

Vilka kan hållas ansvariga för otillbörlig marknadsföring?

SFIR den 6 februari 2024

Karin Cederlund

Sandart&Partners

Ansvariga enligt MFL



Potentiellt ansvariga

(23 § MFL, se även 24, 29, 37 §§ MFL)

”En **näringsidkare** vars marknadsföring är otillbörlig får förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd.

Ett förbud enligt första stycket får meddelas också

1. en **anställd** hos näringsidkaren,
2. någon annan som **handlar på näringsidkarens vägnar**, och
3. var och en som i övrigt **väsentligt har bidragit** till marknadsföringen.”

Näringsidkaren

(3 § MFL)

”Näringsidkare: en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten”



Reglering av kretsen ansvariga i sanktionsbestämmelserna

Förbud (23 § MFL)

- Näringsidkaren
- Anställd
- Någon som handlar på näringsidkaren vägnar
- Var och en som i övrigt väsentligt bidragit till marknadsföringen

Åläggande

(24 § MFL)

- Näringsidkaren
- Anställd
- Någon som handlar på näringsidkaren vägnar



Marknadsstörningsavgift

(31 § MFL)

”Marknadsstörningsavgiften ska fastställas till lägst tio tusen kronor och högst fyra procent av näringsidkarens omsättning räkenskapsåret innan överträdelsen upphörde eller när näringsidkaren delgavs stämningsansökan, om den inte har upphört dessförinnan.”

Marknadsstörningsavgift

(29 § MFL)

- Näringsidkaren (skyldigheten kan även utlösas av någon som handlar på näringsidkarens vägnar)
- Näringsidkare som väsentligt bidragit till överträdelsen

Det krävs subjektiv täckning (uppsåt eller oaktsamhet) för ansvar.

Marknadsstörningsavgift

PMT 14750-15 (Tandvårdsprodukter) (PMD:s dom)

- INT HB (L.K. ensam bolagsman) - Marknadsförde bl.a. tandvårdsprodukter
- WayUp enskild firma (L.K. ägare och ansvarig) - Telefonförsäljning av INT:s tandvårdsprodukter
- Utskick av fakturor utan beställning, underlät att upplysa om ångerrätten m.fl. allvarliga överträdelser.

- ”Näringsidkare har en skyldighet att hålla sig informerade om gällande rätt. För alla näringsidkare gäller ett grundläggande krav på att iaktta god marknadsföringssed. Enligt motiven till marknadsföringslagen anges att med denna utgångspunkt finns skäl att tillämpa **stränga kriterier** vid bedömningen av om en näringsidkares handlingssätt vid marknadsföring varit oaktsam (se prop. 1994/95:123 s. 175).”
- Mycket stort antal anmälningar från konsumenter under lång tidsperiod (1 år), till KOV och polisen, även efter interimistiskt beslut.

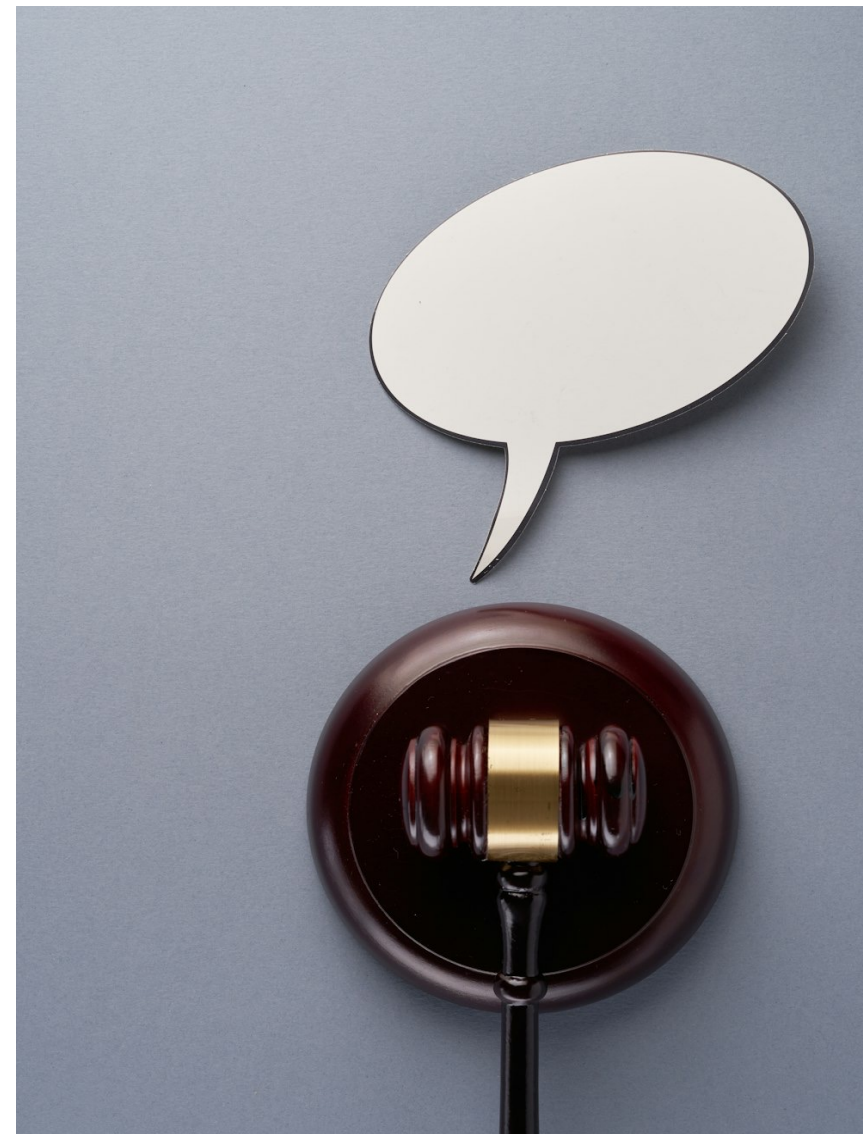
- Näringsidkaren borde rimligen ha kunnat förutse att marknadsföringen innebar överträdelser av marknadsföringslagen.
- I vart fall oaktsamt.
- Stört marknads funktion – riskerar att leda till bristande tilltro till telefonförsäljningsverksamhet som marknadsföringskanal.

”Mot bakgrund av ovan finner tingsrätten att INT:s och L.K.s. (inom ramen för den enskilda firman Wayup) otillbörliga marknadsföring har orsakat störningar på marknaden. **Det finns därmed skäl att ålägga INT och L.K. att betala marknadsstörningsavgift.** Det finns vidare skäl att döma ut såväl marknadsstörningsavgift som förbud och åläggande.”

Skadestånd

(37 § MFL)

- Näringsidkaren
- Den som överträder ett förbud



Rättskraften omfattar medansvariga

(53 § MFL)

”En dom eller ett beslut om föreläggande där frågan om förbud enligt 23 § eller åläggande enligt 24 eller 25 § har prövats, hindrar att sådana frågor prövas på nytt med anledning av marknadsföringen. En dom eller ett beslut hindrar dock inte att samma fråga prövas på nytt när ändrade förhållanden föranleder det.”

A close-up, slightly blurred photograph of a fountain pen with a dark barrel and a silver-colored nib, resting on a piece of paper. The paper has some faint, handwritten text in cursive. The background is a soft, out-of-focus grey.

Ansvariga enligt Direktivet

Reglering av kretsen ansvariga i definitionen av ”näringsidkare” (art. 3.1)

”Detta direktiv skall tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av **näringsidkare** gentemot konsumenter på det sätt som anges i artikel 5, före, under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt.”

Näringsidkare

(art. 2 b)

”Näringsidkare” = ”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**”.

Kretsen potentiellt ansvariga enligt Direktivet synes snävare än enligt MFL

- Näringsidkaren
- Anställd
- Den som handlar för näringsidkarens räkning

Men inte ”var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen”

Får MFL stadga ett ansvar för” var och en som i övrigt väsentligt bidragit till marknadsföringen”?

Omfattas åtgärden av Direktivets tillämpningsområde?

Tillämpar den medansvarige en ”affärsmetod” enligt Direktivet?



Affärsmetod

(art. 2 d)

”Affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter” = ”en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument”

Ansvariga enligt praxis



Huvudansvar

- Vem kan vara huvudansvarig och hur dras gränsen mot medansvariga?
- Detta var otydligt i äldre praxis men har förtydligats i Kissie- Chimi- och Clean Eating-målen.
- Viktigt eftersom det påverkar utformningen av förbud och ålägganden samt sanktionerna.

Huvudansvar

- Näringsidkaren har det primära ansvaret.
- Näringsidkaren kan inte undgå ansvar genom att lägga ut marknadsföringen på annan.
- 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 (UPC Magyarorszá, C-388/13, p. 41 och 58).

Huvudansvar – Annonsören vars produkt marknadsförs

PMT 2054-18 (Kissie Media) (PMD:s dom), se även (PMT 2479-20 Chimi)

- Mobilåtervinnings produkt marknadsfördes genom en influencers inlägg på blogg och Instagram.
- Mobilåtervinning var inte part i målet.
- KO gjorde gällande att Mobilåtervinning och influencern hade ett delat huvudansvar.

”Den i målet aktuella marknadsföringen avser **en tjänst som har erbjudits av Mobilåtervinning**. Mobilåtervinning är alltså den näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig och som därmed är **huvudansvarig** för marknadsföringen.”

”[Influencern] har varit delaktig i utformningen och publiceringen av marknadsföringen för Mobilåtervinnings tjänst.

Marknadsföringen av tjänsten har dock **inte skett i [influencers] intresse** och bolaget har **inte heller på något sätt varit involverat i erbjudandet av själva tjänsten**. Domstolen anser mot denna bakgrund att **det saknas förutsättningar att ålägga [influencern] ett delat huvudansvar** tillsammans med Mobilåtervinning.”

Delat huvudansvar - aktiva ställföreträdare i annonsören

PMD:s dom PMT 5929-20 (Clean Eating)

- NN vd, ensam styrelseledamot och firmatecknare i C.E. AB.
- NN publicerade annonser för C.E:s produkter på sitt privata Instagramkonto.
- Annonserna saknade annonsmarkering och var vilseledande.
- KO gjorde gällande att C.E och N.N. hade ett delat huvudansvar.

”Att marknadsföringen har avsett [C.E:s] produkter och skett i bolagets intresse är ostridigt mellan parterna och vinner stöd av den skriftliga utredningen i målet. Det är alltså klarlagt att [C.E.] är ansvarigt för den i målet aktuella marknadsföringen.”

”Det är [NN] som har utformat och publicerat den aktuella marknadsföringen. Hon har härvid, i egenskap av ägare, vd, ensam styrelseledamot och firmatecknare för [C.E], anses ha **handlat för ändamål som har samband med hennes egen näringsverksamhet**. Enligt domstolens bedömning har [NN] därför, tillsammans med bolaget, ett huvudansvar för marknadsföringen.”

”En anställd hos näringsidkaren”

”Endast i **undantagsfall** - närmast när det annars inte är möjligt att få till stånd ett effektivt förbud - kan det vara motiverat att rikta ett förbud mot en anställd eller någon som handlar på näringsidkarens vägnar.”

(Prop. 1983/84:92 ”Om avtalsvillkor mellan näringsidkare” s. 18-19)



”Någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar”

- Vad krävs för att någon ska anses ”handla på näringsidkarens vägnar” och hur dras gränsen mot ”var och en som i övrigt väsentligt bidragit till marknadsföringen”?
- Detta var otydligt i äldre praxis men har förtydligats i Kissie- och Chimi-målen.
- Viktigt eftersom det påverkar utformningen av förbud och ålägganden samt sanktionerna.

”Någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar”

PMT 2054-18 (Kissie Media)

- Hade en influencer som publicerat annonser för Mobilåtervinnings produkter på sin blogg och Instagram handlat på Mobilåtervinnings vägnar?
- Hade den aktör som förmedlat reklamuppdraget handlat på Mobilåtervinnings vägnar?

”Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen krävs för att lokutionen den som handlar på näringsidkarens vägnar ska vara tillämplig att det ska vara fråga om ageranden från personer som, utan att vara anställda, haft en **fullmakt eller ett specifikt uppdrag att representera eller annars företräda näringsidkaren**, dvs. haft en **formell ställning att företräda näringsidkaren**.

Vad krävs för ”formell ställning”?

- Förmedlaren hade **förmedlat** ett reklamuppdrag mellan annonsören och influencern.
- Förmedlaren hade gett influencern **information, instruktioner och råd** om hur inläggen borde utformas i text och bild.
- Men ej visat att förmedlaren i övrigt skulle ha agerat som **ombud för annonsören** i förhållande till influencern eller att förmedlaren haft en **fullmakt från annonsören** att ingå avtal eller företräda annonsören på andra sätt.
- Inte visat att förmedlaren har haft en **sådan ställning i förhållande till annonsören** att förmedlaren kan sägas ha handlat på annonsörens vägnar.

”Var och en som i övrigt
väsentligt har bidragit
till marknadsföringen”

PMT 2054-18 Kissie Media

”Den andra lokutionen kan
däremot träffa även andra personer
utifrån en bedömning av om de i
det enskilda fallet bidragit till den
otillbörliga marknadsföringen i
väsentlig mån.”



- Hade en influencer som publicerat annonser för Mobilåtervinnings produkter på sin blogg och Instagram väsentligt bidragit till marknadsföringen?
- Hade den aktör som förmedlat reklamuppdraget väsentligt bidragit till marknadsföringen?

”[Influencern] har haft det slutliga ansvaret och bestämmanderätten över vad som fick publiceras i [influencerns] sociala medier. Det innebär att [influencern] också hade ansvaret och bestämmanderätten över inläggens layoutmässiga och visuella utformning, inklusive hur inläggen skulle utformas för att leva upp till de marknadsföringsrättsliga kraven på reklamidentifiering.”

- Förmedlaren var involverat i i framtagandet av marknadsföringen på olika sätt (förmedling av reklamuppdraget, bidragit till att marknadsföringen överhuvudtaget kom till stånd, aktiv roll i hur reklaminläggen skulle utformas vad gäller text och bild.
- Men ansvar kunde inte läggas på förmedlaren för att de påtalade inläggen fått bristfälliga reklamidentifieringar.
- Inget övergripande för marknadsföringens slutliga utformning pga. uttryckliga eller underförstådda avtal mellan parterna.

”Var och en”

(PMT 2479-20 Chimi)

- För att det ska vara marknadsföring måste åtgärden härröra från näringsidkaren/annonsören.
- Uppdrag, normalt mot ersättning, mellan annonsören och den medansvarige.
- Den medansvariges åtgärder måste ha skett inom ramen för uppdraget.

”Väsentligt bidragit”?”

Hur aktiv måste en medansvarig ha varit?

- Tidningsföretag, utgivare av kupongkataloger, TV-programföretag, teleoperatörer som inte tagit aktiv del i utformningen av marknadsföringen om det borde ha stått helt klart
- Reklambyråer som är med och utformar marknadsföringen om de med normal akksamhet borde ha insett
- Influencers som både utformar och publicerar marknadsföringen- högre krav (i vart fall avseende reklamidentifiering)

- Samarbeten som medför ett övergripande ansvar för marknadsföringen kan innebära krav på aktivitet för att undgå ansvar.
- Koncernförhållande är inte i sig tillräckligt men kan medföra ansvar om påbud utgått från MB till DB som innebär att MB påtagit sig ett övergripande ansvar för marknadsföringen.



Varför medverkansansvar?

- Gatekeepers
- Samarbetssituationer
- Säkerställa att ett förbud får avsedd effekt

Tack!

Karin Cederlund

karin.cederlund@sandart.se

0702 -70 67 80

Sandart&Partners