



SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 020109

DOM
2019-03-13
Stockholm

Mål nr
PMT 11216-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens dom 2017-11-02 i mål nr PMT 16506-16, se bilaga A

PARTER

Klagande

Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

Motpart

TW Kundservice AB, 556933-5937
Box 1073
251 10 Helsingborg

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

SAKEN

Marknadsföring per telefon av abonnemang

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen ändrar Patent- och marknadsdomstolens dom endast på så sätt att TW Kundservice AB förpliktas att ersätta Konsumentombudsmannens rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen med 40 260 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 2 november 2017 till dess betalning sker.
 2. Patent- och marknadsöverdomstolen bestämmer ersättning av allmänna medel åt TW Kundservice för sin rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen till 2 100 kr, allt avseende ombudsarvode.
-

Dok.Id 1477643

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00	08-21 93 27	måndag – fredag 09:00–16:30
		E-post: svea.hovratt@dom.se www.patentochmarknadsöverdomstolen.se		

YRKANDEN M.M.

Konsumentombudsmannen (KO) har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen, med ändring av Patent- och marknadsdomstolens dom, ska förplikta TW Kundservice AB (TW) att betala marknadsstörningsavgift med 750 000 kr samt förplikta TW att ersätta KO för dess rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen.

TW har motsatt sig ändring.

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

Målet har, med stöd av 50 kap. 13 § andra stycket 2 rättegångsbalken, avgjorts utan huvudförhandling.

PARTERNAS TALAN OCH UTREDNINGEN I MÅLET

Till följd av KO:s talan är, utöver rättegångskostnaderna i målet fråga endast om marknadsstörningsavgift ska beslutas med anledning av den otillbörliga marknadsföring som Patent- och marknadsdomstolen funnit föreligga (jfr Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 28 augusti 2017 i mål PMT 9149-16).

Parterna har i här aktuella delar åberopat samma grunder och i huvudsak samma bevisning som i Patent- och marknadsdomstolen. KO har dock inte längre gjort gällande att förfarandena enligt yrkandena 1 och 2 i Patent- och marknadsdomstolens dom ska läggas till grund för att påföra TW marknadsstörningsavgift.

KO har även anfört att rättegångsfel förekommit i Patent- och marknadsdomstolen genom att domstolen underlåtit att ta ställning till KO:s begäran om gemensam handläggning med ett annat mål. KO har vidare anfört att domstolen brustit i sin utredningsskyldighet genom att inte inhämta ytterligare utredning från KO, rörande

överträdelsernas omfattning och spridning, i ett läge när domstolen hade beslutat sig för att inte handlägga målen gemensamt.

DOMSKÄL

Frågan om rättegångsfel i Patent- och marknadsdomstolen

Av handlingarna framgår att KO i Patent- och marknadsdomstolen, vid flera tillfällen, begärde att målet skulle handläggas gemensamt i en rättegång med ett annat mål. Sedan domstolen förelagt parterna att yttra sig om förevarande mål kunde avgöras utan huvudförhandling förklarade sig KO inte ha något att invända mot detta. KO anförde dock att målet borde avgöras före det andra målet. Härefter slutförde KO sin talan med hänvisning till vad som anförts i tidigare inlagor.

Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar att KO inte gav tydligt uttryck för att begäran om gemensam handläggning frånfölls. Domstolen borde därför ha prövat yrkandet innan målet avgjordes eller försäkrat sig om att frågan inte längre var aktuell för KO. Någon skyldighet för domstolen att därutöver verka för att KO skulle lägga fram ytterligare utredning har emellertid inte förelegat i den aktuella situationen.

Det fel som förekommit vid handläggningen i Patent- och marknadsdomstolen har emellertid kunnat avhjälpas i Patent- och marknadsöverdomstolen varför något skäl att återförvisa målet till Patent- och marknadsdomstolen för handläggning inte föreligger.

Marknadsstörningsavgift

Målet rör marknadsföring per telefon av telefonabonnemang. Den påtalade marknadsföringen har TW utfört på uppdrag av teleoperatören Fast Communication Sweden AB (Fastcom). Frågan i Patent- och marknadsöverdomstolen är om TW ska dömas att betala marknadsstörningsavgift på grund av marknadsföringsåtgärder som bolaget vidtagit för Fastcoms räkning.

Enligt 29 § marknadsföringslagen (2008:486) får en näringsidkare åläggas att betala marknadsstörningsavgift om näringsidkaren, eller någon som handlar på näringsidkarens vägnar, uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutit mot någon av de särskilda reglerna i marknadsföringslagen som innehåller konkreta förbud mot och krav på vissa marknadsföringsåtgärder, däribland 8-10 §.

Bestämmelserna om marknadsstörningsavgift infördes ursprungligen i 1995 års marknadsföringslag och utformades med reglerna om konkurrensskadeavgift som förebild. I förarbetena till 1995 års marknadsföringslag uttalades att marknadsstörningsavgift skulle användas i det fall där det fanns ett mer påtagligt behov av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen. I andra fall fick det anses tillräckligt att den som begått en överträdelse tillrättavisades och avskräcktes genom ett förbud eller åläggande vid vite. (Se prop. 1994/95:123 s. 104.)

I samband med tillkomsten av 2008 års marknadsföringslag genomfördes en översyn av bl.a. bestämmelserna om marknadsstörningsavgift. Översynen mynnade ut i att bestämmelserna om marknadsstörningsavgift överfördes utan sakliga ändringar. Det konstaterades dock att marknadsstörningsavgift dittills hade varit en sällan använd sanktion och att detta föreföll bero på de uttalanden som gjorts i de tidigare förarbetena. I förarbetena till 2008 års marknadsföringslag uttalas därför att en nyanserad och inte alltför restriktiv bedömning ska göras i det enskilda fallet. (Se prop. 2007/08:115 s. 118 f.)

Vidare uttalas det i förarbetena att en grundläggande omständighet som bör tillmätas betydelse för frågan om marknadsstörningsavgift överhuvudtaget ska åläggas är om den otillbörliga marknadsföringen ”stör” marknads funktion. Detta kan vara fallet t.ex. om agerandet riskerar att leda till att konsumenterna och andra näringsidkare får en bristande tilltro till en hel bransch eller upplever att vissa specifika försäljningsmetoder inte är trygga och pålitliga. Enligt förarbetena ska därför ett särskilt skyddsvärde tillmätas om den otillbörliga marknadsföringen sannolikt medför att den genomsnittlige konsumenten avstår från att handla genom en försäljningsmetod på grund av

erfarenheten av den otillbörliga åtgärden. Förarbetena framhåller även betydelsen av att den marknadsföringsrättsliga regleringen efterlevs på ett sådant sätt att tilliten till e-handel, telefonförsäljning, hemförsäljning och andra försäljningssätt inte undergrävs. (Se a. prop. s. 119 f.)

I praxis har tillämpningen av bestämmelserna om marknadsstörningsavgift varit restriktiv. I flera avgöranden har talan ogillats bl.a. med hänvisning till att det inte funnits risk för någon marknadspåverkan (MD 1998:20, MD 2013:2 och MD 2015:21 samt Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål PMT 9149-16). När sanktioner utdömts har stor vikt fästs vid bl.a. att det varit fråga om upprepade förseelser eller marknadsföring som haft mycket stor omfattning (MD 1998:7, MD 2005:22 och MD 2012:17).

År 2016 genomfördes vissa ändringar i marknadsföringslagen, bl.a. infördes en ny bestämmelse i 29 a § där det anges att vid prövningen av om marknadsstörningsavgift ska åläggas ska beaktas hur allvarlig överträdelsen är. Vidare anges att särskild hänsyn ska tas till överträdelsens art, varaktighet, omfattning och spridning.

Bestämmelsen i 29 a § trädde i kraft den 1 oktober 2016. Som Patent- och marknadsdomstolen konstaterat följer av övergångsbestämmelserna att äldre föreskrifter gäller för marknadsföring som vidtagits före ikraftträdandet. Eftersom den nu aktuella marknadsföringen ägt rum före ikraftträdandet ska äldre bestämmelser tillämpas.

Patent- och marknadsöverdomstolen gör följande bedömning.

Den bevisning som KO åberopat utgörs av anmälningar från tre privatpersoner samt ljudinspelningar av säljsamtal till två av anmälarna. Som Patent- och marknadsdomstolen konstaterat är uppgifterna i den tredje anmälan allt för knapphändiga för att kunna ligga till grund för några närmare slutsatser om vad som sagts i det samtalet.

När det gäller de inspelade samtalen instämmer Patent- och marknadsöverdomstolen i Patent- och marknadsdomstolens bedömning att det i båda fallen framgår att information om syfte och avsändare inte har lämnats vid inledningen av samtalen samt att TW:s säljare förmedlat intrycket att de ringer från eller samarbetar med konsumentens befintliga operatör. På de av Patent och marknadsdomstolen anförda skälen har TW därigenom medverkat till överträdelser av förbuden i 8 § marknadsföringslagen jämförd med 9 respektive 10 § samma lag.

KO har anført att den otillbörliga marknadsföringen haft stor spridning och hänvisat till att 22 anmälningar mottagits i ärendet. Vad som förevarit i enstaka telefonsamtal kan emellertid inte ensamt läggas till grund för några närmare slutsatser om vad som kan ha sagts i andra telefonsamtal. Det är därmed inte visat att den otillbörliga marknadsföringen haft någon större omfattning än de två samtalen. Trots att de enskilda överträdelserna är av förhållandevis allvarlig karaktär och skett i vart fall av oaktsamhet från TW:s sida finns det inte underlag för slutsatsen att bolaget medverkat till att störa marknaden på ett sådant sätt att en marknadsstörningsavgift bör utdömas. Patent- och marknadsdomstolens dom ska därför inte ändras i denna del.

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 §.

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 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.

Vad gäller rättegångskostnaderna i Patent- och marknadsdomstolen är TW tappande i den del som avser förbud- och åläggande vid vite. TW ska därför i enlighet med huvudregeln i 18 kap. 1 § rättegångsbalken ersätta KO:s rättegångskostnader. KO har i denna del yrkat ersättning med 40 260 kr avseende 30 timmars arbete. TW, som inte framställt något ersättningsyrkande i underinstansen, har vitsordat ett belopp om 7 381 kr, vilket motsvarar fem och en halv timmars arbete.

Vid bestämmande av ersättning för rättegångskostnad ska hänsyn tas till bl.a. målets beskaffenhet, omfattning och svårighetsgrad. I detta fall är det fråga om ett indispositivt mål. KO har därför haft att lägga fram full bevisning kring överträdelsena trots att TW på ett relativt tidigt stadium medgav KO:s yrkanden om förbud- och åläggande vid vite. Mot denna bakgrund framstår den begärda ersättningen som skälig. Patent- och marknadsdomstolens dom ska därför ändras i enlighet med detta.

När det sedan gäller rättegångskostnaderna i Patent- och marknadsöverdomstolen är TW vinnande part i huvudsaken. Bolaget har därför rätt till ersättning av allmänna medel för sin rättegångskostnad här. Begärd ersättning är skälig.

Enligt 18 kap. 15 § första stycket rättegångsbalken medför utgången i huvudsaken att KO inte kan tillerkännas ersättning för sin rättegångskostnad avseende frågan om fördelning av rättegångskostnaderna i Patent- och marknadsdomstolen (se Fitger m.fl. Rättegångsbalken m.m., Zeteo 2018-12-18, kommentaren till 18 kap. 15 § rättegångsbalken).

Domen får inte överklagas

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 samt hovrättsråden Magnus Ulriksson, referent, och Adrian Engman.



STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Patent- och marknadsdomstolen

DOM
2017-11-02
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
PMT 16506-16

PARTER

Kärande

Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

Genom processrådet C.A.

Svarande

TW Kundservice AB, 556933-5937
Box 1073
251 10 Helsingborg

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

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder TW Kundservice AB, vid vite av 1 000 000 kr, att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning kontakta konsumenter som avsändaren av marknadsföringen inte har en befintlig kundrelation med på telefonnummer som är antecknat i spärregistret NIX-Telefon.
2. Patent- och marknadsdomstolen ålägger TW Kundservice AB, vid vite av 1 000 000 kr, att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning innan avtal ingås per telefon med konsument och snarast efter att avtal ingåtts, lämna klar och begriplig information till konsumenten om dennes rätt att ångra avtalet, samt om
 - a) hur ångerfristen beräknas
 - b) hur ångerrätten utövas,
 - c) att det finns ett standardformulär för utövande av ångerrätten och hur konsumenten kan ta del av det, och om

Dok.Id 1785375

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

d) vilka konsekvenser det får för konsumenten om denne ångrar köpet.

3. Patent- och marknadsdomstolen ålägger TW Kundservice AB, vid vite av 1 000 000 kr, att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning i början av samtalet tydligt informera om vem som är avsändare av marknadsföringen och att syftet med samtalet är att sälja ett telefonabonnemang.

4. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder TW Kundservice AB, vid vite av 1 000 000 kr, att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning påstå eller ge intryck av att TW Kundservice AB eller avsändaren av marknadsföringen representerar eller samarbetar med konsumentens befintliga operatör, att bolaget tagit över den befintliga operatörens verksamhet eller använda påståenden av väsentligen samma innebörd, när så inte är fallet.

5. Patent- och marknadsdomstolen avslår Konsumentombudsmannens yrkande om marknadsstörningsavgift.

6. Patent- och marknadsdomstolen förordnar att vardera parten ska stå sin rättegångskostnad.

BAKGRUND

TW Kundservice AB (Telework) är ett callcenterbolag och bedriver, enligt registreringsbeviset, verksamhet genom att sälja abonnemang och hårdvara för telefon. Telework ingår i samma koncern som Fast Communication Sweden AB (Fastcom) och Telework har sålt telefonabonnemang åt Fastcom.

Efter att anmälningar mot Telework inkommit till Konsumentverket öppnades i april 2016 ett ärende mot företaget. Telework uppgav i juli 2016 som svar på Konsumentverkets skrivelse att bolaget stoppat all aktiv försäljning via telefon till konsumenter den 1 maj 2016. Konsumentverket avslutade ärendet mot Telework den 1 september 2016.

Konsumentombudsmannen (KO) ansökte om stämning mot Fastcom i september 2016 (mål nr PMT 12325-16, dom meddelades den 20 oktober 2017). Under KO:s utredning mot Fastcom tog KO del av ljudfiler med hela inspelade samtal. Vid genomlysning av dessa framkom att flera samtal ringts av Telework för Fastcoms räkning. KO bedömde att Telework medverkat till de överträdelser som KO yrkat förbud och ålägganden mot avseende Fastcom. Konsumentverket öppnade därför ett nytt ärende mot Telework och KO väckte den 19 december 2016 talan mot Telework i förevarande mål.

Målet har avgjorts utan huvudförhandling efter att parterna beretts tillfälle att slutföra sin talan.

YRKANDEN M.M.

KO har yrkat att Patent- och marknadsdomstolen vid vite ska

1. förbjuda Telework att telefonledes i försäljningssyfte kontakta konsumenter vars telefonnummer är antecknat i spärregistret NIX-Telefon.

2. ålägga Telework att, innan avtal ingås per telefon med konsument och snarast efter att avtal ingåtts, lämna klar och begriplig information till konsumenten om dennes rätt att ångra avtalet, samt om

a) hur ångerfristen beräknas

b) hur ångerrätten utövas,

c) att det finns ett standardformulär för utövande av ångerrätten och hur konsumenten kan ta del av det, och om

d) vilka konsekvenser det får för konsumenten om denne ångrar köpet.

3. ålägga Telework att vid telefonförsäljning gentemot konsument i början av samtalet tydligt informera om vem som är avsändare av marknadsföringen och att syftet med samtalet är att sälja ett telefonabonnemang.

4. förbjuda Telework att vid telefonförsäljning av telefonabonnemang, påstå eller ge intryck av att försäljaren representerar eller samarbetar med konsumentens befintliga operatör, att bolaget tagit över den befintliga operatörens verksamhet eller använda påståenden av väsentligen samma innebörd, när så inte är fallet.

KO har vidare yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska förplikta Telework att betala marknadsstörningsavgift med 750 000 kr.

KO har slutligen yrkat ersättning för rättegångskostnad.

Telework har, som bolaget slutligen har bestämt sin talan, medgett KO:s yrkanden 1–4. Telework har vidare, som det får förstås, bestritt yrkandet om marknadsstörningsavgift men vitsordat ett belopp om 50 000 kr.

GRUNDER M.M.**KO***Kontakt med konsumenter som anslutit sig till NIX-registret (yrkande 1)*

Telework har kontaktat konsumenter per telefon trots att konsumentens telefonnummer är antecknat i spärregistret NIX-Telefon. Konsumenten har genom att ansluta sig till NIX-registret tydligt motsatt sig marknadsföring per telefon. Att ringa salsamtal 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.

Information om ångerrätten (yrkande 2)

Genom att Telework helt har utelämnat information om konsumentens ångerrätt i salsamtalet har bolaget i väsentlig mån medverkat till Fastcoms marknadsföringsmetoder. Information om konsumentens ångerrätt är väsentlig. Att information har utelämnats har vilselett konsumenten som har påverkats i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Syfte och identitet (yrkande 3)

Telefonförsäljare som representerat Telework vid försäljning av Fastcoms telefonabonnemang 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 Fastcoms 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. Telework har på så sätt i väsentlig mån medverkat till Fastcoms marknadsföringsmetoder.

Samarbete med befintlig operatör (yrkande 4)

Telefonförsäljare som representerat Telework vid försäljning av Fastcoms telefonabonnemang har felaktigt påstått eller gett intryck av att försäljaren representerar eller samarbetar med den befintliga operatörens verksamhet. Den felaktiga informationen har vilselett konsumenten som påverkats i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Telework har på så sätt i väsentlig mån medverkat till Fastcoms marknadsföringsmetoder.

Marknadsstörningsavgift

Marknadsföringsmetoderna i yrkandena 1–4 är otillbörliga eftersom de sannolikt påverkat konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Det finns därför grund att påföra Telework marknadsstörningsavgift.

Överträdelserna har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Även omständigheterna i övrigt, bl.a. att marknadsföringen skett genom telefonförsäljning, haft stor spridning och riktat sig mot en extra svag grupp, äldre konsumenter, motiverar att marknadsstörningsavgift döms ut. Teleworks marknadsföring riskerar att minska tilliten till en bransch och försäljningskanal som redan har lågt förtroende.

Medverkansansvar

Fastcom ansvarar för den i målet aktuella marknadsföringen oavsett om bolaget anlitat ett callcenterbolag eller sina egna säljare. Enligt 23 och 24 §§ marknadsföringslagen får ett förbud eller åläggande meddelas också någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar. Det följer av 29 § marknadsföringslagen att också en näringsidkare som uppsåtligen eller av oaktsamhet väsentligt har bidragit till vissa överträdelser av lagen kan åläggas att betala marknadsstörningsavgift. Telework har medverkat till Fastcoms otillbörliga marknadsföringsmetoder i så väsentlig grad att bolaget bär ett eget rättsligt ansvar för den otillbörliga marknadsföringen.

Telework

Det är kommersiella skäl som ligger bakom Teleworks medgivande. Telework bedriver sedan den 1 maj 2016 inte någon verksamhet. Bolaget har inga anställda, ingen lokal och är under avveckling.

BEVISNING

KO har som bevisning åberopat bl.a. årsredovisning för Telework, lista över telefonnummer som registrerats i spärregistret NIX-Telefon, tio anmälningar från konsumenter samt två ljudinspelningar från telefonsamtal.

DOMSKÄL**Inledning**

Telework har medgett KO:s yrkanden 1–4. Eftersom målet är indispositivt ska domstolen ändå pröva dessa yrkanden i sak.

Prövningen av om en åtgärd strider mot marknadsföringslagen sker normalt i två steg. Först ska bedömas om åtgärden är vilseledande eller i strid mot god marknadsföringssed. Därefter ska bedömas i vilken utsträckning åtgärden har påverkat mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, det s.k. transaktionstestet.

Enligt EU-domstolens praxis ska i frågor om vilseledande beaktas de förväntningar som uppgiften kan tänkas väcka hos en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument (dom den 16 juli 1998 i mål C-210/96 Gut Springenheide och Tusky, EU:C:1998:369, p. 31). Det får i förevarande fall anses vara frågan om genomsnittskonsumenter i allmänhet.

En näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig får, enligt 23 § marknadsföringslagen, förbjudas att fortsätta med denna eller någon annan liknande åtgärd. Enligt 24 § marknadsföringslagen får en näringsidkare som vid sin marknadsföring låter bli att lämna väsentlig information åläggas att lämna sådan information. Ett förbud eller åläggande får också meddelas någon som handlar på näringsidkarens vägnar.

Kontakt med konsumenter som anslutit sig till NIX-registret (yrkande 1)

I förarbetena till 19–21 §§ marknadsföringslagen 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 framgår av den lista över telefonnummer som registrerats i spärregistret NIX-Telefon samt de anmälningar från konsumenter som KO har åberopat att Telework i samband med marknadsföring av telefonabonnemang har kontaktat ett flertal konsumenter trots att deras telefonnummer stått antecknade i registret NIX-Telefon och utan att avsändaren av marknadsföringen haft en tidigare kundrelation med dem. Teleworks förfarande innebär en överträdelse av 21 § marknadsföringslagen och strider mot god marknadsföringssed enligt 5 § marknadsföringslagen. Förfarandet är vidare otillbörligt enligt 6 § marknadsföringslagen eftersom det i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Information om ångerrätten (yrkande 2)

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.

Om näringsidkaren inte ger föreskriven information om t.ex. ångerrätt enligt 2 kap. 2 § första stycket 9 distansavtalslagen följer av 2 kap. 6 § att marknadsföringslagens bestämmelser, med vissa undantag, ska tillämpas.

I de båda ljudinspelningar som KO har åberopat framgår att Telework antingen inte nämner ångerrätten alls eller endast på ett ofullständigt sätt och närmast på konsumentens initiativ.

Teleworks underlåtenhet att lämna fullständig information om ångerrätt på ett för konsumenten klart och tydligt sätt medför att marknadsföringen är att anse som vilseledande enligt 10 § marknadsföringslagen och de ovan nämnda bestämmelserna i distansavtalslagen. Det följer av 2 kap. 6 § distansavtalslagen att den information Telework utelämnat ska anses som väsentlig enligt 10 § tredje stycket marknadsföringslagen. 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) är marknadsföringen att anse som otillbörlig.

Syfte och identitet (yrkande 3)

Enligt 9 § första stycket marknadsföringslagen 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 (se prop. 1994/95:123 s. 165). Här kan även noteras att enligt 2 kap. 2 § tredje stycket distansavtalslagen 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 marknadsföringslagen 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).

I de båda ljudinspelningar som KO har åberopat har telefonförsäljarna inledningsvis uppgett att de ringer från Telework, men inte att det är Fastcom som är avsändare av marknadsföringen.

Vid marknadsföring ska reklamavsändarens namn eller firma, i detta fall Fastcom, anges (se 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 marknadsföringslagen.

Vidare har säljarna i inledningen av samtalen använt uttryck som att de är ”Abonnemangshandläggare på Telework” och att konsumenten 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. Enligt domstolen framgår av samtalen att konsumenten inte fullt ut varit införstådd med vad samtalet gått ut på eller i vart fall först långt in i samtalet fått klart för sig att det rört sig om försäljning av telefonabonnemang.

Av de åberopade ljudinspelningarna framgår det således 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 marknadsföringslagen och distansavtalslagen. KO har vidare i denna del åberopat tre anmälningar från konsumenter, varav två avser de inspelade samtalen. Den tredje anmälan är mycket kortfattad och innehåller inte något tydligt påstående om att säljaren har utelämnat information om vem som svarar för marknadsföringen och att syftet var att sälja telefonabonnemang. Den anmälan kan därför inte ligga till grund för att meddela ett åläggande.

Sammanfattningsvis är det utrett att Telework i två fall, i strid med 9 § marknadsföringslagen, har utelämnat 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 § marknadsföringslagen.

Samarbete med befintlig operatör (yrkande 4)

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

Av de båda ljudinspelningarna framgår att säljarna på olika sätt förmedlar intrycket att de ringer från eller i vart fall samarbetar med konsumentens befintliga teleoperatör. KO har därutöver åberopat de tre skriftliga anmälningar som nämns under föregående punkt. Den tredje anmälan innehåller inte heller något tydligt påstående om att Teleworks säljare har gett intrycket att denne samarbetar med den befintliga teleoperatören, varför den anmälan inte kan ligga till grund för ett förbud.

Sammanfattningsvis finner domstolen att marknadsföringen vid de båda telefonsamtalen varit vilseledande enligt 10 § marknadsföringslagen. 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.

Teleworks medverkansansvar

Av utredningen i målet framgår att Telework genom telefonförsäljning har marknadsfört telefonabonnemang åt Fastcom samt att bolagen ingår i samma koncern. Enligt domstolen har Telework medverkat vid marknadsföringen på ett sådant sätt att företaget får anses ha handlat på reklamavsändaren Fastcoms vägnar. Telework ska därför i enlighet med 23 och 24 §§ marknadsföringslagen meddelas förbud och ålägganden med anledning av den i målet aktuella otillbörliga marknadsföringen.

Förbudens och åläggandenas utformning m.m.

Ett förbud ska så långt som möjligt anknyta till en konkret marknadsföringsåtgärd och andra praktiskt sett likvärdiga åtgärder (se MD 2010:28 och prop. 1970:57 s. 91). Enligt Patent- och marknadsdomstolen bör motsvarande principer tillämpas för ålägganden. I förevarande fall finner domstolen att förbuden och åläggandena bör begränsas till den tjänst som har marknadsförts och utformas på det sätt som framgår av domslutet.

Det följer av 26 § marknadsföringslagen att förbud och ålägganden ska förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövt. Det saknas skäl att frångå denna huvudregel. Vitesbeloppet bör bestämmas till 1 000 000 kr.

Marknadsstörningsavgift

Enligt 29 § marknadsföringslagen får en näringsidkare åläggas att betala marknadsstörningsavgift om näringsidkaren, eller någon som handlar på näringsidkarens vägnar, uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutit mot någon av de särskilda reglerna i marknadsföringslagen som innehåller konkreta förbud mot och krav på vissa marknadsföringsåtgärder, däribland 8–10 §§. Motsvarande gäller för en näringsidkare som uppsåtligen eller av oaktsamhet väsentligt har bidragit till överträdelsen. Marknadsstörningsavgift ska användas i fall där det föreligger ett mer påtagligt behov av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen (se prop. 1994/95:123 s. 104 och prop. 2007/08:115 s. 118).

De i målet aktuella marknadsföringsåtgärderna är vidtagna i tiden före den 1 oktober 2016 varför marknadsföringslagen i dess äldre lydelse ska tillämpas vid bedömningen av om marknadsstörningsavgift ska utgå (se punkten 2 i övergångsbestämmelserna till SFS 2016:793).

Det är KO som måste visa att det föreligger såväl objektiva som subjektiva förutsättningar för att döma ut marknadsstörningsavgift. Utgångspunkten är vidare att KO har bevisbördan för de omständigheter som åberopas för beräkning av marknadsstörningsavgift, t.ex. företagets omsättning.

Inledningsvis konstaterar domstolen att marknadsstörningsavgift inte kan utgå för åtgärderna enligt yrkande 1 (kontakt med konsumenter som anslutit sig till NIX-registret, se 21 och 29 §§ marknadsföringslagen) eller yrkande 2 (information om ångerrätten, se 29 § marknadsföringslagen och 2 kap. 6 § distansavtalslagen).

Den fortsatta bedömningen utgår därför från överträdelser enligt yrkande 3 (syfte och identitet) och yrkande 4 (samarbete med befintlig operatör). Domstolen har ovan funnit att KO har visat att Telework, som har handlat på Fastcoms vägnar, vid två tillfällen i mars respektive april 2016 har underlåtit att lämna väsentlig information vid inledningen till säljsamtal samt gett konsumenten intryck av att företaget samarbetat med eller representerat konsumentens befintliga teleoperatör. De båda överträdelserna har varit av relativt allvarlig art och det är försvårande att den otillbörliga marknadsföringen har riktat sig mot äldre konsumenter.

När det gäller omfattningen och spridningen av den vilseledande marknadsföringen har KO gjort gällande att Konsumentverket har mottagit 121 anmälningar mot Fastcom och Telework av vilka 22 avser Telework. Enligt KO har konsumenterna inte alltid vetat vilket av bolagen som ska anges som motpart i anmälan. Vidare finns inte några uppgifter i målet om hur stor andel av anmälningarna som avser sådana överträdelser som skulle kunna ligga till grund för marknadsstörningsavgift. De anmälningar som KO har åberopat i målet avser t.ex. främst kontakter med konsumenter som anslutit sig till NIX-registret och som inte omfattas av 29 § marknadsföringslagen.

I avsaknad av ytterligare utredning har domstolen därför att utgå från att de nu aktuella överträdelserna av marknadsföringslagen har varit av begränsad varaktighet samt haft mycket begränsad omfattning och spridning. Mot denna bakgrund finner domstolen att KO inte visat att de överträdelser som Telework har medverkat till har varit tillräckligt allvarliga för att det ska finnas förutsättningar att döma ut marknadsstörningsavgift. KO:s yrkande om marknadsstörningsavgift ska därför avslås.

Rättegångskostnader

I målet är reglerna i 18 kap. rättegångsbalken tillämpliga (se 64 § marknadsföringslagen och 18 kap. 16 § rättegångsbalken). Enligt 18 kap. 1 § rättegångsbalken ska den part som tappar målet ersätta motparten dennes rättegångskostnad. När det rör sig om mål med flera yrkanden och parterna ömsom har

vunnit följer av 18 kap. 4 § rättegångsbalken att vardera part ska bära sin kostnad eller jämkad ersättning tillerkännas den ena parten.

KO har fått bifall till sina yrkanden om förbud och ålägganden men fått avslag i fråga om marknadsstörningsavgift. Med hänsyn till i vilken utsträckning parterna vunnit och förlorat ska de stå sina egna rättegångskostnader.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se [bilaga 1](#) (DV 401 PMD)

Överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ges in till Patent- och marknadsdomstolen senast den 23 november 2017.

Daniel Severinsson



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.