



SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 0223

PROTOKOLL
2017-01-13
Föredragning i
Stockholm

Aktbilaga 12
Mål nr PMÖ 10737-16

RÄTTEN

Hovrättsråden Kajsa Bergkvist och Göran Söderström samt tf. hovrättsassessorn
Teresia Danielsson, referent

FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE

Referenten

KLAGANDE

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

Ombud: Advokaten H.W.

MOTPART

Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

SAKEN

Interimistiskt förbud m.m. enligt marknadsföringslagen (2008:486)

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens beslut 2016-12-02 i mål nr PMT 12325-16

Sedan Fast Communication Sweden AB (Fastcom) överklagat Patent- och marknadsdomstolens beslut har Patent- och marknadsöverdomstolen meddelat prövningstillstånd och förordnat att punkten 1 i beslutet tills vidare inte ska gälla (inhibition).

Fastcom har yrkat att Patent- och marknadsdomstolens beslut ska upphävas.

Konsumentombudsmannen har motsatt sig ändring av beslutet.

Dok.Id 1323541

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00	08-561 675 09	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: svea.hovratt@dom.se www.patentochmarknadsoverdomstolen.se		

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

Parterna har vidhållit och utvecklat vad de anförde i Patent- och marknadsdomstolen.

Utredningen är densamma som i Patent- och marknadsdomstolen.

Efter föredragning fattar Patent- och marknadsöverdomstolen följande

BESLUT (att meddelas 2017-01-27)

1. Patent- och marknadsöverdomstolen upphäver punkten 1 i Patent- och marknadsdomstolens beslut och ändrar punkterna 2–5 i beslutet endast enligt följande.

Patent- och marknadsöverdomstolen beslutar, för tiden till dess frågorna avgjorts slutligt eller annat beslutats, att

- a) förbjuda Fast Communication Sweden AB vid vite av 1 000 000 kr att vid marknadsföring av telefonabonnemang genom telefonförsäljning kontakta konsumenter på telefonnummer som är antecknat i spärregistret "NIX-Telefon",
- b) ålägga 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
 - 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.

- c) ålägga 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, och
- d) förbjuda 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, att Fast Communication Sweden AB tagit över den befintliga operatörens verksamhet, eller använda påståenden av väsentligen samma innebörd, när så inte är fallet.
2. Fast Communication Sweden AB ska ersätta Konsumentombudsmannens rättegångskostnader med 8 500 kr, vilket avser arvode, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för detta beslut till dess betalning sker.

Skälen för beslutet

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Enligt 23 § första stycket marknadsföringslagen får en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd. Enligt 24 § första stycket får en näringsidkare som vid sin marknadsföring låter bli att lämna väsentlig information åläggas att lämna sådan information. Ett förbud eller åläggande får meddelas också annan som handlar på näringsidkarens vägnar (se 23 och 24 §§ andra styckena). Ett förbud eller ett åläggande ska enligt 26 § förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Enligt 27 § får ett förbud eller åläggande beslutas interimistiskt om käranden visar sannolika skäl för sin talan och det skäligen kan befaras att svaranden genom att vidta eller låta bli att vidta en viss handling minskar betydelsen av ett förbud eller åläggande.

Enligt 5 § marknadsföringslagen ska marknadsföring stämma överens med god marknadsföringssed. Enligt 6 § är marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Enligt 7 § marknadsföringslagen får en näringsidkare inte använda sig av aggressiv marknadsföring. Aggressiv marknadsföring är att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Sådan aggressiv marknadsföring som anges i punkterna 24–31 i bilaga I till direktiv 2005/29/EG (den s.k. svarta listan) är alltid att anse som otillbörlig. Enligt punkten 29 är det, såvitt är av intresse i målet, en aggressiv affärsmetod att kräva betalning för tjänster som näringsidkaren tillhandahållit men konsumenten inte beställt.

Enligt 9 § marknadsföringslagen ska all marknadsföring utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring och det ska också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Enligt 10 § första stycket får en näringsidkare vid marknadsföringen inte använda sig av felaktiga påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annans näringsverksamhet. Enligt tredje stycket får en näringsidkare inte heller utelämna väsentlig information i marknadsföringen av sin egen eller någon annans näringsverksamhet. Med vilseledande utelämnande avses även sådana fall när den väsentliga informationen ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller annat olämpligt sätt.

Om en näringsidkare som omfattas av bestämmelserna i lagen (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler (distansavtalslagen) inte ger information i enlighet med 2 kap. 2–5 §§ nämnda lag ska marknadsföringslagen tillämpas. Informationen ska enligt 2 kap. 6 § distansavtalslagen anses vara väsentlig enligt 10 § tredje stycket marknadsföringslagen.

Enligt 8 § marknadsföringslagen är marknadsföring som är vilseledande enligt bl.a. 9 och 10 §§ att anse som otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Sådan vilseledande marknads-

föring som anges i punkterna 1-23 i svarta listan är alltid att anse som otillbörlig. Enligt punkten 21 är det, såvitt är av intresse i målet, vilseledande att i marknadsföringsmaterial inkludera en faktura som ger konsumenten intryck av att denne redan beställt den marknadsförda tjänsten när så inte är fallet.

Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning

Fastcoms ansvar för den påtalade marknadsföringen

Inledningsvis tar Patent- och marknadsöverdomstolen upp frågan om Fastcoms ansvar för den i målet påtalade marknadsföringen.

Parterna är överens om att Fastcom vid marknadsföring av bolagets telefonabonnemang genom telefonförsäljning samarbetat med s.k. callcenters, vars säljare har genomfört samtalen. Parterna är oense i frågan om Fastcom och callcenterbolagen ingår i samma koncern.

Fastcom har invänt att bolaget inte ansvarar för marknadsföringen och att eventuella brister i vart fall berott på enstaka misstag begångna av individuella säljare.

Enligt marknadsföringslagen har näringsidkaren det primära ansvaret för de åtgärder denne vidtar eller låter vidta för sin räkning. En näringsidkare kan alltså inte undgå eller minska sitt ansvar genom att ge någon annan i uppdrag att genomföra marknadsföringsaktiviteter. Inte heller kan telefonförsäljning i sig anses vara en sådan verksamhet som medför att vad säljarna företar sig delvis ligger utom en uppdragsgivares kontroll. (Se t.ex. MD 2011:15.)

I koncernförhållanden kan även medverkansansvar aktualiseras (se t.ex. MD 2005:11). Konsumentombudsmannen har, som talan får uppfattas, gjort gällande att Fastcom har det primära ansvaret för marknadsföringen och inte närmare konkretiserat betydelsen i målet av om Fastcom ingår i samma koncern som callcenterbolagen.

Det står klart att den påtalade marknadsföringen har skett i Fastcoms intresse. Redan med hänsyn till att Fastcom omnämns under säljsamtalen och står som faktura-avsändare, ger utredningen tillräckligt stöd för att det är Fastcom som står bakom den i målet påtalade marknadsföringen. Fastcom har därmed det primära ansvaret för marknadsföringen. Detta hindrar dock inte att vid bedömningen rimlig hänsyn tas till de möjligheter Fastcom haft att påverka de aktuella förfarandena (jfr bl.a. MD 2004:7).

Det finns inte något hinder mot att meddela förbud eller ålägganden mot Fastcom på den grunden att Konsumentombudsmannen har väckt talan även mot callcenterbolag (jfr vad som redovisats ovan om att ett förbud eller åläggande får meddelas också annan som handlar på näringsidkarens vägnar).

Sannolika skäl för Konsumentombudsmannens talan

Målgrupp

Av utredningen framgår att marknadsföringen huvudsakligen riktar sig till konsumenter som har abonnemang för fast telefoni. Även om utredningen också talar för att den påtalade marknadsföringen är särskilt riktad till äldre konsumenter, finner Patent- och marknadsöverdomstolen inte skäl att nu begränsa prövningen till någon särskild konsumentkategori. Den bedömning av marknadsföringen som redovisas nedan sker alltså med utgångspunkt från hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam genomsnittskonsument.

Fakturering utan beställning

Punkterna 21 och 29 i svarta listan motsvarar i allt väsentligt bestämmelsen om s.k. fakturaskojeri enligt 12 § i 1995 års marknadsföringslag. Enligt denna bestämmelse fick en näringsidkare vid sin marknadsföring inte tillstålla någon fakturor, inbetalningsaviser eller liknande meddelanden avseende produkter som inte uttryckligen beställts och därvid vilseleda mottagaren om dennes betalningsskyldighet (se MD 2016:10 med hänvisningar). Ett typiskt exempel på försök till s.k. negativ avtalsbindning, dvs. att någon blir bunden till ett avtal utan att själv ha vidtagit någon rättshandling, är leverans av obeställda produkter (jfr MD 2009:30).

I målet har ett antal ljudinspelningar av säljsamtal getts in. Vissa av inspelningarna omfattar samtalen i sin helhet, medan andra är begränsade till den avslutande delen då säljaren ger viss information och ställer frågor för att bekräfta vad som ska ha överenskommit. I säljsamtal nämns inledningsvis exempelvis att abonnenten har rätt till ”seniorrabatt” samt att abonnemanget flyttas till ”senioroperatören” Fastcom. Att Fastcom är en fristående operatör nämns uttryckligen först under den avslutande delen av samtalet, dvs. innan kunden ombeds bekräfta överenskommelsen.

Av säljsamtalen framgår alltså att konsumenter fått information om bl.a. att Fastcom är en fristående operatör och att de beställt det telefonabonnemang som erbjudits i den meningen att de tackat ja till erbjudandet. Mot bakgrund särskilt av den information som dessförinnan lämnats under säljsamtalen och innehållet i åberopade anmälningar, kan det enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening ifrågasättas om konsumenterna förstått bl.a. att Fastcom är en från den befintliga operatören fristående operatör. Vad som förekommit under säljsamtalen före den avslutande delen av samtalet kan även i andra avseenden påverka bedömningen av om ett avtalsrättsligt bindande avtal verkligen har kommit till stånd.

Den säljmetod som Fastcom använt kan dock enligt Patent- och marknadsöverdomstolen inte anses utgöra sådant agerande som avses i punkterna 21 och 29 i svarta listan. Konsumentombudsmannens talan, såsom den är utformad i denna del, kan alltså inte bifallas med stöd av de åberopade bestämmelserna i svarta listan. Det bör dock tilläggas att säljmetoden till stora delar träffas av Konsumentombudsmannens övriga yrkanden i målet (se nedan under rubriken Angivande av syfte och identitet samt samarbete med befintlig operatör).

Påringning till telefonnummer som registrerats i spärregistret NIX-Telefon

Såväl påringning till fast telefon som mobiltelefon får enligt 21 § marknadsföringslagen användas för individuell kommunikation med konsumenter, om inte konsumenten tydligt motsatt sig detta (s.k. opt-out-lösning). Som Patent- och marknadsöverdomstolen angett anses en konsument som låtit registrera sitt telefonnummer i NIX-Telefon ha motsatt sig marknadsföring per telefon till det aktuella numret.

Fastcom har vidgått att två konsumenter blivit uppringda på telefonnummer som registrerats i NIX-Telefon. Genom åberopade ljudinspelningar av säljsamtal, i förening med åberopade anmälningar, bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att det föreligger sannolika skäl för att även andra konsumenter kontaktats på telefonnummer som registrerats i NIX-Telefon. Det rör sig alltså inte om enstaka misstag (jfr vad som ovan redovisats om Fastcoms ansvar för marknadsföringen). Som Patent- och marknadsdomstolen angett strider sådana marknadsföringsåtgärder mot god marknadsföringssed. Patent- och marknadsöverdomstolen gör samma bedömning som Patent- och marknadsdomstolen i fråga om åtgärdens otillbörlighet.

Förbudet ska konkretiseras på så sätt att det tydligt framgår att förbudet endast gäller telefonnummer som registrerats i spärregistret NIX-Telefon.

Information om ångerrätten

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i Patent- och marknadsdomstolens bedömning och konstaterar att det som Fastcom anfört om bl.a. vad som sagts under säljsamtalet med U-B.L. inte leder till någon annan bedömning.

Åläggandet bör konkretiseras på så sätt att det tydligt framgår att informationen ska lämnas per telefon innan avtal ingås och i varaktig form efter det att avtal ingåtts. Uttrycket ”snarast” bör dessutom ersättas av ”inom rimlig tid” för att bättre svara mot det krav som uppställs i 2 kap. 4 § distansavtalslagen.

Angivande av syfte och identitet samt samarbete med befintlig operatör

I normalfallet rör det sig om ett otillbörligt vilseledande enligt marknadsföringslagen när informationskraven i distansavtalslagen inte uppfyllts. Detsamma gäller när information enligt 9 § marknadsföringslagen utelämnats. Information som ger konsumenten en felaktig föreställning om exempelvis näringsidkarens samarbete med annan näringsidkare har ansetts vilseledande enligt 10 § marknadsföringslagen (se t.ex. MD 2011:15). Mot bakgrund bl.a. av det som redovisats ovan angående säljsamtalen gör Patent- och marknadsöverdomstolen i dessa delar inte någon annan bedömning än Patent- och marknadsdomstolen.

Förbudet och åläggandet bör utformas på så sätt att det tydligt framgår att de gäller Fastcom i egenskap av avsändare och alltså gäller oavsett om Fastcom använder interna eller externa säljare.

Skäl för interimistiskt förbud och åläggande

Det som förekommit i Patent- och marknadsöverdomstolen motiverar ingen annan bedömning än den som Patent- och marknadsdomstolen har gjort.

Utformningen av förbud och åläggande

Målet rör marknadsföring av telefonabonnemang till konsumenter genom telefonförsäljning. Förbuden och åläggandena bör, utöver vad som angetts ovan, konkretiseras i enlighet därmed och få den utformning som framgår av detta beslut.

Vite

Det finns inte särskilda skäl för att inte förena förbuden och åläggandena med vite eller skäl att frångå praxis beträffande vitesbeloppens storlek.

Rättegångskostnader

Konsumentombudsmannen har yrkat ersättning för rättegångskostnader med 10 584 kr. Fastcom har vitsordat beloppet som skäligt i och för sig. Med hänsyn till målets utgång finns det skäl att jämka Fastcoms ersättningskyldighet för Konsumentombudsmannens rättegångskostnader enligt 18 kap. 4 § rättegångsbalken.

Övrigt

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

Teresia Danielsson

Protokollet uppvisat/