



LUNDS
UNIVERSITET

Institutionen för handelsrätt

Naida Sinanović

Aggressiv marknadsföring

- Trakasserier, tvång eller otillbörlig påverkan (annat aggressivt påtryckningsmedel)? -

HARH01 Affärsjuridisk kandidatkurs med examensarbete

Handledare: Ulrika Wennersten

Sammanfattning

Marknadsföring är vanligt förekommande i dagens samhälle och marknadsföringsrätten är central när det gäller att avgöra om marknadsföringen är lagligt utformad. All marknadsföring är ägnad att påverka en eventuell konsument till att fatta ett affärsbeslut. Aggressiv marknadsföring har genom alla tider ansetts otillbörlig i Sverige. Till följd av att direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder implementerades i svensk rätt, infördes en specifik bestämmelse mot aggressiv marknadsföring i marknadsföringslagen (MFL). Detta skedde i form av ett förbud i 7 § MFL och bestämmelsen omfattar aggressiva beteenden såsom trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel. Marknadsföring anses otillbörlig om den ”i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut”. Sverige kritiserades dock för att inte korrekt implementerat artikel 9 i ovan nämnda direktiv. En ändring av reglerna om aggressiv marknadsföring skedde därför i mars år 2016 genom att en tilläggsparagraf (7 a §) infördes för att förtydliga vad som avses med aggressiv marknadsföring i 7 § MFL. I 7 a § MFL anges också de omständigheter som kan vara av betydelse vid tillämpningen av 7 § MFL.

Syftet med uppsatsen är att utreda innebörden av *aggressiv marknadsföring* enligt MFL samt undersöka hur den gällande bestämmelsen behandlats i praxis. För att uppnå syftet och besvara frågeställningarna kommer dels en rättsdogmatisk metod, dels en EU-rättslig metod att tillämpas på det utvalda materialet. Bestämmelserna i 7 § och 7 a § MFL kommer att tolkas i ljuset av artikel 8 och 9 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Vidare kommer begreppen trakasserier, tvång och otillbörlig påverkan att utredas. Uppsatsen kommer även att behandla de aggressiva metoder som stadgas i svarta listan. Marknadsdomstolens praxis kommer vidare att analyseras för att försöka utreda hur förbudet mot aggressiv marknadsföring har tillämpats i svensk rättspraxis.

Abstract

Marketing is common in today's society and the marketing law is the key when it comes to determining whether your marketing is legal or not. All marketing is likely to influence a potential customer into making a business decision. Aggressive marketing has through the ages been deemed as unfair in Sweden. As a result of the implementation of Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC in Swedish law, the term *aggressive marketing* was introduced into the Swedish marketing law (MFL). The prohibition of aggressive marketing is provided in § 7 Marketing Act and includes harassment, coercion, physical violence, threats or other aggressive means of pressure. The marketing is considered to be unfair if it "appreciably affects or probably affects the recipient's ability to make a well-founded transaction decision". Sweden was criticized for not having correctly implemented Article 9 of the above mentioned directive. An amendment of the rules on aggressive marketing was therefore made in March 2016 by an additional clause (§ 7a) which clarified the § 7 MFL. The § 7 a MFL states factors which may be relevant for the purposes of § 7 MFL.

The purpose of this thesis is to investigate the meaning of aggressive marketing according to the Marketing Act and examine the impact of the rule given in Swedish case law. In order to achieve the purpose and answer the questions, a legal dogmatic method and an EU legal method will be applied on the selected material. The provisions in § 7 and § 7 a Marketing Act will be interpreted in the light of article 8 and 9 of the Unfair Commercial Practices Directive. Furthermore, the terms harassment, coercion and undue influence will be investigated. The thesis will also oversee the aggressive methods given in the black list. The cases of the Swedish Market Court will further be analyzed and examined to investigate the effect in Swedish practice.

Innehållsförteckning

1. Inledning.....	7
1.1 Introduktion till marknadsföringsrätten	7
1.2 Syfte och frågeställningar.....	8
1.3 Metod och material.....	8
1.4 Avgränsning	9
1.5 Forskningsläget	9
1.6 Disposition	10
2. Bakgrund	11
2.1 Marknadsföringsrättens framväxt	11
2.2 Direktivet om otillbörliga affärsmetoder.....	12
2.2.1 Bakgrunden till direktivet om otillbörliga affärsmetoder	13
2.2.2 Allmänt om transaktionstestet och genomsnittskonsumenten	15
2.3 Marknadsföringslagen (2008:486)	18
2.3.1 Allmänt.....	18
2.3.2 Bakgrunden till 7 a § MFL.....	18
3. Aggressiv marknadsföring	22
3.1 Allmänt om aggressiv marknadsföring	22
3.2 Aggressiva affärsmetoder enligt direktivet om otillbörliga affärsmetoder	22
3.2.1 Trakasserier	24
3.2.2 Tvång.....	25
3.2.3 Otillbörlig påverkan (annat aggressivt påtryckningsmedel)	26
3.2.4 Utnyttjande av maktställning	28
3.2.5 Transaktionstestet och genomsnittskonsumenten vid aggressiv marknadsföring... ..	28
4. Brist på praxis.....	31
4.1 Allmänt.....	31
4.2 Stardoll	31
4.3 Mr Jet.....	33
4.4 Aggressiva grunder som inte prövats	35
5. Direktivets bilaga - svarta listan.....	36
5.1 Bakgrunden till svarta listan.....	36
5.2 Punkterna 24-31 i svarta listan	37
6. Sammanfattande analys.....	39

6.1 Vilka affärsmetoder räknas som aggressiva inom MFL och direktivet om otillbörliga affärsmetoder?	39
6.2 Hur tillämpas förbudet mot aggressiv marknadsföring i Marknadsdomstolens praxis?	41
7. Källförteckning	44
Offentligt tryck	44
EU-rättsligt material	44
Tryckta källor	45
Rättspraxis	46
Marknadsdomstolen	46
EU-domstolen	46
Elektroniska källor	47

Förkortningar

EG - Europeiska Gemenskapen

EU - Europeiska Unionen

EUT - Europeiska gemenskapens officiella tidning

ICC - International Chamber of Commerce

KO - Konsumentombudsmannen

KOV - Konsumentverket

MD - Marknadsdomstolen

MFL - Marknadsföringslagen (2008:486)

NOp - Näringslivets Opinionsnämnd

Prop. – Proposition

SFS – svensk författningssamling

SOU - Statens offentliga utredningar

1. Inledning

1.1 Introduktion till marknadsföringsrätten

Kommersiella krafter styr vårt samhälle. Konsumenter påverkas ständigt av reklam, mailutskick, annonser och annan typ av marknadsföring.¹ De flesta företag är flitiga med att använda marknadsföringen som sitt främsta vapen när det gäller att locka till sig kunder. Många företag använder sig av en allt mer påträngande marknadsföring, vilket i sig inte är förbjudet, utan kan mycket väl påverka konkurrensen på ett positivt sätt och därmed även gynna konsumenten.² Då en påträngande marknadsföring inte är helt ovanlig har man satt upp en gräns för när marknadsföringen blir aggressiv.³ För att fastställa hur långt marknadsföringen kan sträcka sig innan den anses aggressiv är det nödvändigt att, genom praxis och doktrin, undersöka vart denna gräns går.

Ramarna för tillåten marknadsföring bestäms av marknadsföringslagen (2008:486), MFL och kompletteras av Marknadsdomstolens praxis. I 7 § MFL stadgas förbud mot marknadsföring som innefattar trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel. Sådan marknadsföring anses vara otillbörlig om den ”i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut”.

Den 12 november 2015 lade regeringen fram en proposition avseende ändring i reglerna om aggressiv marknadsföring.⁴ Ändringen skedde för att kommissionen hade uppmärksammat att man i svensk lagstiftning inte korrekt genomfört bestämmelsen om aggressiv marknadsföring i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder (härefter direktivet om otillbörliga affärsmetoder). Ändringen innebar att man införde en ny paragraf som skulle förtydliga begreppen i 7 § MFL och ange de omständigheter som ska beaktas vid fastställandet om marknadsföringen är aggressiv.⁵ Ändringen antogs och den 1 mars 2016 trädde den nya paragrafen, 7 a §, i kraft.

¹ Frankelius, *Sverige har inte förstått betydelsen av marknadsföring*, SvD, 2010-01-15 (elektronisk).

² Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, (2010) s. 178.

³ Prop. 1994/95:123 s. 78.

⁴ Prop. 2015/16:46.

⁵ Prop. 2015/16: 46 s. 1.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med uppsatsen är att utreda vad *aggressiv marknadsföring* innebär enligt MFL samt undersöka hur den gällande bestämmelsen behandlats i praxis. Följande frågeställningar ska utredas:

- Vilka affärsmetoder räknas som aggressiva enligt MFL och direktivet om otillbörliga affärsmetoder?
- Hur tillämpas förbudet mot aggressiv marknadsföring i Marknadsdomstolens praxis?

1.3 Metod och material

För att uppnå syftet och besvara frågeställningarna ovan kommer dels en rättsdogmatisk metod, dels en EU-rättslig metod att tillämpas på det utvalda materialet. Den rättsdogmatiska metoden syftar till att tolka, granska samt framställa gällande rätt på ett systematiskt och sammanhängande vis.⁶ Metoden kan jämföras med den domare tillämpar i sin yrkesverksamhet, varvid de använder rättskälleläran. Rättskälleläran innebär att systematiskt undersöka författningar, förarbeten, praxis och doktrin.⁷

Den EU-rättsliga metoden tillämpas på allt EU-rättsligt material, såväl praxis som doktrin. Primärrätten och sekundärrätten utgör en del av EU-rättens rättskällor och är bindande. Primärrätten består av fördrag och sekundärrätten av rättsakter som är baserade på fördragen. Dessa rättsakter består b.l.a. av direktiv, förordningar och beslut. Vidare utgör även rättspraxis och allmänna principer bindande rättskällor. Icke-bindande sekundärrätt består b.l.a. av förarbeten, generaladvokatens förslag till avgöranden och doktrin. Dessa typer av rättskällor är endast vägledande.⁸

Utgångspunkten för denna uppsats kommer att vara marknadsföringslagen och bestämmelserna om aggressiv marknadsföring i 7 § och 7 a § MFL. Eftersom lagen är ett resultat av implementeringen av fullharmoniseringsdirektivet om otillbörliga affärsmetoder, kommer det i stor utsträckning att redogöras för direktivets innehåll. Fokus kommer främst ligga på artikel 8 och 9 samt den svarta listan. Då EU-domstolens praxis har direkt betydelse för tolkningen av begreppet ”genomsnittskonsument” hänfört till aggressiv marknadsföring,

⁶ Peczenik, *Juridikens teori och metod*, (1995) s. 9.

⁷ Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, (2013) s. 35.

⁸ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, (2011) s. 40.

kommer därför även den att behandlas. Studien sker med hjälp av förarbeten, praxis samt doktrin. I första hand kommer rättskällorna att studeras med hjälp av bokstavstolkning⁹, dvs. utifrån deras ordalydelse och i andra hand kommer en teleologisk tolkning¹⁰ att användas, dvs. att rättskällorna kommer studeras utifrån deras ändamål. Svenska förarbetena till MFL kommer att studeras för att utröna hur fullharmoniseringsdirektivet genomfördes i svensk rätt. Vidare kommer EU kommissionens grönböcker att studeras. För att förstå lagens bestämmelser och konkretisera dessa kommer svensk såväl som utländsk doktrin att studeras. För att kunna studera hur bestämmelsen ska tillämpas kommer vägledning att sökas i såväl Marknadsdomstolens praxis som i EU-domstolens praxis.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen behandlar aggressiv marknadsföring. Av utrymmesskäl har det gjorts vissa avgränsningar. Inledningsvis ska understrykas att det endast är svensk marknadsföring som ska behandlas. Området är dock fullharmoniserat, varför hänvisning till andra rättssystem och utländska källor kommer att ske, men det är enbart i syfte att redogöra för den svenska bestämmelsen. Uppsatsen syftar alltså inte till att göra en komparation mellan svensk rätt och andra rättsordningar. Utländsk rätt används endast som utblick för att öka förståelsen av vad som utgör aggressiv marknadsföring enligt direktivet. Vidare ämnar uppsatsen heller inte att redogöra för konkurrensrättsliga aspekter, utan enbart för marknadsföringsrätten.

1.5 Forskningsläget

Aggressiv marknadsföring har inte varit särskilt omdebatterat inom svensk marknadsrätt, vilket främst beror på att bestämmelsen är relativt ny.

Författare som givit ut litteratur på området är Bakardjieva Engelbrekt, Bernitz, Howells, Micklitz och Wilhelmson. Deras litteratur har använts till stor del vid författandet av uppsatsen. Vidare har Marianne Levin författat en djupgående lagkommentar till 7 § och 7 a § MFL i Lexino. Förutom ovanstående finns det, trots att det är begränsat, rättspraxis¹¹ på området.

⁹ A.a. s. 159 f.

¹⁰ A.a. s. 168 ff.

¹¹ Se b.la. MD 2011:25 och MD 2012:14.

1.6 Disposition

Uppsatsen har disponerats på följande vis. Inledningsvis kommer det översiktligt att redogöras för bakgrunden till marknadsföringslagen och direktivet om otillbörliga affärsmetoder (kap. 2), för att läsaren ska få en grundläggande förståelse för hur marknadsföringslagen är uppbyggd. Därefter kommer den aggressiva marknadsföringen (kap. 3) att behandlas. Författaren kommer i detta kapitel beskriva de begrepp som räknas som aggressiva i 7 § MFL. Syftet med kapitlet är att utreda vilka affärsmetoder som räknas som aggressiva. Efterföljande kapitel behandlar relevant praxis (kap. 4). Vidare kommer de aggressiva metoderna som anges i direktivets bilaga, den s.k. svarta listan, att redovisas kortfattat (kap. 5). Slutligen kommer en sammanfattande analys göras och en slutsats dras (kap. 6).

2. Bakgrund

2.1 Marknadsföringsrättens framväxt

Marknadsföringslagen har en tämligen kort historia och området utvecklades först efter andra världskriget. Under efterkrigstiden fick Sverige för första gången, liksom övriga Europa, en ekonomisk debatt om konkurrensbegränsningsfrågor och konsumentpolitiska problem. Denna kännetecknades av marknadsekonomins genombrott.¹² Marknadsekonomins genombrott innebar, på distributionens område, att det tidigare dominerande ”produktionsinriktade tänkandet” som innebar att produktionen skulle styra efterfrågan skulle ersättas av ett marknadskoncept. Marknadskonceptet gick ut på att konsumentens behov skulle styra produktionen av varor, tjänster och andra nyttigheter. Detta koncept ledde till att konsumenten tillskrevs en nyckelställning: *The Consumer is the King*.¹³

Så tidigt som år 1953 kom en lag som syftade till att ”främja en aktiv konkurrens på marknaden olika näringsidkare emellan”. Lagen kom att benämnas konkurrensbegränsningslagen. Denna konkurrensbegränsningslag förändrades år 1956 och 1966, för att sedan ersättas av en annan konkurrenslag år 1982. Denna ersattes i sin tur av en helt ny konkurrenslag år 1993. Två årtionden efter konkurrensbegränsningslagens ikraftträdande kom en lösning på frågan om en ny lagstiftning gällande missbruk av konkurrensfrihet på marknadsföringens område. Anledningen till en sådan passivitet från lagstiftarens håll var den självreglering som byggdes upp av näringslivets organisationer under 1940-, 1950- och 1960-talen.¹⁴ En milstolpe i marknadsrättens utveckling kom år 1957 i samband med tillkomsten av Näringslivets Opinionsnämnd (NOp). NOp:s genomslagskraft blev stor pga. att deras beslut var grundade på internationellt accepterade bedömningsnormer, närmare bestämt på Internationella Handelskammarens (ICC) internationella kodex för reklam. Första gången ICC:s reklamkod gavs ut var år 1937 och därefter har den reviderats ett antal gånger. I Sverige fick dessa normer beteckningen ICC:s Grundregler.¹⁵ Att dessa fick en sådan genomslagskraft som normkälla i Sverige beror främst på att de byggde på tanken ”The Consumer is the King”. Konsumenten skulle enligt dessa normer alltid ses som den primära aktören när det är fråga om att bekämpa otillbörliga metoder på marknadsföringens område.

¹² SOU 1993:59 s. 119.

¹³ SOU 1993:59 ss. 119 f.

¹⁴ SOU 1993:59 s. 120.

¹⁵ ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation, s. 1.

Liksom ICC:s Grundregler och NOp:s praxis bygger MFL och dess föregångare, lagen om otillbörlig marknadsföring, på marknadsföringskonceptet där konsumenten står i centrum och ska ses som ett skyddsobjekt.¹⁶ I samband med tillkomsten av lagen om otillbörlig marknadsföring inrättades ett speciellt organ, Konsumentombudsmannen (KO). KO hade till uppgift att bevaka näringsidkarnas marknadsföring och ingripa vid felaktigt handlande. Detta skulle i första hand ske förhandlingsvägen och i sista hand genom att väcka talan inför Marknadsdomstolen. År 1975 slogs KO-ämbetet samman med Konsumentverket (som inrättades 1973). Detta resulterade i en myndighet, Konsumentverket (KOV), vars uppgift går ut på att ta tillvara konsumenternas intressen.¹⁷

Den 1 januari 1994 gick Sverige med i Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet (EES) och i samband med detta kom år 1995 marknadsföringslag. Ändringen gjordes för att möjliggöra utvecklingen av det europeiska samarbetet mot en integrerad marknad.¹⁸ 1 januari 1995 gick Sverige med i EU.¹⁹

Den nuvarande marknadsföringslagen genomför ett flertal direktiv som finns på området. Ett av de viktigaste är fullharmoniseringsdirektiv som handlar om att skapa ett konsumentskydd inom unionen.²⁰

2.2 Direktivet om otillbörliga affärsmetoder

Den svenska lagstiftningen är fullharmoniserad och har sin grund i EU-rätten och ett antal direktiv²¹, bland annat direktivet om otillbörliga affärsmetoder.²² Direktivets centrala bestämmelser kan delas in i fyra delar.²³ Den första delen består av en generalklausul som förbjuder otillbörliga affärsmetoder som strider mot god yrkessed i det fall dessa innebär, eller sannolikt innebär, att genomsnittskonsumentens ekonomiska beteende avsevärt snedvrids (art.

¹⁶ SOU 1993:59 s. 121.

¹⁷ SOU 1993:59 s.122.

¹⁸ Prop. 1994/95:123 s. 35.

¹⁹ Prop. 1994/95:19 s. 32.

²⁰ Svensson, *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, (2010) s. 14.

²¹ Marianne Levin, *Marknadsföringslag (2008:486)* 1 §, Lexino 2014-06-03.

²² Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktivet om otillbörliga affärsmetoder).

²³ Bernitz U, "The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition" i *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, (2007) s. 36.

5). Den andra delen innebär ett förbud mot vilseledande affärsmetoder, både vilseledande handlingar och vilseledande underlåtenhet (art. 6 och 7). Den tredje delen innebär ett förbud mot aggressiva affärsmetoder (ett förbud som reglerar direkta sådana och ett som reglerar användandet av trakasserier, tvång och otillbörlig påverkan) (art. 8 och 9) och den fjärde delen består av en bilaga till direktivet, den *svarta listan*, som innehåller 31 metoder som under alla omständigheter är otillåtna. Dessa förbud riktar sig mot marknadsföring som sker med både målgruppen konsumenter och näringsidkare.²⁴

Generalklausulen i artikel 5 är en allmänt hållen bestämmelse som kan tillämpas i flera fall. Generalklausulen omfattar metoder som är otillbörliga men som inte faller under vilseledande marknadsföring, aggressiv marknadsföring eller den svarta listan.²⁵ Även lagstridighetsprincipen faller in under generalklausulen. Alltså ska all marknadsföring, enligt den s.k. lagstridighetsprincipen, vara laglig vilket även innebär att den inte får strida mot annan lag.²⁶ För att avgöra om en affärsmetod är otillbörlig ska de tre rekvisiten som uppställs i generalklausulen prövas. För det första ska affärsmetoden strida mot god yrkessed. För det andra måste affärsmetoden innebära, eller sannolikt komma att innebära, en avsevärd snedvridning av konsumentens ekonomiska beteende. Vidare ska detta bedömas utifrån en genomsnittskonsument för att fastställa affärsmetodens konsekvenser.²⁷

2.2.1 Bakgrunden till direktivet om otillbörliga affärsmetoder

År 1992 beslutade Kommissionen att starta en marknadsrättslig utredning. Syftet med denna var att skapa en framtida politisk strategi inom området för affärskommunikation. Resultatet av utredningen lades fram i en grönbok om affärskommunikation i den inre marknaden.²⁸ Det konstaterades att det fanns ett behov av gränsöverskridande marknadsåtgärder pga. varierad nationell reglering på området. Variationen ansågs utgöra potentiella hinder för den gränsöverskridande handeln på den inre marknaden.²⁹ Kommissionen påbörjade ytterligare en utredning och en grönbok lades fram i oktober 2001. Syftet med denna var att införa ett omfattande offentligt samråd om den framtida inriktningen för konsumentskyddet inom EU.

²⁴ Prop. 2007/08:115, s. 61, SOU 2006:76 s. 193 ff.

²⁵ Prop. 2007/08:115, s. 69.

²⁶ SOU 2006:76 s. 207.

²⁷ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av direktiven 84/450/EEG, 97/7/EG och 98/27/EG (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) {SEK(2003) 724}.

²⁸ Bengtsson & Kahn, *Den nya marknadsföringslagen*, (2008) s. 8.

²⁹ Kommissionens grönbok om affärskommunikation i den inre marknaden, KOM(96) 192 s. 4, 17.

Denna utredning resulterade i en rättslig ram för en formenlig samverkan emellan offentliga myndigheter för att ”bygga upp den inre marknaden för konsumenter”.³⁰ Det var i ljuset av 2001 års grönbok som arbetet med ett rättsligt ramdirektiv om otillbörliga affärsmetoder påbörjades.³¹

I juni 2003 presenterade kommissionen ett förslag till direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Förslaget blev väldigt omdiskuterat i rådsarbetargruppen. Den 10 november 2003, under det italienska ordförandeskapet, anordnades en debatt på ministerrådet med anledning av förslaget. På ministerrådet den 18 maj 2004 lyckades det irländska ordförandeskapet uppnå en politisk överenskommelse. Medlemsländerna var dock inte eniga, bland annat reserverade sig Sverige och Danmark mot beslutet och gav in en deklARATION. Anledningen till detta var att det fanns en stor risk för att förslaget skulle leda till ett försämrat konsumentskydd i de länder som hade ”högre konsumentskydd än gällande minimiregler”. Sverige stöttade en harmonisering på området men ansåg att förslaget till direktivet om otillbörliga affärsmetoder var aningen för snävt i sitt tillämpningsområde, därför kunde Sverige inte ställa sig bakom direktivet. Danmark hade liknande problem som Sverige och valde därför också att inte ställa sig bakom direktivet.³² Vid andra behandlingen³³ erhöll förslaget majoritet vid omröstningen. Fullharmoniseringsdirektivet om otillbörliga affärsmetoder infördes i syftet att skapa ett konsumentskydd i unionen samt främja den gränsöverskridande handeln för varor och tjänster.³⁴

Direktivet kan tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som en näringsidkare använder mot en konsument både före, under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt.³⁵ Begreppet *affärsmetod* definieras artikel 2 d och utgör ”en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i

³⁰ Kommissionens grönbok om konsumentskyddet inom Europeiska unionen, KOM(2001) 531 s. 18.

³¹ Bengtsson & Kahn, *Den nya marknadsföringslagen*, (2008) s. 8.

³² Rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG, Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr .../2004 ("Direktiv om otillbörliga affärsmetoder") s. 2 ff.

³³ Europaparlamentets lagstiftningsresolution om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder, andra behandlingen, dok. P6_TA-PROV(2005)0048.

³⁴ Skäl 1 och 2 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

³⁵ Direktivet om otillbörliga affärsmetoder, art. 3.1.

direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument”. EU-domstolen har angett att definitionen av begreppet *affärsmetod* i artikel 2 d är synnerligen vid formulerad.³⁶

2.2.2 Allmänt om transaktionstestet och genomsnittskonsumenten

För att en affärsmetod ska anses otillbörlig enligt MFL:s generalklausul eller katalogreglerna ska åtgärden i märkbar mån påverka eller sannolikt påverka en konsuments förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Företeelsen kallas för *transaktionstestet* och infördes i MFL i samband med direktivets implementering. I artikel 2 e har uttrycket *att avsevärt snedvrیدا konsumentens ekonomiska beteende*³⁷ definierats på följande vis:

Att använda en affärsmetod i syfte att i märkbar mån försämra konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därmed få konsumenten att fatta ett annat affärsbeslut än vad som annars skulle ha varit fallet.

Testet infördes för att kunna fastställa i vilken utsträckning en marknadsföring kan påverka en *genomsnittskonsument*³⁸ när denna fattar sitt affärsbeslut. Det görs i samband med en prövning om en marknadsföring strider mot generalklausulen (5§), aggressiv marknadsföring (7§) eller vilseledande marknadsföring (10§). Kravet är något högre när det gäller generalklausulen (5§) och aggressiv marknadsföring (7§) då marknadsföringen i dessa fall *ska* påverka mottagaren i ”märkbar mån”. För vilseledande marknadsföring (10§) räcker det att påverkan är *sannolik*.³⁹ Syftet bakom transaktionstestet är dels att understryka att otillbörlig marknadsföring rör det ekonomiska området, dels att mer bagatellartade och försumbara överträdelse inte skall kunna betraktas otillbörliga och kunna ge anledning till ingripanden och sanktioner.⁴⁰ Det är dock viktigt att understryka bestämmelserna i svarta listan då dessa är undantag från kravet på märkbar påverkan. Om en viss typ av marknadsföring uppfyller rekvisiten för listans punkter är förfarandet under alla omständigheter förbjudet.⁴¹

Vid bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd haft effekt på mottagaren i någon mån används begreppet *genomsnittskonsument* som en ram för vad som utgör den typiske

³⁶ C-304/08, p.36.

³⁷ Prop. 2007/08:115 s. 109.

³⁸ SOU 2006:76 s. 204. Se även: C-220/98, C-210/96, C-470/93, C-356/04, C-159/09 och C-195/14.

³⁹ Prop. 2007/08:115 s. 108 ff.

⁴⁰ SOU 2006:76 s. 212, se även skäl 6 i direktivet.

⁴¹ Skäl 17 direktivet om otillbörliga affärsmetoder, MFL 4 §.

konsumenten ur målgruppen som åtgärden riktas mot. Detta sker genom att rättstillämparen ”tolkar och fyller ut” begreppet med en distinktare innebörd. Därefter kan åtgärden bedömas ur ett presumtivt resonemang av genomsnittskonsumentens reaktion i varje enskilt fall. Begreppet genomsnittskonsument har kommit att konkretiseras i direktivet om otillbörliga affärsmetoder för att skapa en enhetlig tillämpning inom EU. Grunden för åtgärden är tagen från EU-domstolens praxis.⁴² I målet *Gut Springenheide*⁴³ grundades begreppet genom att EU-domstolen slog fast att utgångspunkten för bedömningen om ett yttrande i marknadsföringen verkat vilseledande skulle den ta hänsyn till förväntningar hos ”[...] *an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect*.[...]”. Enligt ett pressmeddelande⁴⁴ som kom i samband med utfärdandet av det ursprungliga förslaget till direktivet om otillbörliga affärsmetoder⁴⁵ angavs målet *Gut Springenheide*, tillsammans med målet *Clinique*⁴⁶, vara vägledande för innebörden av genomsnittskonsumenten i direktivet.

En genomsnittskonsument är en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst person. Vid bedömningen ska det även tas hänsyn till sociala, kulturella och språkliga faktorer. Definitionen av en genomsnittskonsument skiftar från fall till fall beroende på de särskilda omständigheterna, vilken målgrupp marknadsföringen är riktad till och på vilken nivå språket i marknadsföringen ligger.⁴⁷ I ett stort antal domar har MD ansett att bedömningen av om marknadsföringen anses otillbörlig ska utgå från det budskap som förmedlas till genomsnittskonsumenten vid en flyktig kontakt med materialet. I mål som rör prisjämförelser har MD bedömt att påståenden av typen ”Vi har de bästa priserna”, ”Sveriges billigaste” och ”Vi är billigast” varit vilseledande då en genomsnittskonsument vid en flyktig läsning fått en föreställning att företagen, jämfört med sina konkurrenter, allmänt haft de lägsta priserna.⁴⁸ Genomsnittskonsumenten är, som tidigare nämnts, en ram för vad som utgör en typisk konsument ur målgruppen som åtgärden är riktad mot. Hur målgruppen har definierats skiftar från fall till fall, i till exempel MD 2009:28 definierades målgruppen som amatörhantverkare utan djupare kännedom om vissa aktörers utbud och prissättning. I MD

⁴² Prop. 2007/08:115 ss. 66 f.

⁴³ C-210/96 *Gut Springenheide*, p. 37. Se även: C-470/93 *Mars*, som erkänts vägledande för begreppet.

⁴⁴ IP/03/857, Bryssel 2003-06-18.

⁴⁵ Direktiv om otillbörliga affärsmetoder. Fakta-PM om EU-förslag 2003/04:FPM32.

⁴⁶ C-315/92 *Clinique*.

⁴⁷ Seratelius, *I huvudet på en genomsnittskonsument*, Reklamjuridik, 2010 (elektroniskt).

⁴⁸ *Ibid*.

2009:25 har domstolen funnit att genomsnittskonsumenten ska fastställs ur målgruppen konsumenter med intresse för spel och som i en viss utsträckning ägnar sig åt spel eller funderar på att äga sig åt spel. Vidare fastställde domstolen i MD 2009:39 genomsnittskonsumenten ur målgruppen konsumenter i allmänhet, med vana att använda Internet. I MD 2009:41 åsyftade marknadsföringen hälsoprodukter. Domstolen fastställde att synnerligen höga vederhäftighetskrav gäller när marknadsföringen berör medicinsk argumentering. I detta fall bestämdes genomsnittskonsumenten ur en målgrupp som antogs vara ”mindre kritisk än konsumenter i allmänhet”, t.ex. sjuka. MD 2006:12 rörde Eurocards marknadsföring av konsumentkrediter, riktad till tänkbara och befintliga innehavare av Eurocards kort. För att ett kort skulle beviljas ställdes höga ekonomiska krav. MD ansåg att det högre vederhäftighetskravet som gäller beträffande marknadsföring av krediter, måste bedömas vara ”beroende av målgruppens sammansättning i det enskilda fallet”. Själva marknadsföringen ansågs inte riktad till dem med svag ekonomi. Att marknadsföringen typiskt sett riktade sig till konsumenter med god ekonomi kunde dock inte tillskrivas någon avgörande betydelse vid bedömningen, då även kortinnehavare kunde råka ut för ekonomiska problem. Det som blev avgörande vid bedömningen var ”annonsernas och reklamfilmernas innehåll och det intryck nämnda innehåll gav konsumenterna”. MD 2008:13 handlade om ett överklagat intermistiskt förbud från tingsrätten. Tingsrätten anförde att det fanns en klar risk att ”företagets kunder” kunde bli vilseleda pga. företagets förpackning. Dock framgick inte av tingsrättens beslut vilka som utgjorde målgruppen. Enligt MD tydde utredningen på att den åsyftade målgruppen kunde vara annan än apotekspersonal. Därför var det inte tillräckligt klargjort vem marknadsföringen riktade sig mot. MD fann att det i denna fas av processen inte kunde anses bevisat att det fanns sannolika skäl för dess talan då en grundläggande förutsättning saknades för en prövning av yrkande om interimistiskt förbud, därför bifölls överklagandet.

Genomsnittskonsumenten bestäms således utifrån omständigheter i det enskilda fallet. Skulle en marknadsföring rikta sig till ett helt konsumentkollektiv är det i så fall ur detta kollektiv som genomsnittskonsumenten tas. Detsamma gäller vid marknadsföring som riktar sig till ett visst land, då är det genomsnittskonsumenten i det landet som blir relevant.⁴⁹ Genomsnittskonsumenten bedöms ur ett perspektiv som är representativt för den

⁴⁹ Melin, *Marknadsrätt*, (2009) s. 71.

genomsnittliga medlemmen i den grupp som affärsmetoden är riktad till.⁵⁰ Då begreppet inte är statistiskt är det upp till de nationella domstolarna och myndigheterna att använda sin egen diskretion vid fastställandet av en genomsnittskonsuments typiska reaktion i varje fall. EU - domstolens rättspraxis ska dock tas i beaktning.⁵¹

2.3 Marknadsföringslagen (2008:486)

2.3.1 Allmänt

I samband med implementeringen av direktivet om otillbörliga affärsmetoder införlivades bestämmelserna genom en ny lagstiftning i Sverige. Det förelåg inget egentligt behov av en omfattande reformering av lagen i varken praktisk eller materiell mening då det inte hade framförts någon avgörande kritik från myndigheter, konsumentorganisationer eller näringsliv. Det fanns endast ett krav på att implementera direktivet för att nå enhetlig konsumentskyddsreglering inom EU då bristen på enhetlig konsumentskyddsreglering utgjorde svårighet för etableringsfrihet eller för fri rörlighet för varor och tjänster över gränserna.⁵²

Lagens syfte var att skydda konsumenter och näringsidkare mot otillbörlig marknadsföring, samt deras ekonomiska intressen. Vidare skulle lagen även utgöra ett skydd för näringsidkare mot illojal konkurrens.⁵³ Den skulle även ha en generell omfattning och omfatta marknads hela utbud och efterfrågan. En nyhet med lagen var att även efterköpssituationer skulle omfattas. Utöver detta stärktes skyddet för konsumenter och näringsidkare mot otillbörliga åtgärder i samband med b.la. reklamation.⁵⁴

2.3.2 Bakgrunden till 7 a § MFL

I artikel 8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder stadgas de affärsmetoder som är att betraktas som aggressiva. Vidare stadgar artikel 9 de omständigheter som kan vara av betydelse vid tillämpningen av artikel 8.⁵⁵

Vid genomförandet av direktivet om otillbörliga affärsmetoder i Sverige ansågs det lämpligt att i marknadsföringslagen ta in en bestämmelse om aggressiv marknadsföring utformad som

⁵⁰ Skäl 18 i direktivet.

⁵¹ Ibid.

⁵² Prop. 2007/08:115 s. 60.

⁵³ Ibid. s. 61, MFL 1 §.

⁵⁴ Prop. 2007/08:115 s. 60.

⁵⁵ Prop. 2015/16:46 s. 7 f.

en generalklausul. I förarbetena angavs som skäl att en uppräknig av alla omständigheter i artikel 9 skulle resultera i en otymplig reglering. Man valde alltså att endast beskriva omständigheterna i förarbetena och ansåg att det var tillräckligt. Vidare angavs att det borde åläggas Marknadsdomstolen att överväga samt utveckla vilka omständigheter som bör tillskrivas vikt vid prövningen av om en marknadsföringsåtgärd kan falla in under bestämmelsen om aggressiv marknadsföring.⁵⁶

Den 24 september 2014 gjorde Europeiska kommissionen gällande i en formell underrättelse att den dåvarande lydelsen av den svenska regleringen i vissa avseenden var oförenlig med direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Enligt unionsrätten fullgjorde Sverige inte sin skyldighet att genomföra direktivet i svensk rätt.⁵⁷ Kommissionen framförde b.l.a. att en ”tolkning av nationell lagstiftning i enlighet med direktivet om otillbörliga affärsmetoder inte är tillräcklig för att skapa den rättssäkerhet som krävs för genomförandet av ett direktiv”. Enligt kommissionen krävs det att direktivet kan tillförsäkras full effekt inom ramen för ett ”tillräckligt tydligt regelverk” för att användningen av förarbeten ska bedömas vara en legitim metod för genomförande. Därför efterlyste kommissionen konkreta bevis, i form av domar, i de fall somliga bestämmelser enbart genomförts genom förarbeten. I Sveriges svar till kommissionen avseende riktigheten i implementeringen redogjorde Sverige för förarbetenas rättsliga ställning i Sverige. Detta gjordes genom att framföra ett antal domar från Marknadsdomstolen i svar till kommissionen.⁵⁸

Den 26 november 2014 lämnade regeringen svar till kommissionen där den uppgav att det fanns ett värde i att tydliggöra den svenska lagstiftningen såvitt avser aggressiv marknadsföring. Mot bakgrund av detta togs det inom Regeringskansliet ett initiativ till en utredning om förändring av reglerna om aggressiv marknadsföring (7 § MFL). Syftet var att säkerställa att direktivet om otillbörliga affärsmetoder skulle genomföras korrekt.⁵⁹

Trots att MFL varit i kraft i åtta år finns det fortfarande få rättsfall som avser aggressiva affärsmetoder. Detta resulterar i en svårighet att av rättspraxis dra konklusioner av hur reglerna om aggressiv marknadsföring används i praktiken. Det gör det också oklart i vilket utsträckning företeelsen förekommer i olika branscher. Sakförhållanden som påminner om de

⁵⁶ Prop. 2015/16:46 s. 7 f.

⁵⁷ Prop. 2015/16:46 s. 5.

⁵⁸ Promemoria avseende ändring i reglerna om aggressiv marknadsföring s. 5, prop. 2015/16:46 s. 8.

⁵⁹ Ibid., prop. 2015/16:46 s. 5.

som anges i direktivets artikel 9 d⁶⁰ har dock rapporterats förekomma på t.ex. telekommunikationsområdet. *Post- och telestyrelsen* har nämligen i sitt remissvar vidgått att de metoder som föreslogs i tilläggsparagrafen förekom på telekommunikationsområdet.⁶¹

Det är i ljuset av detta, och med hänsyn till kommissionens invändningar mot genomförandet av direktivet i svensk rätt, som det bedömdes finnas ett behov av att förtydliga den svenska regleringen angående aggressiva affärsmetoder. Därför ansåg man att omständigheterna i artikel 9 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder uttryckligen skulle införas i svensk rätt.⁶²

Somliga remissinstanser⁶³ menade att lagtexten borde ”anknyta ännu närmare” till direktivets formulering. Remissinstanserna föreslog att formuleringen ”som näringsidkaren känner till” från artikel 9 c skulle införas i MFL. Enligt regeringen fick det betraktas vara en ”förutsättning för att kunna anse att en näringsidkare utnyttjar ett speciellt missöde eller omständighet som kan försämra konsumentens omdöme, att näringsidkaren i fråga faktiskt känner till missödet eller omständigheten”. Denna typ av tillägg som föreslogs av remissinstanserna utgjorde ett förtydligande och kunde således läggas till i bestämmelsen. Förslaget kunde förtydligas ytterligare, Stockholms universitet föreslog att uttrycket ”kan försämra” skulle ersättas med ”är av sådan vikt att de försämrar”. På detta sätt tydliggörs att bestämmelsen inte ska tolkas på ett sätt som frångår direktivet.⁶⁴

Förändringen av reglerna om aggressiv marknadsföring innebar ett förtydligande av 7 § MFL. I 7 a § MFL stadgas de omständigheter som ska beaktas vid fastställandet av om en marknadsföring är aggressiv i den mån den innefattar trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel. Omständigheterna i 7 a § motsvarar det som anges i artikel 9 i direktivet. För att avgöra om marknadsföringen är aggressiv måste alltid en helhetsbedömning göras. Det räcker inte att en näringsidkare använder sig av ett ”hotfullt eller kränkande språk eller beteende”, ”utnyttjar ett speciellt missöde eller omständigheter”, ”använder betungande eller oproportionerliga hinder som inte följer av avtalet när en

⁶⁰ ”Betungande eller oproportionerliga hinder som inte följer av avtalet och som näringsidkaren använder sig av när en konsument vill utöva sina rättigheter enligt avtalet, inbegripet rätten att häva ett avtal eller att byta till en annan produkt eller en annan näringsidkare.”

⁶¹ Prop. 2015/16:46 s. 11.

⁶² Lagrådsremiss, s. 7, prop. 2015/16:46 s. 11.

⁶³ Finansbolagens förening, Svensk Handel, Sveriges advokatsamfund, Sveriges Annonser, Swedma och DNM Näringslivets Delegation för Marknadsrätt.

⁶⁴ Prop. 2015/16:46 s. 9.

konsument vill utöva sina rättigheter enligt avtalet” eller ”uppger sig komma att vidta åtgärder som inte lagligen kan genomföras”⁶⁵. I det fall en näringsidkare yttrar sig på ett hotfullt vis, men inte förmedlar ett direkt hot, så kan detta ensamt eller i kombination med andra sakförhållanden betyda att marknadsföringen är att anse som aggressiv. Det bör vidare åligga rättstillämparen att utveckla de omständigheter som enligt 7 a § MFL ska tas hänsyn till vid bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd är att anse som aggressiv marknadsföring.⁶⁶

⁶⁵ Se 7 a § punkterna 1 – 4 MFL.

⁶⁶ Prop. 2015/16:46 s. 11.

3. Aggressiv marknadsföring

3.1 Allmänt om aggressiv marknadsföring

Regleringen om aggressiva marknadsföringsmetoder är ett relativt nytt område både inom EU:s konsumentskydd men också i MFL (skäl 11 i direktivet), dock så är det inte ett särskilt nytt fenomen.⁶⁷ Bestämmelserna i direktivet om otillbörliga affärsmetoder och MFL behandlar samma metoder och har därmed samma huvuddrag. Ändock så skiljer sig terminologin åt. I direktivet används begreppet *affärsmetod* medan begreppet *marknadsföring* används i MFL. Begreppens innebörd överlappar varandra i stor utsträckning. Skillnaden mellan begreppen är att begreppet *affärsmetod* innefattar ”näringsidkares agerande vid leverans av en produkt till konsument”.⁶⁸ Det är endast begreppen i svarta listan som helt stämmer överens med den nationella lagstiftningen då de inte får lov att ändras av enskild medlemsstat.⁶⁹ Innehållet i 7 § MFL motsvarar det som stadgas i direktivets artikel 8 och innehållet i 7 a § MFL motsvarar det som stadgas i direktivets artikel 9. Den svenska lagen saknar dock en definition av begreppet ”otillbörlig påverkan” och ”annat aggressivt påtryckningsmedel” medan dessa är definierade i direktivets art. 2 j.

3.2 Aggressiva affärsmetoder enligt direktivet om otillbörliga affärsmetoder

Central bestämmelser som reglerar aggressiva affärsmetoder återfinns, som ovan nämnts, i artikel 8 och 9 i direktivet. Artikel 8 förbjuder aggressiva metoder som genom trakasseri, tvång eller otillbörlig påverkan avsevärt inskränker eller kan förväntas att avsevärt inskränka genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande och därmed snedvrider dennes affärsbeslut. Lydelsen är följande:

En affärsmetod skall anses vara aggressiv om den, i sitt sammanhang och med beaktande av alla särdrag och av omständigheterna kring den, genom trakasseri, tvång, inbegripet fysiskt våld, eller otillbörlig påverkan avsevärt inskränker eller som sannolikt kommer att avsevärt inskränka genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande avseende produkten och därigenom medför eller sannolikt kommer medföra att konsumenten fattar ett affärsbeslut som den annars inte skulle fattat.

Affärsmetoden ska granskas i sin kontext med hänsyn till alla sakförhållanden. Metoderna i

⁶⁷ Howells m.fl. *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s.170.

⁶⁸ Prop. 2007/08:115 s. 62 f.

⁶⁹ Prop. 2007/07:115 s. 107, Skäl 17 samt artikel 5.5 i direktivet.

svarta listan är de enda som kan anses otillbörliga utan en individuell bedömning av de faktiska sakförhållandena.⁷⁰

Reglerna om aggressiva affärsmetoder kan delas upp i två delar. Den första delen avser tvång och trakasserier medan den andra delen avser otillbörlig påverkan. Den första delen anses sätta störst press på konsumenten och ses därmed som mest uppenbart aggressiv. De mest verkningsfulla säljmetoderna är de metoder som inte är uppenbart aggressiva, menar Schulze och Schulte-Nölke. Exempel på sådana metoder är b.la. reklam som anspelar på känslor eller som skapar rädsla.⁷¹

Emellertid anger artikel 9 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder några relevanta, icke uttömmande faktorer när det skall fastställas om en affärsmetod innebär trakasserier, tvång, inbegripet fysiskt våld, eller otillbörlig påverkan. Följande faktorer ska beaktas vid bedömningen:

1. *(a) tid, plats, art och varaktighet*
2. *(b) användningen av hotfullt eller kränkande språk eller beteende*
3. *(c) om näringsidkaren utnyttjar ett speciellt missöde eller omständigheter som denne känner till och som är av sådan vikt att de försämrar konsumentens omdöme*
4. *(d) betungande eller oproportionerliga hinder som inte följer av avtalet, vilka näringsidkaren använder sig av när konsumenten vill utöva sina avtalsenliga rättigheter, så som hävnings- eller bytesrätt*
5. *(e) hot om vidtagande av olagliga åtgärder*

Det är rättstillämparen som avgör vilken betydelse respektive faktor ska ges. Listan i artikel 9 fungerar som vägledning för tillämpningen av begreppen som stadgas i artikel 8. Den har dock kritiserats för att vara oklar eftersom det inte har angetts om någon faktor väger tyngre än någon annan.⁷²

⁷⁰ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 178 f.

⁷¹ Schulze och Schulte-Nölke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, (2003) s. 37.

⁷² Osuji OK., *Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK—A Distorted Picture of Uniform Harmonization?*, *Journal of Consumer Policy*, (2011).

För att få en förståelse för innebörden och omfattningen av begreppet aggressiv marknadsföring måste respektive metod beskrivas. De punkter i svarta listan som behandlar aggressiv marknadsföring och som under alla omständigheter ska ses som otillbörliga måste även utredas.

3.2.1 Trakasserier

I direktivet definieras endast begreppet otillbörlig påverkan (art. 2 j), definition av begreppen trakasseri och tvång saknas. Begreppet *trakasseri* kan betyda olika saker för olika människor och inkluderar ett brett spektrum av känslor.⁷³ En definition av begreppet *trakasseri* är nödvändig för att sätta yttre gränser av begreppet samt agera som vägledning för domstolarna, menar Osuji. Dock tillåter uteslutandet av definitionen domstolarna att ha en större marginal vid bedömning.⁷⁴

Vad begreppet trakasserier avser är aningen oklart men torde handla om en typ av intrång i konsumentens privata sfär. Denna typ av metod leder inte alltid till att konsumentens valfrihet begränsas och att ett hastigt affärsbeslut tas, utan ses snarare som *irriterande*.⁷⁵ Ändock finns det fall där konsumenten tvingas in i ett affärsbeslut pga. trakasserier. Dessa fall är dock sällsynta.⁷⁶ En förutsättning för att aggressiv marknadsföring ska föreligga är att transaktionstestet är uppfyllt och på grund av detta menar Howells m.fl. att sådana irriterande förfaranden (t.ex. reklamutskick via e-post) troligen inte omfattas av förbudet.⁷⁷ Det kan dock vara så att dessa metoder är avsedda att omfattas, men att artikel 8 brister i sin formulering.⁷⁸

Samtliga vägledande faktorer som listas i artikel 9 är väsentliga för att beskriva vad som utgör trakasserier, särskilt tid och plats samt ett hotfullt beteende eller språk. Väldigt ofta anses en metod som trakasserier då den utspelar sig på en viss plats, t.ex. i hemmet eller inför allmänheten. Tiden spelar även en roll i detta sammanhang. Det är exempelvis godtagbart med telefonsamtal under dagtid, men samma typ av telefonsamtal kan uppfattas trakasserande om det sker på kvällstid. Frekvensen av samtal vägs även in, ett samtal är antagligen

⁷³ Partlett, *Tort liability and the American way: Reflections on liability for emotional distress*, *American Journal of Comparative Law*, (1997) s.192.

⁷⁴ Osuji OK., *Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK—A Distorted Picture of Uniform Harmonization?*, *Journal of Consumer Policy* (2011).

⁷⁵ Exempel på irriterande förfaranden är oönskade reklamutskick eller automatiska telefonsamtal.

⁷⁶ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 179.

⁷⁷ *Ibid.* (2006) s. 109 f.

⁷⁸ *Ibid.* (2006) s. 175.

godtagbart men ökar antalet samtal går det över till trakasserier.⁷⁹ Howells m.fl. menar att tillåtna metoder kan övergå i trakasserier ifall en näringsidkare ihärdigt försöker nå mottagaren medan den tydligt yttrar missnöje över kontakten. Avgörande blir om mottagarens valfrihet begränsas i den mån att ett annat affärsbeslut skulle ha tagits.⁸⁰

För att motverka de risker som denna typ av marknadsföring medför har varje medlemsland upprättat särskilda regler. I Sverige har MD infört stränga regler gällande postreklam för babyprodukter som riktar sig nyblivna föräldrar. MD har till exempel förbjudit sådan reklam innan barnet blivit sex veckor gammal. Syftet med detta förbud är att motverka den potentiella risken för att sådan reklam kan nå föräldrar vars barn har dött.⁸¹

3.2.2 Tvång

Begreppet tvång saknar, liksom begreppet trakasserier, en definition. Dock anser Howells m.fl. att tvång innefattar såväl psykologiska metoder⁸² som fysiskt våld. Av artikel 8 framgår att tvång kan omfatta fysiskt våld, men att det inte är begränsat till fysiskt tvång. Användningen av våld eller hot om våld för att tvinga någon att ingå en affär, eller att hota någon att utföra en betalning, är uppenbara exempel på tvång.⁸³ Svårigheten i bedömningen om det är tvång ligger oftast i att konsumenten teoretiskt sett har möjlighet att säga ifrån men att vederbörande i praktiken känner sig pressad av näringsidkaren. Marknadsföring handlar trots allt om att sälja en produkt, därför är det svårt att veta när gränsen överskrids. Detsamma gäller sådana metoder som spelar på känslor och rädsla eller metoder där en maktställning utnyttjas. För att kunna avgöra om dessa metoder utgör tvång eller är legitima påtryckningar krävs en prövning av om dessa begränsar konsumentens handlingsfrihet och medför att transaktionstestet uppfylls.⁸⁴

För att undvika diskussionen om utnyttjandet av maktställning kan tvång vara ett bättre alternativ gentemot otillbörlig påverkan, menar Howells m.fl. Tillämpningsområdet för tvång är avhängigt av hur ”rekvisitet utnyttjande av maktställning kommer att tolkas”. En snävare

⁷⁹ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 179. Se även p. 26 i svarta listan.

⁸⁰ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 175.

⁸¹ MD 1988:3. Se även Schulze och Schulte-Nölke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, (2003) s. 37.

⁸² Hot och kränkande språk.

⁸³ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 184.

⁸⁴ *Ibid.* s. 185.

tolkning av utnyttjande av maktställning ger en bredare tillämpning av tvång. Howells m.fl. menar t.ex. att oproportionerliga hinder eller hot om illegala åtgärder är besvärliga att motivera utifrån ett utnyttjande av maktställning.⁸⁵

3.2.3 Otillbörlig påverkan (annat aggressivt påtryckningsmedel)

Begreppet otillbörlig påverkan är, till skillnad från de övriga begreppen, definierat i artikel 2 (j) i direktivet. Definitionen är följande:

Utnyttjande av en maktställning i förhållande till konsumenten för att utöva påtryckning, även utan fysiskt våld eller hot om sådant, på ett sätt som avsevärt inskränker konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut.

Ett rekvisit för otillbörlig påverkan är att utnyttjande av en maktställning⁸⁶ ska föreligga. I ovanstående definition anges det att otillbörlig påverkan inte behöver innefatta våld. Men även om begreppet har en otydlig formulering är det ändå uppenbart att otillbörlig påverkan kan innebära våld eller hot om våld. Det enda som förutsätts är utnyttjande av en maktställning.⁸⁷

Näringslivets Delegation för Marknadsrätt m.fl angav i sitt remissvar inför implementeringen av 2008 års MFL att det föreslagna förbudet mot aggressiv marknadsföring främst riktade sig mot marknadsföring som innefattade övergrepp i form av hot, våld, osv. och därmed ämnade inte aggressivitet i meningen högfrekvent och pådrivande.⁸⁸ Regeringen ansåg dock att viss vägledning avseende tolkningen av ”annat aggressivt påtryckningsmedel” kunde hämtas från en jämförelse med de metoder som under alla omständigheter är otillbörliga (svarta listan). Vidare ansåg regeringen att en jämförelse torde vara av särskilt värde vid prövningen av fall där påtryckning skett utan fysiskt våld eller hot om våld. Ett exempel på marknadsföring som under alla omständigheter är otillbörlig och som inte innefattar våld eller hot om våld är när en näringsidkare upprepade och oönskade gånger tar kontakt per telefon etc. under vissa givna förhållanden (p. 26, svarta listan) eller direkta köpuppmaningar i annonser som är riktade mot barn (p. 28, svarta listan). Genom en jämförelse med bestämmelserna i svarta listan kommer man närmast till konklusionen att högfrekventa eller särskilt pådrivande metoder kan utgöra aggressiv marknadsföring (aggressivt påtryckningsmedel). Marknadsföringsutredningen

⁸⁵ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 185.

⁸⁶ Se avsnitt 3.3.4.

⁸⁷ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 187.

⁸⁸ Prop. 2007/08:115 s. 80 f.

föreslog att begreppet aggressivt påtryckningsmedel skulle ges en definition direkt i lagtexten. Regeringen valde dock att avvisa förslaget då den förslagna definitionen kräver att domstolen både tolkar samt fyller ut definitionens innehåll genom att beakta samtliga omständigheter i varje enskilt fall. Det ansågs vara tillräckligt att hämta vägledning från förarbeten och praxis.⁸⁹

En av de vanligaste formerna av aggressiv marknadsföring är ogrundade *hot om rättsliga åtgärder*⁹⁰. Då bestämmelsen är relativt ny bör tidigare avgöranden (som kom före direktivet om otillbörliga affärsmetoder och 2008 års marknadsföringslag) nämnas med en viss försiktighet. Med hänsyn till detta kan äldre avgöranden om ogrundade hot om rättsliga åtgärder tas upp inom ramen för aggressiv marknadsföring.⁹¹ Idag finns det en vägledande förutsättning för aggressiv marknadsföring i direktivets artikel 9 e som omfattar ”hot om att vidta åtgärder som inte lagligen kan genomföras”. Ett avgörande som kom innan 2008 års marknadsföringslag, men efter direktivet om otillbörliga affärsmetoder är MD 2006:2.

I detta avgörande hade svaranden genom telefonsamtal hotat bostadsrättsföreningar att denne skulle vidta rättsliga åtgärder i det fall de anlidade en konkurrent för att utföra renoveringsarbete. Det bevisades att mottagarna av telefonsamtalen kände sig hotade. MD konstaterade att telefonsamtalen syftade till att gynna svarandens saluföring av sina egna tjänster och skulle således bedömas som marknadsföringsåtgärder enligt MFL. Marknadsdomstolen ansåg att omständigheterna i målen inte gav nog bevisning för att svaranden haft fog för sina yttranden. Påståendena om att käranden hade begått intrång i svarandens rättigheter ansågs onyanserade och långtgående och ansågs därför otillbörliga och i strid med dåvarande 4 § MFL (generalklausulen).

Således kan det konstateras att denna typ av affärsmetoder även tidigare var otillåtna, men föll då under generalklausulen. Det förefaller som att ovanstående avgörande idag hade kunnat falla under aggressiv marknadsföring enligt 7 § MFL, eftersom förutsättningen som ges i 7 a § p. 4⁹² MFL får anses uppfylld.

⁸⁹ A.a. s. 81.

⁹⁰ Det finns ytterligare avgöranden där den ena parten hotat med att vidta åtgärder som lagligen inte kan genomföras, exempelvis oriktigt påstått att någon brutit mot en viss lag (se MD 1999:28, MD 2002:25 och MD 2011:22).

⁹¹ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, (2010) s. 181.

⁹² 7 a § p. 4 stadgar följande ”(...) Det ska också särskilt beaktas om näringsidkaren uppger sig komma att vidta åtgärder som inte lagligen kan genomföras.”

3.2.4 Utnyttjande av maktställning

För att utnyttjande av maktställning ska kunna föreligga krävs det att två led uppfylls. För det första ska en maktställning föreligga och för det andra ska maktställningen utnyttjas. Begreppet *utnyttjande av maktställning* är aningen oklart, vilket har föranlett diskussioner i doktrinen. Maktställningen skulle kunna innefatta både ekonomisk och intellektuell maktställning och uppkomma både i yrkesrelaterade och privata situationer.⁹³ Det hör inte till ovanligheterna att näringsidkaren själv skapar en maktställning i syfte att inskränka konsumentens valfrihet. Maktställningen tycks kunna skapas när en konsument blir förtvivlad över någonting och denna förtvivlan utnyttjas av näringsidkaren och leder till att en konsument fattar ett beslut som inte är genomtänkt. Denna typ av utnyttjande av maktställning har bedömts mer otillbörligt än när utnyttjandet är grundat på maktbalansen.⁹⁴

Ett exempel på en situation som torde kunna utgöra ett utnyttjande av maktställning är b.l.a. psykologisk maktställning som grundas på falsk vänskap. Konsumenten kan tänkas fatta ett efterfrågat beslut för att bibehålla vänskapen. Howells m.fl. menar att sådana typer av utnyttjanden påminner om p. 30 i svarta listan där näringsidkaren uttryckligen informerar konsumenten om att dennes arbete eller försörjning är beroende av konsumenten. Ett annat exempel är att acceptera en garanti från en person som är bunden till sin borgenär på ett känslomässigt vis.⁹⁵

Vidare exemplifierar Howells m.fl. en kommersiell situation där maktställning kan uppträda per automatik. Begravningsentreprenörer gör huvudsakligen affärer med personer som befinner sig i en känslomässig sits. Maktställningen finns i varje sådant fall, men det avgörande för om den utnyttjas är sättet som situationen sköts på. Det hade kunnat sägas att om en näringsidkare är kapabel till att övertala en konsument att avstå från återopandandet av sina avtalsenliga rättigheter så utnyttjar den ett sårbart läge och därmed även sin maktställning.⁹⁶

3.2.5 Transaktionstestet och genomsnittskonsumenten vid aggressiv marknadsföring

För att aggressiv marknadsföring ska föreligga krävs den enligt artikel 8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder att transaktionstestet uppfylls. Metoden ska alltså avsevärt

⁹³ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 188.

⁹⁴ ECLG/134/2004 s.16.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

snedvridda mottagarens ekonomiska beteende. Genomsnittskonsumentens valfrihet ska vara så pass inskränkt att denne fattar ett beslut som denne i annat fall inte skulle ha fattat. I 7§ 3 st. MFL stadgas att marknadsföringen ”i märkbar mån” ska ha påverkat eller sannolikt påverkat mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Det ska särskilt tas hänsyn till sårbara grupper vid bedömningen av transaktionstestet i 7 § MFL, trots att det inte är uttryckt⁹⁷ i direktivet. Vid en helhetsbedömning av en situation är det viktigt att ta hänsyn till sårbara punkter hos mottagaren. Det har ansetts ologiskt att inte beakta svagare grupper utan endast utgå från ett teoretiskt utpräglat genomsnittskonsumenttest.⁹⁸ Personer kan vara extra känsliga på grund av ålder, mentala eller fysiska funktionsnedsättningar samt lättrogenhet. Avsikten med bestämmelsen är att den ska omfatta ohederliga marknadsmetoder som är utformade på så sätt att de utnyttjar svagheter hos vissa personer. Den negativa effekten på ett sårbart konsumentkollektiv måste vara förutsebar för näringsidkaren för att rekvisiten om den sårbara konsumenten ska vara tillämpliga. Näringsidkaren ska i sådana fall undersöka effekten på det sårbara konsumentkollektivet och minska denna. En marknadsföring ska inte ses som otillbörlig i de fall en konsument är extremt naiv eller om okunskap föreligger. Det är inte möjligt att hålla en näringsidkare ansvarig för varje åtgärd en viss konsument kan ta till som svar på näringsidkarens affärsmetod.⁹⁹

Exempel på marknadsföring som är riktad mot vissa svagare grupper och som därför ska bedömas utifrån genomsnittskonsumenten i just den gruppen anges i kommissionens riktlinjer. Ett sådant exempel är b.la. aggressiv hemförsäljning som riktas mot äldre personer eller ungdomar. Om metoden har effekt på en svag konsumentgrupp ”på ett sätt som näringsidkaren rimligen kan förväntas förutse” anses kriteriet om den svaga konsumenten vara uppfyllt. En proportionalitetsaspekt gällande bedömningen av en affärsmetods effekt på en svag konsument tillförs genom detta kriterium. Försök att sälja t.ex. inbrottslarm till äldre personer kan därför resultera i lägre krav på transaktionstestet. Metoder som riktas till

⁹⁷ Uttrycks endast i artikel 5 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

⁹⁸ Howells m.fl., *European fair trading law: The unfair commercial practices directive*, (2006) s. 174 och Bakardjieva Engelbrekt, *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries - Consequences of a Directive on Unfair Business- to-Consumer Commercial Practices*, (2005) s. 41.

⁹⁹ Riktlinjer för genomförandet/tillämpningen av direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder s. 31-32.

ungdomar kan utnyttja deras naivitet och därmed även hindra dem från att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Syftet är att näringsidkare endast ska kunna hållas ansvariga om det är förutsebart att en affärsmetod får en negativ effekt på svagare konsumentgrupper.¹⁰⁰ I ICC:s grundregler för reklam stadgas en särskild reglering för vissa svagare grupper. Det föreskrivs bl.a. att det är förbjudet att utnyttja barn och ungdomar på grund av deras naivitet och lättrogenhet.¹⁰¹

¹⁰⁰ Riktlinjer för genomförandet/tillämpningen av direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder s. 31-32.

¹⁰¹ Artikel 18, ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation.

4. Brist på praxis

4.1 Allmänt

Det finns en begränsad svensk praxis som behandlar aggressiv marknadsföring. Detta kan både ha att göra med ”det svenska kynnet och en lång historia av konsumentskyddande arbete”, menar Levin. Dock har det tillkommit nya former av aggressiva metoder i b.l.a. IT-medier, inklusive e-post samt nya former av bedrägeribeteenden såsom fakturabedrägerier. I första hand faller dessa under vilseledande och omfattas av punkt 21¹⁰² i svarta listan.¹⁰³

I nuläget finns det endast ett avgörande (MD 2012:14) som behandlar aggressiv marknadsföring så som lagstiftningen är utformad idag. Det är därför endast detta avgörande som slutsatser kan dras från. Däremot finns det avgöranden där aggressiv marknadsföring har åberopats men där domstolen sedan inte bedömt omständigheterna som sådana att falla under 7 § MFL.

4.2 Stardoll

Målet MD 2012:14 rörde en social nätverkstjänst för unga flickor och parterna i målet var Konsumentombudsmannen (KO) och Stardoll AB.

KO yrkade att Marknadsdomstolen vid vite skulle förbjuda Stardoll 1) att i framtiden marknadsföra sina produkter mot minderåriga genom att använda formuleringar med direkta köpuppmaningar 2) att marknadsföra sina produkter mot minderåriga genom att använda sig av videospelningar som är direkta köpuppmaningar 3) att vid flera tillfällen rikta erbjudanden till minderåriga om Superstarmedlemskap, när den minderåriga tidigare avböjt erbjudandet och 4) att marknadsföra sina produkter genom att skicka elektronisk direktreklam till barn under 16 år.

KO registrerade fiktiva flickor för att kunna visa marknadsföringen och registreringsprocessen. KO tyckte att hemsidan förmedlade att spelet var gratis och att det inte fanns någon som helst reservation om vad Stardoll avsåg som gratis. Vid registreringen skulle flickan, förutom ovan nämnda steg, godkänna villkoren. KO fann inte att villkoren var

¹⁰² ”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.”

¹⁰³ Marianne, Levin, *Marknadsföringslag (2008:486) 7 §*, Lexino 2015-08-26.

barnanpassade och att det var väldigt osannolikt att ett barn skulle läsa, och förstå, sex sidor långa villkor. Det fanns vidare ingen tidsfördröjning mellan krysset i rutan och medlemskapet vilket tydde på att Stardoll utgick från att en förmyndares samtycke förelåg. Stardoll skickade ut ett föräldrabrev till den angivna e-postadressen men någon information om att direktreklam med köppmaningar skulle riktas till barnet framgick inte. Det är inte förrän en förmyndare skulle misstro brevet och läsa villkoren som informationen om direktreklam kunde hittas. Efter att medlemskapet verkställdes kunde flickan gå vidare i spelet, dock så var hon tvungen att tacka ja eller nej till uppgradering. Rutor om uppgradering uppträdde vid flera tillfällen och flickan utsattes för direkta köppmaningar vid varje tillfälle. I flickans ”brevlåda” fanns brev som uppmanade henne att köpa en möbelkollektion. Brevet lød: ”Stardolls mest stilfulla och eftertraktade möbelkollektion har anlänt... men den stannar inte länge. Köp dina favoriter från Limited Edition innan det är för sent!”. KO ansåg att målgruppen för Stardolls är flickor i åldern 7 – 17 år vilket medför att genomsnittskonsumenten ska vara en flicka som ännu inte är i sina tonår.

Stardoll bestred KO:s talan i dess helhet. Stardoll anförde att de är medlemmar i kommissionens program för minderårigas säkerhet online (EU Safer Social Networking Principles) och att de vid en granskning av hemsidans innehåll fann att marknadsföringen var anpassad efter målgrupp samt att det inte förekom något olämpligt innehåll. Vidare anförde Stardoll att deras hemsida är certifierad enligt den amerikanska Children's Online Privacy Protection Act.

MD anförde i sina domskäl att det strider mot rådande praxis och god marknadsföringssed att skicka direktreklam till barn under 16 år utan samtycke från barnets förmyndare (jfr MD 1999:26). Enligt den påtalade marknadsföringen tar barn emot reklam i sin inkorg på Stardolls hemsida. Vidare framgår det tydligt, av Stardolls beskrivning, att förmyndaren inte själv har möjlighet att godkänna barnets medlemskap på hemsidan. Därigenom kommer förmyndaren inte heller kunna ta del av den reklam som barnet får i sin inkorg. Det säkerställs inte heller att förmyndaren faktiskt lämnat sitt samtycke till att barnet tar emot reklam av detta slag. Stardoll har saknat samtycke att bruka elektronisk post för att skicka reklam till barnets inkorg på Stardolls hemsida. Därmed stod den påtalade marknadsföringen i strid med god marknadsföringssed och var otillbörlig enligt 5 och 6 §§ MFL.

Vidare ansåg domstolen att följande uppmaningar, som riktats till minderåriga flickor, måste anses vara sådana uppmaningar som står i strid med p. 28¹⁰⁴ i svarta listan. Uppmaningarna är följande: ”köp”, ”köp fler”, ”köp här”, ”uppgradera”, ”uppgradera till Superstar”, ”uppgradera nu” och ”uppgradera här”. Övriga uttryck som förekommer på Stardolls hemsida, kan inte anses utgöra direkta köpuppmaningar.

I enlighet med KO:s andrahandsyrkande enligt 7 § MFL ägde den vidare prövningen rum. Marknadsdomstolen ansåg då att vissa uppmaningar var ägnade att sätta unga i ett pressat läge. Bland dessa fanns b.la. uppmaningar om produkter ”som inte stannar länge” och produkter som ska köpas ”innan det är för sent!” (jfr MD 1993:2). Marknadsföringen uttrycker på så sätt att unga har tillgång till en mycket begränsad tidsfrist för att besluta sig. Marknadsdomstolen ansåg således att metoden skulle bedömas som aggressiv, då den troligen i märkbar mån påverkade minderårigas förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Emellertid bedömdes en del andra framställningar i sitt sammanhang icke strida mot varken 5 § eller 7 § MFL.

4.3 Mr Jet

Som redan nämnts så har tidigare lagstiftning inte reglerat aggressiv marknadsföring. Det finns dock äldre praxis som innehåller denna typ av företeelse och som idag hade kunnat falla under 7 § MFL. Exempelvis går detta att se i MD 2009:32.

Målet rörde marknadsföring av resor online och parterna i målet var ebookers Skandinavia, Mr Jet och Konsumentombudsmannen (KO). Mr Jet hade i sin marknadsföring online sålt tillägsprodukter som varit markerade i förhand¹⁰⁵ av bolaget. På så sätt har det krävts att den konsument som köper en resa aktivt måste avmarkera tillägsprodukten i det fall den inte önskas. KO yrkade att Marknadsdomstolen vid vite skulle förbjuda Mr Jet att vid försäljningen av resor på internet kryssa i ”ja-rutan” för vissa tillägsprodukter.

KO tyckte i första hand att säljmetoden var otillbörlig då det inte är tillåtet att begära

¹⁰⁴ ”Att i en annons direkt uppmana barn att köpa eller att övertala sina föräldrar eller andra vuxna att köpa de utannonserade produkterna åt dem. Denna bestämmelse påverkar inte tillämpningen av artikel 16 i direktiv 89/552/EEG om sändningsverksamhet för television.”

¹⁰⁵ Mr Jet hade vid sin försäljning kryssat i ”ja-rutan” för vissa tillägsprodukter, således var konsumenten tvungen att aktivt kryssa av rutan i det fall denne inte ville ha produkten.

betalning för varor som levererats men inte har beställts enligt p. 21¹⁰⁶ och ev. p. 29¹⁰⁷ i svarta listan, i andra hand för att det var fråga om vilseledande marknadsföring (10 och 8 §§ MFL) för att säljmetoden stod i strid med grundläggande avtalsrättsliga principer vilket ledde till att konsumenten kunde bli vilseledd om sina rättigheter, i tredje hand för att det var fråga om aggressiv marknadsföring (7 § MFL) och i fjärde hand för att säljmetoden stod i strid med god marknadsföringssed (5 och 6 §§ MFL).

MD konstaterade att de anförda bestämmelserna i svarta listan inte var relevanta. Säljmetoden som Mr Jet tillämpade gick inte att se som vare sig fakturaskojeri eller leverans utan föregående beställning.

Vidare konstaterade MD att det inte var fråga om aggressiv marknadsföring då säljmetoden inte varit speciellt pådrivande. I 7 § MFL uttrycktes "annat aggressivt påtryckningsmedel" och avsåg att en näringsidkare utnyttjat sin maktställning för att utöva en påtryckning som inskränkte en konsuments förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Enligt lagen utgjorde en högfrekvent och pådrivande marknadsföring en aggressiv åtgärd. MD ansåg att Mr Jet inte befann sig i någon maktställning och att "många mottagare" inte är samma som "ett stort antal kunder" som KO gjort gällande. Att en säljmetod är högfrekvent betyder inte att "ett stort antal kunder" berörs utan att samma kund eller grupp av kunder berörs av upprepade och oönskade kontakter via telefon eller annat medium. MD ansåg inte heller att säljmetoden varit synnerligen pådrivande, vilket ansågs vara en förutsättning för tillämpningen av 7 § MFL. I fråga om vilseledande marknadsföring ansåg MD att det var lämpligast att pröva säljmetoden mot generalklausulen om god marknadsföringssed.

MD ansåg att parterna var eniga om att säljmetoden utgjorde negativ avtalsbildning trots att Mr Jet menade att den påtalade marknadsföringen utgjorde en mild form av detta. Metoden ansågs i varje fall vara besläktad med negativ avtalsbildning vilket talade för att metoden stod i strid med god marknadsföringssed. MD menade att Mr Jets säljmetod ansågs ägnad att "på ett försåtligt sätt få kunden att förbise att beställningen skulle inkludera tillvalen, om dessa

¹⁰⁶ "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."

¹⁰⁷ "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."

inte avmarkerades”.

Slutligen fann MD att Mr Jets säljmetod skulle förbjudas då den stod i strid med god marknadsföringssed och var otillbörlig.

4.4 Aggressiva grunder som inte prövats

Vid några tillfällen har kärandeparten åberopat aggressiv marknadsföring som en av grunderna för sitt yrkande. Dock har MD i första hand valt att pröva marknadsföringen mot bakgrund av andra åberopade grunder. Har då marknadsföringen ansetts uppfylla rekvisiten för dessa grunder har MD oftast inte gått in på bedömningen om marknadsföringen är aggressiv.

I avgörandet MD 2011:22 påstods att ett företag hade brukat aggressiva erbjudanden till småföretagare om internetjänster genom att ange att dessa erbjudanden hade kort giltighetstid. Bolaget anklagades för att ha brukat metoder som var både aggressiva, vilseledande och sågs strida mot god marknadsföringssed. I bolagets marknadsföring uppgavs att erbjudandet var unikt för mottagaren och att det var ont om tid att acceptera det. MD prövade först ifall marknadsföringen ansågs vara vilseledande. Påståendet om att erbjudandet var unikt gick inte att bevisa, vilket gjorde att marknadsföringen såg som ovederhäftig och därmed också vilseledande enligt 10 § MFL. Huruvida företaget försatt mottagaren i en pressad situation prövades aldrig av MD som konstaterade att det saknades skäl att ”pröva i vilken mån marknadsföringen även strider mot 5 och 7 §§ MFL”.

MD 2011:25 är ett liknande avgörande. Kärändens finansiär och samarbetspartner hade tagit emot e-mail av svaranden med påståenden om att käränden gjort sig skyldig till patentintrång. Det uppgavs att kärändebolagets styrelseledamöter bar personligt ansvar för patentintrånget. Käränden tolkade påståendet som ett dolt hot, likaså aggressiv marknadsföring. Frågan om huruvida metoden utgjorde aggressiv marknadsföring prövades aldrig då MD bedömde påståendena som vilseledande och anförde att det saknades skäl att pröva andra grunder.

5. Direktivets bilaga - svarta listan

5.1 Bakgrunden till svarta listan

En idé om att upprätta en lista över affärsmetoder som skulle betraktas som otillbörlig framfördes redan i grönboken om konsumentskyddet. Denna lista bedömdes som en nödvändig konkretisering av den allmänna klausulen och ett viktigt verktyg för att uppnå säkerhet, förutsägbarhet och en enhetlig tillämpning av det kommande direktivet om otillbörliga affärsmetoder.¹⁰⁸

I bilagan till direktivet om otillbörliga affärsmetoder stadgas 31 stycken affärsmetoder som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörliga. Denna bilaga kallas för svarta listan. Det är dessa 31 stycken affärsmetoder som alltid anses otillbörliga utan att först behöva uppfylla rekvisiten för transaktionstestet (prövas utifrån artikel fem-nio i direktivet). Listan är uppdelad i två avdelningar, vilseledande respektive aggressiva affärsmetoder. Syftet med bilagan är att öka rättssäkerheten.¹⁰⁹

I 4 § MFL stadgas att svarta listan gäller som lag i Sverige och omfattar såväl näringsidkare som konsumenter. I lagrådsremissen diskuterades tre alternativa lösningar för att verkställa bestämmelserna i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Det första alternativet var att ha med bestämmelserna bland andra bestämmelser i själva lagen, det andra alternativet var att ha med bestämmelserna som en bilaga till lagen och det tredje alternativet var att ”föreskriva att direktivets bilaga skulle utgöra svensk lag genom en hänvisning till direktivet i marknadsföringslagen”. Regeringen bedömde att det sista alternativet var att föredra.¹¹⁰ Lagrådet ansåg att dessa centrala bestämmelser skulle vara oåtkomliga för den enskilde om de fanns i ett direktiv som var svåråtkomligt. För att undvika konflikter med EU:s publicering i EUT valde man att implementera bilagan via en kungörelse i SFS.¹¹¹

¹⁰⁸ Bakardjieva Engelbrekt, *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries - Consequences of a Directive on Unfair Business- to-Consumer Commercial Practices*, (2005) s. 43.

¹⁰⁹ Skäl 17.

¹¹⁰ Prop. 2007/07:115 s. 107.

¹¹¹ Ibid.

5.2 Punkterna 24-31 i svarta listan

Den andra delen av svarta listan beskriver aggressiva metoder som under alla omständigheter ska anses otillbörliga. Metoderna som förbjuds är:

- ge intryck av att konsumenten inte kan lämna platsen innan ett avtal utarbetats (p. 24).
- som säljare göra hembesök och vägra lämna bostaden förrän avtal slutits (p. 25).
- ta upprepade telefonkontakter (p. 26).
- kräva irrelevanta dokument från en konsument som gör anspråk på försäkringsersättning eller underlåter att svara i ärendet för att förmå konsumenten att avstå sina avtalsenliga rättigheter (p. 27).
- direkt uppmana barn till att köpa eller till att övertala sina föräldrar □till att köpa (p. 28)
- använda sig av en negativ säljmetod (p. 29).
- uttryckligen informera konsumenten om att näringsidkarens försörjning står på spel om mottagaren inte köper produkten (p. 30).
- oriktigt skapa intryck av att mottagaren redan vunnit eller kommer att vinna ett pris eller motsvarande förmån, fast det egentligen inte finns någon vinst eller att mottagaren måste betala för att göra anspråk på den (p. 31).

Enligt Bakardjieva Engelbrekt har unionslagstiftaren gjort en förhandsbedömning rörande de kriterier som ställts upp i förbudet mot aggressiv marknadsföring. Enligt unionslagstiftaren ska kriterierna alltid vara uppfyllda i metoderna som finns i svarta listan. Rättstillämparen behöver därför inte göra en bedömning av påverkan av en genomsnittskonsumentens ekonomiska beteende i varje enskilt fall. Ändock kan det ifrågasättas om en del av metoderna i svarta listan alltid begränsar konsumentens valfrihet. Svarta listans uttömmande karaktär betyder att det föreligger politisk enighet om att just de affärsmetoder som finns angivna under alla omständigheter är otillbörliga och att de inte kräver individuell bedömning.¹¹²

Vidare menar Bakardjieva Engelbrekt att svarta listans innehåll är fyllt med ett överflöde av information vilket försämrar tydligheten om vad en otillbörlig affärsmetod innebär istället för att bidra till förutsebarhet, som var det ena syftet. Bristen på systematisk ordning i listan och

¹¹² Bakardjieva Engelbrekt, *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries - Consequences of a Directive on Unfair Business- to-Consumer Commercial Practices*, (2005) s. 46 ff.

känslan av godtycke i valet av affärsmetoder som skall förbjudas förstärker otydligheten. Intrycket av angivna affärsmetoderna på svarta listan är att dessa inte valts baserat på hur allvarlig skada de kan innebära eller hur vanligt förekommande de är. Istället har allmänna intressen av integration och marknadens självregleringsåtgärder haft större betydelse, vilket verkar vara fallet för bestämmelserna om uppförandekoder och likaså regleringen avseende näringsidkarens brukande av utländska språk vid efterköpsituationer. Detta visar att en rättfärdigande anledning varit att underlätta gränsöverskridande handel samt den inre marknaden. Generellt sett menar Bakardjieva Engelbrekt att när affärsmetoden innebär lämnande av oriktig eller vilseledande information, klassificeras den som vilseledande, trots att det finns inslag av aggressiv marknadsföring.¹¹³

¹¹³ Bakardjieva Engelbrekt, *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries - Consequences of a Directive on Unfair Business- to-Consumer Commercial Practices*, (2005) s. 43.

6. Sammanfattande analys

6.1 Vilka affärsmetoder räknas som aggressiva inom MFL och direktivet om otillbörliga affärsmetoder?

Svarta listan utgör tillsammans med begreppen trakasseri, tvång och otillbörlig påverkan (annat aggressivt påtryckningsmedel) grunden för aggressiva affärsmetoder. För att uppnå syftet samt redogöra för vilka affärsmetoder som utgör aggressiv marknadsföring enligt 7 § MFL och direktivet om otillbörliga affärsmetoder, har de affärsmetoder som anges i artikel 8 i direktivet behandlats. Ovan har respektive begrepps innebörd utretts. Det kan vara av värde att nämna att endast begreppet ”otillbörlig påverkan” har givits en definition i direktivet.

Trakasseri är ett allmänt välbekant, men tämligen oklart begrepp och kan betyda olika saker för olika människor. Det finns de som menar att trakasserier avser irriterande och påträngande metoder som inskränker den privata sfären, av denna åsikt är b.la. Howells m.fl. Det kan instämmas om att trakasserier typiskt inskränker den privata sfären. Denna inskränkning blir tydligast när den utspelar sig på en plats som inte är förväntad, t.ex. i hemmet eller inför allmänheten. Utspelar förfarandet sig på obekväma tider dessutom blir det en ännu tydligare inskränkning av den privata sfären. Ett exempel som illustreras av Howells m.fl. är att det är acceptabelt med telefonsamtal under dagtid men att det kan uppfattas som trakasserande under kvällstid. Enligt Howells m.fl. kan även tillåtna metoder övergå i trakasserier i vissa fall. Detta kan instämmas med, särskild vid fall där mottagaren ihärdigt försöker yttra sitt missnöje men näringsidkaren fortsätter sätta press på mottagaren. Ett exempel på sådana fall är frekventa telefonsamtal. Det finns situationer där näringsidkare gör hembesök och ihärdigt försöker få mottagaren att sluta ett avtal innan denne lämnar hemmet. Denna typ av förfarande är under alla omständigheter otillbörligt och stadgas i p. 25 i svarta listan. Vidare platsar även upprepade telefonkontakter under p. 26 i svarta listan. Det förefaller som att båda dessa förfaranden utgör intrång i den privata sfären. De faktorer som listas i artikel 9 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder samt i 7 a § MFL är betydelsefulla vid beskrivningen av trakasserier. Det är dock osäkert hur viktiga de är för definitionen av begreppet trakasseri samt om de ses från näringsidkarens eller konsumentens perspektiv. Frågan är hur konsumenter ska skyddas mot denna typ av förfarande. I nuläget tycks det endast finnas en lösning vilken innebär att ribban för vad en konsument ska kunna tolerera, höjs.

Vidare är tvång ännu ett oklart, men välkänt begrepp som saknar definition i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Howells m.fl. anser att tvång innefattar såväl psykologiska metoder som fysiskt våld. För att förstå innebörden av begreppet torde därför båda stegen utredas. Tvång som innefattar psykologiska metoder är inte helt ovanligt. Exempel på sådana metoder är hot eller kränkande språk, oproportionerliga hinder som inte följer av avtalet när en konsument vill utöva sina rättigheter enligt avtalet eller hot om att vidta åtgärder som inte lagligen kan genomföras. Att tvång innefattar fysiskt våld bör inte vara särskilt svårt att föreställa sig. Det är evident att metoder, där en näringsidkare genom våld försöker få mottagaren att ingå avtal, faller under aggressiv marknadsföring. Det finns inga dokumenterade fall på tvång som skett genom fysiskt våld i Sverige eller i EU-domstolen vilket torde betyda att det inte förekommer ofta. Det är svårt att tänka sig att ett sådant förfarande inte hade tagits upp i domstol. Det förefaller som att denna typ av förfarande snarare hade utretts med hjälp av brottsbalken. Howells m.fl. anser att en bredare tillämpning av *tvång* ger *utnyttjande av maktställning* en snävare tolkning. Detta innebär att tillämpningsområdet för tvång är beroende av hur vidsträckt rekvisitet *utnyttjande av maktställning* kommer att tolkas. Enligt Howells m.fl. kan tvång vara ett bättre alternativ vid fall där utnyttjande av maktställning är svårstyrkt. Det är t.ex. svårt att oproportionerliga hinder eller hot om illegala åtgärder motiveras utifrån utnyttjande av maktställning. Huruvida denna åtskillnad är att se som positiv eller negativ är en diskussionsfråga. Det förefaller dock som att det kan underlätta för domstolarna vid bedömningen av aggressiva marknadsföringsåtgärder. Begreppen får dock i någon mån anses överlappa varandra vilket bidrar till en tämligen oklar gräns mellan tvång och otillbörliga påverkan.

Begreppet otillbörlig påverkan är, till skillnad från de övriga begreppen, definierat i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Enligt definitionen innebär begreppet att utnyttjande av en maktställning i förhållande till konsumenten för att utöva påtryckning föreligger. Påtryckningen behöver inte innefatta fysiskt våld eller hot om sådant. Det räcker att den sker på ett sätt som avsevärt inskränker konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Howells m.fl. anser att det är uppenbart att otillbörlig påverkan kan innebära våld eller hot om våld. Det enda som förutsätts är utnyttjande av en maktställning. Det är svårt att ställa sig bakom detta konstaterande till fullo då otillbörlig påverkan får anses ha med psykologiska metoder att göra. Att begreppet kan innebära våld eller hot om våld är svårt att tänka sig då

dessa helst önskas att hänföras till tvång eller, enligt MFL, hot och våld. Hur ett utnyttjande av maktställning kan ske genom fysiskt våld tycks vara aningen oklart. Ett exempel på otillbörlig påverkan är att en maktställning skapas när en konsument blir förtvivlad över någonting och utnyttjas sedan när konsumenten lyckas fatta ett beslut som inte är genomtänkt. Även psykologisk maktställning som grundas på falsk vänskap kan tillföras otillbörlig påverkan.

Att Sverige avvisade förslaget om att ge begreppet *otillbörlig påverkan* en definition direkt i lagtexten får anses ogenomtänkt. En definition hade underlättat tolkningen av det svårdefinierade begreppet *annat aggressivt påtryckningsmedel*.

Hur som helst kan det tyckas att det finns en problematik i bristen av definitioner då det leder till att gränsdragningen mellan begreppen blir, om möjligt, ännu oklarare. Vart skall gränsen mellan, exempelvis, tvång och otillbörlig påverkan (annat aggressivt påtryckningsmedel) dras? Utövar en näringsidkare tvång är det ganska så uppenbart att utnyttjande av maktställning föreligger, men utnyttjande av maktställning hänförs väl till otillbörlig påverkan? Vidare blir denna gränsdragning inte klarare av att även våld eller hot om våld kan innefattas av begreppet otillbörlig påverkan. Fråga blir då vad som hänförs till tvång.

Sammanfattningsvis kan konstateras att begreppen är överlappande i viss mån samt att otillbörlig påverkan (annat aggressivt påtryckningsmedel) innefattar samtliga förfaranden som återfinns i artikel 8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

6.2 Hur tillämpas förbudet mot aggressiv marknadsföring i Marknadsdomstolens praxis?

I nuläget finns det en begränsad svensk rättspraxis på området. Det finns endast ett avgörande där en part fällts för aggressiv marknadsföring. Hur förbudet mot aggressiv marknadsföring tillämpas i MD:s praxis hänger ihop med hur domstolen valt att ställa sig till parternas åberopanden. Det finns avgöranden där aggressiv marknadsföring åberopats, men där domstolen istället valt att pröva talan på annan grund. Slutsatsen som kan dras från detta är att aggressiv marknadsföring prövas sekundärt pga. hur yrkandena är formulerade i dessa fall.

MD 2012:14 är det enda fallet där den ena parten fällts för aggressiv marknadsföring. Marknadsdomstolen hävdade att det stred mot rådande praxis och god marknadsföringssed att

sända direktreklam till barn under 16 år, utan samtycke från barnets föräldrar. Det säkerställdes heller inte att föräldern har godkänt att barnet tog emot reklam av detta slag. Den påtalade marknadsföringen stod alltså i strid med god marknadsföringssed och var otillbörlig enligt 5 och 6 §§ MFL. Vidare ansåg Marknadsdomstolen att de uppmaningar (köp, köp nu osv.), som riktats till omyndiga flickor, var sådana uppmaningar som stred mot p. 28 i svarta listan. Vissa uppmaningar som Stardoll förmedlade satte, enligt MD, unga i ett pressat läge. Ett exempel är uppmaningar om att köpa produkter som utbjuds under endast en kort och begränsad tidsperiod. Sådan typ av marknadsföring sätter den unge i en pressad situation och påverkar troligen, i märkbar mån deras förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Det får anses som att domstolen gick rätt väg i sin bedömning och att förfarandet är att anse som aggressiv marknadsföring. Enligt Schulze och Schulte-Nölke är de mest verkningsfulla säljmetoderna de som inte är uppenbart aggressiva. Det kan tyckas att Stardoll inte bedrev någon direkt uppenbart aggressiv säljmetod utan gick mer psykologiskt till väga där de försökte, och antagligen lyckades, få unga att falla för deras reklam genom att anspela på känslor. Det förefaller som att detta hade kunnat ses som en otillbörlig påverkan (annat aggressivt påtryckningsmedel) då ett utnyttjande av en maktställning i förhållande till konsumenten föreligger. Det förekommer varken våld eller hot om sådant men ändå så utövar näringsidkaren en sorts påtryckning som inte kan anses vara legitim.

I MD 2009:32 prövade MD bestämmelsen om aggressiv marknadsföring. KO åberopade b.l.a. punkten 29 i svarta listan, dock ansåg MD inte att den punkten kunde tillämpas trots att Mr Jets säljmetod ”bar nära släktskap” med negativ avtalsbildning. Det hade åstundats att se förfarandet gå under 7 § MFL då omständigheterna som stadgas i svarta listan alltid anses otillbörliga. Att Mr Jets säljmetod ”bar nära släktskap” med negativ avtalsbildning bör enligt min mening räcka. Vidare preciserade MD innebörden av rekvisitet *maktställning* i *annat aggressivt påtryckningsmedel*. MD angav att det som avses med att en aktivitet är högfrekvent och pådrivande är att samma mottagare tar emot upprepande och oönskade kontakter och inte att flera mottagare berörs av samma metod. KO:s motivering till valet av *annat aggressivt påtryckningsmedel* var att maktställningen bestod i att flera personer underkastades metoden, vilket framstår som lite märkligt. Marknadsdomstolen tolkning måste anses som okontroversiell eftersom högfrekvent i vanligt språkbruk torde innebära upprepade kontakter till *samma* mottagare. MD angav att Mr Jet i sin marknadsföring försökte inkludera tilläggsprodukter genom att utnyttja att kunden inte noterade de redan inkluderade tillvalen. Det förefaller som att Mr Jet utnyttjade sin maktställning på ett psykologiskt sätt genom att

vara medveten om att kunden kunde komma att missa tillvalet och därför inte kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut. Förfarandet torde ha kunnat gå under 7 § MFL, dock underlättade det för MD att skippa diskussionen om utnyttjande av maktställning och låta förfarandet falla under generalklausulen.

Ogrundade hot om rättsliga åtgärder är ett tämligen vanligt fenomen. Framförs hoten på sådant vis som överensstämmer med artikel 8 och 9 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder är de att anse som aggressiva. I MD 2006:2 hotade svaranden att denne skulle vidta rättsliga åtgärder. Marknadsdomstolen valde att pröva fallet på andra grunder. Hur utfallet hade blivit om fallet hade prövats utifrån 7 § MFL idag kan man endast spekulera i. Troligen hade MD valt att döma utifrån 7 § MFL då vägledande förutsättningen som ges i 7 a § p. 4¹¹⁴ MFL är uppfylld.

I MD 2011:22 anklagades ett bolag för att ha använt metoder som var både aggressiva, vilseledande och sågs strida mot god marknadsföringssed. Näringsidkaren hade försatt konsument i en pressad situation genom att denne hade skapat ett intryck av att konsumenten hade en begränsad tidsfrist att bestämma sig. MD prövade om marknadsföringen ansågs vara vilseledande, vilket den var. Därför prövades aldrig i vilken mån marknadsföringen stred mot b.la. 7 § MFL. Dock så stämmer ovanstående överens med en av faktorerna i artikel 9 a., nämligen tid. Det är därför beklagligt att MD inte valde att pröva fallet utifrån bestämmelsen om aggressiv marknadsföring. I MD 2011:25 gjorde domstolen samma ställningstagande. Käranden hade tagit emot brev om patentintrång och uppfattade breven som dolda hot. Frågan om huruvida förfarandet ansågs vara aggressivt togs aldrig upp av domstolen vilket även det får anses vara beklagligt, särskilt med tanken på faktorn i artikel 9 e (hot om rättsliga åtgärder) i direktivet. Idag hade fallet kanske dömts annorlunda pga. att vägledning nu finns i 7 a § MFL.

Slutligen får det anses ogenomtänkt att Marknadsdomstolen inte försökt skapa en vägledande praxis när de hade möjligheten. Huruvida bestämmelsen i fortsättningen kommer användas och tolkas är ännu oklart. Att MD 2012:14 föll under 7 § MFL är troligen pga. att marknadsföringen rörde omyndiga vilket vi i Sverige ser allvarligt på. Hur förbudet mot aggressiv marknadsföring tillämpas går inte att ge ett konkret svart på pga. brist på praxis.

¹¹⁴ Uppger sig komma att vidta åtgärder som inte lagligen kan genomföras.

7. Källförteckning

Offentligt tryck

- Finansdepartementet (2015). *Ändring i reglerna om aggressiv marknadsföring*: promemoria.
- Finansdepartementet (2015). *Ändring i reglerna om aggressiv marknadsföring*: lagrådsremiss.
- Prop. 1994/95:19 *Sveriges medlemskap i Europeiska unionen*
- Prop. 1994/95:123 *Ny marknadsföringslag*
- Prop. 2007/08:115 *Ny marknadsföringslag*
- Prop. 2015/16:46 *Ändring i reglerna om aggressiv marknadsföring*
- SOU 1993:59 *Ny marknadsföringslag*
- SOU 2006:76 *Otillbörliga affärsmetoder*, Betänkande av 2005 års marknadsföringsutredning.

EU-rättsligt material

- Kommissionens grönbok om affärskommunikation i den inre marknaden, KOM(96) 192 slutlig, Bryssel 1996-05-08.

Kommissionens grönbok om konsumentskyddet inom Europeiska unionen, KOM(2001) 531 slutlig, Bryssel 2001-05-08.
- ECLG Opinion 134/2004 of The Proposed Directive on Unfair Commercial. December 2004.
- Europaparlamentets lagstiftningsresolution om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder, andra behandlingen, dok. P6_TA-PROV(2005)0048.
- Europeiska kommissionen, "Arbetsdokument från kommissionens avdelningar Riktlinjer för genomförandet/tillämpningen av Direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder ", SEK(2009) 1666, Generaldirektoratet för hälso- och konsumentfrågor, Bryssel 2009-12-03.

- Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av direktiven 84/450/EEG, 97/7/EG och 98/27/EG (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) {SEK(2003) 724}.
- Pressmeddelande i samband med utfärdandet av det ursprungliga förslaget på direktivet om otillbörliga affärsmetoder: *Rough times for rogue traders: Commission proposes EU-wide ban on unfair commercial practices*, IP/03/857, Bryssel 2003-06-18.

Tryckta källor

- Bakardjieva Engelbrekt, A. "EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries - Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices", *Report for the Nordic Council, Committee on Consumer Affairs*, 2005.
- Bengtsson H och Kahn J "Den nya marknadsföringslagen", *Ny Juridik*, volym 2: 7–21, 2008.
- Bernitz U. "The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition" Publicerad: kap. 3 i *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, red. Weatherill S och Bernitz U, 33–46, Oregon: Hart Publisher, 2007.
- Hettne J. & Otken Eriksson I. (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011
- Howells, G. (2006). Aggressive commercial practices. In G. Howells, H.W. Micklitz & T. Wilhelmsson (Eds.), *European fair trading law: The unfair commercial practices directive* (pp.167-194). Aldershot: Ashgate.
- Kleinman J. *Rättsdogmatisk metod*. I *Juridisk Metodlära* (red. Korling och Zamboni). Upplaga 1. Lund. Studentlitteratur 2013.
- Melin S. *Marknadsrätt* (2009) Liber.
- Osuji OK. "Business-to-Consumer Harassment, Unfair Commercial Practices Directive and the UK—A Distorted Picture of Uniform Harmonization?", *Journal of Consumer Policy*, volym 34: 437–453, 2011.
- Partlett, D. (1997). Tort liability and the American way: Reflections on liability for emotional distress. *American Journal of Comparative Law*, 45, 171-193.

- Peczenik, Aleksander (1995). *Juridikens teori och metod*. Göteborg: Fritzes Förlag AB.
- Schulze R. och Schulte-Nölke H. "Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices", 2003.
- Svensson, CA. *Den svenska marknadsföringslagstiftningen* (2010). Upplaga 15:1, Studentlitteratur.
- Svensson CA, Stenlund A, Brink T, Ström LE och Carlén-Wendels T. *Praktisk marknadsrätt* (2010). Upplaga 8. Mölnlycke: Nordstedts Juridik.

Rättspraxis

Marknadsdomstolen

- MD 1988:3
- MD 1999:26
- MD 1999:28
- MD 2002:25
- MD 2006:2
- MD 2006:12
- MD 2008:13
- MD 2009:25
- MD 2009:28
- MD 2009:32
- MD 2009:39
- MD 2009:41
- MD 2011:22
- MD 2011:25
- MD 2012:14

EU-domstolen

- Mål C-315/92 *Clinique*, REG 1994 s. I-317.
- Mål C-470/93 *Mars*, REG 1995 s. I-01923.
- Mål C-210/96 *Gut Springenheide*, REG 1998 s. I-04657.

- Mål C-220/98 *Estée Lauder*, REG 2000 s. I-00117.
- Mål C-356/04 *Lidl Belgium*, REG 2006 s. I-08501.
- Mål C-159/09 *Lidl*, REG 2010 s. I-11761.
- Mål C-304/08 *Plus Warenhandels-gesellschaft*, REG 2010 s. I-00217.
- Mål C-195/14 *Teekanne*, REG 2015.

Elektroniska källor

- Frankelius, Per, ”Sverige har inte förstått betydelsen av marknadsföring”, SvD 2010-01-15. Hämtad 2016-09-11 från <http://www.svd.se/sverige-har-inte-forstatt-betydelsen-av-marknadsforing>.
- Seratelius, Lena ”I huvudet på en genomsnittskonsument”, Reklamjuridik, 2010. Hämtad 2016-10-22 från http://www.reklamjuridik.se/pdf/I_huvudet_pa_en_genomsnittskonsument.pdf.

Övrigt

- *ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation*. Hämtad 2016-10-09 från: http://reklamombudsmannen.org/shared-media/media/final_marketing_code_swe.pdf.
- Levin, Marianne. Kommentar till Marknadsföringslagen (2008:486) 7§. *Karnov*. Hämtad 2016-11-12.