



PARTER

Kärande

Konsumentverket/KO
Box 48
651 02 Karlstad

genom processrådet Pär Magnusson

Svarande

IOGT-NTO, 802001-5569
Box 128 25
112 97 Stockholm

Ombud: Advokaterna Julia Asplund och Daniel Tornberg
Advokatfirman MarLaw AB
Box 3079
103 61 Stockholm

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder IOGT-NTO vid vite om 3 miljoner kr att vid marknadsföring av lotter via telefon, kräva betalning för lotter som inte konsumenten beställt.
2. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder IOGT-NTO vid vite om 3 miljoner kr att vid marknadsföring av lotter via telefon, lämna påståenden som ger intryck av att konsumenten har vunnit eller kommer att vinna i lotteriet eller lämna påståenden med väsentligen samma innebörd, när det inte finns någon garanterad vinst eller när möjligheten att vinna är beroende av att konsumenten betalar för abonnemang.
3. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder IOGT-NTO vid vite om 3 miljoner kr att vid marknadsföring av lotter via telefon, när så inte är fallet påstå eller skapa intryck av att konsumenten är särskilt utvald och/eller bosatt i ett område som har en särskild vinstchans.

4. Patent- och marknadsdomstolen förbjuder IOGT-NTO vid vite om 3 miljoner kr att vid marknadsföring av lotter via telefon, påstå eller skapa intryck av att samtalet inte är ett säljsamtal.

5. Patent- och marknadsdomstolen ålägger IOGT-NTO vid vite om 3 miljoner kr att vid marknadsföring av abonnemang på lotter via telefon, i början av samtalet tydligt informera om det kommersiella syftet med samtalet.

6. Patent- och marknadsdomstolen ålägger IOGT-NTO vid vite om 3 miljoner kr att vid marknadsföring av lotter via telefon, i de fall ett erbjudande är kopplat till ett abonnemang, klart och tydligt informera om att erbjudandet endast kan fås tillsammans med ett abonnemang.

7. Patent- och marknadsdomstolen ålägger IOGT-NTO vid vite om 3 miljoner kr att vid marknadsföring av lotter via telefon, under samtalet klart och tydligt informera om *dels* att eventuella vinster utfaller antingen som varor eller kontanter, *dels* de fall då kontantutbetalning kommer i fråga.

8. Patent- och marknadsdomstolen avslår KO:s yrkande nr 8.

9. Förbuden och åläggandena enligt punkterna 1–7 ovan ersätter det förbud som Patent- och marknadsdomstolen meddelade den 2 januari 2018, med de ändringar som gjordes av Patent- och marknadsöverdomstolen i beslut den 13 april 2018. Förbuden och åläggandena i punkterna 1–3 och 5–7 ovan ska gälla utan hinder av att de inte vunnit laga kraft.

10. IOGT-NTO ska betala 500 000 kr i marknadsstörningsavgift till staten.

10. IOGT-NTO ska ersätta KO:s rättegångskostnader med 210 645 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från denna dag till dess betalning sker.

BAKGRUND	5
YRKANDEN OCH INSTÄLLNING	5
GRUNDER FÖR TALAN	7
Konsumentverket/KO	7
Allmänt om IOGT-NTO:s marknadsföring	7
Fakturerings utan föregående beställning (yrkande 1).....	7
Vinstpåstående (yrkande 2)	8
Påstående om att konsumenten är särskilt utvald (yrkande 3)	8
Påstående om att samtalet inte rör försäljning (yrkande 4).....	8
Syfte (yrkande 5)	9
Abonnemang (yrkande 6)	9
Vilseledande om kontantvinster (yrkande 7).....	9
Respektera önskan att avsluta samtalet (yrkande 8)	10
Marknadsföringens omfattning	10
Marknadsstörningsavgift (yrkande 9).....	11
IOGT-NTO	12
Fakturerings utan föregående beställning (yrkande 1).....	12
Vinstpåståenden (yrkande 2)	12
Påstående om att konsumenten är särskilt utvald (yrkande 3)	13
Påstående om att samtalet inte rör försäljning (yrkande 4).....	13
Syfte (yrkande 5)	13
Abonnemang (yrkande 6)	14
Vilseledande om kontantvinster (yrkande 7).....	14
Respektera önskan att avsluta samtalet (yrkande 8)	14
Marknadsföringens omfattning	14
Vitesbelopp (yrkande 1–8).....	15
Marknadsstörningsavgift (yrkande 9).....	15
MÅLETS HANDLÄGGNING OCH UTREDNINGEN	18
DOMSKÄL	18
Vissa rättsliga utgångspunkter för bedömningen	18
Särskilt om marknadsföring av lotterier	20
IOGT-NTO:s ansvar för påtalade marknadsföringsåtgärder	21

Målgruppen för den påtalade marknadsföringen	22
Har IOGT-NTO överträtt spellagen och/eller marknadsföringslagen?.....	22
Fakturering utan föregående beställning (yrkande 1).....	22
Vinstpåståenden (yrkande 2)	25
Påståenden om att konsumenten är särskilt utvald (yrkande 3)	28
Påstående om att samtalet inte rör försäljning (yrkande 4).....	29
Frånvaro av reklamidentifiering (yrkande 5)	30
Information om att konsumenten binder sig till ett abonnemang (yrkande 6).....	33
Vilseledande om kontantvinster (yrkande 7).....	35
Respektera önskan att avsluta samtalet (yrkande 8)	35
Skäl för förbud	36
Vite.....	36
Förbudens och åläggandenas utformning m.m.	38
Interimistiska förbud och ålägganden	38
Marknadsstörningsavgift	39
Inledande rättsliga utgångspunkter	39
Har IOGT-NTO agerat med uppsåt eller oaktsamhet?	39
Ska de nya eller de gamla bestämmelserna om marknadsstörningsavgift tillämpas?	40
Ska IOGT-NTO förpliktas att betala marknadsstörningsavgift?	40
Hur stor marknadsstörningsavgift ska IOGT-NTO förpliktas att betala?	44
Rättegångskostnader	45
Sekretess	46

BAKGRUND

IOGT-NTO innehar lotteritillstånd enligt gamla lotterilagen (1994:1000). Lotteriverksamhet i IOGT-NTO bedrivs, såvitt nu är aktuellt, under varumärket Miljonlotteriet. IOGT-NTO har anlitat fristående telemarketingbolag för att genom telefonförsäljning marknadsföra Miljonlotteriet.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Konsumentombudsmannen (KO) har yrkat

1. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite förbjuder IOGT-NTO att vid marknadsföring av lotter via telefon, kräva betalning för lotter som inte konsumenten beställt.
2. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite förbjuder IOGT-NTO att vid marknadsföring av lotter via telefon, lämna påståenden som ger intryck av att konsumenten har vunnit eller kommer att vinna i lotteriet eller lämna påståenden med väsentligen samma innebörd, när det inte finns någon garanterad vinst eller när möjligheten att vinna är beroende av att konsumenten betalar för abonnemang.
3. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite förbjuder IOGT-NTO att vid marknadsföring av lotter via telefon, när så inte är fallet påstå eller skapa intryck av att konsumenten är särskilt utvald och/eller bosatt i ett område som har en särskild vinstchans.
4. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite förbjuder IOGT-NTO att vid marknadsföring av lotter via telefon, påstå eller skapa intryck av att samtalet inte är ett säljsamtal.

5. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite ålägger IOGT-NTO att vid marknadsföring av abonnemang på lotter via telefon, i början av samtalet tydligt informera om att syftet med samtalet är att sälja ett abonnemang på lotter.
6. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite ålägger IOGT-NTO att vid marknadsföring av lotter via telefon, i de fall ett erbjudande är kopplat till ett abonnemang, klart och tydligt informera om att erbjudandet endast kan fås tillsammans med ett abonnemang.
7. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite ålägger IOGT-NTO att vid marknadsföring av lotter via telefon, under samtalet klart och tydligt informera om dels att eventuella vinster utfaller antingen som varor eller kontanter, dels de fall då kontantutbetalning kommer i fråga.
8. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite ålägger IOGT-NTO att vid marknadsföring av spel via telefon alltid respektera den uppringdes önskan att avsluta samtalet.
9. att Patent- och marknadsdomstolen förpliktar IOGT-NTO att utge marknadsstörningsavgift med 10 miljoner kr.

KO har motsatt sig att åläggandet enligt yrkande 5 ges den utformning som IOGT-NTO har föreslagit.

IOGT-NTO har bestritt yrkande 1, 2, 4, 5, 6, 8 och 9.

För det fall domstolen skulle finna att ett åliggande enligt yrkande 5 i och för sig är erforderligt har IOGT-NTO anfört att åläggandet ska ha följande utformning.

”IOGT-NTO åläggs att vid marknadsföring av lotter via telefon tydligt informera om att syftet med samtalet är att sälja ett abonnemang på lotter.”

IOGT-NTO har medgett yrkande 3 och 7.

För det fall Patent- och marknadsdomstolen bifaller KO:s yrkanden till någon del har IOGT-NTO gjort gällande att domstolen ska bestämma det till förbudet och/eller åläggandet kopplade vitesbeloppet till ett avsevärt lägre belopp än 3 miljoner kr.

För det fall domstolen finner att marknadsstörningsavgift ska utgå är IOGT-NTO:s inställning att beloppet ska bestämmas till ett lägre belopp vad KO yrkat.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER FÖR TALAN

Konsumentverket/KO

Allmänt om IOGT-NTO:s marknadsföring

Den överträdelseperiod som görs gällande är från och med augusti 2016 till och med december 2017. KO vitsordar IOGT-NTO:s uppgift om att antalet samtal som rings per dag och säljare är 80 samtal. Med samtal menas i sammanhanget ett samtal som leder till ett slutligt ja eller nej till erbjudandet.

Fakturerings utan föregående beställning (yrkande 1)

IOGT-NTO har krävt betalning för lotter utan att ett giltigt avtal mellan konsumenten och IOGT-NTO förelegat. Konsumentverket har mottagit anmälningar från konsumenter som dels fått fakturor från Miljonlotteriet utan föregående beställning, dels tackat ja till en engångsleverans av lotter men inte till ett abonnemang. En sådan marknadsföringsåtgärd är otillbörlig eftersom den i första hand omfattas av svarta listan. I andra hand är marknadsföringsåtgärden otillbörlig eftersom IOGT-NTO,

genom att fakturera konsumenten utan att ett giltigt avtal funnits, har vilselett konsumenten som påverkats i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Marknadsföringen strider även mot god marknadsföringssed.

Vinstpåstående (yrkande 2)

Telefonförsäljare som representerat IOGT-NTO har påstått eller gett intryck av att konsumenten vunnit eller kommer att vinna i ett lotteri. Bl.a. talar säljaren om att konsumenten har en vinst att hämta ut. IOGT-NTO har inte visat att någon sådan garanterad vinst föreläggat. En sådan marknadsföringsåtgärd är otillbörlig eftersom den i första hand omfattas av svarta listan. I andra hand är marknadsföringsåtgärden vilseledande och otillbörlig eftersom den påverkat konsumenten i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Marknadsföringen strider även mot god marknadsföringssed.

Påstående om att konsumenten är särskilt utvald (yrkande 3)

Telefonförsäljare som representerat IOGT-NTO har påstått eller gett intryck av att konsumenten är särskilt utvald och/eller bosatt i ett utvalt geografiskt område med särskild chans att vinna. IOGT-NTO har inte visat att någon sådan urvalsprocess föreläggat. Marknadsföringsåtgärden är vilseledande och otillbörlig eftersom den påverkat konsumenten i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Marknadsföringen strider även mot god marknadsföringssed.

Påstående om att samtalet inte rör försäljning (yrkande 4)

Telefonförsäljare som representerat IOGT-NTO har vid minst två tillfällen påstått att samtalet inte är ett säljsamtal genom att säga ”Det är ingen försäljare som ringer så du kan andas ut”. Påståendet och liknande påståenden har gett konsumenten intryck av att samtalet inte är ett försäljningssamtal. En sådan marknadsföringsåtgärd är otillbörlig eftersom den i första hand omfattas av svarta listan. I andra hand är marknadsföringsåtgärden vilseledande och otillbörlig eftersom den påverkat

konsumenten i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Marknadsföringen strider även mot god marknadsföringssed.

Syfte (yrkande 5)

Telefonförsäljare som representerat IOGT-NTO har inte alls eller i vart fall inte i början av samtalet informerats om att anledningen till att konsumenten kontaktas är att IOGT-NTO vill sälja ett abonnemang på lotter. 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. Marknadsföringen strider även mot god marknadsföringssed.

Abonnemang (yrkande 6)

Telefonförsäljare som representerat IOGT-NTO har oklart eller inte alls, upplyst om att konsumenten binder sig till ett abonnemang på lotter, om denne tackar ja till erbjudandet om att få en leverans av lotter. Tvärtom har säljaren i flera fall under samtalen försäkrat konsumenten om att denne ”inte binder sig för någonting”. Väsentlig information om att erbjudandet varit kopplat till ett abonnemang har utelämnats helt eller varit oklar. Den bristfälliga informationen har vilselett konsumenten som påverkats i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Vilseledande om kontantvinster (yrkande 7)

Telefonförsäljare som representerat IOGT-NTO har påstått eller gett intryck av att vinsterna i lotteriet utbetalas som kontanter. Enligt IOGT-NTO utbetalas vinster upp till 500 000 kr endast som varuvinster medan vinster mellan 500 000 kr och 5 miljoner kr kan, om konsumenten väljer det, utbetalas som hälften varor och hälften kontanter. Marknadsföringsåtgärden är vilseledande och otillbörlig eftersom den påverkat konsumenten i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Marknadsföringen strider även mot god marknadsföringssed.

Respektera önskan att avsluta samtalet (yrkande 8)

Telefonförsäljare som representerat IOGT-NTO har ringt säljsamtal till konsumenter som velat avsluta samtalet genom att tydligt uttrycka att de inte är intresserade. Detta har inte respekterats av säljarna. Att uttrycka att man önskar avsluta samtalet måste kunna innebära att konsumenten upprepar att denne inte är intresserad. Att underlåta att respektera den uppringdas önskan om att avsluta samtalet när så uttrycks av konsumenten strider mot Swedmas etiska regler för försäljning och marknadsföring via telefon till konsument och därmed mot god marknadsföringssed. Marknadsföringen är dessutom otillbörlig eftersom den sannolikt påverkat konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Marknadsföringens omfattning

Eftersom säljmanusen, som åberopas till stöd för yrkande 2, 3 och 5–7, innehåller flertalet brister har omfattningen av den otillbörliga marknadsföringen avseende dessa yrkanden nått samtliga konsumenter som kontaktats av IOGT-NTO i försäljningssyfte. IOGT-NTO har självt uppgett att IOGT-NTO under perioden hanterat ungefär 106 000 samtal per månad, och parterna är överens om att varje säljare ringer ungefär 80 samtal per dag. Om domstolen finner att samtalsmanusen haft de brister som KO påstår blir följden att antalet samtal som förts enligt manus under perioden utgör överträdelser i sig. Omfattningen är därmed densamma som antalet samtal.

Samtalen är ett urval av liknande samtal under perioden. Två av säljarna som hörs i ljudfilerna har ringt tusentals samtal vardera. De utpekade säljarna har under sina anställningar ringt nästan identiska samtal (frångått manus på liknande sätt) vid tillfällena med flera månaders mellanrum. Det är helt osannolikt att resterande samtal som dessa säljare ringt har följt manus. Även om det endast skulle vara de i målet förekommande säljarna som har gjort misstag är ändå omfattningen av deras otillbörliga marknadsföring mycket stor. De av KO åberopade siffrorna avseende minskad försäljning indikerar också hur omfattande den otillbörliga marknadsföringen

varit. Efter domstolens interimistiska beslut har antalet nytecknade kundavtal per månad minskat med mellan 11 000 och 12 000 konsumenter per månad.

Marknadsstörningsavgift (yrkande 9)

Överträdelserna enligt yrkandena 1–7 är reglerade under lagrum som är kopplade till sanktionen marknadsstörningsavgift. Flera av överträdelserna är dessutom reglerade under bestämmelser i svarta listan. I de fall marknadsföringsmetoderna inte ryms i svarta listan har IOGT-NTO gjort sig skyldig till otillbörlig marknadsföring eftersom vilseledandet har påverkat konsumenternas förmåga att fatta välgrundade affärsbeslut. Överträdelserna är av allvarlig art, av stor omfattning samt har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Trots upprepade skrivelser, möten och hjälp från Konsumentverket att lyssna igenom ljudfiler för att rätta till brister, har IOGT-NTO inte förmått att ändra sin marknadsföring. Det rör sig inte om enstaka misstag från en enskild säljare utan om ett systematiskt förfarande till följd av dåliga rutiner, brist på kunskap om marknadsföringslagens krav samt bristande styrning av verksamheten. Såväl samtalsmanus från år 2016 som 2017 innehåller allvarliga brister, som i sig är grund för marknadsstörningsavgift. Genom bristerna i samtalsmanus och brister i kontrollen av säljarna har marknadsföringen fått stor spridning. De i målet aktuella överträdelserna har pågått under förhållandevis lång tid, mellan augusti 2016 och augusti 2017. Överträdelserna är särskilt allvarliga eftersom det handlat om marknadsföring av spel, för vilken måttfullhet enligt lotterilagen ska beaktas. Marknadsföringen riskerar att minska tilliten till en försäljningskanal som redan har lågt förtroende.

När det gäller storleken på marknadsstörningsavgiften rör det sig om allvarliga systematiska överträdelser som har varit ägnade att påverka den genomsnittlige konsumentens tilltro till den använda försäljningskanalen telefonförsäljning på ett negativt sätt. Överträdelserna har varit av särskilt allvarlig art eftersom marknadsföringen rört spel där måttfullhet ska iakttas. Det finns inte skäl att bedöma IOGT-NTO:s överträdelser som lindrigare än vissa överträdelser som tidigare prövats i andra mål. Avgiften ska därför bestämmas till fem procent av IOGT-NTO:s

årsomsättning. Beloppet kan dock inte bestämmas högre än till just tio miljoner kronor. Det finns inte heller skäl att frihålla belopp i den högre delen av beloppsskalan enbart av den anledningen att IOGT-NTO har en hög omsättning. I förevarande fall har den största delen av marknadsföringen ägt rum under 2017 varför IOGT-NTO:s omsättning under 2016 ska ligga till grund för beräkningen. Att omsättningen markant gått ned i och med att IOGT-NTO ändrat sin försäljning när de fått ett interimistiskt beslut med hot om högt vite bör inte beaktas.

IOGT-NTO

Fakturering utan föregående beställning (yrkande 1)

Vid en genomgång av samtliga i målet ingivna telefonsamtal och anmälningar konstaterar IOGT-NTO att utredningen – på sin höjd – ger stöd för att den påtalade överträdelsen har förekommit vid tre tillfällen. Av övriga ingivna samtal framgår det däremot tydligt att konsumenten har tackat ja till att få utskick och därmed accepterat en tillsvidareprenumeration. De totalt tre konstaterade fallen måste dock – sedda i ljuset av övrig marknadsföring som ägt rum under den i målet aktuella perioden – anses vara nästintill obetydliga. IOGT-NTO vidtog åtgärder omedelbart efter att man fick kännedom om de aktuella anmälningarna. IOGT-NTO har inte bedrivit den påtalade marknadsföringen avsiktligt, och de berörda konsumenterna kan inte anses ha drabbats av någon nämnvärd skada till följd av överträdelserna. Ett förbud är således inte proportionerligt.

Vinstpåståenden (yrkande 2)

Vid en genomgång av de ingivna telefonsamtalen kan det konstateras att det inte i något fall förekommer att säljaren i fråga säger eller på annat sätt skapar intryck av att konsumenten har vunnit, kommer att vinna i lotteriet eller lämna andra påståenden av denna innebörd. Säljarna följer ingivna samtalsmanus. Att säljaren enligt manus upplyser om vinsttätheten för den aktuella produkten är ett krav som följer av SPER:s etiska riktlinjer för marknadsföring. Även om ”i snitt” möjligen sägs fort i ett ingivet samtal finns det inget säljare som inte har uppgett detta förhållande alls. Det saknas

därmed helt stöd för att påståenden av det slag som yrkande 2 avser förekommit i marknadsföringen.

Påstående om att konsumenten är särskilt utvald (yrkande 3)

De överträdelser som är föremål för yrkandet har ägt rum, men i en mer begränsad omfattning än vad KO påstår. Yrkandet medges därmed.

Påstående om att samtalet inte rör försäljning (yrkande 4)

Överträdelsen har förekommit vid två tillfällen och har begåtts av en och samma säljare som inte längre har kvar sin inställning. Det aktuella påståendet förekommer i samtalen efter det att säljaren gjort klart varifrån och i vilket syfte denne ringer. Oaktat detta bestrider IOGT-NTO att det intryck som förmedlas ger mottagaren föreställningen att samtalet inte skulle ske i ett kommersiellt syfte, särskilt som bedömningen måste ta hänsyn till samtalet sett i sin helhet. De två fallen måste – sedda i ljuset av övrig marknadsföring under den i målet aktuella perioden – anses obetydliga. IOGT-NTO vidtog åtgärder omedelbart efter att man fick kännedom om de aktuella anmälningarna. IOGT-NTO har inte bedrivit den påtalade marknadsföringen avsiktligt, och de berörda konsumenterna kan inte anses ha drabbats av någon nämnvärd skada till följd av överträdelsena. Ett förbud är således inte proportionerligt.

Syfte (yrkande 5)

KO:s yrkande går längre än vad som följer av såväl lagstiftningen som branschens regler. Varje samtal enligt samtalsmanus inleds med att säljaren säger sitt namn och uppger om att denne ringer från Miljonlotteriet. Samtliga ingivna telefonsamtal följer denna systematik. Omständigheten att det inte förrän i slutet av samtalen lämnas uppgift om att lotterna i fråga är kopplade till en tillsvidareprenumeration saknar betydelse i förhållande till om telefonsamtalet är reklammarkerat eller inte.

Abonnemang (yrkande 6)

En bit in i samtalen lämnas uppgift om att lotterna säljs som en tillsvidareprenumeration vilket också upprepas, tillsammans med de närmare villkoren för prenumerationen, i slutet av varje samtal. Av ingivna samtal samt samtalsmanus framgår detta. Några överträdelser av det slag som KO gör gällande är därmed inte för handen.

Vilseledande om kontantvinster (yrkande 7)

Yrkandet, i den utformning det nu har, medges. En annan utformning av åläggandet skulle vara svårt att följa i praktiken.

Respektera önskan att avsluta samtalet (yrkande 8)

Utredningen ger inte stöd för att mottagarens önskan att avsluta säljsamtalet inte har respekterats. Någon sådan uttalad önskan från mottagaren förekommer över huvud taget inte i något av de ingivna samtalen.

Marknadsföringens omfattning

IOGT-NTO bestrider att den i målet påtalade marknadsföringen, som utgörs av totalt 13 inspelade telefonsamtal och därtill ingivna anmälningar från konsumenter, har varit av stor omfattning och haft stor spridning. IOGT-NTO förnekar inte att i målet ingivna samtalsmanus har legat till grund för (eller borde ha legat till grund för) säljarnas samtal, men bestrider att samtalsmanusen visar att den påtalade marknadsföringen har varit av den omfattning och haft den spridning som KO gör gällande. Samtalsmanusen är framtagna i samarbete med Swedma, som också har intygat att manusen överensstämmer med deras etiska regler. Vad som har förekommit vid ett visst säljsamtal kan inte läggas till grund för slutsatsen att andra samtal har gått till på samma eller motsvarande sätt.

Att antalet nytecknade abonnemang sjunkit beror inte på att konsumenterna tidigare tecknade avtal pga. otillbörlig marknadsföring. Minskningen beror på flera faktorer, varav anpassningen efter domstolens interimistiska förbud utgör *en* sådan faktor. En annan faktor som påverkat nedgången är att IOGT-NTO numera endast arbetar med ett telemarketingbolag, vilket innebär att det är långt färre säljare som ringer varför även antalet försäljningar minskar. Vidare måste nedgången ses i ljuset av att allmänhetens förtroende för telefonmarknadsföring överlag har sviktat.

Vitesbelopp (yrkande 1–8)

Ett eventuellt förbud och/eller åläggande vid vite ska med hänsyn till omständigheterna förenas med ett förhållandevis lågt vitesbelopp. Hänsyn ska tas till IOGT-NTO:s nuvarande och beräknade omsättning, dess vidtagna åtgärder för att förhindra att påtalade överträdelser kommer att ske i fortsättningen, att såväl de faktiska som hypotetiska skadeverkningarna av överträdelserna är minimala, att de påtalade överträdelserna inte varit av stor omfattning eller av särskilt allvarlig art samt att IOGT-NTO inte har agerat uppsåtligen eller tillräckligt oaktsamt.

Marknadsstörningsavgift (yrkande 9)

Det saknas såväl objektiva som subjektiva förutsättningar att utdöma marknadsstörningsavgift avseende de påtalade överträdelserna. Vissa av de påstådda överträdelserna som det är fråga om i målet har över huvud taget inte begåtts, medan andra påstådda överträdelser är ringa till antalet och inte av särskilt allvarlig art. Marknadsföringen som sådan har varit av stor omfattning och spridning, men de påstådda överträdelserna har inte varit det. De i målet ingivna samtalen är inte representativa för Miljonlotteriets marknadsföring. Samtalsmanusen som används vid telefonförsäljningen innehåller inte allvarliga brister.

IOGT-NTO har också vidtagit åtgärder för att överträdelser inte ska äga rum i framtiden, enligt följande:

- Med anledning av Konsumentverkets tillsynsärende 2014 införde Miljonlotteriet ett eget kundombud. Samtliga reklamationer som kommer in följs upp.
- IOGT-NTO har kvalitetsåtaganden från telemarketingbolagen i sina avtal, och möjlighet till avtalspåföljder vid felaktig telefonförsäljning. Säljare som inte genomför telefonsamtal i enlighet med avtalet och Miljonlotteriets försäljningspolicy sägs upp från uppdraget. Miljonlotteriet har exempelvis avslutat samarbetet med bolagen Call Up (år 2016) och Teleperformance (år 2017) på grund av förekomst av felaktiga säljsamtal. Efter sommaren 2017 avslutades även samarbetet med tio enskilda säljare, varav en ensam står för nästintill hälften av de inspelade telefonsamtal som KO har gett in i målet.
- Telemarketingbolagen förbinder sig att följa på området gällande lagstiftning och etiska regler (däribland Internationella Handelskammarens (ICC) regler för reklam och Swedmas Etiska Regler), men även Miljonlotteriets kvalitetspolicy.
- Miljonlotteriet har även sett över det utbildningsmaterial som samtliga telefonsäljare ska genomgå för att kunna marknadsföra Miljonlotteriet.
- Miljonlotteriet har därtill skärpt sitt kvalitetsarbete ytterligare genom att öka antalet stickprov på genomförda samtal. Miljonlotteriet har även gjort platsbesök hos telemarketingbolagen och informerat dem om Miljonlotteriets reviderade samtalsmanus och skärpta kontroller, allt för att säkerställa att telefonförsäljningen bedrivs i enlighet med gällande regelverk och Miljonlotteriets kvalitetspolicy.
- Miljonlotteriet har även infört en ny ersättningsmodell för telemarketingbolagen som Miljonlotteriet planerar att implementera vid årsskiftet 2017/18. Den nya ersättningsmodellen kan i korthet beskrivas som så att telemarketingbolagen premieras i förhållande till antal nöjda kunder.
- IOGT-NTO har gjort en översyn och justeringar av samtalsmanus efter domstolen interimistiska beslut den 2 januari 2018.

- IOGT-NTO har i december 2017 sagt upp uppdragsavtalet med ett telemarketingbolag och i januari 2018 sagt upp avtalet med ett annat telemarketingbolag.
- IOGT-NTO har frångått rutinen att den kvalitetsansvarige hos respektive telemarketingbolag granskade samtalen varefter IOGT-NTO gjorde stickprovskontroller. Sedan mars 2018 lyssnar Miljonlotteriet istället på samtliga samtal som telemarketingbolagen bedömt resultera i en accepterad prenumeration. Om Miljonlotteriet anser att samtalet inte överensstämmer med samtalsmanus genereras ingen order och kunden får ingen prenumeration.

Några överträdelser har över huvud taget inte ägt rum efter att KO skickat in sin stämningsansökan i målet. IOGT-NTO har således inte heller agerat uppsåtligt eller oaktsamt.

En eventuell marknadsstörningsavgift ska, av samma skäl som anförts ovan avseende utdömande av avgiften som sådan, i vart fall sättas ned till ett avsevärt lägre belopp än vad KO yrkat. Det är uppenbart att de i målet aktuella överträdelserna inte är jämförbara med de överträdelser som var föremål för prövning i de mål KO hänfört sig till. Man kan mycket väl tänka sig att överträdelser av allvarligare slag skulle kunna förekomma. Att döma ut den högsta möjliga störningsavgiften är därmed inte proportionerligt, och de effekter KO eftersträvar kan uppnås även med ett lägre belopp än det yrkade.

Vidare har antalet nytecknade abonnemang minskat till följd av det interimistiska beslutet och IOGT-NTO:s omsättning har minskat mycket kraftigt. Som exempel kan nämnas att Miljonlotteriets nytecknade kundavtal i januari 2018 endast uppgick till 726 stycken. Detta kan jämföras med januari 2017 då 12 862 nya kundavtal ingicks. I februari 2018 uppgick antalet nytecknade kundavtal till 1 192 stycken, medan motsvarande siffra år 2017 uppgick till 12 301. I mars 2018 uppgick antalet nytecknade kundavtal till 2 009 stycken, medan motsvarande siffra år 2017 uppgick till 14 467 stycken. IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets omsättning under januari 2018 uppgick

till ca en tiondel av omsättningen under motsvarande period föregående år. Fastställandet av en eventuell marknadsstörningsavgift ska därför inte ta sin utgångspunkt i IOGT-NTO:s årsomsättning 2016.

MÅLETS HANDLÄGGNING OCH UTREDNINGEN

Patent- och marknadsdomstolen meddelade ett interimistiskt beslut den 2 januari 2018, vilket i huvudsak fastställdes av Patent- och marknadsöverdomstolen den 13 april 2018.

I målet har det förekommit skriftväxling och en muntlig förberedelse. Parterna har slutfört sin talan skriftligen. Parterna har varit överens om att målet bör avgöras av en domare.

Båda parter har åberopat skriftlig bevisning, bl.a. samtalsmanus från 2016 och 2017. KO har därutöver åberopat ljudupptagningar från säljsamtal.

DOMSKÄL

Vissa rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Marknadsföringslagen (2008:486) genomför bl.a. i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder gentemot konsumenterna på den inre marknaden.

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 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 marknadsföringslagen 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.

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 marknadsföring som anges i punkterna 1–23 i svarta listan är alltid att anse som otillbörlig.

Avgörande för hur en marknadsföringsåtgärd ska bedömas är enligt praxis hur framställningen uppfattas av en genomsnittlig mottagare i den målgrupp som marknadsföringen riktar sig till (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-428/11, *Purely Creative* m.fl., EU:C:2012:651, punkt 53 och MD 2008:15, 2014:17 samt 2015:11).

En näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig får förbjudas i enlighet med 23 § marknadsföringslagen att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd.

Näringsidkaren kan också åläggas att lämna information vid sin marknadsföring enligt 24 § marknadsföringslagen. Ett förbud eller ett åläggande ska enligt 26 § samma lag förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövt. Att en påtalad marknadsföring har upphört utgör inte något hinder mot att domstolen ändå prövar tillåtligheten av den (se t.ex. MD 2015:9 punkten 32).

Särskilt om marknadsföring av lotterier

Från den 1 januari 2017 fanns vissa bestämmelser om marknadsföring i lotterilagen. Enligt 47 a § första stycket lotterilagen (1994:1000) skulle vid marknadsföring av lotteri till konsumenter måttfullhet iakttas. Marknadsföring enligt första stycket fick inte rikta sig särskilt till barn eller ungdomar som inte har fyllt 18 år. Enligt 47 b § lotterilagen skulle marknadsföring som stred mot 47 a § vid tillämpningen av 5, 23 och 26 §§ marknadsföringslagen anses som otillbörlig mot konsumenter.

Lotterilagen upphävdes den 1 januari 2019 när spellagen (2018:1138) trädde i kraft. Bestämmelserna i 47 a-b §§ lotterilagen ersattes då av motsvarande bestämmelser i 15 kap. 1 och 4 §§ lotterilagen (prop. 2017/18:220 s. 327-329). Det saknas övergångsbestämmelser i aktuell del (a.prop. s. 226). Det innebär att det är spellagens bestämmelser som är tillämpliga.

För att avgöra om en marknadsföringsåtgärd är måttfull borde enligt förarbetena en helhetsbedömning göras (a. prop. s. 328 samt prop. 2016/17:8 s. 29 f). Avgörande för bedömningen bör vara hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas av den krets till vilken den riktar sig, det medium som används och det innehåll marknadsföringen har. Marknadsföringen bör inte väcka särskild uppmärksamhet genom sin utformning. Vägledning kring vad som inte kan betraktas som måttfull marknadsföring kan bl.a. hämtas ur Europeiska kommissionens rekommendation om konsumentskydd i samband med onlinespel. Även riktlinjer från SPER:s (Spelbranschens Riksorganisation) för marknadsföring kan ge vägledning för vad som inte kan betraktas som måttfull marknadsföring.

Vid telefonförsäljning tillämpas ofta distansavtalslagen (2005:59). Det finns dock ett allmänt undantag för lotterier från reglerna i 2 kap. distansavtalslagen i lagens 2 kap. 1 § andra stycke, sjätte punkten (se även SOU 2017:30 s. 704-706).

IOGT-NTO:s ansvar för påtalade marknadsföringsåtgärder

IOGT-NTO har vid marknadsföring av Miljonlotteriet genom telefonförsäljning samarbetat med s.k. callcenters, vars säljare har genomfört samtalen.

IOGT-NTO har inte haft några invändningar mot att IOGT-NTO ansvarar för åtgärderna, men har invänt att eventuella brister i vart fall berott på enstaka misstag begångna av individuella säljare.

Vägledning finns i EU-domstolens praxis. Marknadsföringslagen genomför bl.a. direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter. Enligt artikel 2 b i direktiv 2005/29/EG ska med näringsidkare förstås en fysisk eller juridisk person som, med avseende på de affärsmetoder som omfattas av detta direktiv, handlar för ändamål som ligger inom ramen för dennes näringsverksamhet, affärsverksamhet, hantverk eller yrke samt den som handlar i näringsidkarens namn eller för dennes räkning. EU-domstolen har lagt fast att, mot bakgrund av definitionen av begreppet näringsidkare i artikel 2 b i direktiv 2005/29, kan direktivet tillämpas i en situation då en aktörs affärsmetoder tillämpas av ett annat företag, i aktörens namn eller för vederbörandes räkning. Det innebär att bestämmelserna i direktivet i vissa situationer skulle kunna göras gällande både mot aktören och mot företaget när båda enligt definitionen är näringsidkare (mål C-391/12 RLVS, EU:C:2013:669, punkt 38).

Enligt marknadsföringslagen har näringsidkaren alltså 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).

Det står klart att den påtalade marknadsföringen av Miljonlotteriet har skett i IOGT-NTO:s intresse. IOGT-NTO har därmed det primära ansvaret för marknadsföringen. Detta hindrar dock inte att vid bedömningen rimlig hänsyn tas till de möjligheter IOGT-NTO haft att påverka de aktuella förfarandena (se MD 2011:15 och Patent- och marknadsöverdomstolens beslut den 27 januari 2017 i PMÖ 10737-16).

Målgruppen för den påtalade marknadsföringen

Marknadsföring av lotter får anses riktas till konsumenter i stort, utom till barn eller ungdomar som inte har fyllt 18 år, till vilka marknadsföring inte får riktas särskilt (se 15 kap. 1 § spellagen).

Har IOGT-NTO överträtt spellagen och/eller marknadsföringslagen?

Fakturering utan föregående beställning (yrkande 1)

KO har gjort gällande att IOGT-NTO har krävt betalning för lotter utan att ett giltigt avtal mellan konsumenten och föreningen förelegat.

Enligt KO är det fråga om i första hand s.k. svartlistade åtgärder, eller i andra hand vilseledande marknadsföring som är otillbörlig.

Bilaga I till direktiv 2005/29 EG innehåller en uttömmande förteckning över de 31 affärsmetoder som i enlighet med artikel 5.5 i direktivet ”under alla omständigheter” ska betraktas som otillbörliga (svarta listan). Det är därför endast dessa affärsmetoder som kan anses vara otillbörliga utan att någon prövning från fall till fall görs utifrån bestämmelserna i artiklarna 5–9 i direktivet (se t.ex. mål C-13/15 Cdiscount, EU:C:2015:560, punkt 38). Punkterna 21 och 29 i svarta listan lyder som följer:

Vilseledande affärsmetoder

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

Aggressiva affärsmetoder

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.

Enligt förarbetena till 2008 års marknadsföringslag (prop. 2007/08:115 s. 103 f.) och praxis från Marknadsdomstolen (bl.a. MD 2009:32, MD 2014:17 punkt 53 samt MD 2016:10 med hänvisningar) motsvarar punkterna 21 och 29 i svarta listan 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, inbetalningsavier eller liknande meddelanden avseende produkter som inte uttryckligen beställts och därvid vilseleda mottagaren om dennes betalningsskyldighet. 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). Praxis och förarbetsuttalandena i aktuell del kan dock inte anses vägledande eftersom den bygger på en analysmetod som saknar stöd i EU-rätten.

Direktiv 2005/29 innebär en fullständig harmonisering på unionsnivå av de bestämmelser avseende otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter (mål C-304/08 Plus Warenhandelsgesellschaft, EU:C:2010:12, punkt 41, och mål C-540/08 Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, EU:C:2010:660, punkt 37).

EU-domstolen har flera gånger kommit att uttala sig om bilaga I till direktiv 2005/29 och har t.ex. slagit fast att kombinationserbjudanden inte ingår bland de metoder som räknas upp i bilaga I till direktiv 2005/29 (målen C-261/07 och C-299/07 VTB-VAB och Galatea, EU:C:2009:244, punkterna 57 och 62).

I Purely Creative (referens ovan) gjorde EU-domstolen i första hand en bokstavstolkning av punkt 31 i bilagan. Som en slags kontroll gjorde EU-domstolen även en teleologisk tolkning av direktivet utifrån dess syften; att bidra till att den inre marknaden fungerar korrekt och att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå.

En språklig tolkning av förbudet mot pyramidspel i punkt 14 i bilaga I gjordes utifrån direktivets olika språkversioner i 4finance (mål C-515/12 4finance, EU:C:2014:211, se även mål C-667/15 Nationale Loterij, EU:C:2016:958). Även där hänvisade EU-domstolen till syftena med direktivet.

Svarta listan i bilaga 1 till direktiv 2005/29 utgör alltså harmoniserad unionsrätt. I enlighet med den tolkningsmetod som hittills anvisats av EU-domstolen måste punkterna 21 och 29 i svarta listan tolkas främst utifrån sin ordalydelse. Vid denna bedömning framstår det inte som att själva säljmetoden (säljsamtal) innebär att det går att utesluta att det är frågan om svartlistade förfaranden. Det är inte heller, som KO har gjort gällande, fråga om att bedöma om ett avtal har ingåtts eller inte.

Snarare framstår det för tillämpning av punkten 21 som avgörande om en *beställning* har skett eller inte. 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.

För tillämpning av punkten 29 är också avgörande om en beställning skett, men där bör noteras att språkversionerna skiljer sig något. I den danska språkversionen av bilaga I står det ”anmodet”, i den engelska ”solicited”, i den franska ”demandés” medan det i den tyska står ”bestellt”. Det förekommer alltså språkversioner där ”beställt” i punkten 29 närmast har innebörden ”uppmanat” eller ”efterfrågat”.

Frågan om en beställning har gjorts måste i nu aktuellt fall bygga på en samlad bedömning av vad som förekommit vid telefonsamtal när IOGT-NTO kontaktat konsumenten.

Patent- och marknadsdomstolen har tagit del av ljudfiler. Det förekommer ett samtal (ljudfil 2) där kunden upprepade gånger förklarar att hon vill läsa pappren och att hon inte vill binda sig. Vid ett annat samtal (ljudfil 3) säger kunden uttryckligen ”snälla skicka inte” och att hon inte kan beställa. Vid ett annat samtal (ljudfil 6) säger kunden att ”ni behöver faktiskt inte skicka någonting” och ”jag är inte intresserad av lotter”, vilket säljaren ignorerar. Det förekommer också ett samtal (ljudfil 9) där kunden säger ”ja men jag är inte intresserad. Jag vill inte”, ”jag måste tänka först” och ”jag får fundera först”. Säljaren ignorerar detta, fortsätter prata och slutför samtalet med att hälsa välkommen till Miljonlotteriet. I något skede säger kunden ”okej”, oklart till vad. Vid ett annat samtal (ljudfil 12) säger kunden bl.a. ”jag är inte intresserad”.

Av de ljudfiler som lagts fram gör domstolen bedömningen att två konsumenter uttryckligen nekar att göra en beställning, enligt vad som redovisats ovan, medan tre konsumenter inte gör någon beställning, vilket säljaren ignorerar. Fyra av dessa konsumenter har fått fakturor, och en konsument en betalningspåminnelse, enligt vad som framgår av anmälningar som KO har åberopat. Domstolen finner inte skäl att ifrågasätta innehållet i anmälningarna.

Sammantaget gör domstolen därför bedömningen att ljudfilerna ger stöd för att IOGT-NTO vid fem tillfällen har skickat lotter och krävt betalning för desamma, trots att konsumenten inte har beställt dem. Åtgärden är svartlistad vilket innebär att den anses otillbörlig utan att någon ytterligare bedömning behöver göras. IOGT-NTO har således överträtt marknadsföringslagen.

Vinstpåståenden (yrkande 2)

KO har gjort gällande att förfarande som använts i marknadsföring strider mot punkt 31 i svarta listan. Punkt 31 har följande lydelse:

Aggressiva affärsmetoder

31) Oriktigt skapa intryck av att konsumenten redan har vunnit eller kommer att vinna ett pris eller annan motsvarande förmån, eventuellt efter att först ha utfört en särskild handling,

— när det i själva verket inte finns något pris eller någon annan motsvarande förmån, eller

— när möjligheten att göra anspråk på priset eller en annan motsvarande förmån är beroende av att konsumenten betalar pengar eller ådrar sig en kostnad.

Bestämmelsen har uttolkats av EU-domstolen i målet Purely Creative (referens se ovan). Bestämmelsen förbjuder aggressiva affärsmetoder genom vilka en näringsidkare oriktigt skapar intryck av att konsumenten redan har vunnit ett pris, när möjligheten att göra anspråk på priset, oavsett om det rör sig om att få information om prisets art eller att komma i besittning av priset, är beroende av att konsumenten betalar pengar eller ådrar sig någon som helst kostnad. Det saknar betydelse att en kostnad som åläggs konsumenten, såsom kostnaden för ett frimärke, är försumbar i förhållande till värdet av priset. EU-domstolen förklarade också att när det anspelas på ett pris utnyttjas den psykologiska inverkan på konsumenten av att eventuellt ha vunnit något för att få konsumenten att fatta ett beslut som inte alltid är rationellt och som han eller hon annars inte skulle ha fattat. Punkt 31 i bilaga I till direktivet ska tolkas så att ett pris som konsumenten endast kan erhålla om han eller hon betalar ett belopp inte kan anses utgöra ett pris (Purely Creative, punkterna 42 och 49).

Enligt samtalsmanusen från 2016 och 2017 inleds samtalet, efter att säljaren sagt sitt namn och frågat efter kundens namn, med:

”Jo jag ringer dig med riktigt glada nyheter från Miljonlotteriet” (2016),
respektive ”Jag ringer med lite glada nyheter från Miljonlotteriet” (2017)

En bit senare i samtalen säger säljaren enligt samtalsmanus

”du har vinstchans på snitt var 5:e lott” (2016), respektive
”du har chans på en vinst på var 5:e lott i snitt” (2017)

Att en säljare, enligt samtalsmanusen, uppger att den ringer med ”glada nyheter” och att konsumenten har en vinstchans på i snitt var femte lott är enligt domstolen inte tillräckligt för att konsumenten ska ges intrycket att denne redan har vunnit eller kommer att vinna ett pris.

I sju ljudfiler (ljudfil 1, 2, 4, 6, 8, 10 och 11) som KO åberopat berör säljaren emellertid konsumentens vinstchans på ett annorlunda sätt jämfört med samtalsmanusen. Detta uttrycks som ”vinstpott som ska delas ut [...] tanken är att alla som vi kontaktar ska få något med sig hem”, ”kommer du faktiskt ha en vinst att hämta ut på den femte utav dessa sex [mycket snabbt, domstolens anmärkning] i snitt”, ”Du kommer att ha en vinst att hämta ut, på den femte i snitt av dessa sex stycken”, ”där du faktiskt kommer att ha en vinst att hämta ut på den femte i snitt”, ”det är så här att vi har en vinstpott här på 370 miljoner som ska delas ut som vi har valt att dela upp på massa små vinster om 5, 10 och 15 000 så tanken är att alla som vi kontaktar ska få ta del av dessa små vinster”.

Påståendena i ljudfilerna, bl.a. att alla som kontaktas ska få ta del av en vinstpott och att köparen kommer ha en vinst att hämta ut på i snitt var femte lott, anser domstolen skapar intryck av att konsumenten har vunnit ett pris, eller kommer att vinna ett pris. Av utredningen i målet framgår även att konsumenten, för att komma i åtnjutande av priset, måste beställa lotter från Miljonlotteriet.

Den påtalade marknadsföringen enligt ljudfilerna (men inte enligt samtalsmanusen) måste därför anses vara av det slaget som avses i punkten 31 andra strecksatsen i den svarta listan, och därmed i strid med den aktuella bestämmelsen. Marknadsföringen är följaktligen att anse som otillbörlig utan att någon ytterligare bedömning behöver göras. IOGT-NTO har således överträtt marknadsföringslagen.

Påståenden om att konsumenten är särskilt utvald (yrkande 3)

Enligt samtalsmanusen från 2017 som KO åberopat ska säljaren säga ”Det är nämligen så att idag har det blivit din tur att bli uppringd av Miljonlotteriet”. Domstolen anser att detta inte i sig kan anses ge uttryck för att konsumenten är särskilt utvald.

Av ett inspelat samtal (ljudfil 1) framgår däremot att en säljare säger till kunden att hon har ”chans att få vara med i vårt vinstregn” för att kunden bor i en viss ort, och att han hoppas att kunden bor kvar på den orten. Av en annan inspelning (ljudfil 4) framgår att samma säljare säger till kunden att ”du är en av få i Huddinge som fått chansen att få ta del av vår vinstpott här på Miljonlotteriet” och att kunden är ”den yngste utvalde vi fått prata med från Huddinge faktiskt”. Samme säljare säger i kontakten med en annan kund (ljudfil 8) att ”du är alltså en av få i Delsbo som fått chansen att vara med på vårt vinstregn i Miljonlotteriet”. Av en annan inspelning (ljudfil 6) framgår att samma säljare säger ”jag ringer för att du är en av få i Simrishamn som har chans att ta del av vår vinstpott här på Miljonlotteriet, så jag hoppas att du bor kvar där”. En annan gång säger samma säljare (ljudfil 10) att ”jag kontaktar dig för att du alltså är en av få i Visby som fått chansen att vara med i vårt vinstregn på Miljonlotteriet”. En annan säljare (ljudfil 2) säger att konsumenten kommer få sex stycken lotter hemskickade och att ”där har du en vinst att hämta ut på den femte lotten i snitt”. Av ytterligare en inspelning (ljudfil 5) framgår att en annan säljare säger att ”du är en av få härifrån Luleå som har fått chansen till vår jackpottdragning på Miljonlotteriet”. En annan säljare säger under ett samtal (ljudfil 7) till en kund ”Den här chansen kommer inte igen alltså såhär, det kan jag säga. Det kan jag lugnt säga. Det är i Mörrumsområdet som det finns”. I ett samtal (ljudfil 11) säger en säljare att kunden ”har dykt upp här på vår skärm och det är nu under vårt vinstregn här på Miljonlotteriet” och ”kontakta ett fåtal privatpersoner här”. Av en inspelning (ljudfil 12) framgår att en säljare säger ”du har blivit en utav de ifrån Malmö som nu har fått chansen till vår jackpottdragning hos oss här på Miljonlotteriet”.

Påståenden som gett intryck av att konsumenten är särskilt utvald eller är bosatt i ett utvalt geografiskt område med särskild chans att vinna har i praxis ansetts

vilseledande, när så inte är fallet (se MD 2011:22). Även påståenden om att vinstchansen är större i en viss ort, när det inte är visat att så är fallet, har i praxis ansetts vilseledande (se MD 2009:15). IOGT-NTO har medgett att överträdelser som är föremål för yrkande 3 har ägt rum, om än i en mer begränsad omfattning än vad KO påstår. Utredningen i målet ger således stöd för att IOGT-NTO påstått eller skapat intryck av att konsumenten är särskilt utvald och/eller bosatt i ett område som har särskild vinstchans.

Marknadsföringen, på det sätt som skett genom de säljsamtal vars innehåll lagts fram genom ljudinspelningar, är vilseledande och typiskt sett sådan att den sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, varför den är otillbörlig enligt 8 § marknadsföringslagen. IOGT-NTO har således överträtt marknadsföringslagen genom att, på sätt som framgått av ljudfilerna, ge uttryck för att konsumenten är särskilt utvald. Vid denna bedömning saknas skäl att pröva marknadsföringen i aktuell del även mot bestämmelserna i 15 kap. 1 och 4 §§ spellagen.

Påstående om att samtalet inte rör försäljning (yrkande 4)

Det står genom KO:s och IOGT-NTO:s uppgifter, liksom av den bevisning som getts in, klart att det i marknadsföringen av Miljonlotteriet har förekommit säljsamtal från en och samma säljare med ett påstående om att det inte är en försäljare som ringer. Detta förekommer i två ljudfiler (1 och 4) som getts in till domstolen.

Enligt KO står marknadsföringsmetoden i första hand i direkt strid med punkt 22 i svarta listan. Punkt 22 i svarta listan har följande lydelse:

Vilseledande affärsmetoder

Oriktigt påstå eller skapa intryck av att näringsidkaren inte agerar i syften som hänför sig till dennes näringsverksamhet, affärsverksamhet, yrkeskår eller yrkesområde, eller felaktigt uppträda som konsument.

Av de två ljudfilerna framgår att det vid telefonförsäljningssamtalen har gjorts de osanna uttalandena att ”det är ingen försäljare som ringer så du kan andas ut”.

Domstolen konstaterar att påståendet utgör en svartlistad marknadsföringsåtgärd, vilket enligt domstolen inte förtas av att det så småningom kan ha framgått att det var fråga om försäljning av abonnemang på lotter. Marknadsföringen strider mot punkten 22 i den svarta listan och är följaktligen att anse som otillbörlig utan att någon ytterligare bedömning behöver göras. KO har således visat att IOGT-NTO begått överträdelser såvitt gäller yrkande 4.

Avseende övrig åberopad bevisning anser domstolen emellertid inte att det går att dra slutsatsen att IOGT-NTO påstått eller skapat intryck av att samtalet inte är ett säljsamtal. Även om samtalen enligt ljudfilerna inte inleds med att säljaren uppger att det rör sig om ett säljsamtal anser domstolen att syftet med samtalet så småningom får anses ha framgått (se även domstolens resonemang avseende yrkande 5 nedan). Utöver de två överträdelser som konstaterats ovan gör alltså domstolen bedömningen att utredningen i övrigt inte ger stöd för att IOGT-NTO begått överträdelser såvitt gäller yrkande 4.

Frånvaro av reklamidentifiering (yrkande 5)

Enligt 9 § första stycket marknadsföringslagen ska all marknadsföring utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring.

Den aktuella bestämmelsen genomför artikel 7.2 i direktiv 2005/29, enligt vilken underlåtenhet att ange affärsmetodens kommersiella syfte anses vara vilseledande, när detta sannolikt kommer att innebära att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat. Kommissionen har gett ut en vägledning om tillämpningen av direktiv 2005/29 (Arbetsdokument från Kommissionens avdelningar; Vägledning om genomförandet/tillämpningen av direktiv 2005/29 om otillbörliga affärsmetoder, Bryssel 25.5.2016, SWD(2016) 163 final). I vägledningen (s. 71-73) hänvisar Kommissionen till liknande bestämmelser i annan lagstiftning, bl.a. artikel 8.5 i direktivet 2011/83/EU om konsumenträttigheter, och påtalar att artikel 7.2 å sin

sida har ett allmänt och bredare tillämpningsområde och omfattar alla affärsmetoder. Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att artikel 8.5 i direktivet om konsumenträttigheter stadgar att om näringsidkaren kontaktar konsumenten per telefon i syfte att ingå ett distansavtal, ska näringsidkaren *i början av samtalet* upplysa om vem han är och i förekommande fall på vems vägnar telefonsamtalet görs och det kommersiella syftet med telefonsamtalet. Bestämmelsen har genomförts genom 2 kap. 3 a § distansavtalslagen. Direktivet om konsumenträttigheter undantar dock bl.a. lotterier från sitt tillämpningsområde (se dess artikel 3.1.c), och som tidigare nämnts gäller inte distansavtalslagen vid försäljning av lotter.

Det följer av EU-domstolen praxis (mål C-122/10 Ving Sverige, EU:C:2011:299, punkterna 53-55) att artikel 7.2 i direktiv 2005/29 ska tolkas jämförd med artikel 7.1 i samma direktiv, enligt vilken en affärsmetod ska bedömas i sitt sammanhang och med beaktande bland annat av omständigheterna kring den samt av kommunikationsmediets begränsningar. Vidare anges uttryckligen i artikel 7.3 i direktivet att de begränsningar av utrymme eller tid som kommunikationsmediet medför liksom de åtgärder som vidtagits av näringsidkaren för att på annat sätt delge konsumenterna informationen ska tas i beaktande för att avgöra huruvida information har utelämnats. Av sagda praxis måste anses framgå att en komplett redogörelse för vilken vara eller tjänst som erbjuds, direkt i inledningen av ett samtal för telefonförsäljning, inte kan krävas när affärsmetodens kommersiella syfte ska anges enligt artikel 7.2 i direktivet.

Bestämmelsen i 9 § marknadsföringslagen genomför inte bara artikel 7.2 i direktiv 2005/29 utan ger också uttryck för en grundläggande princip inom marknadsrätten, nämligen att reklam och andra marknadsföringsåtgärder ska kunna identifieras som sådana (prop. 1994/95:123 s. 165). Kravet på reklamidentifiering enligt marknadsföringslagen har i praxis ansetts innebära att konsumenten ska ha möjlighet att med ett minimum av ansträngning visa ifrån sig meddelanden som han eller hon inte vill ta del av (se t.ex. MD 2009:15). 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 konsumenten redan efter en flyktig kontakt kan skilja mellan reklam och annan information.

Det som är relevant för prövningen av om marknadsföringen varit otillbörlig enligt 9 § marknadsföringslagen är alltså vilken information som har lämnats eller utelämnats vid samtalets inledning. Patent- och marknadsdomstolen uppfattar att lagstiftning och praxis ger uttryck för att det måste framgå i samtalets inledning att det är fråga om marknadsföring, men att det däremot inte borde kunna krävas, i vart fall inte vid marknadsföring av lotterier, att IOGT-NTO redan i början av samtalet tydligt informerar om att syftet med samtalet är att sälja ett abonnemang på lotter (se även MD 2011:30, punkterna 74-76).

Enligt de i målet åberopade samtalsmanusen från 2016 och 2017 inleds varje samtal med att säljaren säger sitt namn och frågar efter kundens namn, och därefter säger att han eller hon ringer

- ”med riktigt glada nyheter från Miljonlotteriet. Du har väl hört om oss eller sett vår reklam?”
- ”med lite glada nyheter från Miljonlotteriet. Det är nämligen så att idag har det blivit din tur att bli uppringd av Miljonlotteriet” (2017 års samtalsmanus)

Domstolen instämmer med KO i att det enligt samtalsmanusen inte framgår i inledningen av samtalen att syftet med samtalet är att sälja tillsvidareabonnemang på lotter. Först en bit in i samtalen framgår att det som erbjuds är en prenumeration. I och med att samtalen inleds med att säljaren förklarar att han eller hon ringer från Miljonlotteriet måste IOGT-NTO ändå anses ha levt upp till kravet på reklamidentifiering i inledningen av samtalen, förutsatt att samtalsmanuset följts. IOGT-NTO:s tillvägagångssätt med att först en bit in i samtalet upplysa om att det är fråga om tillsvidareabonnemang är alltså problematiskt, men denna fråga kommer att behandlas i förhållande till yrkande 6.

KO har dock även åberopat ljudfilerna. Patent- och marknadsdomstolen har vid genomlysning av ljudfilerna kunnat konstatera att det förekommer flera ljudfiler där samtalsmanusen inte följs. Säljaren förklarar att han eller hon ringer med glada nyheter och förklarar sedan att konsumenten är

- ”en av de få som fått chansen att vara med i vårt vinstregn på Miljonlotteriet” (ljudfil 1)
- ”fått möjlighet att delta i vår jackpotdragning” (ljudfil 2)
- ”en av de få i Huddinge som fått chansen att ta del av vår vinstpot här på Miljonlotteriet” (ljudfil 4)
- ”en av få härifrån Luleå som har fått chansen till vår jackpots dragning på Miljonlotteriet” (ljudfil 5)
- ”en av få i Simrishamn som fått chansen att ta del av vår vinstpott här på Miljonlotteriet” (ljudfil 6)
- ”en av få i Delsbo som fått chansen att vara med på vårt vinstregn i Miljonlotteriet” (ljudfil 8)
- ”en av få i Visby som fått chansen att vara med på vårt vinstregn på Miljonlotteriet” (ljudfil 10)
- ”det är nu under vårt vinstregn här på Miljonlotteriet” (ljudfil 11)
- ”du har blivit en utav dem ifrån Malmö, som nu har fått chansen till vår jackpotdragning hos oss här på Miljonlotteriet” (ljudfil 12)

Även om syftet med samtalet så småningom får anses ha framgått har inledningen av samtalen inte inneburit en reklamidentifiering, utan har istället skapat intryck av att konsumenten har vunnit ett pris, eller står i begrepp att vinna ett pris.

Sammanfattningsvis finner Patent- och marknadsdomstolen att IOGT-NTO har överträtt 9 § marknadsföringslagen på sätt som framgår av ljudfilerna.

Information om att konsumenten binder sig till ett abonnemang (yrkande 6)

Samtalsmanuset från 2016 är utformat så att det en bit in i samtalet framgår att det som erbjuds är en prenumeration på lotter. Detta uttrycks enligt följande:

”De allra flesta av våra kunder är så pass nöjda att de väljer att fortsätta prenumerera på våra lotter och därför har vi ordnat det så smidigt att vi fortsätter skicka sex nya lotter till dig varje månad så länge du själv vill”.

Detta följs av uppgiften att om kunden stannar i minst tre månader bjuder Miljonlotteriet på sex extra lotter för att öka vinstchanserna i tredje månaden. Efter visst ytterligare prat om vinster sägs ”Allt detta för bara 240 kr i månaden plus porto 15 kr. Bekvämt och enkelt”.

Domstolen anser att erbjudandet om prenumeration gärna hade kunnat uttryckas på ett mer lättbegripligt sätt, men av 2016 års samtalsmanus framgår ändå att leveransen av lotter är kopplad till ett tillsvidareabonnemang.

2017 års manus är annorlunda utformat:

”De allra flesta av våra kunder är så pass nöjda att de väljer att fortsätta prenumerera på våra lotter och därför har vi ordnat det så smidigt att vi fortsätter skicka sex nya lotter till dig varje månad så länge du själv vill. Du betalar endast 40 kr lotten, så 240 kr totalt. Detta är inget du binder upp dig på månad för månad utan du väljer själv hur länge du vill vara med, helt enkelt.”

Genom uttryck som bl.a. ”detta är inget du binder upp dig på månad för månad” i 2017 års samtalsmanus anser domstolen att konsumenten snarast ges bilden av att samtalet rör en engångsbeställning, inte ett abonnemang. Först vid orderbekräftelsen vid slutet av samtalet anges att det är fråga om en tillsvidareprenumeration. Mot bakgrund av att marknadsföring av lotter riktas till konsumenter i stort (utom barn eller ungdomar som inte har fyllt 18 år) kan informationen enligt det citerade samtalsmanuset från 2017 emellertid inte anses tillräckligt tydlig. IOGT-NTO har vidgått att telefonförsäljarna har haft att använda sig av det aktuella manuset.

IOGT-NTO har gjort gällande att samtalsmanuset har reviderats och har också gett in den nya versionen, som har en annan utformning. KO har dock inte gjort gällande att samtalsmanuset i den nya lydelsen innebär att utelämnande av väsentlig information

om att erbjudandet varit kopplat till ett abonnemang, eller oklar information. Domstolen har därför inte att pröva den ändrade lydelsen av samtalsmanuset.

KO har vidare gjort gällande att telefonförsäljarna inte har följt manus utan utelämnat eller kraftigt tonat ned att det är fråga om abonnemang. Det saknas anledning att ta ställning till detta eftersom informationen i samtalsmanuset från 2017 (i den icke-reviderade versionen) i sig framstår som otydlig.

Informationen får anses vilseledande, och påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. IOGT-NTO har således överträtt marknadsföringslagen genom att enligt 2017 års samtalsmanus underlåta att tydligt informera om att konsumenten binder sig till ett abonnemang.

Vilseledande om kontantvinster (yrkande 7)

Av säljmanus från 2016 och 2017 som KO har åberopat framgår inte att det är fråga om varuvinster. I manusen nämns olika belopp nämns men det sägs inte att det rör sig om varuvinster, annat än att det i 2017 års manus nämns en bil värd 500 000 kr. Inte heller i någon av de ljudfiler som KO har åberopat till stöd för yrkandet framkommer att det är fråga om varuvinster.

Frånvaron om information om att det är fråga om varuvinster och inte pengar anser domstolen är vilseledande, och den påtalade marknadsföringen får även anses vara otillbörlig eftersom den påverkat konsumenten i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. KO har således visat att IOGT-NTO har överträtt marknadsföringslagen genom avsaknad av klar och tydlig information om *dels* att eventuella vinster utfaller antingen som varor eller kontanter, *dels* de fall då kontantutbetalning kommer i fråga.

Respektera önskan att avsluta samtalet (yrkande 8)

I flera ljudfiler (3, 6 och 9) som KO har åberopat uppger konsumenten att denne inte är intresserad av Miljonlotteriet, eller använder sig av liknande uttryck. I en annan ljudfil

(2) anger konsumenten att hon önskar ”läsa papperen” innan hon binder sig till något. I ett par av dessa ljudfiler lägger konsumenten på luren.

Ljudfilerna ger, enligt Patent- och marknadsdomstolen, dock inte stöd för att telefonförsäljarna inte iakttog konsumenternas önskan att få avsluta säljsamtalet. Även om konsumenterna i flera fall uppgett att de inte är intresserade, kan något önskemål om att avsluta säljsamtalet inte anses ha kommit till uttryck. KO har således inte visat skäl för att IOGT-NTO skulle ha begått överträdelser såvitt gäller yrkande 8.

Skäl för förbud

EU-domstolen uttalat att en näringsidkares agerande kan utgöra en otillbörlig affärsmetod även om den bara inträffat en enda gång och använts mot en enda konsument. Det förhållandet att en otillbörlig affärsmetod skett en gång ska däremot beaktas inom ramen för tillämpning av sanktionsbestämmelser och proportionalitetsprincipen (mål C-388/13 UPC Magyarorszá, EU:C:2015:225, punkterna 41 och 58).

Patent- och marknadsdomstolen bedömer att det finns skäl för förbud mot samtliga de överträdelser som ägt rum. För vissa av överträdelserna (yrkande 1, 2, 3, 4 och 5) har domstolen endast funnit styrkt att det rör sig om överträdelser vid ett mindre antal tillfällen för respektive överträdelse. Det är alltså fråga om svartlistade överträdelser (yrkande 1, 2 och 4), överträdelser av en grundläggande princip inom marknadsrätten (yrkande 5, bristande reklamidentifiering) samt överträdelser genom påståenden eller skapande av intryck av att konsumenten är särskilt utvald och/eller bosatt i ett område som har en särskild vinstchans. Förbud är den normala följden vid den sortens överträdelser.

Vite

Det har inte framkommit några särskilda skäl som gör det obehövt att förena förbuden och åläggandena med vite.

Ett vite ska fastställas till ett belopp som med hänsyn till vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna i övrigt kan antas förmå adressaten att följa föreläggandet (3 § lagen [1985:206] om viten). Vitet ska alltså bestämmas så att det blir verkningfullt och därmed avhåller adressaten från att bryta mot det föreläggande som har meddelats. Ett riktmärke bör därför vara att vitet bestäms till ett belopp som gör att det inte är ekonomiskt mer fördelaktigt för adressaten att bryta mot förbudet eller åläggandet än att upphöra med den otillbörliga marknadsföringen.

Domstolens bestämmande av vitets storlek bör, så långt det låter sig göras, ske efter en nyanserad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det hindrar inte att domstolen i viss utsträckning kan använda schablonmässiga hållpunkter för vitesbeloppets storlek (jfr prop. 1984/85:96 s. 49). När det gäller hänsynen till adressatens ekonomiska förhållanden är det ofrånkomligt att underlaget många gånger kan vara bristfälligt och att domstolen därför till grund för sin bedömning får lägga antaganden eller uppskattningar om den ekonomiska situationen (jfr a. prop. s. 27). En faktor att ta hänsyn till när ett vite bestäms är hur angeläget och betydelsefullt det samhällsintresse är som ska skyddas genom ett förbud eller åläggande.

Marknadsföringslagen har till syfte att främja konsumenters och näringsidkares intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka otillbörlig marknadsföring. Det allmänna intresset av att marknadsrättsliga förbud eller ålägganden följs är därmed betydande. I det enskilda fallet kan det föreliggande omständigheter som förstärker det intresset ytterligare eller som indikerar vad som krävs för att den person som är aktuell ska följa förbudet eller åläggandet. Det finns därför skäl att ta hänsyn också till adressatens tidigare agerande och omfattningen av de åtgärder som träffas av förbudet eller åläggandet. Även karaktären av den otillbörliga marknadsföringen, liksom marknadsföringsåtgärdernas omfattning och storleken av de ekonomiska intressen som berörs, bör ges betydelse vid bedömningen. (NJA 2018 s. 883 Marknadsföringsvitet).

KO har upplyst att IOGT-NTO omsätter drygt 500 miljoner kr netto årligen på lotterier. Vitet bör därför enligt domstolen bestämmas till ett mycket högt belopp så att det inte blir ekonomiskt fördelaktigt för IOGT-NTO att underlåta att iaktta beslutet (se prop. 1984/85:96 s. 27). I samma riktning talar även det allmänna konsumentskyddande intresset på marknadsföringsrättens område, att marknadsföringen utgörs av uppsökande telefonförsäljning och att det har varit fråga om omfattande marknadsföring till, såvitt framkommit, drygt 100 000 konsumenter per månad.

Såvitt gäller IOGT-NTO:s invändning om att dess omsättning har minskat kraftigt efter det interimistiska beslutet gör Patent- och marknadsdomstolen följande bedömning. Marknadsföring med de i målet aktuella åtgärderna, innan det interimistiska beslutet meddelades, resulterade i en hög omsättning och det finns därför i detta fall starka skäl att förena förbuden och åläggandena med höga viten.

Vitesbeloppet bestäms till 3 miljoner kr för vart och ett av förbuden respektive åläggandena.

Förbudens och åläggandenas utformning m.m.

Förbuden och åläggandena bör avgränsas till de överträdelser som skett, på sätt som anges i domslutet.

Interimistiska förbud och ålägganden

När ett mål avgörs ska domstolen pröva om ett interimistiskt förbud eller åläggande i målet fortfarande ska bestå. Genom domen ändras åläggandet utformning såvitt gäller yrkande 5, och vidare meddelas ett förbud enligt yrkande 4, vilket nekades interimistiskt. Det är därför lämpligt att förbuden och åläggandena enligt domslutet får ersätta det interimistiska beslutet samt att det förordnas att förbuden och åläggandena (utom åläggandet enligt punkt 4) gäller utan hinder av att de inte vunnit laga kraft.

Marknadsstörningsavgift

Inledande rättsliga utgångspunkter

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 bestämmelserna i marknadsföringslagen, som exempelvis, såvitt nu är aktuellt, bestämmelserna om vilseledande marknadsföring och den svarta listan.

Med hänsyn till de aktuella överträdelsernas art och svårighetsgraden av de påföljder som de kan medföra, kan en marknadsstörningsavgift betraktas som en påföljd av straffrättslig karaktär vid tillämpningen av Europakonventionen (för en motsvarande bedömning se mål C-45/08 Spector Photo Group och Van Raemdonck, EU:C:2009:806, punkt 42 med hänvisningar).

Det är KO som ska 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, exempelvis företagets omsättning.

Har IOGT-NTO agerat med uppsåt eller oaktsamhet?

Enligt marknadsföringslagen är vilseledande marknadsföring uttryckligen förbjuden. Näringsidkare har en skyldighet att hålla sig informerade om gällande lagstiftning. Trots det har IOGT-NTO marknadsfört lotter på sätt som redogjorts för. Patent- och marknadsdomstolen ifrågasätter inte att de svartlistade åtgärderna liksom de åtgärder som omfattas av yrkande 3 och 5 har skett i strid med IOGT-NTO:s instruktioner. Marknadsföringen har ägt rum i Miljonlotteriets namn för IOGT-NTO:s räkning och vad säljarna har företagit sig har legat inom IOGT-NTO:s kontroll. Bolaget har genom sitt agerande förfarit oaktsamt (jfr MD 1998:7).

Ska de nya eller de gamla bestämmelserna om marknadsstörningsavgift tillämpas?

Vissa av bestämmelserna om marknadsstörningsavgift (31 och 32 §§ marknadsföringslagen) ändrades år 2016 och en ny paragraf (29 a §) tillkom genom SFS 2016:793 som trädde i kraft den 1 oktober 2016. Enligt övergångsbestämmelsen ska äldre föreskrifter tillämpas på marknadsföring som har vidtagits före ikraftträdandet. Om en viss marknadsföring har vidtagits både före och efter ikraftträdandet finns enligt förarbetena inga hinder mot att tillämpa de nya bestämmelserna avseende dessa (prop. 2015/16:168 s. 30).

KO gör i målet gällande att åtgärderna har pågått mellan augusti 2016 och december 2017. Eftersom de aktuella marknadsföringsåtgärderna är vidtagna i huvudsak efter den 1 oktober 2016, finns skäl att fullt ut tillämpa de nya bestämmelserna.

Ska IOGT-NTO förpliktas att betala marknadsstörningsavgift?

I förarbetena har det uttryckts att 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). Vidare framgår av förarbetena att bedömningen av när avgiften ska dömas ut inte får vara alltför restriktiv och att sanktionen inte sällan kan komma att tillämpas på överträdelse av bestämmelser i svarta listan (prop. 2007/08:115 s. 119-120).

Av förarbetena till 2016 års ändringar i marknadsföringslagen framgår att det för upprätthållandet av respekten för det marknadsrättsliga regelverket är viktigt att användandet av sanktionen inte är alltför restriktiv, något som ansågs vara fallet innan ändringarna (prop. 2015/16:168 s. 24).

Enligt 29 a § marknadsföringslagen ska vid prövningen av om marknadsstörningsavgift ska åläggas beaktas hur allvarlig överträdelsen är. Särskild hänsyn ska tas till överträdelsens art, varaktighet, omfattning och spridning. Enligt

förarbetena (a. prop. s. 33) ska vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är hänsyn tas till samtliga omständigheter i det enskilda fallet och även andra omständigheter än de som anges i lagtexten kan vara av betydelse. Vid bedömningen av överträdelsens art kan beaktas vilken regel som överträtts och vikten av det skyddsintresse som uppbärs av denna, exempelvis torde vissa regler i den svarta listan vara av sådan karaktär att de ofta förtjänar att sanktioneras med marknadsstörningsavgift.

En lång varaktighet samt stor omfattning och spridning kan föranleda avgift, liksom förslagenhet eller systematik i handlandet. Överträdelser som har tydlig karaktär av nonchalans inför klara regler bör mötas av avgiftssanktion (a.prop. s. 33-34).

När det gäller omfattningen och spridningen av den vilseledande marknadsföringen måste de påtalade åtgärderna grupperas i två kategorier.

I den *första kategorin* återfinns åtgärder som är ett utflöde av IOGT-NTO:s rutinmässiga marknadsföringsåtgärder enligt de samtalsmanus som använts under perioden augusti 2016 till slutet av år 2017. Dessa åtgärder omfattas av yrkande 6 och 7; alltså (i) avsaknad av klar och tydlig information om att erbjudandet endast kan fås tillsammans med ett abonnemang samt (ii) avsaknad av klar och tydlig information om dels att eventuella vinster utfaller antingen som varor eller kontanter, dels de fall då kontantutbetalning kommer i fråga.

Avsaknaden av klar och tydlig information om att erbjudandet endast kan fås tillsammans med ett abonnemang har endast konstaterats vid prövningen av 2017 års samtalsmanus i den icke-reviderade versionen, men inte enligt 2016 års samtalsmanus. Enligt vad som upplysts reviderade IOGT-NTO 2017 års samtalsmanus i december 2017. Den icke reviderade versionen har med andra ord tillämpats i ca 11 månader och under denna tid potentiellt nått ca 106 000 konsumenter i månaden genom de telefonsamtal som ringts.

Avsaknaden av klar och tydlig information om dels att eventuella vinster utfaller antingen som varor eller kontanter, dels de fall då kontantutbetalning kommer i fråga, har konstaterats såvitt gäller säljmanus från både 2016 och 2017. Denna överträdelse måste ansetts ha pågått från augusti 2016 till december 2017, ca 16 månader, och också potentiellt nått ca 106 000 konsumenter i månaden genom de telefonsamtal som ringts.

Sammanfattningsvis bedömer Patent- och marknadsdomstolen att IOGT-NTO ansvarar för följande överträdelser som till sin art är av normalgraden, men som har varit av stor omfattning, lång varaktighet och stor spridning: (i) avsaknad av klar och tydlig information om att erbjudandet endast kan fås tillsammans med ett abonnemang samt (ii) avsaknad av klar och tydlig information om dels att eventuella vinster utfaller antingen som varor eller kontanter, dels de fall då kontantutbetalning kommer i fråga. Dessa åtgärder utgör vilseledande marknadsföring men är inte svartlistade.

Överträdelserna i den första kategorin är enligt Patent- och marknadsdomstolen inte till sin art sådana att de typiskt sett ska resultera i utdömning av marknadsstörningsavgift. Omfattningen och spridningen av marknadsföringsåtgärderna i den första kategorin har å andra sidan varit väldigt stor, liksom varaktigheten.

I den *andra kategorin* återfinns vad Patent- och marknadsdomstolen uppfattar som olika slags avvikelser från sagda samtalsmanus. Dessa åtgärder omfattas av yrkande 1, 2, 3, 4 och 5. Det är fråga om följande åtgärder: att kräva betalning för lotter som konsumenten inte beställt, lämna påståenden som ger intryck av att konsumenten har vunnit eller kommer att vinna i lotteriet enligt vad som utvecklats ovan, att påstå eller skapa intryck av att konsumenten är särskilt utvald och/eller bosatt i ett område som har en särskild vinstchans, att påstå eller skapa intryck av att samtalet inte är ett säljsamtal liksom underlåten reklamidentifiering. Av dessa utgör den första, andra och fjärde svartlistade åtgärder.

Såvitt gäller omfattningen av överträdelse i den andra kategorin gör Patent- och marknadsdomstolen följande bedömning. Vad som förevarit i enstaka telefonsamtal kan 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 i den andra kategorin har haft större omfattning än de samtal vars innehåll har styrkts genom ljudinspelningar (se Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 13 mars 2019 i PMT 11216-17).

IOGT-NTO ansvarar därmed för överträdelse av mindre omfattning i den andra kategorin enligt följande: IOGT-NTO har krävt betalning för lotter som konsumenten inte beställt (fem tillfällen), lämnat påståenden som ger intryck av att konsumenten har vunnit eller kommer att vinna i lotteriet enligt vad som utvecklats ovan (sju tillfällen), påstått eller skapat intryck av att konsumenten är särskilt utvald och/eller bosatt i ett område som har en särskild vinstchans (knappt tio tillfällen), påstått eller skapat intryck av att samtalet inte är ett säljsamtal (två tillfällen) samt underlåtit att lämna tydlig information i början av samtalet om samtalets kommersiella syfte (nio tillfällen). Av dessa är den första, andra och fjärde svartlistade åtgärder.

Överträdelserna i den andra kategorin har inte visats ske systematiskt eller i stor omfattning, men de är svartlistade eller av det mer allvarliga slag som bör mötas med marknadsstörringsavgift (a.prop. s. 33-34). Patent- och marknadsdomstolen menar att förekomsten av flera av varandra oberoende överträdelse av allvarligt slag under en längre tidsperiod ger vid handen att IOGT-NTO inte har haft tillräcklig kontroll över de fristående telemarketingbolag som anlitas.

Patent- och marknadsdomstolen ser inte skäl att ifrågasätta att IOGT-NTO har vidtagit åtgärder för att förhindra att liknande överträdelse sker i fortsättningen. Syftet med marknadsföringslagstiftningen är emellertid att kontrollåtgärder av aktuellt slag ska vidtas i förväg för att säkerställa att marknadsföringslagen inte överträds. De åtgärder som synes ha fungerat har i allt väsentligt vidtagits efter att Konsumentverket/KO agerat mot överträdelserna eller efter att domstolen meddelat förbud och ålägganden.

Sammanfattningsvis har IOGT-NTO överträtt marknadsföringslagen i sådan omfattning att en marknadsstörningsavgift är påkallad. När bedömningen resulterar i att avgiften ska dömas ut ligger däri, i vart fall enligt den lagstiftning som gäller från den 1 oktober 2016, ett antagande om att marknadens funktion har störts och någon utredning i det enskilda fallet därom bör inte krävas (a.prop. s. 25-26).

Hur stor marknadsstörningsavgift ska IOGT-NTO förpliktas att betala?

Enligt 31 § marknadsföringslagen ska marknadsstörningsavgiften fastställas till lägst tio tusen kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av näringsidkarens årsomsättning föregående räkenskapsår. Bestämmelsen fick sin nuvarande lydelse per den 1 oktober 2016 och innan dess gällde ett lägre maxbelopp om 5 miljoner kronor. För marknadsföring som vidtagits före den 1 oktober 2016 gäller de äldre föreskrifterna. Domstolen har redan konstaterat att de överträdelserna av marknadsföringslagen som motiverar utdömande av marknadsstörningsavgift i huvudsak har ägt rum efter den 1 oktober 2016. När avgiften fastställs ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått (32 § marknadsföringslagen). Vad gäller överträdelsens allvar beaktas samma omständigheter som vid bedömningen av om marknadsstörningsavgift ska utgå, men det kan också finnas omständigheter som inte är hänförliga till överträdelsen som sådan som kan vara relevanta vid bestämmandet av avgiftens storlek. Näringsidkarens ekonomiska situation vid tidpunkten för domen kan beaktas i både skärpande och i mildrande riktning (prop. 2015/16:168 s. 35).

Mot bakgrund av KO inte har lagt fram tillräcklig bevisning till stöd för omfattningen och systematiken i dels de påtalade svartlistade överträdelserna, dels överträdelserna enligt yrkande 3 och 5, kan det inte bli aktuellt att döma ut en marknadsstörningsavgift i den av KO yrkade storleksordningen. Till detta kan läggas att överträdelse enligt yrkande 6 endast har konstaterats vid prövningen av 2017 års samtalsmanus i den icke-reviderade versionen, men inte enligt 2016 års samtalsmanus. En

marknadsstörningsavgift om 500 000 kr framstår som väl avvägd. En sådan avgift överstiger inte tio procent av IOGT-NTO:s årsomsättning.

Rättegångskostnader

I frågan om förbud gäller rättegångsbalkens regler om rättegångskostnad i tvistemål, medan rättegångsbalkens regler om rättegångskostnader i brottmål gäller i frågan om marknadsstörningsavgift (64 § marknadsföringslagen).

IOGT-NTO har förlorat målet vad gäller förbud och ålägganden. KO har visserligen inte fått fullt bifall till samtliga förbudsyrkanden men det som KO har tappat får anses vara av ringa betydelse i målet (18 kap. 4 § första stycket rättegångsbalken). IOGT-NTO ska därför förpliktas ersätta KO:s rättegångskostnader i den delen. KO har yrkat ersättning för sina kostnader med 210 645 kr, motsvarande sammanlagt 155 timmars arbete beräknat enligt timkostnadsnormen för den s.k. rättshjälptaxan vilket motsvarar 1 359 kronor per timme. IOGT-NTO har överlåtit till domstolen att bedöma skäligheten i KO:s rättegångskostnadsanspråk. Patent- och marknadsdomstolen bedömer att den av KO yrkade ersättningen avser åtgärder som varit skäligen påkallade. IOGT-NTO förpliktas att ersätta KO med yrkat belopp.

Utgången i den del av målet som gäller marknadsstörningsavgift har gått IOGT-NTO emot, men det belopp som döms ut är lägre än vad KO hade yrkat. KO har inte yrkat ersättning för den del av målet som avser marknadsstörningsavgiften. IOGT-NTO har däremot yrkat ersättning för rättegångskostnader för egen del. Utgången innebär att IOGT-NTO fälls för överträdelse av marknadsföringslagen och åläggs att betala marknadsstörningsavgift. I och med att brottmålsreglerna för kostnadsansvar tillämpas i aktuell del är det inte motiverat att förplikta KO att ersätta del av IOGT-NTO:s rättegångskostnader, oaktat att KO endast vinner framgång delvis med sitt yrkande om marknadsstörningsavgift.

Sekretess

I målet förekommer handlingar med uppgifter vilka omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Sekretessen gäller fortsatt för dessa uppgifter, i den mån de inte har röjts i domen, utan att något särskilt förordnande behöver göras i domslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga (PMD-02).

Ett överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen senast den 3 juni 2019. Det krävs prövningstillstånd.

Ingeborg Simonsson



Hur man överklagar

Dom i tvistemål, Patent- och marknadsdomstolen

PMD-02

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

Överklaga efter att motparten överklagat

Om ena parten har överklagat i rätt tid, har den andra parten också rätt att överklaga även om tiden har gått ut. Det kallas att anslutningsöverklaga.

En part kan anslutningsöverklaga inom en extra vecka från det att överklagandet har gått ut. Ett anslutningsöverklagande måste alltså komma in inom 4 veckor från domens datum.

Ett anslutningsöverklagande upphör att gälla om det första överklagandet dras tillbaka eller av något annat skäl inte går vidare.

Så här gör du

1. Skriv Patent- och marknadsdomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövnings-tillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.

Det är inte säkert att du kan lägga fram nya bevis. Vill du göra det ska du förklara varför du inte lagt fram bevisen tidigare.

Vill du ha nya förhör med någon som redan förhörts eller en ny syn (till exempel besök på en plats), ska du berätta det och förklara varför.

Tala också om ifall du vill att motparten ska komma personligen vid en huvudförhandling.

4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till Patent- och marknadsdomstolen. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

Patent- och marknadsdomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar domstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Patent- och marknadsöverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även Patent- och marknadsöverdomstolen skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i Patent- och marknadsöverdomstolen

När överklagandet kommer in till Patent- och marknadsöverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Patent- och marknadsöverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att Patent- och marknadsdomstolen dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om Patent- och marknadsdomstolen har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med Patent- och marknadsdomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på www.domstol.se.