

## Marknadsstörningsavgift - en ovanlig sanktion

Sedan den nu gällande marknadsföringslagen (SFS 1995:450) ("MFL") trädde i kraft har inte ens tio domar rörande marknadsstörningsavgift meddelats. Advokat Johan Kahn, Advokatfirman Delphi & Co, vill med denna artikel belysa dessa avgöranden och ge en bild av rättsläget av idag.

### Förarbeten och lagstiftning

I den gamla marknadsföringslagen (SFS 1975:1418) var allvarliga överträdelser kriminaliserade, bl.a. vilseledande marknadsföring var straffsanktionerat med böter eller fängelse i upp till ett år. Marknadsföringsutredningen (SOU 1993:59) konstaterade att den gamla marknadsföringslagens straffbestämmelser hade haft en mycket begränsad betydelse i rättstillämpningen. Ett centralt problem med straffbestämmelserna i den gamla marknadsföringslagen var kravet på uppsåt, vilket gjorde det svårt att åstadkomma fällande domar även vid allvarliga överträdelser.

Marknadsföringsutredningen identifierade mot denna bakgrund ett behov av nytänkande vad gällde en effektiv direktverkande sanktion mot särskilt oönskade företeelser inom MFL:s tillämpningsområde. Lösningen kom att bli marknadsstörningsavgiften som regleras i 22 § MFL.

Marknadsstörningsavgiftssanktionen delar egenskaper med den konkurrensrättsliga sanktionen konkurrensskadeavgift. I likhet med konkurrensskadeavgift fordrar utdömning av marknadsstörningsavgift subjektiv täckning i form av uppsåt eller oaktsamhet. I lagtexten anges att marknadsstörningsavgift inte skall tillgripas i ringa fall eller då det föreligger synnerliga skäl

### Ny Juridik 1:06 s 38

för att marknadsstörningsavgift inte skall dömas ut (25 § 2 st. MFL).

Enligt MFL kan marknadsstörningsavgift åläggas en näringsidkare, eller någon som handlat på näringsidkarens vägnar, om en oaktsam eller uppsåtlig överträdelse av 5-13 §§ eller 13c § har begåtts. Även överträdelser av speciallagstiftning såsom radio- och TV-lagen (bl.a. förbudet mot TV-reklam riktad mot barn), tobakslagen och alkohollagen kan leda till marknadsstörningsavgift. Det kan noteras att överträdelser av bestämmelserna om information kring garantier (13 a §), och inskränkningar vad avser vissa distributionsformer för obeställd reklam (13 b och 13 d §§) inte sanktioneras med marknadsstörningsavgift.

Marknadsstörningsavgift kan, beroende på överträdelsens allvar och den tidsperiod under vilken den pågått, fastställas till ett belopp mellan femtusen och fem miljoner kr. Marknadsstörningsavgiftens storlek är dock begränsad till högst 10 % av svarandens årsomsättning (24 § MFL). Den absoluta begränsningen om fem miljoner kronor skiljer marknadsstörningsavgift från konkurrensskadeavgift som kan fastställas till ett belopp som är högre än fem miljoner kronor så länge beloppet inte överskrider 10 % av svarandebolagets årsomsättning.

Konsumentombudsmannen ("KO") har enligt 39 § MFL primär talerätt i mål avseende marknadsstörningsavgift. Om KO beslutar att inte väcka talan har enskilda näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare en subsidiär talerätt enligt 39 § 2 st. MFL talerätt (nedan benämns denna subsidiära talerätt "enskild talan"). I båda fallen tillfaller marknadsstörningsavgiften staten. Det innebär att varje talan om marknadsstörningsavgift förutsätter ett beslut av KO.

Till undvikande av dubbla sanktioner stadgas i 23 § MFL att marknadsstörningsavgift inte kan åläggas någon som åläggs att betala vite för överträdelser av förbud eller underlåtelse att följa ett åläggande enligt MFL. Det finns däremot inget hinder mot att föra talan om både vitesförbud och marknadsstörningsavgift. I en sådan situation tar vitesförbudet sikte på eventuella framtida överträdelser och marknadsstörningsavgiften avser redan begångna överträdelser.

Det finns inte heller något hinder mot att föra talan om skadestånd och marknadsstörningsavgift, ungefär på samma sätt som

### **Ny Juridik 1:06 s 39**

att en bötespåföljd i brottmål kan dömas ut samtidigt med skadestånd till målsäganden.

Talan om marknadsstörningsavgift skall enligt 39 § MFL alltid väckas vid Stockholms tingsrätt. Väcks samtidig talan om förbud skall, med avsteg från huvudregeln i 38 § MFL, även förbudstalan prövas i två instanser.

## **Praxis beträffande marknadsstörningsavgift**

Mot bakgrund av vikten av en effektiv direktsanktion vid särskilt oönskade överträdelse av MFL i kombination med de relativt restriktiva formuleringarna i förarbetena om när marknadsstörningsavgift får åläggas och när den kan efterges, är det intressant att granska hur tillämpningen i rättspraxis har utvecklats. Nedan följer en genomgång av det begränsade antalet avgöranden i Marknadsdomstolen ("MD") och Stockholms tingsrätt (utöver de nedan redovisade avgörandena finns även ett antal mål där käranden, dvs. KO eller enskild näringsidkare, av olika skäl återkallat sin talan och domstolen har därför inte prövat frågan i sak).

### **MD 1998:7, FRITIDSRESOR (Talan om marknadsstörningsavgift bifölls)**

I det första målet där MD hade att pröva ett yrkande om marknadsstörningsavgift förde KO talan mot Fritidsresor AB ("Fritidsresor") avseende marknadsföring av charterresor som KO menade stred mot informationskraven vid förmånserbjudanden i 13 § MFL. Fritidsresor hade i sin marknadsföring av paketresor inte angivit att en rabatt endast avsåg ett begränsat antal resmål. Marknadsföringen hade skett dels på Bingolottokuponger och dels genom TV-reklam.

Konsumentombudsmannen yrkade i första hand att Fritidsresor skulle åläggas att betala en marknadsstörningsavgift om 400 000 kr och i andra hand att Fritidsresor vid vite skulle förbjudas att marknadsföra sina resor på liknande sätt som skett.

MD konstaterade, i likhet med tingsrätten, att den aktuella marknadsföringsåtgärden stred mot 13 § MFL. MD fastslog vidare att den aktuella överträdelsen inte kunde betraktas som

### **Ny Juridik 1:06 s 40**

bagatellartad eller försumbar och att förutsättningar för åläggande av marknadsstörningsavgift i detta avseende förelåg. Vad avser den subjektiva täckningen angav MD att:

"Fritidsresor har överträtt en klar och tydlig regel genom att inte ange väsentliga begränsningar för rabatterbjudandet. Härigenom måste bolaget anses i vart fall förfarit oaktsamt".

Eftersom både de objektiva och de subjektiva rekvisiten var uppfyllda fanns det skäl att utdöma marknadsstörningsavgift. Vad avser överträdelsens allvar, som har betydelse för avgiftens storlek, fäste MD särskilt avseende vid det faktum att marknadsföringen visats i TV på bästa sändningstid. Vidare vägde MD in att KO vid tidigare tillfälle påtalat för Fritidsresor att marknadsföringen inte var förenlig med MFL. Enligt MD har det heller inte framkommit någon omständighet som talade för att marknadsstörningsavgift inte skulle åläggas Fritidsresor i det aktuella fallet. Marknadsstörningsavgiften bestämdes till 200 000 kr. Någon närmare motivering till varför det yrkade beloppet halverades gavs inte.

### **MD 1998:20, TELIA INFOMEDIA (Talan om marknadsstörningsavgift ogillades)**

KO väckte talan mot Telia Infomedia TeleVision AB ("Telia Infomedia") i anledning av att bolaget hade skickat ut en broschyr vilken KO ansåg stred mot kravet på reklamidentifiering i 5 § MFL. KO yrkade i första hand marknadsstörningsavgift med 500 000 kr och i andra hand förbud vid vite att fortsättningsvis inte överträda kravet på reklamidentifikation på det sätt som skett.

Stockholms tingsrätt ansåg att marknadsföringsåtgärden stred mot kravet på reklamidentifikation men att överträdelsen var ringa, bl.a. därför att reklambudskapet framträdde tydligt när broschyren vikts upp.

Tingsrätten refererade till förarbetena och uttalade att marknadsstörningsavgift bör vara förbehållet endast de fall där det föreligger ett mer påtagligt behov av att skydda konsument- och näringsidkarintressen (se prop. 1994:95:123, s. 104 f) och yttrade:

"... att det i andra fall [än då det inte föreligger påtagligt behov av att skydda konsument- och näringsidkarintressen] får anses tillräckligt att

#### **Ny Juridik 1:06 s 41**

näringsidkaren tillrättavisas och avskräcks från att upprepa förfarandet genom ett förbud eller ett åläggande vid vite, [därmed] leder tingsrättens mening till att bolagets överträdelse av bestämmelsen om reklamidentifiering är ringa och att det inte är påkallat med en marknadsstörningsavgift".

Någon marknadsstörningsavgift dömdes därmed inte ut men tingsrätten förbjöd Telia Infomedia vid vite att fortsätta med den aktuella marknadsföringen.

MD fastställde tingsrättens domslut, vad avsåg marknadsföringsavgift, och menade att eftersom den aktuella marknadsföringen inte haft några ekonomiska följder för mottagarna, eller för någon konkurrerande näringsidkare, kunde den inte anses vara av särskilt allvarlig art.

#### **MD 2005:11, KF (Talan om marknadsstörningsavgift ogillades)**

I ett avgörande som berörde flera intressanta frågor, bl.a. gränssnittet mellan MFL:s tillämpningsområde och tryck- och yttrandefrihet, behandlades även fråga om marknadsstörningsavgift. Kooperativa Förbundet ("KF") hade bl.a. genom reklamfilm och ett spel kommunicerat bilden av att bönder som inte odlade ekologiskt var kriminella och mindre begåvade samt att konventionell spannmålsodling var miljöskadlig. Sveriges Spannmålsodlare AB ("SpmO") väckte talan och yrkade bl.a. att KF skulle dömas att betala marknadsstörningsavgift om fem miljoner kronor.

Stockholms tingsrätt konstaterade att KF:s marknadsföring var vilseledande och misskrediterande och att den därmed stred mot 6 och 8 a §§ MFL. Tingsrätten fann dock att KF, avseende en av de i målet aktuella marknadsföringsåtgärderna, förfarit varken uppsåtligen eller oaktsamt då KF inte rimligtvis kunde ha förutsett att visningen skulle ha inneburit en överträdelse av MFL. Bakgrunden var i korthet att KF bedömt att marknadsföringsåtgärden utgjort grundlagsskyddad opinionsbildning och att MFL därför inte varit tillämplig.

Vad gällde den andra marknadsföringsåtgärden, en reklamfilm, fann tingsrätten att KF agerat oaktsamt. Således förelåg subjektiva förutsättningar för marknadsstörningsavgift i denna del, men:

#### **Ny Juridik 1:06 s 42**

"Filmernas presentation av hanteringen av bekämpningsmedel är visserligen misskrediterande för livsmedelsproducenter som använder bekämpningsmedel i sin produktion men är samtidigt så överdriven att var och en torde inse att det inte är fråga om att ge en realistisk bild av den bekämpningsmedelsanvändning som förekommer i konventionell livsmedelsproduktion. Något påtagligt behov av att skydda konsumenter eller de livsmedelsproducenter som använder bekämpningsmedel från filmernas budskap synes därför inte föreligga."

SpmO:s talan om marknadsstörningsavgift lämnades därför utan bifall.

Andra frågor i målet, bl.a. om vitesförbud, överklagades till MD men tingsrättens dom avseende marknadsstörningsavgift stod fast.

#### **MD 2005:22, READER'S DIGEST (Talan om marknadsstörningsavgift bifölls)**

I det senaste MD-avgörandet avseende marknadsstörningsavgift ålades Reader's Digest AB ("RD") att betala den högsta marknadsstörningsavgiften som hittills utdömts, en miljon kronor.

RD marknadsförde genom ett svåröverskådligt direktmarknadsföringsmaterial bl.a. en bokprenumeration. Av det ytterkuvert som användes till försändelsen framgick inte vid en flyktig genomläsning att det var fråga om reklam. Dessutom framhövdes olika förmånserbjudanden på ett sätt som gjorde att huvuderbjudandet fick en undanskymd plats i materialet. Det gjorde det svårt för mottagarna att uppmärksamma

vad huvuderbjudandet innebar. Marknadsföringsmaterialet innehöll möjlighet att delta i ett lotteri (som inte var föremål för prövning i sig). Genom presentationen av lotteriet gavs mottagaren en realistisk uppfattning om möjligheterna till vinst. Dessutom hade RD underlåtit att på ett tydligt sätt sammanfatta det komplexa materialet på ett sätt som gjorde att huvudvillkoren för erbjudandet framträdde tydligt.

RD har tidigare varit föremål för förelägganden från KO och hade genom två tidigare domar ålagts olika förbud vid vite med avseende på lagstridig marknadsföring. RD hade trots vitesförbudet inte upphört med marknadsföringsåtgärderna vilket ledde till att vitet dömdes ut år 2000. KO menade att RD i sin marknadsföring hade brutit mot reglerna om reklamidentifikation i 5 § MFL, att marknadsföringen var vilseledande enligt 6 § MFL och dessutom

### **Ny Juridik 1:06 s 43**

stred marknadsföringen mot god marknadsföringssed (4 § MFL). KO väckte talan mot RD vid Stockholms tingsrätt och yrkade bl.a. förbud vid vite för RD att fortsätta med den aktuella marknadsföringen och att RD skulle åläggas att betala marknadsstörningsavgift med 1 500 000 kronor.

Stockholms tingsrätt konstaterade att den aktuella marknadsföringsåtgärden bl.a. inneburit överträdelser av både kravet på reklamidentifikation i 5 § MFL och förbudet mot vilseledande marknadsföring i 6 § MFL. De objektiva rekvisiten för ådömande av marknadsstörningsavgift var därmed uppfyllda. Vad avsåg bedömningen av den subjektiva täckningen konstaterade tingsrätten att:

"I motiven till marknadsföringslagen (jfr prop. 1994/95:123 s. 175) betonas att det för alla näringsidkare gäller ett grundläggande krav på att de iakttar god marknadsföringssed och att det med denna utgångspunkt finns skäl att tillämpa stränga kriterier vid bedömningen av om en näringsidkares handlingssätt vid marknadsföringen har varit oäktsamt. En överträdelse kan anses begången av oäktsamhet om en näringsidkare rimligen borde ha förutsett att handlandet skulle innebära att någon av bestämmelserna i 5-13 §§ marknadsföringslagen överträtts (jfr MD 1998:7)."

Åtminstone oäktsamhet låg således Reader's Digest till last.

Tingsrätten noterade att RD, såsom nämnts ovan, tidigare bl.a. ålagts att utbetala vite avseende förbud meddelade enligt MFL. RD:s förfarande visade enligt tingsrätten på en viss likgiltighet inför gällande regelverk. Dessutom konstaterade tingsrätten att konsumenters ekonomiska intressen riskerats att skadas genom den vilseledande marknadsföringen och att marknadsföringen medfört stort besvär för konsumenterna som vilseletts av densamma och blivit ofrivilligt bundna av en prenumeration. Sammantaget ledde dessa omständigheter till att tingsrätten beslutade att RD skulle åläggas att betala marknadsstörningsavgift om en miljon kronor och vid vite förbjudas att fortsätta med de flesta av de aktuella marknadsföringsåtgärderna. Dessutom ålades RD att fortsättningsvis lämna viss information.

MD fastställde tingsrättens dom vad avsåg marknadsstörningsavgiften och instämde i huvudsak i tingsrättens domskäl.

### **Ny Juridik 1:06 s 44**

#### **STOCKHOLMS TINGSRÄTT MÅL NR T 8-346-96, KBA (Talan om marknadsstörningsavgift bifölles)**

I detta första avgörande rörande marknadsstörningsavgift väckte KO talan mot KBA Internationell Medicinkonsult AB ("KBA") och yrkade förutom vitesförbud mot personerna bakom bolaget, att tingsrätten skulle ålägga KBA att betala marknadsstörningsavgift med 500 000 kr.

KBA hade marknadsfört bantningspreparatet "Nya Ultra Slim-Fast" med bland annat följande påstående: "Nya Ultra Slim-Fast är så noga genomtestad och dess effektivitet så bra dokumenterad att det har godkänts som det säkraste, mest naturliga sättet att minska i vikt på samt att förhindra viktökning efter bantning, utan diet eller motion."

Tingsrätten konstaterade att preparatets påstådda effekter var vetenskapligt odokumenterade och att marknadsföringen var grovt vilseledande. Personerna bakom KBA hade tidigare marknadsfört preparatet på liknande sätt vilket då hade påtalats av KO. Tingsrätten ansåg därför att KBA måste ha varit väl medvetet om att marknadsföringen var vilseledande.

Tingsrätten konstaterade att KBA uppsåtligt, genom agerandet av de två personerna bakom bolaget, hade brutit mot 6 § MFL. Mot bakgrund av KBA:s nonchalans mot gällande regler och att förfarandet skett uppsåtligt och ingått i ett systematiskt handlande, bestämdes marknadsstörningsavgiften i enlighet med KO:s yrkande till 500 000 kr. Tingsrätten biföll också KO:s yrkande avseende vitesförbud för personerna bakom KBA att fortsättningsvis bedriva liknande marknadsföring.

### **STOCKHOLMS TINGSRÄTT MÅL NR T 8-1071-97, MEDIAPOOLEN (Talan om marknadsstörningsavgift bifölls)**

I denna första enskilda talan om marknadsstörningsavgift yrkade Annonsörföreningen, Företagarnas Riksorganisation och Svenska Arbetsgivareföreningen att Svenska Mediapoolen AB ("Mediapoolen") och dess ägare, två privatpersoner, skulle åläggas att solidariskt betala marknadsstörningsavgift med 630 000 kr. Kärandena yrkade också vitesförbud mot den påtalade marknadsföringen.

Mediapoolen ägnade sig åt s.k. fakturaskojeri. Bolaget vilseledde genom bedrägeriliknande metoder företag att köpa annonsutrymme

#### **Ny Juridik 1:06 s 45**

i tidskriften "Dagens Företag", senare "Företagsspectrum". Tingsrätten konstaterade att Mediapoolen gjort sig skyldigt till vilseledande marknadsföring enligt 6 § MFL och överträdelse av förbudet angående obeställda produkter i 12 § MFL.

Tingsrätten berörde i sina domskäl frågan om personerna bakom ett bolag kan åläggas personligt ansvar för marknadsstörningsavgift som kärandena hade yrkat. Tingsrätten fann att så inte kunde ske eftersom marknadsstörningsavgift endast kan åläggas näringsidkare. Att ett bolag efter det att en överträdelse av MFL har skett bytt ägare och upphört med den olagliga marknadsföringen innebar enligt tingsrätten inte att ansvaret för den juridiska personen i någon del bortfallit. Tingsrätten fastslog att både objektiva och subjektiva förutsättningar för marknadsstörningsavgift förelåg.

Vid bedömningen av marknadsstörningsavgiftens storlek nämnde tingsrätten det faktum att svarandebolaget sannolikt saknade utmättningsbara tillgångar och att det därför inte ens skulle kunna betala en låg avgift. Trots dessa omständigheter och med hänsyn till överträdelsens bedrägeriliknande karaktär konstaterade tingsrätten att marknadsstörningsavgiften minst skulle motsvara ett vitesbelopp i normalfallet. Marknadsstörningsavgiften fastställdes till 200 000 kr. De två privatpersonerna bakom bolaget samt bolaget förbjöds dessutom vid vite att fortsätta med den i målet aktuella marknadsföringen.

### **STOCKHOLMS TINGSRÄTT, MÅL NR T 8-953-98, STS (Talan om marknadsstörningsavgift bifölls)**

EF Education AB ("EF") väckte talan mot sin konkurrent STS Språkresor AB ("STS") vid Stockholms tingsrätt och yrkade att STS skulle ådömas att betala marknadsstörningsavgift med 1 000 000 kr samt att STS vid vite skulle förbjudas att använda bl.a. formuleringarna "störst på språkresor" och "Sveriges ledande språkresearrangör" i sin marknadsföring. Grunden för EF:s talan var att STS marknadsföring var vilseledande och att STS inte lämnade tillräcklig information vid marknadsföring av ett förmånserbjudande då ett rabatterbjudande endast gällt vissa resmål men marknadsförts såsom en generell rabatt på hela STS:s sortiment (jfr MD 1998:7 där liknande marknadsföring prövades).

Tingsrätten konstaterade att STS:s marknadsföring varit vilseledande

#### **Ny Juridik 1:06 s 46**

(6 § MFL) och att STS inte hade lämnat nödvändig information vid marknadsföring av förmånserbjudande (13 § MFL). Tingsrätten noterade vidare att regeln om omvänd bevisbörda inte tillämpas vid talan om marknadsstörningsavgift. EF lyckades dock inte, i den del som avsåg marknadsstörningsavgift, visa att STS:s marknadsföring hade vilselett konsumenter. Däremot visade EF att STS inte uppfyllt kraven på information avseende det i målet aktuella förmånserbjudandet och därmed förelåg det objektiva förutsättningar för marknadsstörningsavgift.

Tingsrätten fann att överträdelsen i fråga fick anses vara tillräckligt allvarlig för att motivera marknadsstörningsavgift och att saken fick anses ha allmänt intresse. STS ålades därför att betala en marknadsstör-

ningsavgift som med hänsyn till överträdelsens relativt begränsade räckvidd fastställdes till 200 000 kronor

### **STOCKHOLMS TINGSRÄTT, MÅL NR T 20065-98, TELENORDIA (Talan om marknadsstörningsavgift ogillades)**

I ytterligare ett mål där det fördes enskild talan om marknadsstörningsavgift väckte Telenordia AB ("Telenordia") talan mot Datamatrix Optimal Telecom AB ("Datamatrix") och yrkade bl.a. marknadsstörningsavgift om 450 000 kronor för vilseledande marknadsföring avseende en s.k. linjeväljare. Telenordia menade att den aktuella marknadsföringen var vilseledande då den felaktigt angav att Telenordias nät användes när så inte var fallet och att Datamatrix produkt gav tillgång till Telenordias kundtjänst och serviceorganisation i övrigt.

Tingsrätten konstaterade att den aktuella marknadsföringen var vilseledande (6 § MFL) och meddelade förbud vid vite i enlighet med Telenordias yrkande. Vad avsåg marknadsstörningsavgift angav tingsrätten att den aktuella marknadsföringen förekommit under förhållandevis lång tid och att den haft stor spridning. Vidare att den hade varit ägnad att påverka konsumenters ekonomiska beteende med ekonomiska följder för Telenordias resultat. Tingsrätten slog fast att de i marknadsföringen aktuella uppgifterna inte hade lämnats uppsåtligen. Huruvida uppgifterna lämnats av oaktsamhet berördes inte. Tingsrätten fann att vilseledandet varit av mindre allvarlig art och att de aktuella formuleringarna inte heller var till den grad vilseledande att det var befogat att, utöver vitesförbud, även utdöma marknadsstörningsavgift.

Ny Juridik 1:06 s 47

### **Slutsatser**

Mot bakgrund av den rättspraxis som redovisas ovan kan vissa slutsatser dras kring Marknadsdomstolens och Stockholms tingsrätts tillämpning av marknadsstörningsavgiftssanktionen.

### **Vilseledande och bristande information vid förmånserbjudanden, de vanligaste överträdelserna**

Vilseledande marknadsföring och bristande information vid förmånserbjudanden (6 och 13 §§ MFL) är de vanligaste grunderna för utdömande av marknadsstörningsavgift. Det är intressant att notera att brist på information angående att förmånserbjudande avseende resor bara gällde vissa resmål, har lett till marknadsstörningsavgift i två fall (Fritidsresor- och STS-målen).

### **Låga krav på subjektiv täckning**

I flera av de ovan refererade rättsfallen är bedömningen av den subjektiva täckningen närmast summarisk. Rätten konstaterar t.ex. i Fritidsresor-målet att om en överträdelse av en klar och tydlig regel har skett så måste svaranden i vart fall ha förfarit oaktsamt. I KF-målet, som var speciellt med avseende på de tryck- och yttrandefrihetsfrågor som aktualiserades, resonerade dock tingsrätten att eftersom KF gjort bedömningen att en av marknadsföringsåtgärderna inte föll inom MFL:s tillämpningsområde så kunde inte KF rimligtvis ha förutsett att marknadsföringsåtgärden skulle strida mot MFL. Därmed konstaterades att överträdelsen inte hade varit ens oaktsam. I förarbetena (prop. 1994/95:123, s. 104 f) diskuteras huruvida ett strikt ansvar bör övervägas för det fall att kravet på subjektiv täckning visar sig leda till en för restriktiv tillämpning av marknadsstörningsavgiftssanktionen. Dessa farhågor har mot bakgrund av föreliggande rättspraxis inte besannats.

### **Betydelsen av inträffad skada**

I Reader's Digest-målet hade konsumenter både drabbats av ekonomisk skada och av besvär med att avbeställa oönskade prenumerationer. I Telia Infomedia-målet konstaterade MD att någon skada inte kunde anses föreligga eftersom konsumenterna endast hade behövt vika upp den i målet aktuella broschyren en gång för att inse att det var fråga om en reklamförsändelse.

Ny Juridik 1:06 s 48

I dessa avgöranden har MD gjort en bedömning av den skada som den aktuella marknadsföringsåtgärden vållat konsumenter och andra näringsidkare. Således har de objektiva förutsättningarna för marknads-

störningsavgift kvalificerats av MD genom att omständigheten att överträdelsen har inneburit skada har haft betydelse för frågan om utdömande av marknadsstörningsavgift.

### **Hantering av upprepade överträdelser och yrkandets utformning**

I flera av de fall som KO drivit har marknadsstörningsavgift yrkats i första och vitesförbud i andra hand. I samtliga fall där enskild talan har förts, har marknadsstörningsavgift och vitesförbud yrkats samtidigt. Det kan tyckas självklart att vitesförbud bör yrkas samtidigt med marknadsstörningsavgift för att förebygga framtida överträdelser. Men då är det viktigt att beakta 23 § MFL, som stadgar att marknadsstörningsavgift inte får åläggas någon för en överträdelse av ett vitessanktionerat förbud eller underlåtenhet att följa ett åläggande. Skälet för denna regel är undvikande av dubbla sanktioner. Om endast marknadsstörningsavgift utdöms och svaranden begär samma typ av överträdelse igen är det sannolikt att denne åter ådöms att betala marknadsstörningsavgift, denna andra gång kan, mot bakgrund av den likgiltighet och nonchalans som svaranden då uppvisar, förmodas att beloppet blir högre än den första gången.

Om däremot en talan om vitesförbud bifalls samtidigt med marknadsstörningsavgift vid den första överträdelsen och en upprepad överträdelse äger rum, kan inte talan föras samtidigt om utdömande av vite och marknadsstörningsavgift. Käranden torde föredra att föra talan om enbart marknadsstörningsavgift eftersom ett vite enligt förarbeten och praxis bör ligga lägre än en förmodad marknadsstörningsavgift vid upprepade överträdelser.

### **Betydelsen av marknadsföringens spridning**

En viktig faktor i bedömningen av huruvida marknadsstörningsavgift skall utdömas är omfattningen av spridningen av den aktuella marknadsföringen. I Fritidsresor-målet menade MD att upprepad TV-reklam på bästa sändningstid var att betrakta som stor spridning.

Ny Juridik 1:06 s 49

### **Brist på bedömningsnorm vid fastställande av belopp**

I förarbetena (prop. 1994/95 s. 105 f) anges tydligt att lagstiftaren överlämnar till domstolarna att utveckla en bedömningsnorm för marknadsstörningsavgifternas storlek. I de allra flesta fall har domstolarna inte närmare motiverat de belopp som fastställts, och det kan konstateras att det inte har utvecklats någon bedömningsnorm i rättspraxis.

I Mediapoolen-målet angav domstolen att beloppet åtminstone skulle motsvara ett förbudsvite i motsvarande fall men detta kan inte anses utgöra en bedömningsnorm eftersom MD inte har anammat resonemanget i efterföljande avgöranden. I KBA-fallet bestämdes beloppet efter en uppskattning av svarandebolagets omsättning till maxbeloppet, 10 % av svarandebolagets omsättning. I övriga fall har bedömningen av beloppet varit skönsmässig och alltid prutats på i förhållande till vad som yrkats.

Det högsta belopp som utdömts i absoluta tal är en miljon kronor, och endast vid ett tillfälle har det relativa maxbeloppet, 10% av svarandebolagets omsättning, utdömts. I övriga fall, med undantag av KBA-målet, är beloppen låga i förhållande till svarandebolagens omsättning och torde inte verka särskilt avskräckande i förhållande till vad en effektiv marknadsföringskampanj, som kanske är vilseledande eller saknar lagstadgad information avseende förmånserbjudanden, kan inbringa.

### **Betydelsen av KO:s tidigare förelägganden och nonchalans**

En tydlig indikator på åtminstone oaktsamhet och i viss utsträckning nonchalans är om en näringsidkare, trots förelägganden från KO att upphöra med marknadsföring som bryter mot marknadsföringslagen, fortsätter med marknadsföringen.

I Fritidsresor-, Reader's Digest- och KBA-målen hade KO påtalat för svarandebolagen att deras marknadsföring stred mot marknadsföringslagen och detta förhållande har haft betydelse vid domstolens bedömning av utdömande av marknadsstörningsavgift.

Att upprepade överträdelser mot marknadsföringslagen avseende i princip samma typ av marknadsföringsåtgärder för vilka talan om MFL förs ges stor betydelse i Reader's Digest-målet och KBA-målet. Dessa två avgöranden är typfall för allvarliga överträdelser där svarandena är likgiltiga inför tidigare sanktioner.

## Ny Juridik 1:06 s 50

### Enskild talan om marknadsstörningsavgift

Att en berörd näringsidkare eller sammanslutning av näringsidkare yrkar marknadsstörningsavgift har visat sig framgångsrikt i STS- och Mediapoolen-målen. Det kunde tyckas att förutsättningarna i dessa avgöranden hade varit sämre då Konsumentombudsmannen uppenbarligen konstaterat att denna inte ville föra talan. Tingsrätten har dock särskilt påpekat att det faktum att Konsumentombudsmannen beslutat att inte väcka talan i STS-målet inte skulle påverka rättsens bedömning vad avser den aktuella överträdelsens allvarlighet.

### Kommentar

Det kan konstateras att marknadsstörningsavgift är en relativt ovanlig sanktion och att tillämpningen är restriktiv, vilket förvisso står i överensstämmelse med marknadsföringslagens förarbeten. Dessutom är de belopp som fastställts i det fåtal fall marknadsstörningsavgift varit aktuell förvånansvärt låga.

Syftet med marknadsstörningsavgiften var att inrätta en effektiv direktsanktion som skulle motverka lagstridig marknadsföring redan första gången en domstol tog ställning till sådan. Detta till skillnad från vitesförbud som först måste meddelas av rätten och sedan, vid en efterföljande överträdelse, utdömas.

Behovet av en direktsanktion är uppenbart. Men, för att marknadsstörningsavgiftssanktionen skall verka preventivt måste den komma till användning oftare och beloppen justeras till en betydligt högre nivå än vad som hittills utdömts i praxis.

En intressant aspekt på marknadsstörningsavgift som inte prövats i domstol är betydelsen av åtgärder för självriktelse. Självriktelse anges som en sådan företeelse som kunde utgöra grund för eftergivande av talan om marknadsstörningsavgift (prop. 1994/95: 123 s. 177). I Fritidsresor-målet konstaterade MD i sina domskäl att några synnerliga skäl att efterge talan inte förelåg. Frågan är dock om det, mot bakgrund av de låga belopp som hittills utdömts, skulle löna sig att vidta tillräckligt effektiva åtgärder för självriktelse. Bara kostnaden för sådana åtgärder överstiger i de flesta fall sannolikt det som ett svarandebolag riskerar att få betala i marknadsstörningsavgift.

## Ny Juridik 1:06 s 51

Mot bakgrund av svårigheterna av att visa skada vid skadeståndsanspråk enligt marknadsföringslagen, är marknadsstörningsavgift intressant även vid enskild talan då syftet kanske främst är att åsamka en konkurrent PR-bekymmer och kostnader. Rättspraxis visar att även i fall där KO valt att inte använda sin primära talerätt kan en enskild ha framgång med sin talan om marknadsstörningsavgift. Det är intressant inte minst därför att marknadsrätten har kommit att utvecklas från konsumentskydd till att även bli ett medel för företag att freda sig mot illojal konkurrens och andra oönskade företeelser.