



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Holmén

Marknadsstörningsavgiftens funktion

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin: VT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte	5
1.2 Frågeställning	6
1.3 Avgränsning	6
1.4 Perspektiv, metod och material	7
1.5 Disposition	7
2 MARKNADSFÖRINGSLAGEN	9
2.1 Lagens syfte	9
2.2 Allmänt om sanktioner i MFL	9
2.3 Är alla sanktioner straff?	10
3 MARKNADSSTÖRNINGSAVGIFTEN	12
3.1 Lagstiftning	12
3.2 Praxis	13
3.2.1 Bifall	13
3.2.1.1 MD 1998:7 - Fritidsresor	13
3.2.1.2 MD 2005:22 - Reader's Digest	15
3.2.1.3 MD 2012:17 - PSW Trading	15
3.2.2 Ogillande	16
3.2.2.1 MD 1998:20 - Telia InfoMedia	16
3.2.2.2 MD 2005:11 - Kooperativa Förbundet	16
3.2.2.3 MD 2013:2 - Sova	17
3.2.2.4 MD 2015:21 - Life Cooperation	18

4	MARKNADSSTÖRNINGSavgIFTENS FRAMVÄXT OCH UTVECKLING	19
4.1	Historisk tillbakablick	19
4.2	Förarbeten	20
4.3	Bakomliggande intressen	23
4.3.1	Den självreglerande marknaden	23
4.3.2	Sanktionsavgifters syfte	25
4.3.3	Repressivitet och prevention	27
5	DISKUSSION	30
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	33
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	35

Summary

A market disruption fee is a direct penalty in MFL. Even though at first sight it seems to be a practical and flexible tool to deal with more serious violations of MFL, it is seldom used. The question is why? This essay describes how the market disruption fee arose, its development, and a description of established law. The purpose of this essay is to identify underlying interests, thoughts and ideas for the fee. The purpose is also to investigate the market disruption fee, originally intended function and to place it in a bigger picture, the Swedish Market Law. Therefore the essay also includes a general chapter on MFL, its sanctions and Market Laws general purpose. In the discussions chapter I argue for how well the current market disruption fee regulation actually fulfil its original purpose. The contents of my essay try to give an overall picture of the market disruption fee functionality and do not reject it because of the limited amount of convicting verdicts.

Sammanfattning

Marknadsstörningsavgiften är en direktverkande sanktionsavgift i MFL. Trots att den vid första anblicken verkar vara ett praktiskt och smidigt verktyg för att komma till rätta med grova överträdelser av förbuden i MFL används den mycket sällan. Frågan är varför? Den här uppsatsens skildrar hur marknadsstörningsavgiften uppkok och dess utveckling samt beskriver gällande rätt genom en redogörelse av lagtext, förarbeten och praxis. Syftet med uppsatsen är att kartlägga bakomliggande intressen, tankar och idéer för att på så sätt utreda marknadsstörningsavgiftens tänkta funktion och se dess plats i det större system den är en del av, nämligen den svenska marknadsrätten. Uppsatsen innefattar därför för perspektivets skull även ett övergripande kapitel om MFL, dess sanktioner och marknadsrättens generella syfte. I diskussionsdelen för jag avslutningsvis ett resonemang om hur väl den nuvarande marknadsstörningsavgiftsregleringen faktiskt uppfyller sin tänkta funktion. Innehållet i min uppsats försöker ge en helhetsbild av marknadsstörningsavgiftens funktionsduglighet och avskriver inte dess nytta på grund av få fällande domar.

Förord

Jag vill tacka marknadsdomstolen för en lärorik och framför allt inspirerande praktik hösten 2015.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
BRÅ	Brottsförebyggande rådet
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
IL	Inkomstskattelagen
KO	Konsumentombudsmannen
KV	Konsumentverket
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen
RO	Reklamombudsmannen

1 Inledning

”Stärkta sanktionsmöjligheter för Konsumentombudsmannen” är namnet på den proposition som regeringen överlämnade till riksdagen den 10 maj i år.¹ Propositionen innehåller bland annat förslaget att ändra den lagtext som reglerar marknadsstörningsavgiften. Förändringen innebär att beloppsgränsen kommer att höjas samt att det skall framgå av lagtexten vilka omständigheter som särskilt skall betraktas vid prövningen av om överträdelsen är av sådant allvar att avgiften skall dömas ut. Propositionen är ett resultat av att ett flertal röster, framförallt KV:s, under senare tid har höjts. De har alla flaggat för förändring och framförallt ett förtydligande av marknadsstörningsavgiftens villkor och funktion.

Som historien så ofta lär är det vanligtvis just historien själv som sitter på svaren. Min uppsatt kommer därför att ta sin utgångspunkt i gällande rätt och sedan systematiskt arbeta sig bakåt för att bena ut marknadsstörningsavgiftens ursprungligt tänkta syfte och funktion. Först med detta med i bagaget är det enligt min mening möjligt att göra en välgrundad värdering av det nya lagförslagets funktionsduglighet.

1.1 Syfte

Mitt syfte är att i uppsatsen kartlägga bakomliggande intressen, tankar och idéer som ligger till grund för hur marknadsstörningsavgiften kommit till och utformats. Min intention är vidare att utforska och försöka göra en värdering av hur väl dessa intressen idag möts i gällande rätt. Med den begränsade praxis som existerar, som underlag, kommer jag även att försöka utreda huruvida en sanktionsavgift, ur ett teoretiskt perspektiv, tjänar marknadsföringslagens syfte.

¹ Prop. 2015/16:168.

1.2 Frågeställning

Vad är marknadsstörningsavgiftens tänkta funktion och hur väl uppfylls denna funktion i praktiken?

1.3 Avgränsning

Att mäta effekten av en lagstiftnings reform är mycket svårt. Problematiken ligger framför allt i att få fram mätdata. Den statistik, som är mätbar, består av hur många fysiska eller juridiska personer som fått ett straff eller en sanktion och därefter upphör att överträda lagen. Det som inte går att mäta är hur många som avstår att överträda lagen på grund av sanktionernas eller straffets avskräckande effekt. I dagsläget tvistar även de lärda om hur man ska gå till väga för att just mäta ny lagstiftnings effekt. På grund av uppsatsens omfångsbegränsningar kommer jag inte ytterligare att gå in på denna fråga och därmed kommer jag inte heller att försöka presentera någon form av statistik.

Jag avgränsar också, på grund av det begränsade utrymmet, mot frågor rörande skadestånd. Skadestånd är en möjlig påföljd i MFL men rör ett privaträttsligt förhållande mellan skadevållare och den skadelidande. Under processen med uppsatsen tedde det sig mer naturligt för mig att istället fokusera på näringslivet och offentligrättsliga förhållanden.

Enligt riksdagsbeslut upphör marknadsdomstolen sin verksamhet den 31 augusti 2016. Ärenden som tidigare hamnat hos dem skall efter detta datum handläggas i de nya patent- och marknadsdomstolarna. I min uppsats kommer jag, då framtiden är en smula oviss, att beskriva rättsområdet helt och hållet utifrån dagens processordning. Likaså kommer jag inte heller ytterligare behandla propositionen som riksdagen mottog den 10 maj.

Lägg även märke till att straff är en term med många definitioner. Jag behandlar bland annat definitionsfrågan under punkt 2.3. men vill göra läsaren uppmärksam på detta i ett så tidigt skede som möjligt.

1.4 Perspektiv, metod och material

Jag har i genomförandet av den här uppsatsen använt mig av en traditionell rättsdogmatisk metod förankrad i rättskälleläran. Detta innebär att jag i fallande rättshierarkisk ordning har studerat lagar, praxis, förarbeten och doktrin. Med tanke på den begränsade mängden praxis och doktrin har jag i arbetet till stor del fokuserat på förarbeten och lagkommentarer. I övrigt har jag studerat litteratur, främst Warnling-Nereps bok för att få ett ordentligt grepp om vad en sanktionsavgift egentligen är. Något som eventuellt kan noteras är att boken *Rättsregler* av Håkan Hyndén har några år på nacken. De principer jag återgett från hans bok har dock inte genomgått någon förändring under senare tid.

Jag har i uppsatsen studerat området retroperspektivt och framförallt använt mig av ett funktionsfokuserat perspektiv. För övrigt, framförallt i avsnitt 4.3.2. och i diskussionsdelen, har jag utgått från ett övergripande utilitaristiskt perspektiv.

1.5 Disposition

Jag valde att inleda uppsatsen med en skildring av gällande rätt och först därefter beskriva bakgrunden till den aktuella lagstiftningens utveckling. Trots att det kan tyckas mer logiskt att konstruera uppsatsen kronologiskt valde jag detta upplägg. Denna disposition, tycker jag, gör uppsatsen mer lättillgänglig för den läsare som inte äger någon förkunskap om just marknadsstörningsavgiften. Av samma skäl valde jag att ha ett kort kapitel om marknadsföringslagen allra först för att sätta in

marknadsstörningsavgiften i ett sammanhang. Uppsatsen avslutas med en diskussionsdel där jag försökt utvärdera hur ändamålsenlig marknadsstörningsavgiftsregleringen i praktiken är.

Inte helt konsekvent har jag på vissa ställen valt att hänvisa till paragrafer med hjälp av fotnoter. På dessa ställen fann jag att texten på så sätt fick ett bättre flyt och blev mer berättande vilket jag anser hjälper läsaren att tillgodogöra sig innehållet.

2 Marknadsföringslagen

2.1 Lagens syfte

För att kunna förstå och tolka marknadsföringslagen är det viktigt att se den i sitt sammanhang. Till att börja med är den en del av den svenska marknadsrätten. Tillsammans med konkurrenslagen och bland annat lagar som reglerar avtalsvillkor i konsument- och näringsidkarförhållanden utgör den en del av ett större system av rättsregler. Det är detta marknadsrättsliga system som ritar upp rättsliga gränser för företags agerande på marknaden.²

Marknadsföringslagens syfte enligt första paragraf är att främja konsumenters och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter samt att motverka marknadsföring som är otillbörlig gentemot konsumenter och näringsidkare. Enlig propositionen tar MFL primärt sikte på konsumentintressen men skyddar också näringsidkarens intressen. Syftet med lagen är även att motarbeta otillbörliga beteenden och snedvridning av konkurrensen på marknaden. Detta görs genom att erbjuda ett visst skydd till de företag som utsatts för illojal konkurrens genom just otillbörliga marknadsföringsåtgärder.³

2.2 Allmänt om sanktioner i MFL

Den svenska marknadsföringsrätten bjuder på tre olika typer av sanktioner. Den mest centrala sanktionen är förbud eller åläggande, vanligtvis förenat med vite. En annan typ av sanktion en överträdelse kan ge upphov till, är en rent civilrättslig sådan, nämligen skadestånd. Den tredje typen av sanktion är marknadsstörningsavgiften.⁴

² Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 19.

³ Prop. 2007/08:115 s 62

⁴ Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 164.

Ett vitesföreläggande är främst ett påtryckningsmedel. Om näringsidkaren rättar sig efter och hörsammar ett förbud eller ett åläggande kommer ingen faktiskt sanktion att aktualiseras. Vid en överträdelse av förbudet eller åläggandet kommer däremot näringsidkaren behöva erlægga vite. Vitet skall betalas till staten. På detta sätt liknar vitet böter men det finns två viktiga skillnader. För det första kan böter enbart riktas mot fysiska personer till skillnad från vite som kan drabba både fysiska och juridiska personer. För det andra döms böter ut för en redan begången gärning, alltså för ett tidigare agerande. Vitesföreläggande åläggs en näringsidkare av domstolen för att förhindra ett framtida agerande.⁵

Marknadsstörningsavgiften däremot är en så kallad sanktionsavgift. Sanktionsavgiften liknar till sin karaktär böter mer än vite. Detta eftersom sanktionsavgiften ska erläggas för en marknadsstörande åtgärd som näringsidkaren redan vidtagit. Sanktionsavgiften går även den likt vite att ålägga både fysiska och juridiska personer.⁶

2.3 Är alla sanktioner straff?

Den svenska rätten definierar ett straff enligt brottsbalkens tredje paragraf i första kapitlet. Enligt paragrafen betecknas endast de brottspåföljder som är utsatta i de särskilda straffbestämmelserna som straff. Resultatet blir att enbart fängelse och böter definieras straffrättsligt som just straff. Brott kan emellertid också leda till andra brottspåföljder än straff, till exempel skyddstillsyn eller villkorlig dom.

Begreppet straff används allmänspråkligt men även i doktrin och den internationella rätten i en mer vid betydelse än den svensk juridiska definitionen. Straff kan förstås som det lidande eller obehag som påförs den

⁵ Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion*, s. 17.

⁶ Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion*, s. 18.

som överträtt en regel utfärdad av någon statlig myndighet eller liknande. Med den vidare betydelsen skulle många former av sanktioner kunna uppfattas som straff, till exempel utfärdande av olika slags förbud, indragande av tillstånd och ekonomiska sanktioner likt skadestånd.⁷

Definitionen av straff kan få stor betydelse. Enligt svensk definition är det endast straffbelagda gärningar som kategoriseras som brottsliga. Brottsliga gärningar i sin tur skall handläggas enligt brottmålsförfarandets principer. EKMR har exempelvis en vidare betydelse av definitionen straff. Svenska straffliknande sanktioner kommer således, enligt EKMR, vara att beakta som brottmål vilket i sin tur resulterar i rättigheter. Ett sådant exempel är rätten att kunna överklaga i brottmål vilket följer andra artikeln i sjunde tilläggsprotokollet EKMR.

⁷ Magnus, Ulväng, *Brottsbalk (1962:700) 1 kap. 3 §*, Lexino 2012-07-01.

3 Marknadsstörningsavgiften

3.1 Lagstiftning

Marknadsstörningsavgiften är en sanktionsavgift som kan bli aktuell i samband med att en näringsidkare överträder något av förbuden i **29§ MFL**. Avgiftens storlek ska fastställas till en summa mellan fem tusen och fem miljoner kr och får högst uppgå till 10 % av näringsidkarens årsomsättning⁸ och är inte avdragsgill för näringsidkaren.⁹ Vid bestämmelse av marknadsstörningsavgiftens storlek skall beaktas hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått. Avgiften skall inte aktualiseras i ringa fall och får efterges om synnerliga skäl föreligger.¹⁰ För att näringsidkaren skall kunna åläggas att betala marknadsstörningsavgift fodras uppsåt eller oaktsamhet från näringsidkarens sida. Avgiften kan även åläggas att betalas av den som väsentligen har bidragit till överträdelsen. Med andra ord av den som kan anses ha ett medverkansansvar. Medverkansansvar kan bland annat göras gällande mot den som fungerat som ett led mellan en näringsidkare och dess kunder, till exempel medieföretag och reklambyråer. Då styrelseledamöter och framför allt ensamma ägare är individer som kan anses ha ett ansvar för att reglerna kring reklam iakttas, kan frågan om medverkansansvar bli aktuell även beträffande dem.¹¹

Vid bedömningen av överträdelsens allvarlighetsgrad ser domstolen till överträdelsens art, varaktighet, omfattning och spridning samt hur länge den pågått. Att en otillåten gärning görs systematiskt eller har tydlig karaktär av nonchalans inför regler kan bland annat påkalla marknadsstörningsavgift. En annan omständighet att betrakta är omfattningen av den skada som marknadsföringen orsakat konsumenter och konkurrenter liksom det ekonomiska utbytet näringsidkaren haft av marknadsföringen. Även

⁸ 31 § MFL.

⁹ 9:9 IL.

¹⁰ 32 § MFL.

¹¹ Marianne Levin, Karnov Internet, Marknadsföringslagen (2008:486) 32 § not.188.

målgruppens förmåga att rätt bedöma och värdera marknadsföringens innehåll kan vara en faktor att lägga vikt vid om målgruppen skulle vara en särskilt utsatt grupp.¹²

KO har primär talerätt i frågan om marknadsstörningsavgiften. Främst på grund av sanktionens straffliknande karaktär. Den primära talerätten innebär att någon annan först får föra talan om KO beslutar sig för att inte göra det. Näringsidkare, bransch- och konsumentorganisationer har alla subsidiär talerätt gällande marknadsstörningsavgiften. Enskilda konsumenter kan däremot varken väcka talan om marknadsstörningsavgift, förbud eller åläggande.¹³ Med hänsyn till marknadsstörnings straffliknande karaktär krävs även enligt Europakonventionen ett tvåinstanssystem.¹⁴ Yrkar käranden på utdömmande av marknadsstörningsavgift skall därför talan väckas vid Stockholms tingsrätt med möjlighet till att överklaga hos MD.¹⁵

3.2 Praxis

Sedan den gamla marknadsföringslagen (1995:450) trädde i kraft den första januari 1996 har MD avgjort sju mål rörande marknadsstörningsavgiften. I tre av fallen biföll MD talan, och ålade svaranden att erlægga avgiften. Nedan följer en kort redogörelse av de sju målen som MD avgjort.

3.2.1 Bifall

3.2.1.1 MD 1998:7 - Fritidsresor

Fritidsresor marknadsförde paketresor med rabatterbjudande i form av en boka-tidigt-rabatt på bingolotter fyra veckor i rad utan att tydligt ange att erbjudandet var begränsat till vissa avgångar. Följande år marknadsförde

¹² Marianne Levin, Karnov Internet, Marknadsföringslagen (2008:486) 32 § not. 196 & 197.

¹³ Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 162 f.

¹⁴ Se avsnitt 2.3.

¹⁵ Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 172.

de ett liknande erbjudande åter utan att påtala att erbjudandet var begränsat till vissa tider och avgångar. Detta gjorde de genom en reklamfilm på tv under bästa sändningstid.

MD fann liksom tingsrätten att marknadsföringen brutit mot **13 § MFL** (1995:450). Det subjektiva rekvisitet, på uppsåt eller oaktsamhet, ska anses uppfyllt om näringsidkaren rimligtvis borde ha förutsett att handlandet skulle stå i strid med någon av bestämmelserna i **5-13 §§ MFL** (1995:450)¹⁶. Domstolen fann även, i linje med motiven till lagen att det på grund av det grundläggandekravet på att näringsidkare iakttar god marknadsföringssed finns skäl att tillämpa stränga kriterier vid culpabedömningen.¹⁷ Fritidsresor har i förevarande fall överträtt en klar och entydig regel och måste härigenom anses ha förfarit på ett oaktsamt sätt.

Enligt motiven till lagen bör marknadsstörningsavgift användas i de fall där det föreligger ett mer påtagligt behov att skydda allmänna konsumentnäringsidkarintressen.¹⁸ I andra fall får det anses tillräckligt att ålägga vite. Marknadsstörningsavgiften kan därför sägas vara kopplad till särskilt klandervärda förfaranden. Detta innebär inte att avgiften alltid skall utgå vid överträdelse av bestämmelserna utan att ringa fall skall undantas. Kravet på uppsåt eller oaktsamhet innebär ett krav på viss allvarlighet. Då marknadsföringen pågått under förhållandevis lång tid och haft stor spridning samt att tv-reklamen ägt rum efter det att KO påtalat marknadsföringen på baksidan av lotterna samt med hänsyn till marknadsföringslagens allmänna syften kan marknadsföringen inte anses vara bagatellartad eller försumbar. Det har inte heller framkommit någon annan omständighet som skulle medföra att avgiften inte skulle påföras.

MD gav KO:s talan bifall men yrkat belopp halveras utan motivering.

¹⁶ Resonemang fört utifrån prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning, s. 92.

¹⁷ Prop. 1994/95:123 s. 175

¹⁸ Prop. 1994/95:123 s. 104 f.

3.2.1.2 MD 2005:22 - Reader's Digest

Företaget marknadsförde genom ett svåröverskådligt direktmarknadsföringsmaterial, bland annat en bokprenumeration. Materialet gjorde det svårt för mottagaren att uppmärksamma vad huvuderbjudandet bestod i. Försändelsen innehöll även en möjlighet till deltagande i ett lotteri som gav mottagaren en orealistisk uppfattning om möjligheterna till vinst. Företaget hade även tidigare varit föremål för föreläggande från KO och hade i två tidigare domar ålagts olika förbud vid vite avseende olaglig marknadsföring. Vite dömdes på grund av de tidigare domarna ut under år 2000.

MD liksom tingsrätten fann att företagets marknadsföring stred mot MFL:s regler samt att uppsåt eller i vart fall oaktsamhet förelåg. MD tog inte upp frågan om huruvida överträdelsen kunnat anses ringa eller ej. Inte heller tog de upp frågan om det förelåg ett särskilt skyddsintresse eller inte.

Tingsrätten konstaterade i sin dom att konsumenternas ekonomiska intresse riskerats genom marknadsföringen samt att den medfört ett stort besvär för konsumenter som ofrivilligt blivit bundna av prenumerationer. Den objektiva förutsättningen för att utdöma marknadsstörningsavgift ansågs kvalificerad genom omständigheten att överträdelsen inneburit skada. (Jfr. MD 1998:20 där talan ogillades då den objektiva förutsättningen inte ansågs uppfyllt eftersom överträdelsen inte medfört skada).

MD fastställt tingsrättens dom rörande marknadsstörningsavgiften

3.2.1.3 MD 2012:17 - PSW Trading

Företaget har bedrivit försäljning av bland annat premierådgivningstjänster samt hygienartiklar. Försäljningen har bedrivits dels på telefon och dels via en webbplats. Företaget har bland annat skickat bluffakturor samt inte lämnat någon information om kundens ångerrätt.

MD fastställer domen från TR i delen beträffande att marknadsstörningsavgift skall utgå och för sedan ett resonemang om hur avgiftens storlek skall fastställas.

3.2.2 Ogillande

3.2.2.1 MD 1998:20 - Telia InfoMedia

Telia sände i direktreklam till cirka 628.000 hushåll ut en reklamfolder som vid första anblick såg ut som en viktig informationsfolder rörande hushållens vägguttag. Den utsända foldern ansågs inte uppfylla MFL:s krav på reklamidentifiering.

Rörande marknadsstörningsavgiften gjorde MD samma bedömning som tingsrätten. Foldern är vilseledande men har knappast haft någon ekonomisk betydelse för mottagen eller för konkurrerande näringsidkare och kan därför inte anses vara av allvarlig art. Då marknadsstörningsavgiften enligt lagens förarbeten¹⁹ bör vara förbehållen fall då det föreligger ett mer påtagligt behov av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen anser MD liksom tingsrätten att överträdelsen är att betrakta som ringa och att en marknadsstörningsavgift därför inte är påkallad. Det är istället tillräckligt att näringsidkaren tillrättavisas och avskräcks från att upprepa förfarandet.

3.2.2.2 MD 2005:11 - Kooperativa Förbundet

Det Kooperativa Förbundet hade bland annat genom en reklamfilm och ett spel kommunicerat bilden av att bönder som inte odlade ekologiskt var kriminella och mindre begåvade samt att konventionell spannmålsodling var miljöskadlig. Sveriges Spannmålsodlare väckte talan och yrkade på utdömmande av marknadsstörningsavgift.

¹⁹ Prop. 1994/95:123 s. 104 f.

Tingsrätten ogillade yrkandet rörande marknadsstörningsavgift. I MD valde Sveriges Spannmålsodlare att inte åter yrka på marknadsstörningsavgift. Vid culpabedömningen i tingsrätten ansågs Kooperativa Förbundet inte ha förfarit oaktsamt i fråga om spelet då de rimligtvis inte behövt förutse att spelet skulle innebära en överträdelse av MFL:s regler. De gjorde gällande att de trott att spelet utgjort grundlagsskyddad opinionsbildning. Gällande reklamfilmen ansågs det Kooperativa Förbundet däremot ha agerat oaktsamt. Filmen ansågs misskrediterande men ansågs även vara så överdriven att var och en torde inse att det inte var fråga om en realistisk bild av verkligheten. Något påtagligt behov av att skydda konsumenterna eller de berörda livsmedelsproducenterna bedömdes därför inte föreligga vilket innebar att en marknadsstörningsavgift inte kunde bli aktuell.

3.2.2.3 MD 2013:2 - Sova

Sova bedrev en kampanj som gick ut på att deras kunder, under vissa förutsättningar, kunde få tillbaka pengar efter deras köp om det regnade på midsommarafton. Erbjudandet var förenat med en rad villkor. Villkoren och en hänvisning till företagets hemsida visades längst ner i bild under en liten del av kampanjens reklamfilm på tv.

Informationen rörande villkoren ansågs inte vara möjlig för den genomsnittliga mottagaren att tillgodogöra sig genom tv-reklamen. Villkoren visades för kort tid och i finstilt text. Villkoren ansågs även vara överraskande då konsumenten inte kunde förutsättas ha kunskap om villkor av detta slag. MD fann att tv-reklamen skulle bedömas för sig (inte ihop med resten av kampanjen) och fann den vilseledande enligt **10 § 3 st. MFL**.

Trots att Sova genomfört vilseledande marknadsföring och gjort detta på ett oaktsamt sätt ansågs deras otillbörliga agerande inte utgöra ett tillräckligt starkt skäl för att ålägga dem att betala en marknadsstörningsavgift. Klandervärda beteende som enligt lagens förarbete²⁰ skulle kunna påkalla en

²⁰ Prop. 2007/08:115 s. 119 f.

marknadsstörningsavgift är till exempel agerande av sådant slag att konsumenten får bristande förtroende för en viss bransch eller ett visst försäljnings sätt. MD ogillade därför KO:s talan rörande marknadsstörningsavgiften.

3.2.2.4 MD 2015:21 - Life Cooperation

Life Cooperation har marknadsfört bioresonansterapi på två webbplatser. Företaget har i sin marknadsföring gett konsumenter intryck av att bioresonansterapi och liknande behandlingsmetoder kan bota eller lindra allergier eller andra sjukdomar och besvär.

KO yrkade i MD att Life Cooperation skulle åläggas marknadsstörningsavgift. I tingsrätten förbjöds företaget vid vite att fortsätta med marknadsföringen vilket inte överklagades. I frågan om marknadsstörningsavgift hänvisade tingsrätten till lagens förarbete²¹ och tog fasta på att avgiften är kopplad till särskilt klandervärda förfaranden som måste motverkas för att skydda konsument- och näringsidkarintressen. De tog även fasta på att avgiften är avsedd för de fall där den otillbörliga marknadsföringen stör marknadens funktion. KO påtalade bland annat att företagets marknadsföring skett på internet som är en särskilt skyddsvärd marknadsplats. Tingsrätten fann det dock inte tillräckligt styrkt att marknadsföringen varit marknadsstörande. MD fastställde tingsrättens dom rörande marknadsstörningsavgiften.

²¹ Prop. 2007:08:115, s. 118 ff.

4 Marknadsstörningsavgiftens framväxt och utveckling

4.1 Historisk tillbakablick

I den tidiga marknadsföringslagstiftning som växte fram i Sverige på 70-talet, var allvarliga överträdelser kriminaliserade och överträdelserna var straffsanktionerade med böter eller fängelse i upp till ett år.²² Under beredningsarbetet av 1995 års marknadsföringslagstiftning konstaterade marknadsföringsutredningen att dessa sanktionsbestämmelser använts i mycket ringa omfattning. Ett av skälen till detta uppgavs vara att kravet på uppsåt gjort det mycket svårt att få till en fällande dom. Ett annat problem var att finna en fysisk person att ställa till svars för den utförda marknadsföringsåtgärden.

Under den senare delen av 1900-talet har målsättningen med den marknadsrättsliga lagstiftningen varit att skapa och värna om den effektiva konkurrensen samt att skydda konsumenter och konkurrenter på marknaden. Fram till marknadsföringslagen från 1995 byggde tidigare lagstiftningen på den så kallade *missbruksprincipen*. Missbruksprincipen grundar sig på tanken att det är företagen själva som har det primära ansvaret för sitt agerande på marknaden.²³ Lagen var således uppbyggda kring allmänt hållna generalklausuler som gav möjlighet att förbjuda otillbörlig marknadsföring vid behov. Med tiden ansåg lagstiftaren att missbruksprincipen var ett alltför trubbigt vapen mot allvarligare överträdelser. Lagstiftningens sanktioner var för kraftlösa och möjligheten att ingripa mot otillbörlig marknadsföring var generellt alltför begränsad. Lösning på problemet blev att komplettera *missbruksprincipen* med *förbudsprincipen*. Vissa åtgärder skulle med andra ord under alla

²² SFS (1975:1418) se § 6.

²³ Prop. 1994/95:123 sida 198 ff. (SOU 1993:59)

omständigheter vara förbjudna. De förbjudna marknadsstörningsåtgärderna skulle också vara direktsanktionerade med en särskild sanktionsavgift. Med konkurrensskadeavgiften som mall lanserade lagstiftaren (vid införandet av den gamla marknadsföringslagen (1995:450)) marknadsstörningsavgiften, en effektivare och direktverkande sanktion mot de särskilt oönskade företeelserna på marknaden.²⁴

I marknadsföringslagstiftningen idag kompletterar missbruksprincipen och förbudsprincipen följlaktligen varandra. För att exemplifiera är det näringsidkarens ansvar att se till att deras marknadsföring *stämmer överens med god marknadsföringssed*. Näringsidkaren kan sägas ha fått förtroendet att ta reda på vad som är god marknadsföringssed och att utforma sin marknadsföring i enlighet med denna. Först om näringsidkaren bryter detta förtroende riskerar näringsidkaren att åläggas ett förbud. *Vilseledande* och *aggressiv* marknadsföring är däremot direkt förbjuden för näringsidkaren att genomföra. Det existerar följlaktligen ett förbud redan från start. Marknadsföringslagens sanktionssystem blir ofta mest lättbegripligt om man föreställer sig att lagsstiftningen har ett yttre och ett inre område. Det yttre området är mark som näringsidkaren inte bör beträda. Det inre området är mark som helt enkelt inte får beträdas.²⁵

4.2 Förarbeten

Under förberedelsearbetet till dagens MFL framkom enligt propositionen ingen vägande kritik mot sanktionssystemets uppbyggnad. Det enda som egentligen behövde göras enligt propositionen var att anpassa sanktionsmedlen så att de också kom att omfatta nya bestämmelser samt att göra ett förtydligande rörande marknadsstörningsavgiftens tillämpningsområde.²⁶

²⁴ Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion*, s. 16.

²⁵ Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion*, s. 16.

²⁶ Prop. 2007/08:115 s. 117.

Vid tillkomsten av gamla marknadsföringslagen (1995:450) förutspåddes att förbud och åläggande vid vite skulle komma att bli de ”normala” påföljderna. Marknadsstörningsavgiften skulle komma att bli ett kompletterande instrument.²⁷ I lagmotivet angavs främsta motivet till att införa en direktverkande sanktionsavgift vara att den kunde kopplas till ett uttryckligt förbud mot marknadskorruption och att avgiften även skulle kunna drabba de näringsidkare som är juridiska personer. Detta till skillnad från de gamla straffbestämmelserna som endast kunde träffa fysiska personer.²⁸ Marknadsstörningsavgiften var, liksom namnet antyder, avsedd att angripa dem som genom sin marknadsföring ”störde” marknadens funktion. Regeringen uttalade vid införandet av avgiften att den borde vara förbehållen de fall där det föreligger ett mer påtagligt behov av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen. I andra fall skulle det få anses tillräckligt att tillrättvisa och avskräcka näringsidkaren från upprepat förfarande genom förbud eller åläggande vid vite. I och med culpakravet ville lagstiftaren även etablera ett krav på viss allvarlighet i frågan om överträdelsens karaktär. Även en ventil utformades. Den bestod i att ringa fall ska undantas avgift. Bagatellartade eller på annat sätt försumbara överträdelser skulle med andra ord inte påföras någon avgift.²⁹

I propositionen till nya MFL framförde KV att denna så kallade ventil samt förarbetsuttalandena i föregående proposition varit orsaken till att marknadsstörningsavgiften kommit att tillämpats långt mer restriktivt än vad som från början varit lagstiftarens intention. Den restriktiva användningen, menade KV, hade antagligen till stor del förhindrat sanktionen från att uppfylla sitt preventiva syfte. Ventilen borde därför helt tas bort menade KV. Ett annat skäl till att ta bort den menade de var att den redan vid bedömning i sak, helt undantar bagatellartade och försumbara fall. Till skillnad från tidigare resonemang drev KV därför en ny linje, nämligen att marknadsstörningsavgiften istället borde presumeras för alla överträdelser av de sanktionerade förbuden och att förmildrande

²⁷ Prop. 2007/08:115 s. 118.

²⁸ Prop. 1994/95:123 s. 81.

²⁹ Prop. 2007/08:115 s. 118.

omständigheter endast borde ges möjlighet att påverka avgiftens storleksbelopp.³⁰

Regeringen beslutade sig likväl för att det var lämpligt att behålla ventilen. Som svar på kritiken menade de att det framför allt var viktigt att ha kvar den i förhållande till culpakravet. Culpakravet debatterades redan vid tiden för införandet av gamla marknadsföringslagen påpekade regeringen. Om man skulle ta bort culpakravet så skulle det föra med sig ett strikt ansvar för näringsidkaren. Ett strikt ansvar ökar i sin tur behovet av att ibland kunna överse vissa överträdelser. Regeringen ansågs det inte vara aktuellt att för stunden göra ett nytt övervägande i culpafrågan utan tyckte det var lämpligare att invänta ny rättspraxis utvecklad med stöd av den kommande lagen.³¹

I propositionen till dagens MFL betonas det åter att marknadsstörningsavgiften är avsedd att tas till då otillbörlig marknadsföring stör marknadsens funktion. Ett exempel på en sådan störning kan vara när näringsidkarens agerande riskerar att hos konsumenterna och andra näringsidkare skapa bristande tilltro för en hel bransch eller medför att ett specifikt försäljningsätt inte längre uppfattas som tillförlitligt. En försäljningsmetod får alltså inte genom otillbörligt agerande komma att generellt uppfattas som otryggt och opålitligt. Är det till exempel sannolikt att den genomsnittliga konsumenten till följd av en näringsidkarens agerande kommer avstå från ett visst försäljningsätt bör detta ges ett särskilt skyddsvärde. Det får även ses som en allvarlig störning om en konsument i framtiden väljer bort en försäljningsmetod på grund av sin upplevelse av osäkerhet och utsatthet med anledning av ett otillbörligt agerande.³² E-handeln, telefonförsäljning och hemförsäljning är några exempel på försäljningsätt där den marknadsrättsliga regleringen syftar till att trygga tilliten hos konsumenterna och näringsidkarna.

³⁰ Prop. 2007/08:115 s. 115.

³¹ Prop. 2007/08:115 s. 120.

³² Prop. 2007/08:115 s. 119.

Marknadsstörningsavgiften är enligt propositionen ett sanktionsmedel, som tack var det vida intervallet beträffande avgiftens storlek, kan användas med stor precision i det enskilda fallet. Det finns även en möjlighet, om det finns skäl för det, att först ålägga näringsidkaren marknadsstörningsavgift för en redan begången överträdelse och sedan komplettera denna med ett förbud eller åläggande vid vite för att förhindra fortsatta överträdelser.³³ Det konstaterats vidare att det i varje enskilt fall skall göras en avvägning för att avgöra vilken av marknadsföringslagens sanktioner som är bäst lämpad. Vid denna avvägning ska det beaktas att marknadsstörningsavgiften hör samman med särskilt klandervärda förfaranden. Dessa förfaranden är sådana förfaranden som måste motverkas för att värna om de konsument- och näringsidkarintressen som MFL avser att skydda. Vid valet av sanktion skall en nyanserad och inte allt för restriktiv bedömning genomföras.³⁴

4.3 Bakomliggande intressen

4.3.1 Den självreglerande marknaden

Marknadsrättens syfte kan sägas vara att uppställa en allmän standard för marknadsföring och konkurrens på marknaden.³⁵ Marknadsföringslagen är därför byggd på grundtanken att det är näringslivet självt som ska bär ett förstahandsansvar för att dess marknadsföring är normenlig.³⁶ En modern marknadsekonomi är konstruerad på näringsfrihet och konsumtionsval. Med den stora mängd varor och tjänster som erbjuds från ett likväl stort antal producenter och distributörer är det enkelt att inse det marknadsekonomiska systemets beroende av marknadsföring. Marknadskommunikationen är med andra ord en central del av vårt ekonomiska system eftersom den för samman säljare och köpare. En väl fungerande marknadsekonomi kräver att företag har en stor frihet att individualisera och marknadsföra sina

³³ Prop. 2007/08:115 s. 120.

³⁴ Prop. 2007/08:115 s. 119.

³⁵ Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion*, s. 122.

³⁶ Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 163.

produkter. Likväl krävs det också att konsumenter och näringsidkare skyddas mot vilseledande och på andra sätt otillbörlig marknadsföring samt ges en möjlighet att informera sig om utbudet.³⁷ Kravet på marknadsföringsåtgärders vederhäftighet syftar till att upprätthålla all marknadskommunikations trovärdighet. Denna trovärdighet är grundläggande för att marknadsföring skall kunna utgöra ett effektivt konkurrensmedel.³⁸

Vem som idag har talerätt i mål om marknadsstörningsavgift är ett resultat av marknadsrättens och marknadsföringslagens syfte. Det är med tanke på den ofantliga mängd marknadsföring som bedrivs en orimlig tanke att en offentlig myndighet som KO, genom en rimlig insats, ska kunna kontrollera tillbörligheten av majoriteten av den marknadsföring som förekommer. Företagen ska därför i största utsträckning själva eller genom sina organisationer ta till vara och hävda sin rätt genom att påtala olika former av otillbörlig marknadsföring som berör dem.³⁹

Det är svårt att uppskatta den grad av effekt näringslivets egna självsaneringsåtgärder inom ramen för RO och till exempel branschens egna reklamationsnämnder får i praktiken. Med tanke på att MD enbart avgör ett 30-tal mål om året finns det skäl att anta att det är den standard marknadsföringslagens regelverk ställer upp i kombination med näringslivets självreglerande funktion som verkar för en väl fungerande marknadsekonomi.⁴⁰

Näringslivets självregleringsuppgift har delvis fått ta ett steg tillbaka i form av en subsidiär talerätt för näringsidkar-, och bransch- och konsumentorganisationer i marknadsstörningsavgiftsmål. Detta för att upprätthålla rätts säkerheten i mål av straffliknande karaktär. Enskilda konsumenter har ingen talerätt alls. Den enskildas intresse har helt fått stå tillbaka för marknadsföringslagens huvudsakliga inriktning på ett kollektivt

³⁷ Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 15.

³⁸ Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 39.

³⁹ Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 162 f.

⁴⁰ Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion*, s. 122.

konsumentskydd.⁴¹ Skyddet av enskilda personer eller grupperns integritet omfattas helt enkelt inte av marknadsföringslagens skyddsintresse.⁴²

4.3.2 Sanktionsavgifters syfte

För att riktigt förstå marknadsstörningsavgiftens funktion är det viktigt att ha en förståelse för sanktionsavgifters generella syfte. Den svenska marknadsrätten utgör ett eget rättsområde eftersom den inte kan sägas vara varken civilrätt, straffrätt eller offentlig rätt. Vissa företeelser inom marknadsrätten angränsar däremot till dessa områden. Sanktionsavgifter är till exempel en företeelse som tangerar straffrätten. Detta innebär inte att avgifterna skall ses som rent straffrättsliga. Lagstiftaren har på mångas sätt tydligt markerat att sanktionsavgifter skall hållas utanför det straffrättsliga området.⁴³

För att en penningpåлага skall definieras som en sanktionsavgift ställer Wiweka Warnling-Nerep upp tre kriterier. För det första skall det vara fråga om *en ekonomisk sanktion*. (Undantaget bötesstraff eller annan rättsverkan av brott enligt definitionen i BrB). För det andra skall avgiften vara föreskriven i en författning och därmed utgöra *ett generellt hot*. För det tredje skall avgiften *tilfalla det allmänna*.⁴⁴ För att summera är sanktionsavgiften helt enkelt en straffliknande ekonomisk sanktion. Eftersom sanktionsavgifter tekniskt sett inte är ett straff innebär det att en övergång i lagstiftning från böter till avgift också medför en avkriminalisering. Trots avkriminalisering är sanktionsavgifter tänkta att, likt straff, alltjämt tjäna samhället i en avskräckande och bestraffande funktion.⁴⁵

⁴¹ Ulf, Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, s. 162 f.

⁴² Prop. 2007/08:115 s 140.

⁴³ Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion*, s. 13.

⁴⁴ Wiweka Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, s. 15.

⁴⁵ Wiweka Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, s. 17 f.

Strävan efter att vilja avkriminalisera var som störst under 1970-talet och var en fråga som framförallt drevs av BRÅ. Målet var bland annat att begränsa straffrättens roll och ersätta straff med mindre stigmatiserade sanktioner.⁴⁶ Att ersätta straff med sanktion skulle nämligen, påstods det, kunna medföra psykologiska fördelar. Parkeringskommittén menade till exempel inför övergången från parkeringsböter till felparkeringsavgift att den som av misstag eller obetänksamhet felparkerat sin bil skulle finna det stötande och felaktig om man påstår att denne därigenom gjort sig skyldig till ett brott. Det kan diskuteras huruvida gemene man som fortfarande får betala för sin felparkerade bil uppfattar denna skillnad. Det är mer troligt att personen, oavsett beteckning, upplever avgiften som ett straff.⁴⁷ Intresse för avkriminalisering på 70-talet, i kombination med ett allmänt anspråk på att generellt konstruera effektivare sanktioner, kom att ändra synen på hur verkningsfullt ett straff faktiskt är. Kriminalisering upphörde där med att uppfattas som den givna formen för att motverka ett oönskat beteende.

Flera bedömare har i efterhand satt denna utveckling i kontext till specialstraffrättens expansion och en så kallad straffrättslig inflation. Den straffrättsliga inflationen sades bland annat bestå i att en mängd straffbestämmelser lanserats utan att det förts en principiell diskussion om lämpligheten av att kriminalisera olika typer av beteenden.⁴⁸ I förarbetena till förslaget om ”ett effektivare brottmålsförfarande” angavs att rättsväsendet inte borde belastas med sådant som har ringa eller inget straffvärde. Det allmännas resurser för brottsbekämpning bör användas till sådana förfaranden som kan föranleda påtaglig skada eller fara och som man inte kan bemöta på något annat sätt. I förslaget betonades att kriminalisering inte är det enda och inte heller alltid det mest effektiva medlet för att motverka oönskade beteenden.⁴⁹ En av intentionerna, som uttrycks i förarbetet, med avkriminalisering, som uttrycks i förarbetet är att motsatsvis ge kriminalisering en större tyngd. Det går på ett psykologisk fördelaktigt

⁴⁶ Wiweka Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, s. 20 f.

⁴⁷ Wiweka Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, s. 18 f.

⁴⁸ Wiweka Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, s. 24 f.

⁴⁹ Prop. 1994/95:23 s. 52.

sätt att använda straff på ett sådant sätt att kriminalisering också ges en symbolisk och värdeexpressiv funktion. Detta genom att avsätta straff för överträdelser som enligt kollektivets moral uppfattas som just moraliskt förkastligt.⁵⁰

Att ersätta straff med sanktionsavgift kan dock medföra en del svårigheter. En övergång från straff till sanktionsavgift innebär att man träder utanför den straffrättsliga ramen vilket kan komma att ha en negativ verkan på rättssäkerheten. Detta menat med utgångspunkt i det traditionella rättsäkerhetsbegreppet med krav på förutsägbarhet, uttryckligt författningsstöd, fastställd skuld etc. Det är även möjligt att frångå det traditionella rättsäkerhetsbegreppet och istället se rättssäkerhet som att samhället effektivt skyddar mot brott och att ett ineffektivt påföljdssystem skulle innebära större faror i rättsäkerhetsavseende än risken för till exempel ett felaktigt avgiftsbeslut. Det är också möjligt att uppfylla andra av rättsstatens ideal. Vissa sanktionsavgifter medför till exempel en större grad av likabehandling.⁵¹ Sanktionsavgift kan också vara ett bättre alternativ om det straffrättsliga institutet brister i effektivitet. Ett straffrättsligt system som, på grund av bristande resurser eller andra skäl, bara lyckas beivra ett fåtal överträdelser kan uppfattas som oförutsägbart och godtyckligt. I ett sådant system blir straffbestämmelser inte avskräckande utan framstår endast som ett tomt hot.⁵²

4.3.3 Repressivitet och prevention

Som jag ovan angett är sanktionsavgiften en strafflikande ekonomisk sanktion. Samtidigt som det uppenbarligen finns skillnader mellan ett renodlat straff och en sanktionsavgift är målet för dem båda, ur ett samhällsperspektiv, ofta detsamma. Det existerar en rad olika straffteorier vars syfte är att utreda straffets syfte och verkan. Ofta talar man i detta

⁵⁰ Wiweka Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, s. 19.

⁵¹ Wiweka Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, s. 33 f.

⁵² Wiweka Warnling-Nerep, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, s. 23 f.

sammanhang om allmän- och individualprevention. Individualprevention är den preventiva effekten straffet har på den straffade individen. Den allmänpreventiva verkan är den brottsförebyggande effekt som straffet har på andra än den som blivit straffad. Enligt ett utilitaristiskt perspektiv är syftet med hela straffrätten att hos allmänheten sprida uppfattningen att den förväntade onyttan med att begå ett brott är större än den förväntade nyttan.⁵³ Det yttersta syftet med straffrättsliga regleringar är att trygga den sociala ordningen genom att staten griper in och sanktionerar handlingar och beteenden i strid med väsentliga intressen i samhället. Lagstiftningen avser således att uppnå en form av beteendereglering.⁵⁴ För att åstadkomma en lyckad beteendestyrelse genom lagar och regleringar krävs det därför att hotet om påföljd hos allmänheten upplevs som reellt.

Lagstiftaren behöver därför vid utformningen av regler beakta en rad faktorer. Tre avgörande faktorer är upptäcktsrisk, sanktionssannolikhet och sanktionsstränghet. Är det mycket svårt att upptäcka ett brott krävs genast ett betydligt strängare straff för att sanktionen skall verka avskräckande. På grund av komplexitet i lagstiftningen kan det, trots att en överträdelse upptäckts, ibland vara svårt att få till en fällande dom. Det är därför viktigt att utforma regler så att ett hot de facto kan uppfyllas och inte upplevs som tomt. Hotet måste alltså, för att få verkan, bestå av en tillräckligt sträng sanktion i förhållande till upptäcktsrisken och sannolikheten för att sanktionen kommer utgå.⁵⁵

Trots att övergången från straff till sanktionsavgift i gamla marknadsföringslagen tekniskt sett innebar en avkriminalisering var aldrig tanken att marknadsstörningsavgiften skulle vara ett enbart preventivt instrument. Förbudsprincipen, som uttrycks genom marknadsstörningsavgiften, skyddar det så kallade inre området av

⁵³ Christian, Dahlman, *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära* s. 94 f.

⁵⁴ Håkan, Hydén, , *Rättsregler: en introduktion till juridiken*, s. 37 f.

⁵⁵ Christian, Dahlman, *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära* s. 95 f.

marknadsföringsrätten. Till skillnad från vitesföreläggandet är marknadsstörningsavgiften repressivt konstruerad. På en individualpreventiv nivå är vitesföreläggandet och marknadsstörningsavgiften tänkt att uppnå samma resultat, nämligen att näringsidkaren upphör med den otillbörliga marknadsföringen. Marknadsstörningsavgiftens repressiva karaktär markerar emellertid att lagstiftaren uttryckt att det beträffande allvarlighetsgrad finns en nivåskillnad mellan olika typer av överträdelser. En del överträdelser är, enkelt uttryckt, så grova att de även ”förtjänar att straffas”.⁵⁶

⁵⁶ Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion*, s. 18.

5 Diskussion

Det är som bekant, vilket framkommit i uppsatsen, mycket få näringsidkare som ålagts marknadsstörningsavgift sedan den lanserades i svensk lagstiftning. Begränsad praxis och en relativt fåordig lagtext kan resultera i ett något diffust förstahandsintryck av regleringen. Min mening är att det inte heller i förarbetena helt tydligt uttrycks vilken funktion marknadsstörningsavgiften var tänkt att fylla. Jag anser otydligheten vara en följd av en inte helt genomarbetad strategi i och med tveksamheten inför vilken företeelse som faktiskt skulle motverkas. I förberedelsearbetet borde lagstiftaren gjort ett tydligare beslut rörande vilka överträdelser de faktiskt var ute efter att sanktionera. Var målet särskilt klandervärda förfaranden generellt eller de särskilt klandervärda förfaranden som resulterat i oönskad effekt på marknaden?

Praxis visar att det är frågan om den oönskade effekten som oftast hindrar fällande dom. Sanktionsavgiften skall aktualiseras då det föreligger ett påtagligt skyddsbehov för konsument- och näringsidkarintressen samt att överträdelsen skall ha stört marknads funktion. Detta innebär att överträdelsen i någon mån även måste ha påverkat en tredje part för att kunna utgå. Detta medförde till exempel att någon fällande dom inte kom till stånd varken i fallet *Sova* eller *Life Cooperation* trots tydligt klandervärda förfaranden.

Det bakomliggande intresset för att övergå från straff till sanktionsavgift i MFL, framstår för mig, inte ha haft något att göra med en generell önskan att avkriminalisera. Genom att kombinera missbruksprincipen med förbudsprincipen skapade lagstiftaren istället med marknadsstörningsavgiften en ny påföljd av repressiv karaktär. Indelningen av MFL i ett yttre och inre område tyder på att lagstiftaren flyttade över straffets värdeexpressiva funktion från de tidigare straffbestämmelserna till den nya sanktionsavgiften. På grund av marknadsstörningsavgiftens tydligt

straffliknande karaktär är, för rättsäkerhetens skull, processen fortfarande lik det straffrättsliga förfarandet. Vid övergången valde lagstiftaren också att behålla culpkravet. Förfarandet förenklades alltså inte särskilt mycket i och med övergången. Min slutsats är därför att den enda egentliga drivkraften för att avkriminalisera var fördelen med att kunna rikta talan även mot juridiska personer.

Som jag tidigare nämnt är det viktigt att se marknadsstörningsavgiften i sitt sammanhang. Marknadsstörningsavgiften är en kugge i ett större system vars syfte är att värna om den svenska marknadsekonomi. Detta genom att skydda tilltron till all form av marknadskommunikation. Begränsad praxis och få fällande domar innebär, vilket jag nämner i min avgränsning, inte på något sätt att lagstiftningen inte uppnått den önskade avskräckande effekten. Efter en analys av mitt arbete är det, menar jag, just den avskräckande effekten för både fysiska och juridiska personer som är och alltid varit marknadsstörningsavgiftens främsta syfte.

Genom min uppsats går det inte på något sätt dra slutsatsen att marknadsstörningsavgiften inte uppfyller sin tänkta funktion. Däremot är det min uppfattning att det finns gott om utrymme till förbättring. Med tanke på att det, trots höga ambitioner, i samhället finns gott om överträdelser mot MFL borde det teoretiskt sett vara fullt möjligt att utveckla lagstiftningen för att få bättre åttlydnad.

Med tanke på den massiva marknadsföring som ständig pågår måste upptäcktsrisken och sanktionssannolikheten för majoriteten av näringsidkare framstå som löjeväckande låg. MD avgör ju som bekant endast ett 30-tal mål per år. Det är i princip omöjligt att öka upptäcktsrisken utan att ge enskilda talerätt eller att ge KO en möjlighet att själv ålägga sanktionsavgift. Det senare skulle inverka på rättsäkerheten och det tidigare rimmar dåligt med marknadsrättens uppbyggnad. Vad som då kvarstår för att uppnå en god beteendestyrning är att antingen göra straffet mer avskräckande eller öka sanktionssannolikheten. Genom att till exempel ta bort kravet på att

överträdelsen skall störa marknadens funktion skulle komplexiteten i lagstiftningen enligt mig minska. Detta skulle i sin tur leda till en mer preventivt verkande marknadsstörningsavgiftsreglering vilket skulle bidra till en bättre fungerande marknad enligt marknadsföringslagens och marknadsrättens principer.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur:

Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten: en introduktion*, 6., uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 2, Marknadsföringsrätten*, 1., uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013

Warnling-Nerep, Wiweka, *Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet*, 1., uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära*, 2., uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010

Hydén, Håkan, *Rättsregler: en introduktion till juridiken*, 5., uppl., Studentlitteratur, Lund, 2001

Lagkommentarer:

Levin, Marianne, *Marknadsföringslagen (2008:486) 29 §*, lagkommentar not. 188, (3 maj 2016, Karnov Internet).

Levin, Marianne, *Marknadsföringslagen (2008:486) 32 §*, lagkommentar not. 196 & 197, (4 maj 2016, Karnov Internet).

Ulväng, Magnus, *Brottsbalk (1962:700) 1 kap. 3 §*, Lexino 2012-07-01 (16 maj 2016, Karnov Internet)

Offentligt tryck:

Propositioner

Prop. 1994/95:123

Prop. 1992/93:56

Prop. 2007/08:115

Prop. 2015/16:168

Statens offentliga utredningar

SOU 1993:59

Rättsfallsförteckning

MD 1998:7

MD 2005:22

MD 2012:17

MD 1998:20

MD 2005:11

MD 2013:2

MD 2015:21