om att säljarna inte informerat om att de ringde från Fastcom och/eller att syftet med samtalet var att sälja ett telefonabonnemang. Att säljarna tagit upp frågor om rabatter medför enligt

domstolen inte att kravet på att uppge syftet med samtalet blir uppfyllt eftersom detta var att sälja ett telefonabonnemang och inte att ge rabatt på ett befintligt telefonabonnemang.

Innehållet i de skriftliga anmälningarna stämmer enligt domstolen vidare väl överens med hur samtalen genomförts med R. L., U.B. L. och B. G. där fullständiga ljudfiler finns att tillgå.

Det kan enligt domstolen hållas för troligt att ljudinspelningarna av de fullständiga telefonsamtalen återspeglar hur samtalen regelmässigt genomfördes med konsumenter som blev uppringda i försäljningssyfte. De skriftliga anmälningarna får därför enligt domstolen anses ha ett innehåll som gör att de i förening med de återopade ljudinspelningarna visar att det vid den påtalade marknadsföringen inte i inledningen av säljsamtalen angetts vem som svarar för marknadsföringen eller vad syftet med samtalet var på sätt som krävs. Att två av anmälningarna gjorts av anhöriga till de uppringda konsumenterna förändrar inte denna bedömning.

Av anmälan och tjänsteanteckning från samtal med Ingrid Rebing framgår inte annat än att hon blev uppringd av en person som hon tog för givet ringde från hennes telefonoperatör Tele2. Innehållet i den skriftliga anmälan och tjänsteanteckningen är enligt domstolen alltför allmänt hållet för att kunna ligga till grund för några slutsatser om huruvida MFL:s krav på reklamidentifiering och sändarangivelse varit uppfyllda.

Sammantaget kan konstateras att domstolen funnit att det i sju fall i strid med 9 § MFL utelämnats information om vem som svarar för marknadsföringen och att syftet var att sälja telefonabonnemang. Det kan antas att detta påverkat eller sannolikt påverkat mottagarnas förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, varför marknadsföringen är att anse som otillbörlig enligt 8 § MFL. Förutsättningar finns alltså för att bifalla yrkandet om åläggande att tydligt informera om vem som är avsändare av marknadsföringen och att syftet är att sälja ett telefonabonnemang. Åläggandet ska ges den utformning som framgår av domslutet.

Påstående om att säljaren representerar eller samarbetar med kundens befintliga operatör – Yrkande 5

I praxis har det ansetts vara vilseledande att vid telefonförsäljning felaktigt påstå samröre med en konkurrent (se Marknadsdomstolens domar MD 2009:7, MD 2011:3 och MD 2011:15).

KO har till stöd för sin talan i denna del åberopat dels den utredning som åberopades till stöd för påståendet om frånvaro av reklamidentifiering och syfte med sällsamtalet (yrkande 4), dels vittnesförhör med R. L. och U.B.L.

Som redovisats ovan under yrkande 4 framgår av utredningen att Fastcoms marknadsföring inneburit att företagets försäljare på olika sätt gett intryck av att säljaren ringt från eller samarbetat med konsumentens befintliga teleoperatör. Marknadsföringen har därmed varit vilseledande enligt 10 § MFL. De vilseledande uppgifterna är av sådant slag att de sannolikt har påverkat mottagarnas förmåga att fatta ett välgrundat beslut (se MD 2009:37). Den påtalade marknadsföringen är därmed att anse som otillbörlig och Fastcom ska förbjudas att fortsätta med den. Förbudet ska ges den utformning som framgår av domslutet.

Förbud och åläggande vid vite

Enligt 26 § marknadsföringslagen ska förbud och ålägganden förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Sådana särskilda skäl föreligger inte i målet.

Ett vitesförbud och ett åläggande vid vite ska vara klart avgränsat så att företaget som förbudet riktar sig mot vet vad det inte får göra. Inom ramen för kärandens yrkande är det domstolens uppgift att utforma förbudet så att det uppfyller kravet på entydighet och konkretisering. Ett förbud ska inte heller gå längre än vad som är motiverat i det enskilda fallet (se prop. 1993/94:122, s. 67). Vidare ska förbudet eller åläggandet ta

sikte på den överträdelse som har begåtts och alltså enbart träffa Fastcoms faktiska överträdelser av MFL (se Svea hovrätts dom den 5 november 2015 i mål T 11341-14 med hänvisning till NJA 2007 s. 431). Åläggandena och förbuden ska därför begränsas på så sätt som framgår av domslutet. Enligt domstolen föreligger det inte tillräckliga skäl för att förena förbuden och åläggandena med löpande vite.

Enligt 27 § tredje stycket MFL med hänvisning till 15 kap. 8 § rättegångsbalken ska domstolen när målet avgörs pröva om de interimistiska förbuden och åläggandena ska bestå. Det är i målet fråga om marknadsföringsåtgärder som lätt kan återupptas. Med hänsyn till utgången i målet finns det anledning att låta de interimistiska förbuden och åläggandena att kvarstå. Domen i målet har medfört vissa förändringar i de förbud och ålägganden som beslutades av Patent- och marknadsöverdomstolen den 27 januari 2017 varför ett interimistiskt förbud ska få den utformning som framgår av domslutet.

Marknadsstörningsavgift

KO har yrkat att Fastcom ska förpliktas betala marknadsstörningsavgift med tre miljoner kr.

Enligt 29 § MFL får en näringsidkare åläggas att betala en särskild avgift om näringsidkaren eller någon som handlar på näringsidkarens vägnar uppsåtligt eller av oaktsamhet har brutit mot någon av de särskilda reglerna i MFL som innehåller konkreta förbud mot och krav på vissa marknadsföringsåtgärder, däribland 8-10 §§ MFL och bestämmelserna i bilaga I till direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna.

Domstolen konstaterar att KO har bevisbördan för att den marknadsföring som påstås utgöra en överträdelse faktiskt har ägt rum. Som framgått har KO styrkt att åtgärderna som omfattas av yrkande 2-5 har ägt rum, men däremot inte åtgärderna enligt yrkande 1. Marknadsstörningsavgift kan enligt 2 kap. 6 § distansavtalslagen inte utgå såvitt

avser åtgärderna enligt yrkande 2 och 3 (att ringa upp konsumenter på telefonnummer som är införda i registret NIX-Telefon och utelämna information om ångerrätten).

Den fortsatta bedömningen utgår därför från överträdelser enligt yrkande 4 och 5, dvs. bristande reklamidentifiering, bristande sändarangivelse och påståenden om samröre med konsumentens befintliga operatör. Marknadsföringsåtgärderna är vidtagna i tiden före den 1 oktober 2016 varför MFL i dess äldre lydelse ska tillämpas vid bedömningen av om marknadsstörningsavgift ska utgå, se punkten 2 i övergångsbestämmelserna till lag om ändring i MFL (SFS 2016:793).

Marknadsstörningsavgift ska användas i fall där det föreligger ett mer påtagligt behov av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen (prop. 1994/95:123 s. 104 och prop. 2007/08:115 s. 118). Avgiften är avsedd för situationer där den otillbörliga marknadsföringen stör marknadens funktion. Enligt förarbetena kan detta vara fallet om en näringsidkares otillbörliga agerande riskerar att leda till att konsumenter och andra näringsidkare får en bristande tilltro till en hel bransch.

Otillbörligt agerande som leder till bristande förtroende för något försäljningssätt är också ett exempel på en allvarlig störning (prop. 2007/08:115 s. 118 f.). En viktig aspekt är att den marknadsrättsliga regleringen efterlevs på ett sådant sätt att tilliten till e-handel, telefonförsäljning, hemförsäljning och andra försäljningssätt inte undergrävs.

Vid tillämpning av dessa principer konstaterar domstolen att det i målet rör sig om marknadsföringsåtgärder som skett i strid med 9 och 10 §§ MFL. Detta genom att Fastcom underlåtit att lämna väsentlig information vid inledningen till säljsamtal samt gett konsumenten intryck av att företaget samarbetat med eller representerat konsumentens befintliga operatör. Det är försvårande att äldre konsumenter har utsatts för dessa otillbörliga marknadsföringsåtgärder.

Den otillbörliga marknadsföringen är sammantaget av sådant slag att den riskerar att leda till att konsumenter och näringsidkare får bristande tilltro till telefonförsäljningsverksamhet som marknadsföringskanal.

Försäljningen har skett via telefon. Av vittnesförhören med R. B., I. M. och T.C.N. framgår att antalet samtal som genomfördes dagligen översteg 7 000. KO har fört bevisning kring de antal anmälningar och klagomål Fastcom varit föremål för hos Konsumentverket, Allmänna Reklamationsnämnden Hallå Konsument och Nämnden för direktmarknadsföring. Det närmare innehållet i dessa anmälningar och klagomål har inte redovisats i målet varför det inte går att dra några säkra slutsatser utifrån dem om den otillbörliga marknadsföringens spridning.

Vad som visats i målet är däremot att överträdelser av MFL skett i sju fall vad avser bristande reklam- och sändarangivelse samt sju fall av vilseledande påståenden om samarbete med konsumentens befintliga telefonoperatör. Sammantaget kan konstateras att det är fråga om en inte obetydlig mängd överträdelser och att de är av en allvarlig art. Till detta kommer att mottagarna av marknadsföringen varit äldre personer. Det är enligt domstolen således inte fråga om en ringa eller bagatellartad överträdelse av MFL. Objektiva förutsättningar finns därför för att döma ut en marknadsstörningsavgift.

För att marknadsstörningsavgift ska kunna åläggas krävs att marknadsföringen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Inledningsvis konstaterar domstolen att näringsidkare har en skyldighet att hålla sig informerade om gällande rätt. För alla näringsidkare gäller ett grundläggande krav på att iaktta god marknadsföringssed. Med denna utgångspunkt finns, enligt motiven till MFL, skäl att tillämpa stränga kriterier vid bedömningen av om en näringsidkares handlingssätt vid marknadsföring varit oaktsamt (se prop. 1994/95:123 s. 175).

Enligt domstolens bedömning borde Fastcom rimligen ha kunnat förutse att den aktuella marknadsföringen innebar överträdelser av MFL. Det har av vittnesförhören

med R.B. och I.M. framgått att det inte funnits någon samtalsmanual utan säljarna har i stället fått följa en ”röd tråd”. Av förhöret med T.C.N. framgår vidare att utbildningen av säljare innan försäljning påbörjats varit högst begränsad, i vart fall vad gäller information om vad som utgör god marknadsföringssed. Dessutom har T.C.N. berättat att man som säljare helst snabbt skulle passera förbi de inledande delarna av samtalet där säljaren presenterade varifrån han eller hon ringde. Även vittnet I.M.s uppgift om att ångerrätten togs upp om konsumenten väckte frågan eller om det fanns med i det samtalsmanus säljaren haft pekar på att kunskapen om god marknadsföringssed varit bristfällig inom Fastcom. Sammantaget menar domstolen att utredningen visar att överträdelserna i vart fall får anses ha begåtts av oaktsamhet.

En marknadsstörningsavgift ska enligt 31 § MFL bestämmas till lägst 5 000 kr och högst fem miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av näringsidkarens årsomsättning närmast föregående räkenskapsår. Om överträdelserna skett under näringsidkarens första verksamhetsår eller om uppgifter om årsomsättning saknas eller är bristfälliga får årsomsättningen uppskattas. Marknadsstörningsavgiften ska inte sättas så högt att den riskerar att sätta företaget på obestånd.

Av betydelse för avgiftens storlek är överträdelsernas art, varaktighet och omfattning. Utredningen i målet ger stöd för att överträdelserna har pågått under ett flertal månader och har haft relativt stor spridning. Den aktuella överträdelserna kan inte anses vara bagatellartad eller försumbar.

Domstolen menar att de otillbörliga marknadsföringsåtgärderna visserligen har varit allvarliga, men det har inte varit fråga om svartlistade överträdelser. De har dock pågått under en inte alltför obetydlig tid och haft en inte betydelselös spridning. Den årsredovisning som åberopats av KO omfattar mer än ett räkenskapsår och kan därför inte utan vidare tas till utgångspunkt för bestämmande av marknadsstörningsavgiftens storlek. Marknadsstörningsavgiften ska därför bestämmas till ett lägre belopp än det yrkade.

För att avgiften ska bli kännbar bör den dock bestämmas till sådant belopp att näringsidkaren inte kan kalkylera med den och ändå vinna på den otillbörliga marknadsföringen. Marknadsstörningsavgiften ska vid en samlad bedömning bestämmas till 500 000 kr.

Rättegångskostnader

Enligt 18 kap. 1 § rättegångsbalken ska den part som tappar målet ersätta motparten dennes rättegångskostnad. 18 kap. 4 § rättegångsbalken innebär att, när det rör sig om mål med flera yrkanden och parterna ömsom har vunnit, vardera part ska bära sin kostnad eller jämkad ersättning tillerkännas den ena parten eller, om kostnaderna för olika delar av målet kan särskiljas, ersättningsskyldigheten bestämmas därefter. Detsamma gäller om parts yrkande bifalls endast till en del.

KO har yrkat dels åläggande och förbud vid vite, dels marknadsstörningsavgift. KO har vunnit framgång med åläggandena och två förbudsyrkanden. KO är däremot förlorande part såvitt avser förbudsyrkande 1. I frågan om marknadsstörningsavgift har beloppet kraftigt reducerats.

Med hänsyn till i vilken utsträckning parterna ömsom vunnit, ömsom förlorat, ska vardera parten stå sina rättegångskostnader.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se domsbilaga DV 401 PMD.

Överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ges in till Patent- och marknadsdomstolen senast den 10 november 2017.

Stefan Johansson

Peter Adamsson

Sofia Gustafson



SVERIGES DOMSTOLAR

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga Patent- och marknadsdomstolens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen. **Skrivelsen ska skickas eller lämnas till Patent- och marknadsdomstolen.** Överklagandet prövas av Patent- och marknadsöverdomstolen.

Överklagandet ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. **anslutningsöverklagande**) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till Patent- och marknadsdomstolen och det måste ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen **inom en vecka** från den i domen angivna sista dagen för överklagande. **Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.**

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett **i domen intaget beslut** som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Patent- och marknadsöverdomstolen fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Patent- och marknadsöverdomstolen lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står Patent- och marknadsdomstolens avgörande fast. Det är

därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Patent- och marknadsöverdomstolen varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av Patent- och marknadsdomstolen samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av Patent- och marknadsdomstolens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende Patent- och marknadsdomstolens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i Patent- och marknadsöverdomstolen inte lagts fram tidigare, ska klaganden förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud.

Ytterligare upplysningar lämnas av Patent- och marknadsdomstolen. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen.

Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.