



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Thea Midby

Marknadsföringslagen och dynamisk prissättning

Är prismarknadsföring i kombination med dynamisk prissättning förenligt med
marknadsföringslagen?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: Period 1 HT2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	12
2 LAGSTIFTNING	13
2.1 Grundläggande om MFL	13
2.1.1 Bakgrund	13
2.1.2 MFL:s syfte	14
2.1.3 Struktur	14
2.1.4 Tillämpningsområde	15
2.1.5 Grundläggande begrepp	15
2.2 Grundläggande om vilseledande marknadsföring	16
2.2.1 Inledning	16
2.2.2 Det allmänna förbudet i 10 § MFL	16
2.2.3 Bedömningen av om marknadsföring är vilseledande och otillbörlig	17
2.2.3.1 Tvåstegsbedömningen	17
2.2.3.2 Den samlade bedömningen	19
2.2.3.2.1 Hur görs bedömningen?	19
2.2.3.2.2 Målgruppen och genomsnittskonsumerten	19
2.2.3.2.3 Transaktionstestet och bedömningsprinciper	21
2.3 Prismarknadsföring	22
2.3.1 Prisjämförelser	22
2.3.2 Begrepp med särskild attraktionskraft	23
2.3.2.1 Realisation – 17 § MFL	24
2.3.2.2 Utförsäljning – 16 § MFL	25
2.4 Prisinformation	26
2.4.1 Allmänt om näringsidkarens informationsskyldighet	26
2.4.2 Prisinformationskrav	27
2.4.3 Föreslagen bestämmelse om prissänkningar	28
2.4.3.1 Lydelse och innebörd	28
2.4.3.2 Remissyttranden	29
3 PRAXIS	31

3.1	Jollyroom	31
3.1.1	Inledning	31
3.1.2	Bakgrund och översikt	31
3.1.3	Förbudsmålet	33
3.1.3.1	Argumentation från KO	33
3.1.3.2	Argumentation från Jollyroom	34
3.1.3.3	PMD:s bedömning	34
3.1.4	Vitesmålet	35
3.1.4.1	Argumentation från KO	35
3.1.4.1.1	Utgångspunkt	35
3.1.4.1.2	Den principiella förklaringsmodellen	36
3.1.4.1.3	Den prisjämförande förklaringsmodellen	36
3.1.4.2	Argumentation från Jollyroom	37
3.1.4.3	PMD:s bedömning	38
3.1.4.4	PMÖD:s bedömning	39
3.2	Jollyroom mot konkurrenterna	40
3.2.1	Bakgrund	40
3.2.2	Påståenden om realisation och utförsäljning	41
3.2.3	Påståenden om ordinarie pris och prissänkningarnas storlek	42
3.2.4	Principiella frågor om dynamisk prissättning	45
3.3	Home Furnishing	45
4	ANALYS AV GÄLLANDE RÄTT OCH LAGFÖRSLAG	47
4.1	Inledning	47
4.2	Vad innebär väsentlighetskravet?	47
4.3	Är ordinarie priser och normala priser synonymer?	48
4.3.1	Konsumentverket och KO:s användning av begreppen	48
4.3.2	Begreppens användning i praxis	49
4.3.2.1	Före Vitesmålets prövning i PMÖD	49
4.3.2.2	Efter Vitesmålets prövning i PMÖD	51
4.3.3	Sammanfattande slutsats	53
4.4	Kan ett normalt pris/ordinarie pris fastställas vid dynamisk prissättning?	53
4.4.1	Enligt Jollyroom som svarande	53
4.4.2	Enligt PMD och KO	54
4.4.3	Enligt PMÖD	55
4.4.4	Sammanfattande slutsats	56
4.5	Den föreslagna bestämmelsen i PIL	57
4.5.1	Tillämpningsområdet	57
4.5.1.1	Prisvariationer som beror på dynamisk prissättning	57
4.5.1.2	Påståenden om realisation och utförsäljning	57
4.5.2	Det tidigare priset	58
5	AVSLUTANDE ANALYS	60
5.1	Inledning	60
5.2	Är gällande rätt väl anpassad för att reglera dynamisk prissättning och prismarknadsföring?	60

5.2.1	Rättslägets konsekvenser och förenlighet med MFL	60
5.2.2	Digitaliseringen och det komplicerade svenska rättsläget	63
5.3	Hur skulle regleringen kunna se ut istället?	64
5.3.1	Utgångspunkt	64
5.3.2	Alternativa jämförelsepriser	65
5.3.2.1	Genomsnittspris	66
5.3.2.2	Det tidigare lägsta priset	67
5.3.3	Väsentlighetskravet	68
5.4	Sammanfattande slutsats	69
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	71
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	76

Summary

Digitalisation has had a significant impact on the retail industry. Due to strong competition, price-conscious consumers and dynamic pricing (a pricing strategy in which prices varies several times throughout the day) prices in E-commerce are usually lower than prices in traditional commerce. Under these circumstances, price reductions (sales, clearance sales and finale sales) and price comparisons are crucial for a trader's ability to compete. Even though the subject of price reductions and price comparisons and dynamic pricing was discussed in a number of judgements in 2019 and 2020, the legal position is not obvious. Thus, this paper aims to investigate the legal position and to discuss the legal position in relation to dynamic pricing.

Sections 16–17 and 10 of the Swedish Marketing Act regulates under which conditions price reductions and price comparisons are allowed. For example, the prices during sales, clearance sales and final sales must be significantly lower than the trader's normal prices for equivalent products. According to the Consumer Ombudsman and the above-mentioned judgements, average prices are not normal prices; normal prices are equivalent to prices that are normally applied by the trader and has been applied during a period of four weeks prior to the price reduction. According to the Consumer Ombudsman, normal prices cannot be established when dynamic pricing is applied by the trader. The Patent and Market Court and the Patent and Market Court of Appeal are of the same, only slightly modified, opinion. Thus, it is as good as impossible for traders to carry out price reductions and price comparisons (since price comparisons often are based on normal prices) if dynamic pricing is applied.

Due to the legal position, traders must choose between the possibility to carry out price reductions and price comparisons and the possibility to apply dynamic pricing. Is that adequate, or should the subject be regulated in another way? In light of the above-mentioned judgements, there may be a risk

of a situation where big e-commerce traders disregard the legal situation, potentially entailing distorted competition and an increase in misleading marketing measures. Furthermore, it could be argued that there is a discrepancy between the Swedish legal position and the EU legislation which Swedish market law is based upon. In conclusion, the legal position cannot be considered appropriate or easily accessible. Moreover, it may aggravate the adoption and interpretation of EU legislation. In my opinion, it should therefore be possible to apply dynamic pricing as well as carry out price reductions and price comparisons provided that there is a clear and realistic legal framework, for example an obligation for the trader to provide information about the lowest price applied during a period of 30 days prior to the marketing measure.

Sammanfattning

Den digitala utvecklingen har förändrat detaljhandelsbranschen i stor utsträckning. Priserna på e-handelsmarknaden är normalt sett lägre än priserna i fysiska butiker till följd av hård konkurrens, prismedvetna konsumenter och dynamisk prissättning (en prissättningsmodell som innebär att priserna på en produkt varierar flera gånger om dagen). Prismarknadsföring (realisationer, slutförsäljningar, utförsäljningar och prisjämförelser) är under rådande förhållanden ett viktigt konkurrensmedel. Frågan om en prismarknadsföring är förenlig med marknadsföringsrätten när dynamisk prissättning tillämpas har aktualiserats i ett antal domar från 2019 och 2020. Rättsläget är dock något oklart. Uppsatsen syftar därför till att undersöka vad som gäller och analysera rättsläget i förhållande till dynamisk prissättning.

16–17 §§ MFL och 10 § 2 st. 4 p. MFL reglerar under vilka förutsättningar det är tillåtet att prismarknadsföra produkter. Realisationer, slutförsäljningar och utförsäljningar måste bl.a. innebära en väsentlig prissänkning i förhållande till näringsidkarens normala priser. Begreppet normala priser är enligt KO och de ovan nämnda domarna synonymt med ordinarie priser, d.v.s. de priser som näringsidkaren vanligen tillämpar och som dessutom har tillämpats under de fyra veckor som föregått prissänkningen. Enligt KO kan normala priser/ordinarie priser inte fastställas när näringsidkarens priser fluktuerar och genomsnittspriser anses inte kunna utgöra normala priser. Varken PMD och PMÖD är lika kategoriska som KO men har i stort sett samma uppfattning. Det är alltså i princip omöjligt för näringsidkare som tillämpar dynamisk prissättning att marknadsföra realisationer och utförsäljningar eller göra prisjämförelser (prisjämförelser görs ofta baserat på normala priser/ordinarie priser).

Det rådande rättsläget innebär att e-handlare måste välja mellan prismarknadsföring och dynamisk prissättning. Är det tillfredsställande eller

borde det se ut på ett annat sätt? Med beaktande av de ovan nämnda rättsfallen kan det förefalla finnas en risk för att större e-handlare inte anpassar sig efter regleringen, vilket skulle kunna snedvrída konkurrensen på marknaden och öka risken för vilseledande marknadsföring. Det kan även diskuteras om rättsläget verkligen motsvarar de EU-direktiv som marknadsföringsrätten bygger på. Sammanfattningsvis är gällande rätt varken ändamålsenlig eller lättöverskådlig och den riskerar dessutom att försvåra den svenska tillämpningen av nya EU-rättsliga bestämmelser och lösningar. Enligt min uppfattning borde det vara tillåtet att marknadsföra förmånliga priser och samtidigt tillämpa dynamisk prissättning förutsatt att tydliga och realistiska regler ställs upp, t.ex. krav för näringsidkare att i samband med en prissänkning eller prisjämförelse informera om det lägsta pris som tillämpats under de senaste 30 dagarna.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den snabba tekniska utvecklingen och digitaliseringen av detaljhandeln medför en ständig utveckling och strukturomvandling från fysisk handel till e-handel.¹ Konsumenter handlar i allt större grad online.² Den sammanlagda e-handelsförsäljningen uppgick 2020 till 122 miljarder kronor vilket utgjorde 14 % av den totala handeln och det var under 2020 lika vanligt att konsumenters senaste köp gjordes online som i fysisk butik.³ Många aktörer inom e-handeln tillämpar dynamisk prissättning, en prissättningsmodell som innebär att priset på en produkt ständigt varierar baserat på en förutbestämd prissättningsalgoritm som beräknar det optimala priset vid varje önskad tid. Prissättningsalgoritmen kan bygga på realtidsdata om t.ex. konkurrenters prissättning och gör det på så sätt möjligt för näringsidkare att uppnå marknadens lägsta eller annars förmånliga priser. Om prisvariationerna är automatiserade kallas prissättningsmodellen autodynamisk prissättning.⁴

Jollyroom AB ("Jollyroom"), en av Nordens största e-handelsaktörer som säljer barn- och babyprodukter, ålades 2018 ett interimistiskt förbud vid vite

¹ E-handel är en förkortning av elektronisk handel och avser, enligt nationalencyklopedin, distanshandel som sker med hjälp av fast eller mobil datakommunikation.

² HUI Research på uppdrag av Svensk Handel: "Det stora detaljhandelsskiftet", <https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/e-handelsrapporter/det_stora_detaljhandelsskiftet_svenskhandel_20170120.pdf>, besökt 2021-09-24; Svensk handel: "Läget i handeln: 2020 års rapport om branschens ekonomiska utveckling", <<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/e-handelsrapporter/laget-i-handeln-2020.pdf>>, besökt 2021-09-24.

³ Postnord i samarbete Svensk Digital handel och HUI Research: "E-barometern: Årsrapport 2020", <<https://www.postnord.se/siteassets/pdf/rapporter/e-barometern-arsrapport-2020.pdf>>, s. 3, 5 och 8, besökt 2019-09-24.

⁴ SOU 2018:1 s. 199; Lundén s. 41; Business.com: "What Is Dynamic Pricing, and How Does It Affect E-commerce?", <<https://www.business.com/articles/what-is-dynamic-pricing-and-how-does-it-affect-ecommerce/>>, besökt 2021-09-26; Dagens Analys: "Så här fungerar autodynamisk prissättning", <<https://www.dagensanalys.se/sa-har-fungerar-autodynamisk-prissattning/>>, besökt 2021-09-25; Postnord: "Varför du bör ha en prisstrategi för din e-handel", <<https://portal.postnord.com/info/leveransguiden/ehandel/prisstrategi-webshop/#6>>, besökt 2021-09-26.

om tre miljoner kronor mot vilseledande prismarknadsföring⁵ och dömdes 2019 av Patent- och marknadsdomstolen ("PMD").⁶ Jollyroom väckte i sin tur talan mot konkurrenter avseende liknande marknadsföringsåtgärder. Det resulterade i flera liknande mål i under 2020 och 2021.⁷ Jollyroom ansågs senare ha brutit mot det interimistiska förbudet och dömdes till att betala vite i Patent- och marknadsöverdomstolen ("PMÖD") 2020.⁸

De nu nämnda domarna klargör delvis frågan om prismarknadsföring i kombination med dynamisk prissättning men lämnar likväl frågetecken. När en aktör tillämpar dynamisk prissättning är det enligt Konsumentombudsmannen ("KO") inte möjligt att etablera ett normalt pris/ordinarie pris och därmed inte heller möjligt att vidta prismarknadsföringsåtgärder i enlighet med marknadsföringslagen (2008:486) ("MFL"). Domstolarna, eller åtminstone PMÖD, är inte lika kategoriska och det tycks finnas ett visst argumentationsutrymme. Frågan är då vad som gäller och vad som borde gälla?

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att undersöka om e-handelsaktörer som tillämpar dynamisk prissättning agerar i strid med marknadsföringsrätten vid prismarknadsföring och analysera hur väl lagstiftningen fungerar med dynamisk prissättning i dagens e-handel. Uppsatsen besvarar följande frågeställningar för att uppfylla syftet:

⁵ Begreppet prismarknadsföring avser i uppsatsen realisationer, slutförsäljningar, utförsäljningar och prisjämförelser. Begreppet prisjämförelser avser i uppsatsen prisjämförelser mellan näringsidkarens reducerade pris och näringsidkarens tidigare pris för samma produkt, i samband med en priskampanj.

⁶ PMD:s beslut 2018-10-31 i mål PMT 13140-18; PMD:s dom 2019-11-11 i mål PMT 13140-18.

⁷ PMD:s dom 2020-06-26 i mål PMT 13403-19; PMD:s dom 2020-11-06 i mål PMT 6899-19; PMD:s dom 2020-11-16 i mål PMT 8685-19; PMD:s dom 2020-11-19 i mål PMT 4700-20; PMD:s dom 2021-06-11 i mål PMT 17943-20; PMD:s dom 2021-08-25 i mål PMT 17840-20.

⁸ PMÖD:s dom 2020-12-22 i mål B 713-20.

1. Under vilka förutsättningar kan begreppen realisation och slutförsäljning respektive utförsäljning användas och när kan prisjämförelser med ordinarie pris göras?
2. Är normala priser och ordinarie priser synonymmer?
3. Är det möjligt att etablera ett normalt pris och/eller ett ordinarie pris om priset ständigt fluktuerar?
4. Är gällande rätt väl anpassad för att reglera dynamisk prissättning och prismarknadsföring i e-handelsbranschen?

1.3 Avgränsningar

Marknadsrätten reglerar näringsidkares agerande på marknaden genom ett system av regelverk. De centrala rättsområdena är marknadsföringsrätt och konkurrensrätt. Konkurrenslagstiftningen ska främja effektiv och sund konkurrens medan marknadsföringsrätten ska skydda konsumenter och näringsidkare mot otillbörlig marknadsföring/konkurrens. Det finns ett slags samspel mellan rättsområdena och vid en studie av det ena området bör även det andra beaktas.⁹ Mot bakgrund av uppsatsens begränsade omfattning och syfte behandlas dock endast marknadsföringsrätten. Marknadsföringsrätten kan i sig kategoriseras som en del av konsumenträtten tillsammans med t.ex. konsumentköplagen (1990:932), konsumenttjänstlagen (1985:716) och distansavtalslagen (2005:59).¹⁰ Av samma skäl som ovan ligger fokus på mer renodlad marknadsföringsrätt och MFL men även prisinformationslagen (2004:347) ("PIL") behandlas. Näringsidkarens informationsskyldighet att ange jämförpriser¹¹ enligt PIL och hur denna påverkas av dynamisk prissättning tas inte upp. Vad gäller MFL regleras marknadsföring i relationen mellan näringsidkare och konsument respektive näringsidkare och näringsidkare. Det är endast relationen mellan näringsidkare och konsument som behandlas i uppsatsen.¹²

⁹ Bernitz s. 18–20.

¹⁰ Bernitz s. 20.

¹¹ Pris per kilogram, liter, meter eller liknande.

¹² Bernitz s. 19.

MFL genomför ett antal EU-direktiv och det svenska rättsläget påverkas alltså av EU-rätten och EU-domstolens praxis.¹³ EU-rätten är på så sätt en naturlig del av uppsatsen men mot bakgrund av det begränsade utrymmet kommer den inte diskuteras i detalj utan bara nämnas när det är relevant. Av samma skäl kommer frågor om marknadsrättens geografiska tillämpningsområde och gränsöverskridande marknadsföring inte behandlas.

Från början var tanken att undersöka mer än vad som framgår av avsnitt 1.2 men det rymdes inte. Jag ville bl.a. se på sanktionerna i MFL och diskutera huruvida dessa är tillräckliga för att förhindra vilseledande marknadsföring vid dynamisk prissättning.¹⁴ Jag ville även undersöka hur möjligheterna att marknadsföra andra priskampanjer än realisationer och utförsäljningar påverkas av dynamisk prissättning. Det diskuteras i rättsfallen som anges i kapitel 3 och har ett nära samband med uppsatsens syfte eftersom det i verkligheten sällan går att isolera olika prismarknadsföringsåtgärder, i samband med realisationer och utförsäljningar görs ofta prisjämförelser och påståenden om t.ex. specialpris, rabatt, extrapris och liknande.

1.4 Metod och material

Den inledande redogörelsen för hur dynamisk prissättning fungerar bygger på *Prissättning: praktisk handbok* av Björn Lundén och artiklar från affärstidningar och Postnord. Uppsatsens deskriptiva delar i kapitel 2 och 3 utgår från den rättsdogmatiska metoden. Redogörelsen har dock även inslag av den rättsanalytiska metoden. Gällande rätt fastställs inte bara genom tolkning av vedertagna auktoritativa källor, vilka ryms inom den rättsdogmatiska metoden, utan även genom tolkning av icke-bindande källor som t.ex. Konsumentverkets vägledning om prisinformation och underrättspraxis, vilka ryms inom den rättsanalytiska metoden.¹⁵

¹³ Bernitz s. 15 och 23.

¹⁴ Detta diskuteras till en viss grad i kapitel 5 men inte på den mer djupgående nivå som var tänkt.

¹⁵ Sandgren s. 51 och 53; För en något avvikande uppfattning se Kleineman s. 24–26, 30 och 35–37, som menar att den rättsdogmatiska metoden ger utrymme för kritik av gällande rätt och ändringsförslag.

Kapitel 2 beskriver den relevanta lagstiftningen och de primära källorna är således lagtext med anknytande EU-direktiv, förarbeten och lagkommentarer samt rättspraxis och doktrin¹⁶. Redogörelsen för rättsreglerna bygger framför allt på lagkommentaren *Marknadsföringslagen: en kommentar* av Marianne Levin och *Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten* av Ulf Bernitz. Andra böcker har använts kompletterande vid behov; *Marknadsföringsrätt: den materiella rätten och processen* av Niklas Briselius m.fl., *Kommunikationsrätt* av Lena Olsen, *Immaterialrätt och marknadsrätt ur praktiskt perspektiv* av Åsa Hellstadius och *Den svenska marknadsföringslagstiftningen* av Carl Anders Svensson. Tillsammans ger de en god översikt över men också djupare kunskap om marknadsrätten och framför allt MFL. Samtliga böcker är utgivna mellan 2019 och 2021. Det är fördelaktigt med tanke på att uppsatsen avser ett område som utvecklas i snabb takt. Jag har likväl haft i åtanke att den snabba utvecklingen kan medföra stora förändringar på kort tid och därigenom göra förhållandevis ny information utdaterad.

Avsnitt 2.3 om reglerna avseende prismarknadsföring bygger nästan uteslutande på Konsumentverkets vägledning om prisinformation, Vägledningen är rättsligt oförbindande.¹⁷ Den används eftersom material från vedertagna rättskällor saknas och den återkommande hänvisas till i rättsfallen som anges i kapitel 3. Vägledningen innehåller vissa motstridiga uppgifter och informationen upplevs stundvis som bristfällig och därmed i behov av förtydliganden och/eller kompletteringar. Jag har därför gjort egna tolkningar av hur vägledningen ska förstås, vilket tydligt framgår. Det är något problematiskt eftersom uppsatsens analyser delvis bygger på reglerna om prismarknadsföring. Jag har därför varit försiktig med att dra för långtgående slutsatser om vägledningen. Även ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation ("ICC:s grundregler") används vid enstaka

¹⁶ Doktrin används konsekvent som begrepp. Jag är dock medveten om att det råder delade meningar om vad doktrin egentligen innebär, se t.ex. Sandgren s. 19–20 och Kleineman s. 33–34.

¹⁷ Bernitz s. 49–50.

tillfällen. Dessa regler är också rättsligt oförbindande men utgör en väletablerad norm för god sed inom marknadsföringsrätten.¹⁸

Kapitel 3 är en redogörelse för relevant rättspraxis. Fokus ligger på två mål där KO stämt Jollyroom för agerande i strid med MFL. Dom 2019-11-11 i mål PMT 13140-18 behandlas i PMD ("Förbudsdomen") och avser talan om förbud. Dom 2019-12-17 i mål B 2574-19 ("Vitesdomen (PMD)") respektive dom 2020-12-22 i mål B 713-20 ("Vitesdomen (PMÖD)") behandlas i PMD respektive PMÖD och avser talan om vite på grund av överträdelse av interimistiskt förbud ("Interimistiskt förbud mot Jollyroom"). Det redogörs även för domar från PMD där Jollyroom stämt sina konkurrenter;

- a) dom 2020-06-26 i mål PMT 13403-19 ("Babyland-domen"),
- b) dom 2020-11-06 i mål PMT 6899-19 ("Lekmer-domen"),
- c) dom 2020-11-16 i mål PMT 8685-19 ("Babyshop-domen"),
- d) dom 2020-11-19 i mål PMT 4700-20 ("Big Baby-domen"),
- e) dom 2021-06-11 i mål PMT 17943-20 ("Baby V-domen") och
- f) dom 2021-08-25 i mål PMT 17840-20 ("Pixizoo-domen").

Slutligen återges ett mål beträffande e-handlaren Home Furnishing Nordic AB ("Home Furnishing"). Målet behandlas i PMD:s dom 2018-09-03 i mål PMT 5472-17 ("Home Furnishing-domen (PMD)") och i PMÖD:s dom 2020-07-08 i mål PMT 9082-18 ("Home Furnishing-domen (PMÖD)").

Redogörelsen för rättspraxis är väsentlig eftersom lagtext, lagkommentaren och doktrin inte besvarar uppsatsens alla frågeställningar. Enligt Sandgren kan tyngden av domstolens argument dock variera och rättskällevärdet bedöms genom "en sammanvägning av rättskällans auktoritet och uttalandets sakliga tyngd".¹⁹ Det har särskilt beaktats vid tolkningen av domarna från PMD eftersom dess rättskällevärde kan ifrågasättas; underrättspraxis utgör inte prejudikat och är därför inte en sådan tungt vägande rättskälla med formell auktoritet som praxis från högsta instans.²⁰ Domarna har tolkats

¹⁸ Bernitz s. 49.

¹⁹ Sandgren s. 48–49.

²⁰ Sandgren s. 53.

försiktigt och jag har varit noga med att inte lägga för stor vikt vid dem i slutsatserna i kapitel 4 och 5. De är dock väsentliga för uppsatsen och väger kanske något tyngre än vanligt eftersom dynamisk prissättning är ett relativt nytt område som ännu inte reglerats i lag och som inte prövats av PMÖD i särskilt stor utsträckning och som därför kan förutsättas vara i ständig förändring.

Kapitel 4 utgör en analys av gällande rättsläge och genomförs med hjälp av en rättsanalytisk metod. Analysen bygger på min egen tolkning av de relevanta rättsfallen mot bakgrund av lagstiftningen men också på två webinarium där frågan om dynamisk prissättning och prismarknadsföring diskuterats. Det första, ”Total utförsäljning!”, anordnades den 8 april 2021 av Vinge Göteborg (”Vinges webinarium om prismarknadsföring”). Det finns i skrivande stund på internet men det är enligt Vinge osäkert hur länge det kommer vara tillgängligt. Det andra, ”Prismarknadsföring i praktiken”, anordnades den 2 december 2021 av Setterwalls Göteborg (”Setterwalls webinarium om prismarknadsföring”) och är inte tillgängligt på internet. Det går att ifrågasätta källornas värde eftersom de inte går att kontrollera eller snart inte kommer gå att kontrollera. Med tanke på att det inte finns någon rättsvetenskaplig forskning eller material från andra vedertagna rättskällor (utöver praxis) på området så är webinarierna dock värdefulla och intressanta, varför de används.

Kapitel 5 innehåller uppsatsens avslutande analys av rådande rättsläge och en diskussion om hur regleringen borde se ut. Analysen baseras på de tolkningar och slutsatser som gjorts i tidigare kapitel och de ovan nämnda webinarierna används bitvis som stöd för argumentationen. Analysen utgår från den rättsanalytiska metoden eftersom den genomsyras av ett kritiskt perspektiv och rättspolitisk argumentation, men har även inslag av den rättsdogmatiska metoden eftersom den är skriven mot bakgrund av gällande rätt. Argumentation som bygger på fastställandet av gällande rätt kan sägas omfattas av den rättsdogmatiska metoden. Det är med den rättsdogmatiska metoden dock inte möjligt att argumentera rättspolitiskt eller fastställa

effekterna av gällande rätt och huruvida syftet med en rättsregel uppnås utan detta omfattas av den rättsanalytiska metoden.²¹

1.5 Disposition

Den första frågeställningen besvaras i kapitel 2 och 3 som redogör för relevant lagstiftning och tillhörande rättspraxis men också i kapitel 4 på ett mer analyserande vis. Den andra och tredje frågeställningen besvaras i kapitel 4 med en analys av rättsläget mot bakgrund av kapitel 2 och 3. Den fjärde frågeställningen besvaras i kapitel 5 med en diskussion om rättsläget och e-handelsbranschen mot bakgrund av kapitel 2, 3 och 4.

²¹ Sandgren s. 51–53; För en något avvikande uppfattning se Kleineman s. 24–26, 30 och 35–37.

2 Lagstiftning

2.1 Grundläggande om MFL

2.1.1 Bakgrund

Den första svenska marknadsföringslagen kom 1970. Vid samma tid inrättades KO som tillsynsorgan och Marknadsdomstolen som domstol för konkurrens- och marknadsrättsliga frågor. Marknadsdomstolen ersattes 2016 av PMD och PMÖD. Dagens marknadsföringslag från 2008 infördes för att implementera flera marknadsrättsliga EU-direktiv. Det svenska rättsläget stämde dock i stort sett redan överens med direktiven och den nya lagen innebar inga stora materiella förändringar. Det innebär bl.a. att äldre förarbeten och praxis än är av betydelse.²²

Det centrala direktivet är Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 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 ("direktivet om otillbörliga affärsmetoder"). Det avser att fullharmonisera medlemsstaternas konsumentskyddande regler om otillbörliga affärsmetoder som skadar konsumenternas ekonomiska intressen.²³ Direktivets innehåll kompletterades 2019 genom Direktiv (EU) 2019/2161 om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 98/6/EG, 2005/29/EG och 2011/83/EU vad gäller bättre upprätthållande och modernisering av unionens konsumentskyddsregler ("ändringsdirektivet"). Bestämmelser som är nödvändiga för att genomföra ändringsdirektivet ska antas och offentliggöras av medlemsstaterna senast den 28 november 2021 och tillämpas senast den 28 maj 2022.²⁴ Utredningen SOU 2021:17 Ett moderniserat konsumentskydd avser att bedöma hur

²² Prop. 2007/8:115 s. 59–61; Bernitz s. 29–30 och 46–47; Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) Inledning, avsnitt 1 och 2.4.1, Lexino 2014-06-03 (JUNO).

²³ Artikel 4 direktiv 2005/29/EG; Bernitz s. 29–30.

²⁴ Artikel 7 direktiv (EU) 2019/2161.

ändringsdirektivet ska genomföras i svensk rätt och föreslagna relevanta ändringar kommer belysas löpande.²⁵ Utredningen skickades på remiss i april 2021. Lagrådsremiss eller proposition föreligger inte i skrivande stund.²⁶

2.1.2 MFL:s syfte

Syftet med MFL är att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter samt att skydda konsumenter och näringsidkare mot och motverka otillbörlig marknadsföring, marknadsföring som inte är tillräckligt informativ och otillbörlig eller illojal konkurrens. Konsumentskyddet innebär ett skydd för konsumenternas ekonomiska intressen. Konsumenterna ska kunna fatta välgrundade affärsbeslut utan påverkan av otillbörliga affärsmetoder och välja mellan konkurrerande näringsidkares produkter. På grund av EU-rätten ska MFL även bidra till en fungerande inre marknad genom att främja fri rörlighet och konkurrens, något som kan kollidera med konsumentskyddet. Vid en kollision måste de två skyddsintressena vägas mot varandra av rättstillämparen.²⁷

2.1.3 Struktur

MFL kan delas upp i materiella bestämmelser och bestämmelser om sanktioner och processuell ordning. De materiella bestämmelserna bygger på den så kallade svarta listan²⁸ och tre allmänna generalklausuler om förbud mot marknadsföring i strid med god marknadsföringssed, aggressiv marknadsföring och vilseledande marknadsföring. Till bestämmelserna om aggressiv respektive vilseledande marknadsföring hör resterande materiella bestämmelser. De innehåller mer preciserade förbud eller påbud avseende särskilda aggressiva och vilseledande marknadsföringsåtgärder.²⁹

²⁵ SOU 2021:17 s. 13–14, 71 och 89.

²⁶ Finansdepartementet, Remiss, Delbetänkande Ett moderniserat konsumentskydd (SOU 2021:17), Remissinstanser, 2021-04-22, Fi2021/01503, <<https://www.regeringen.se/4986eb/contentassets/a4c092f4e31d432f9a74f71aeef3e1da/remissinstanser-ett-moderniserat-konsumentskydd.pdf>>, besökt 2022-01-02. Regeringskansliets webbsida: "Lagstiftningskedjan", <<https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2021/03/sou-202117/>>, besökt 2022-01-02.

²⁷ 1 § MFL; Prop. 2007/08:115 s. 62; Bernitz s. 19–20 och 24–25; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 1 §, avsnitt 2.1.1, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

²⁸ Svarta listan är inte relevant för uppsatsen och kommer inte behandlas vidare.

²⁹ Bernitz s. 37–40.

MFL kompletteras av ett antal annexlagar och speciallagar. Annexlagarna innehåller specialbestämmelser om marknadsföring i vissa medier eller avseende vissa produktområden men hänvisar till MFL:s bestämmelser om tillsyn, förfarande och sanktioner. Annexlagar av intresse för uppsatsen är lag (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler ("DAL") och prisinformationslag (2004:347) ("PIL"). Speciallagarna, som t.ex. livsmedelslagen (2006:804) och läkemedelslagen (2015:315), innehåller inte bara specialbestämmelser om viss marknadsföring utan även egna bestämmelser om tillsyn, förfarande och sanktioner.³⁰ Inga speciallagar är av intresse för uppsatsen.

2.1.4 Tillämpningsområde

Tillämpningsområdet regleras i 1–2 §§ MFL som stadgar att MFL tillämpas i samband med att en näringsidkare marknadsför produkter till konsumenter och när KO fullgör sina uppgifter som tillsynsorgan. Lagen tillämpas således på hela marknaden och är teknikneutral, vilket innebär att den gäller oberoende av var marknadsföringen genomförs och vilka tekniska hjälpmedel som används. Marknadsföringsåtgärder som vidtas online, t.ex. via webbplatser, applikationer och sociala medier, ingår alltså i tillämpningsområdet.³¹ Det digitala tillämpningsområdet tydliggörs genom ändringsdirektivet (och därmed även av SOU 2021:17) som bl.a. avser att anpassa rättsläget till den ständiga utvecklingen och digitaliseringen av marknaden.³²

2.1.5 Grundläggande begrepp

Begreppen affärsbeslut, konsument, marknadsföring, näringsidkare och produkter definieras i 3 § MFL. Produkter definieras som varor, tjänster, fast

³⁰ Bernitz s. 43 och 155–156; Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) 1 §, avsnitt 2.1.2, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

³¹ Bernitz s. 31–32; Olsen s. 100; Levin, Marknadsföringslagen (2008:486) 1 §, avsnitt 2.1.2, Lexino 2017-07-27 (JUNO); Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 2 §, avsnitt 1, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

³² Skäl 17 direktiv (EU) 2019/2161; SOU 2021:17 s. 13–14.

egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter. Uppsatsen avser endast produkter med innebörden varor. Marknadsföring³³ är ett brett begrepp. Det definieras som reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare. Som framgår av 2 § 1 st. 1 p. MFL och 3 § MFL måste marknadsföringen vidtas med avsättnings- eller avskaffningsfrämjande syfte för att omfattas av tillämpningsområdet. Det innebär enligt förarbeten och praxis att marknadsföringen måste vara av kommersiell natur.³⁴

2.2 Grundläggande om vilseledande marknadsföring

2.2.1 Inledning

Marknadsföring ska enligt allmän marknadsrättslig princip vara vederhäftig och inte vilseledande.³⁵ Marknadsföring kan vara vilseledande enligt 9–10 eller 12–17 §§ MFL. För uppsatsen relevanta bestämmelser är 10, 12, 16–17 §§ MFL. Den grundläggande bestämmelsen är 10 § MFL som stadgar ett allmänt förbud mot vilseledande marknadsföring och vilseledande utelämnande. Bestämmelserna 12 och 16–17 §§ MFL innehåller preciserade förbud mot vilseledande köperbjudanden respektive prismarkandsföring.

2.2.2 Det allmänna förbudet i 10 § MFL

Enligt 10 § 1 st. MFL får en näringsidkare inte använda sig av felaktiga påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annans näringsverksamhet. Marknadsföring

³³ Direktivet om otillbörliga affärsmetoder använder begreppet affärsmetoder istället för marknadsföring men begreppen har motsvarande innebörd. Marknadsföring används konsekvent i uppsatsen.

³⁴ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 2 §, avsnitt 2.1.1–2.1.2, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

³⁵ Artikel 1 och 5 ICC:s grundregler; Briselius m.fl. s. 103–104.

kan vara vilseledande även om informationen i sig är korrekt.³⁶ Det finns i 10 § 2 st. MFL en icke-uttömmande lista med marknadsföringsåtgärder som förbudet särskilt avser. Relevant för uppsatsen är fjärde punkten som tar sikte på vilseledande prisangivelser avseende exempelvis produktens pris, grunderna för prisberäkningen och prisnedsättningar.³⁷

Enligt 10 § 3 st. MFL får en näringsidkare inte utelämna väsentlig information i marknadsföringen av sin egen eller någon annans näringsverksamhet. Marknadsföring får alltså inte innebära vilseledande utelämnande. Vad som är väsentlig information bestäms med hjälp av transaktionstestet i 8 § 1 st. MFL. Det är således bara sådan information som konsumenterna behöver för att fatta ett välgrundat affärsbeslut som är väsentlig. Väsentlig information som visserligen omfattas av marknadsföringen men som är oklar, obegriplig eller tvetydig träffas också av förbudet. Det kan t.ex. handla om marknadsföring vars budskap inte är detsamma vid första anblick som vid närmare läsning. Vad som är väsentlig information framgår även av vissa annexlagar, se avsnitt 2.4.1³⁸

2.2.3 Bedömningen av om marknadsföring är vilseledande och otillbörlig

2.2.3.1 Tvåstegsbedömningen

Tidigare gjordes bedömningen av om viss marknadsföring är vilseledande och otillbörlig i två steg. Först prövades om marknadsföringen var vilseledande enligt 10 eller 12–17 §§ MFL. Om marknadsföringen var vilseledande gjordes transaktionstestet enligt 8 § 1 st. MFL för att pröva om marknadsföringen påverkade konsumenternas förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därmed var otillbörlig.³⁹ Tvåstegsbedömningen stämmer

³⁶ Artikel 6.1 direktiv 2005/29/EG; Prop. 2007/08:115 s. 85.

³⁷ Bernitz s. 80.

³⁸ Prop. 2007/08:115 s. 72–75 och 126; Bernitz s. 52 och 69; Briselius m.fl. s. 72 och 124–125; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 1 §, avsnitt 2.1.2, Lexino 2017-07-27 (JUNO); Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.4, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

³⁹ Prop. 2007/08:115 s. 110–111; Bernitz s. 64; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2.1, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

enligt PMÖD:s senare praxis inte överens med direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Numera ska rättstillämparen istället göra en samlad bedömning av om marknadsföringen är vilseledande och otillbörlig, inom ramen för transaktionstestet. Den samlade bedömningen har tillämpats av PMÖD i förhållandet mellan 8 och 9 §§ och mellan 8 och 10 samt 16 §§ MFL.⁴⁰ Huruvida den samlade bedömningen även ska tillämpas i förhållandet mellan 8 § och 10 samt 12–15 eller 17 §§ MFL har inte prövats av PMÖD. Uppsatsen utgår dock från att så ska ske i förhållandet mellan 8 och 10 samt 17 §§ MFL i enlighet med ett antal domar från PMD.⁴¹

Vid introduktionen av den samlade bedömningen konstaterade PMÖD att den gamla och den nya metoden för bedömning vanligtvis borde leda till samma resultat men att skilda resultat inte kan uteslutas.⁴² Bernitz ansåg 2020 att det var för tidigt för att bedöma om den nya metoden skulle innebära någon faktiskt skillnad.⁴³ Det finns i skrivande stund inget omfattande material om den samlade bedömningen men viss vägledning ges i den praxis som anges i kapitel 3. Rättsfallen avser samma bestämmelser och i princip motsvarande omständigheter. Två av domarna är skrivna före praxisändringen.⁴⁴ Resten är skrivna efter praxisändringen.⁴⁵ Det tycks dock inte vara någon praktisk skillnad mellan bedömningarna av om marknadsföringen är vilseledande och otillbörlig. Transaktionstestet görs i sig på samma sätt och bedömningsprinciperna är desamma.⁴⁶ Jag kommer därför och på grund av det begränsade utrymmet utgå från att skillnaden mellan de två metoderna inte är betydande.

⁴⁰ PMÖD:s dom 2019-12-05 i mål PMT 2054-18; Home Furnishing-domen (PMÖD); Bernitz s. 64; Briselius m.fl. s. 71–72.

⁴¹ Lekmer-domen s. 16–17; Babyshop-domen s. 24; Big Baby-domen s. 12–13; Baby V-domen s. 15–16; Pixizoo-domen s. 13–14; Briselius m.fl. s. 71–72.

⁴² PMÖD:s dom 2019-12-05 i mål PMT 2054-18.

⁴³ Bernitz s. 64 fotnot 113.

⁴⁴ Home Furnishing-domen (PMD); Förbudsdomen.

⁴⁵ Home Furnishing-domen (PMÖD); Vitesdomen (PMD); Vitesdomen (PMÖD); Babyland-domen; Lekmer-domen; Babyshop-domen; Big Baby-domen; Baby V-domen; Pixizoo-domen.

⁴⁶ Jag är medveten om att domarna efter praxisändringen inte har prejudicerande värde eftersom de är från PMD och att PMÖD kan komma att uttala sig om en eventuell praktisk skillnad.

2.2.3.2 Den samlade bedömningen

2.2.3.2.1 Hur görs bedömningen?

Den samlade bedömningen innebär att transaktionstestet görs för att bedöma om viss marknadsföring är vilseledande. Om marknadsföringen är vilseledande är den också per automatik otillbörlig. Den samlade bedömningen görs med genomsnittskonsumerten⁴⁷ som måttstock och det första steget är således att definiera målgruppen och genomsnittskonsumerten.⁴⁸ Sedan görs en prövning av transaktionstestet och ”samtliga för bedömningen relevanta omständigheter [ska då] beaktas”.⁴⁹

I mål om förbud mot vilseledande marknadsföring tillämpas omvänd bevisbörda. Käranden ska visa att den åberopade marknadsföringen har gjorts. Svaranden ska visa att marknadsföringen är vederhäftig, genom att styrka att det som påstås uttryckligen eller underförstått och indirekt i marknadsföringen är korrekt och att samtliga närliggande tolkningar av ett påstående är förenliga med MFL. Bevisbördans placering är av stor betydelse och ofta avgörande i mål om prismarknadsföring.⁵⁰

2.2.3.2.2 Målgruppen och genomsnittskonsumerten

Som utgångspunkt antas genomsnittskonsumerten vara en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst person. Det är dock upp till den nationella rättstillämparen att med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer tolka och konkretisera vem genomsnittskonsumerten är. Bedömningen utgår från målgruppens sammansättning.⁵¹ Målgruppen kan utgöras av samtliga konsumenter eller mindre mer specifika grupper som t.ex.

⁴⁷ Genomsnittskonsumerten är ett EU-rättsligt begrepp och rättslig standard som tar sikte på den genomsnittliga konsumenten i målgruppen för viss marknadsföring.

Genomsnittskonsumerten används inte i MFL där mottagare används istället men med samma innebörd. Genomsnittskonsumerten används konsekvent i uppsatsen.

⁴⁸ Artikel 6.1 direktiv 2005/29/EG; Bernitz s. 52; Briselius m.fl. s. 64 och 105; Jämför Lekmer-domen s. 50 och Pixizoo-domen s. 14.

⁴⁹ PMÖD:s dom 2019-12-05 i mål PMT 2054-18; Home Furnishing-domen (PMÖD); Bernitz s. 64; Briselius m.fl. s. 71–72.

⁵⁰ Bernitz s. 65–66; Vinges webinarium om prismarknadsföring.

⁵¹ Skäl 18 direktiv 2005/29/EG; Prop. 2007/08:115 s. 67; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2.1, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

småbarnsföräldrar eller småbarnsföräldrar som efterfrågar en viss produkt.⁵² Gruppen kan på grund av ålder eller handikapp vara mer känslig för marknadsföring och lättare vilseledd. Genomsnittskonsumerten antas då vara mindre välinformerad och kritisk till marknadsföring. Det gäller även om marknadsföringen riktar sig mot samtliga konsumenter men de mer känsliga konsumenterna tydligt kan identifieras.⁵³ Gruppen kan även vara mer eller mindre kvalificerad beroende på vad för produkt som marknadsförs. Avser marknadsföringen dyra sällanköpsvaror⁵⁴ förväntas konsumenterna noga studera marknadsföringen och överväga affärsbeslutet. Genomsnittskonsumerten antas då vara mer välinformerad och uppmärksam och därmed mindre lätt vilseledd.⁵⁵ Slutligen kan målgruppen ha särskilda egenskaper och/eller kunskaper. Genomsnittskonsumerten har t.ex. ansetts kunna hantera internet när marknadsföringen i fråga gjorts online.⁵⁶

Mot bakgrund av konsumentskyddsintresset bör målgruppen inte bestämmas för restriktivt.⁵⁷ Exempel på detta finns i rättsfallen som anges i kapitel 3. Samtliga domar utom en avsåg marknadsföring av barn- och babyprodukter online och argumentationen avseende genomsnittskonsumerten, föräldrar och blivande föräldrar till små barn, såg i stort sett ut på samma sätt. Käranden menade att genomsnittskonsumerten har mindre tid att tillgå och mindre möjlighet att granska priserbjudanden än andra och därmed borde antas vara särskilt känslig för marknadsföring. Svaranden menade att konsumenten var van vid e-handel och prisjämförelsetjänster och därmed inte borde antas vara särskilt känslig för marknadsföring. Enligt PMD utgjorde båda sidors

⁵² MD 2015:2; MD 2015:14; Bernitz s. 55.

⁵³ Artikel 5.3 direktiv 2005/29/EG; Skäl 18–19 direktiv 2005/29/EG; Bernitz s. 62; Briselius m.fl. s. 66.

⁵⁴ Varor som handlas mer sällan än dagligvaror, t.ex. bilar, vitvaror, heminredning och glasögon.

⁵⁵ Bernitz s. 60; Hellstadius s. 111; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2.1, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁵⁶ MD 2015:2; MD 2015:16; PMÖD:s dom 2019-12-05 i mål PMT 2054-18; Bernitz s. 58 och 60–61.

⁵⁷ PMÖD:s dom 2019-12-05 mål PMT 2054-18.

åberopade särskilda egenskaper för snäva avgränsningar som riskerade att undergräva konsumentskyddet.⁵⁸

2.2.3.2.3 Transaktionstestet och bedömningsprinciper

Transaktionstestet innebär enligt 8 § 1 st. MFL att marknadsföringen måste påverka eller sannolikt påverka genomsnittskonsumenten förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Transaktionstestet avser således att utvisa om genomsnittskonsumenten på grund av marknadsföringen riskerar att fatta ett annat och mindre genomtänkt affärsbeslut än annars. Med marknadsrättsliga termer kan det beskrivas som en prövning av om marknadsföringen har kommersiell effekt. Marknadsföring som i och för sig är vilseledande och därmed otillbörlig men som bara har en försumbar effekt på genomsnittskonsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut har inte kommersiell effekt och strider således inte mot MFL.⁵⁹ Före praxisändringen kunde marknadsföring vara vilseledande utan att samtidigt vara otillbörlig och transaktionstestet fungerade då som en nedre gräns för otillbörliga åtgärder.⁶⁰ Det var dock ovanligt att vilseledande marknadsföring inte ansågs påverka konsumentens ekonomiska handlingsmönster. Det har snarare funnits en presumtion för att vilseledande marknadsföring har kommersiell effekt och därmed är otillbörlig, rättstillämparen har ofta ansett att en separat prövning av transaktionstestet inte är nödvändig.⁶¹ Detta förhållningssätt tycks harmoniera väl med den nya samlade metoden för bedömning och förklarar möjligen delvis varför praxisändringen inte tycks innebära någon större skillnad i praktiken.

Som framgår av ordalydelsen i 8 § 1 st. MFL ställs inget krav på att marknadsföringen faktiskt är vilseledande. Det är tillräckligt att marknadsföringen sannolikt vilseleder en betydande del⁶² av målgruppen. Det

⁵⁸ Babyland-domen s. 22; Lekmer-domen s. 51; Babyshop-domen s. 25; Big Baby-domen s. 13.

⁵⁹ Bernitz s. 39, 42–43, 51–52 och 60–61; Hellstadius s. 110–111; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2 och 2.2.1, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁶⁰ Bernitz s. 51–52; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁶¹ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.1, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁶² Det bör enligt Bernitz innebära cirka en tredjedel.

fordrar en hypotetisk bedömning av rättstillämparen som prövar hur genomsnittskonsumenten torde uppfatta och reagera på marknadsföringen.⁶³ Utgångspunkten för bedömningen är det helhetsintryck som genomsnittskonsumenten kan antas få vid översiktlig eller flyktig kontakt med marknadsföringen. Marknadsföringens innebörd och dess vederhäftighet kan alltså variera beroende på vem marknadsföringen är riktad mot. Vad som faktiskt framgår av marknadsföringen är ofta inte avgörande utan det väsentliga är vad konsumenten lägger märke till. Vanligtvis noterar konsumenten sådant som rubriker, bilder och andra intresseväckande inslag men inte små texter och texter i svaga färger. Genomsnittskonsumenten antas inte studera marknadsföring på internet noggrannare än marknadsföring i andra medier.⁶⁴

2.3 Prismarknadsföring

2.3.1 Prisjämförelser

Vederhäftigheten av prisjämförelser och påståenden om storleken på en prissänkning i procent och/eller kronor bedöms enligt 10 § MFL och särskilt 10 § 2 st. 4 p. MFL. Det finns knappt någon vägledning i förarbeten, lagkommentar eller doktrin om hur bedömningen ska göras och redogörelsen nedan utgår därför huvudsakligen från Konsumentverkets vägledning om prisinformation.⁶⁵ Vägledningens värde som källa diskuteras i avsnitt 1.4.

Vägledningen är något oklar avseende om jämförelsepriset⁶⁶ ska framgå vid en prisjämförelse eller inte.⁶⁷ Jag tolkar vägledningen som att Konsumentverket anser att näringsidkare måste ange vad för typ av

⁶³ Artikel 6.1 direktiv 2005/29/EG; Prop. 2007/08:115 s. 66; Bernitz s. 63–64 och 67; Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.2, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁶⁴ MD 2010:14; Bernitz s. 67; Briselius m.fl. s. 105; Hellstadius s. 110; Marknadsföringslag (2008:486) 6 §, avsnitt 2.2 och 2.2.1, Lexino 2017-07-27 (JUNO); Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.1, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁶⁵ Jämför Prop. 2007/08:115, SOU 2006:76, Prop. 1994/95:123, SOU 1993:59, Bernitz, Briselius m.fl., Hellstadius Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.3.4, Lexino 2017-07-27 (JUNO), Svensson.

⁶⁶ Det pris som det reducerade priset jämförs med för att ange prissänkningen storlek.

⁶⁷ Jämför Konsumentverkets vägledning om prisinformation sista meningen i avsnitt 2.2.1 på s. 7 och första meningen i andra stycket i avsnitt 2.2.2 på s. 8.

jämförelsepris som används (ordinarie pris eller rekommenderat pris) men inte måste ange jämförelsepriset i kronor även om det också bör ske för att undvika vilseledande marknadsföring. Beroende på vad för jämförelsepris som används ställs olika krav på prisjämförelsen. Vägledningen beskriver två jämförelsepriser, ordinarie priser och rekommenderat priser, men uppsatsen behandlar endast ordinarie priser och rekommenderade priser kommer således inte beskrivas vidare.⁶⁸ För att ett pris ska utgöra ett ordinarie pris måste två villkor vara uppfyllda. För det första måste priset vara det pris som näringsidkaren vanligen tillämpar på den marknadsförda produkten.⁶⁹ Det finns inga exakta tidsgränser för hur länge priset måste ha tillämpats men om ett annat pris har tillämpats ”under en längre period kan detta övergå till att utgöra det ordinarie priset för produkten i fråga [och] det tidigare ordinarie priset blir då föråldrat och inte längre giltigt att jämföra med”.⁷⁰ För det andra måste priset vara ett pris som tillämpats vid försäljning till konsumenterna.⁷¹ Om inget annat anges så förutsätts överkursade priser, priser med avvikande färgsättning, priser inom parentes eller liknande vara ägnade att uppfattas som ordinarie pris i samband med prismarknadsföring.⁷²

2.3.2 Begrepp med särskild attraktionskraft

Begreppen realisation, utförsäljning och slutförsäljning⁷³ samt andra begrepp med motsvarande innebörd innehar en särskild attraktionskraft eftersom de skapar en förväntan om särdeles fördelaktiga priser. Vilseledande användning av dem kan påverka konsumentskyddet och snedvrیدا konkurrensen på marknaden. Rättstillämparen har därför utvecklat och preciserat villkor för begreppens användning sedan 1970-talet och rättsutvecklingen kodifierades

⁶⁸ Även cirkapriser nämns. Det beskrivs dock inte närmare utan verkar användas synonymt med rekommenderat pris.

⁶⁹ Detta har bekräftats av PMD i Förbudsdomen s. 55.

⁷⁰ Konsumentverkets vägledning om prisinformation s. 8.

⁷¹ Konsumentverkets vägledning om prisinformation s. 7–8.

⁷² Konsumentverkets vägledning om prisinformation s. 8; Svensk Handel: ”Så får rea-begreppet användas”, <<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/nyheter/2016/sa-far-rea-begreppet-anvandas/>>, besökt 2021-10-07.

⁷³ Utförsäljning används hädanefter avseende både utförsäljning och slutförsäljning, eftersom det inte verkar vara någon större skillnad mellan begreppen.

genom 1995 års marknadsföringslag.⁷⁴ Vid tillkomsten av 2008 års marknadsföringslag behölls nuvarande 16–17 §§ MFL trots att motsvarande specialbestämmelser inte finns i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Bestämmelserna ansågs omfattas av direktivets allmänna förbud mot vilseledande marknadsföring och bedömdes därmed inte strida mot direktivet.⁷⁵

2.3.2.1 Realisation – 17 § MFL

Enligt 17 § MFL får realisation och begrepp med motsvarande innebörd användas i marknadsföring bara under vissa angivna förutsättningar. Det ska vara fråga om försäljning av produkter som ingår i näringsidkarens ordinarie sortiment och försäljning under begränsad tid till priser som är väsentligt lägre än näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter. Nedan kommer att redogöras för innebörden i de för uppsatsen relevanta rekvisiten med hjälp av förarbeten, praxis, lagkommentar och doktrin samt Konsumentverkets vägledning och artiklar från Svensk Handel.

Innebörden av väsentligt lägre priser anses inte möjligt att precisera genom t.ex. en viss procentsats utan måste bedömas i varje enskilt fall med beaktande av varuslag och bransch, eftersom förhållandena kan variera från en bransch till en annan. Bedömningen görs med genomsnittskonsumenten som utgångspunkt och avgörande är vad denne objektivt uppfattar som förmånliga priser för den marknadsförda produkten.⁷⁶

Det finns ingen vägledning i förarbeten, lagkommentar eller doktrin om hur innebörden av näringsidkarens normala priser ska tolkas och tillämpas.⁷⁷

⁷⁴ Prop. 1994/95:123 s. 63–64; Prop. 2007/08:115 s. 103; SOU 2006:76 s. 244–245; Bernitz s. 142 och 149; Briselius m.fl. s. 152; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 15 §, avsnitt 2, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁷⁵ Prop. 2007/08:115 s. 103; SOU 2006:76 s. 244.

⁷⁶ Prop. 1994/95:123 s. 66 och 168–169; Prop. 2007/08:115 s. 152, Konsumentverkets vägledning om prisinformation s. 9, Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 15 §, avsnitt 2, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁷⁷ Jämför Prop. 2007/08:115 s. 103 och 152, SOU 2006:76 s. 102, 243–245 och 319, Prop. 1994/95:123 s. 62–66, SOU 1993:59 s. 294–300 och 531–532, Bernitz s. 149, Briselius m.fl. s. 154–157, Hellstadius s. 104, Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 15 §, avsnitt 2, Lexino 2017-07-27 (JUNO) och Svensson s. 94–95.

Redogörelsen utgår därför huvudsakligen från Konsumentverkets vägledning. Det finns i skrivande stund inget lagstadgat krav eller stöd i vedertagna rättskällor för att det pris som tillämpats före prissänkningen eller typen av jämförelsepris ska framgå i samband med realisationspåståenden.⁷⁸ Beräkningen av prissänkningen i samband med realisationspåståenden ska enligt vägledningen utgå från de priser som näringsidkaren tillämpat på de marknadsförda produkterna omedelbart före prissänkningen. Enligt Konsumentverket innebär det att när prisjämförelser görs i samband med realisationer (vilket allt som oftast sker) måste prisjämförelsen utgå från ordinarie priser och inte rekommenderade priser.⁷⁹ Jag tolkar därför vägledningen som att de tidigare priserna, som prissänkningen beräknas mot, ska utgöras av näringsidkarens ordinarie priser. De ordinarie priserna får inte höjas i nära anslutning till realisationen eftersom det kan vara vilseledande avseende prisernas förmånlighet.⁸⁰

Svensk Handel anser att de tidigare priserna bör utgöras av näringsidkarens ordinarie priser men då krävs som utgångspunkt att priserna tillämpats i minst fyra sammanhängande veckor omedelbart före prissänkningen. Undantag kan göras i vissa särskilda fall, t.ex. om partiet produkter är av begränsad storlek.⁸¹

2.3.2.2 Utförsäljning – 16 § MFL

Enligt 16 § MFL får utförsäljning och begrepp med motsvarande innebörd användas vid marknadsföring bara under vissa angivna förutsättningar. Det ska vara fråga om en utförsäljning av näringsidkarens hela varulager eller en klart avgränsad del av varulagret. Det ska vara fråga om en försäljning under begränsad tid till priser som är väsentligt lägre än näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter.

⁷⁸ Svensk Handel: ”Inför Black Friday – så får rea-begreppet användas”, <<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/nyheter/2019/nu-raknar-vi-ner-till-black-friday/>>, besökt 2021-10-07; Jämför Prop. 2007/08:115, SOU 2006:76, Prop. 1994/95:123, SOU 1993:59, Bernitz s. 149 och Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 15 §, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁷⁹ Konsumentverkets vägledning om prisinformation s. 7–9.

⁸⁰ Konsumentverkets vägledning om prisinformation s. 9.

⁸¹ Svensk Handel: ”Så får rea-begreppet användas”, <<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/nyheter/2016/sa-far-rea-begreppet-anvandas/>>, besökt 2021-10-07.

Det finns knappt någon vägledning för hur bestämmelsen ska tolkas och tillämpas.⁸² Väsentligt lägre priser anses inte möjliga att precisera närmare utan innebörden ska bedömas i varje enskilt fall. Bedömningen görs med beaktande av samma aspekter som avseende 17 § MFL, se avsnitt 2.3.2.1.⁸³ Det finns ingen vägledning angående innebörden av näringsidkarens normala priser varken i vedertagna rättskällor eller i Konsumentverkets vägledning om prisinformation.⁸⁴ Med tanke på att 16–17 §§ MFL ofta beskrivs tillsammans, kravet på väsentlig prissänkning är identiskt och avsaknaden av material som tyder på annat så utgår jag från att de identiska rekvisiten i 16 och 17 §§ MFL har samma innebörd.

2.4 Prisinformation

2.4.1 Allmänt om näringsidkarens informationsskyldighet

En grundläggande marknadsrättslig princip är att näringsidkare är ansvariga för att lämna tillräcklig information om sina produkter till konsumenterna. Konsumentskyddet anses som utgångspunkt tillgodosett inom ramen för förbudet mot vilseledande marknadsföring. Det ställs dock vissa kompletterade informationskrav på näringsidkaren. Informationen som dessa informationskrav avser är väsentlig enligt 10 § 3 st. MFL och saknas den föreligger således ett vilseledande utelämnande.⁸⁵

⁸² Jämför Prop. 2007/08:115 s. 103 och 152, SOU 2006:76 s. 102, 243–245 och 319, Prop. 1994/95:123 s. 62–66, SOU 1993:59 s. 294–300 och 530–531, Bernitz s. 149, Briselius m.fl. s. 154–15, Hellstadius s. 104, Konsumentverkets vägledning om prisinformation s. 10, Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 15 §, avsnitt 2, Lexino 2017-07-27 (JUNO) och Svensson s. 94–95.

⁸³ Prop. 1994/95:123 s. 65–66 och 168–169; Prop. 2007/08:115 s. 152; Marknadsföringslag (2008:486) 15 §, avsnitt 2, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁸⁴ Jämför Prop. 2007/08:115 s. 103 och 152, SOU 2006:76 s. 102, 243–245 och 319, Prop. 1994/95:123 s. 62–66; SOU 1993:59 s. 294–300 och 530–531, Bernitz s. 149, Briselius m.fl. s. 154–157, Hellstadius s. 104, Konsumentverkets vägledning om prisinformation s. 10, Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 15 §, avsnitt 2, Lexino 2017-07-27 (JUNO) och Svensson s. 94–95

⁸⁵ Prop. 1994/95:123 s. 43–46; Prop. 2007/08:115 s. 62, 72–75 och 126; Bernitz s. 24 och 101–102; Briselius m.fl. s. 132; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 1 §, avsnitt 2.1.2, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

2.4.2 Prisinformationskrav

Prisinformation är inte bara avgörande för konsumenternas köpbeslut utan också nödvändig för en välfungerande marknad. Prisjämförelser kan enligt Marknadsdomstolen bidra till önskvärd priskonkurrens som gynnar konsumenterna.⁸⁶ Prisinformationskrav finns i flera utspridda men delvis överlappande bestämmelser. De grundläggande bestämmelserna är förbudet mot vilseledande prisangivelser i 10 § 2 st. 4 p. MFL och vilseledande utelämnande i 10 § 3 st. MFL.⁸⁷ Närmare prisinformationskrav i samband med köperbjudanden⁸⁸ finns i 12 § 1 st. MFL och 7–9 §§ PIL. Det finns inga särskilda regler i PIL om marknadsföring på internet eftersom lagstiftaren inte ansåg att det fanns ett sådant vid lagens tillkomst 2003.⁸⁹ Senare praxis innebär dock att prisinformation i marknadsföring på internet ska anses ha ”ha lämnats klart och begripligt samt på ett sätt som är anpassat till Internet som kommunikationsmedel, om uppgiften är lätt att hitta vid en översiktlig läsning av den information som konsumenten alltid visas innan en beställning slutförs och information är lätt att förstå”.⁹⁰ Närmare prisinformationskrav i samband med avtal som ingås på internet via e-handel finns i 2 kap. 2 § 3 och 6 p. DAL. Trots att dessa specifika informationskrav i PIL och DAL är tillämpliga i samband med prismarknadsföring inom e-handel så är de inte relevanta för uppsatsens analyserande kapitel eftersom rättsfallen som anges i kapitel 3 uteslutande avser 10 och 16–17 §§ MFL. De kommer därför inte redogöras för närmare.

⁸⁶ Se exempelvis MD 2003:33, Briselius m.fl. s. 114, Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.3.4 och Lexino 2017-07-27 (JUNO).

⁸⁷ Bernitz s. 80.

⁸⁸ Enligt definitionen i artikel 2.i direktiv 2005/29/EG och EU-domstolens praxis avser begreppet en bestämd, identifierbar produkt med angivet pris.

⁸⁹ Prop. 2003/04:38 s. 23.

⁹⁰ MD 2009:8; MD 2010:14; Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 10 §, avsnitt 2.3.4, Lexino 2017-07-27 (JUNO).

2.4.3 Föreslagen bestämmelse om prissänkningar

2.4.3.1 Lydelse och innebörd

Genom ändringsdirektivet införs en bestämmelse om prisinformationskrav i samband med prissänkningar.⁹¹ Bestämmelsen tillkom i slutet av arbetet med ändringsdirektivet och motiveras därför inte i skälen men enligt SOU 2021:17 finns viss vägledning från EU-kommissionen.⁹² Bestämmelsen föreslås i SOU 2021:17 genomföras i svensk rätt genom en ny bestämmelse 7 a § PIL med följande lydelse.

Information om att priset på en produkt har sänkts ska även innehålla uppgift om det tidigare pris som gällde före sänkningen.

Med tidigare pris avses det lägsta pris som gällt för produkten under de senaste 30 dagarna före prissänkningen. Om prissänkningen under denna tid har skett gradvis, avses istället det pris som gällde före den första prissänkningen.

Första stycket gäller inte för varor som snabbt kan försämrats eller bli för gamla.⁹³

Bestämmelsen syftar till att skydda konsumenterna från att näringsidkare anger ett för högt jämförelsepris i samband med prissänkningar men ska inte påverka näringsidkarens grundläggande frihet att prissätta sina produkter. Bestämmelsen ska tillämpas vid varje tillkännagivande om prissänkning.⁹⁴ Prissänkning definieras som ”näringsidkarens upplysning om att denne har sänkt det pris som tidigare gällt för produkten”.⁹⁵ Informationen kan exempelvis lämnas genom att det reducerade priset anges tillsammans med ett överkryssat pris, procenttal eller belopp. Från tillämpningsområdet utesluts bl.a. generella påståenden om realisation som ”inte innehåller en specifik och mätbar information om en prissänkning”.⁹⁶

⁹¹ Artikel 2.1 direktiv (EU) 2019/2161.

⁹² SOU 2021:17 s. 119.

⁹³ SOU 2021:17 s. 36 och 123.

⁹⁴ SOU 2021:17 s. 119–120.

⁹⁵ SOU 2021:17 s. 120.

⁹⁶ SOU 2021:17 s. 120 och 240.

Bestämmelsen innebär att det tidigare pris som gällde före prissänkningen (det lägsta pris som gällt för produkten under de senaste 30 dagarna före prissänkningen) ska anges i samband med en prissänkning. Näringsidkare behöver dock inte informera konsumenterna om hur länge det tidigare priset tillämpats. Vid gradvisa prissänkningar ska det pris som gällde före den första prissänkningen ligga till grund för det tidigare priset vid samtliga prissänkningar. Med gradvisa prissänkningar avses priser som t.ex. först reduceras med 20 % och senare med 40 % och slutligen med 50 %. Undantaget från informationsskyldigheten enligt tredje stycket avser varor som livsmedel och växter. Överträdelse av bestämmelsen kan samtidigt kan utgöra överträdelse av direktivet om otillbörliga affärsmetoder.⁹⁷

2.4.3.2 Remissyttranden

Majoriteten av remissinstanserna är positivt inställda till den föreslagna bestämmelsen men vissa synpunkter framförs. Konsumentverket och KO undrar hur det tidigare priset förhåller sig till begreppet ordinarie pris.⁹⁸ Både PMD och PMÖD anser att bestämmelsen bör formuleras i närmare överensstämmelse med direktivtexten.⁹⁹ Det bör enligt PMD klargöras att det tidigare pris som avses är näringsidkarens eget tidigare pris och att det således inte kan utgöras av ett rekommenderat pris eller ett pris som tillämpats av konkurrenter. Även bestämmelsens tillämpningsområde och gränsen mellan generella erbjudanden som faller utom tillämpningsområdet och erbjudanden med specifik och mätbar information bör förtydligas för att gränsdragningsproblem inte ska uppstå.¹⁰⁰ Energiföretagen Sverige och Svensk Dagligvaruhandel ("SvDH") är mer skeptiska till bestämmelsen. De delar PMD:s uppfattning om problemen med tillämpningsområdet och menar att de marknadsföringsåtgärder som undantas från tillämpningsområdet är svårbedömda.¹⁰¹ Mot bakgrund av detta befarar SvDH "trots de förtydligande

⁹⁷ SOU 2021:17 s. 120–121, 124 och 240–241.

⁹⁸ Konsumentverkets och KO:s remissyttrande s. 2.

⁹⁹ PMD:s remissyttrande s. 1–2; PMÖD:s remissyttrande s. 2.

¹⁰⁰ PMD:s remissyttrande s. 1–2.

¹⁰¹ Energiföretagen Sveriges remissyttrande s. 1–3; SvDH:s remissyttrande s. 3–5.

exempel [...] stor osäkerhet om exakt vilka kampanjbudskap som omfattas av lagstiftningen”.¹⁰²

¹⁰² SvDH:s remissyttrande s. 4.

3 Praxis

3.1 Jollyroom

3.1.1 Inledning

De olika målen kopplade till Jollyroom och det bakomliggande händelseförloppet är något svåröverskådligt. För att skapa en överblick beskrivs därför målens bakgrund, omständigheter, yrkanden och domslut kortfattat nedan i avsnitt 3.1.2. Därefter redovisas de olika domarna mer detaljerat i avsnitt 3.1.3 och 3.1.4 med argumentation från parter och domstol.

3.1.2 Bakgrund och översikt

Jollyroom säljer barn- och babyprodukter via sin hemsida på internet och marknadsför produkterna via hemsidan och via nyhetsbrev till konsumenter. Jollyrooms målsättning är att erbjuda de lägsta priserna på marknaden. För att prismatcha konkurrenterna prissätter Jollyroom vissa varor med hjälp av dynamisk prissättning och priserna varierar därför ibland flera gånger om dagen.¹⁰³

Konsumentverket inledde 2016 ett tillsynsärende mot Jollyroom avseende vilseledande prismarknadsföring, bestående i realisations- och utförsäljningspåståenden där försäljningspriserna¹⁰⁴ hade angivits ihop med överstrukna ordinarie priser och prissänkningarnas storlekar hade angivits i procent och/eller kronor. Jollyroom åtog sig att ändra verksamhetens rutiner för prissättning men Konsumentverket ansåg i ett uppföljande tillsynsärende 2017 inte att tillräckliga åtgärder hade vidtagits. Konsumentombudsmannen väckte därför 2018 talan med med följande yrkanden, jämväl interimistiskt, i vad som hädanefter kallas Förbudsmålet (yrkanden är något förenklade).¹⁰⁵

¹⁰³ Interimistiskt förbud mot Jollyroom s. 1–2; Svaromål 2018-11-01 i Förbudsmålet s. 3; Svaromål 2019-04-05 i Vitesmålet (PMD) s. 3–4; Förbudsdomen s. 25–27, 30–32 och 45; Vitesdomen (PMÖD) s. 8.

¹⁰⁴ Försäljningspriser avser i uppsatsen de priser som tillämpas under utförsäljningen och/eller realisationen.

¹⁰⁵ Interimistiskt förbud mot Jollyroom s. 1–2; Förbudsdomen s. 5–13 och 23.

1. Jollyroom ska vid vite förbjudas att vid marknadsföring använda *SALE, DEALS, 24H SALE, UPP TILL* en viss procentsats, *FLASHSALE, OUTLET* och *LAGERRENSNING* eller andra uttryck med motsvarande innebörd om inte försäljningen sker under en begränsad tid och priserna är väsentligt lägre än Jollyrooms ordinarie priser för motsvarande varor.¹⁰⁶
2. Jollyroom ska vid vite förbjudas att vid marknadsföring felaktigt påstå att en vara haft ett visst ordinarie pris eller att försäljningspriset är nedsatt med ett visst belopp eller en viss procentsats i förhållande till det ordinarie priset.¹⁰⁷

Jollyroom medgav yrkandena, även interimistiskt, men bestred att de skulle förenas med vite.¹⁰⁸ Svarandens medgivande kan dock inte ligga till grund för bifall av talan om vitesförbud eftersom frågan om vitesförbud är indispositiv och domstolen måste göra en egen prövning.¹⁰⁹ Den 31 oktober 2018 meddelade PMD interimistiska förbud som i allt väsentligt motsvarade KO:s yrkanden, förenade med tre miljoner kronor.¹¹⁰

Den 21 februari 2019 väckte KO talan mot Jollyroom på grund av överträdelse av ett av de interimistiska förbuden (se punkt 1 ovan), i vad som hädanefter kallas Vitesmålet. Talan väcktes före den slutliga prövningen av Förbudsmålet i PMD. Parterna kom överens om att invänta dom i Förbudsmålet före prövning av Vitesmålet. Dom i Förbudsmålet meddelades den 11 november 2019 varvid Jollyroom ålades följande förbud, vid vite om tre miljoner kronor (förbuden är något förenklade).¹¹¹

¹⁰⁶ Interimistiskt förbud mot Jollyroom s. 1–2; Förbudsdomen s. 6.

¹⁰⁷ Interimistiskt förbud mot Jollyroom s. 1–2; Förbudsdomen s. 6.

¹⁰⁸ Interimistiskt förbud mot Jollyroom s. 2 och 5.

¹⁰⁹ Interimistiskt förbud mot Jollyroom s. 6; Ekelöf s. 26.

¹¹⁰ Interimistiskt förbud mot Jollyroom s. 8–9 och 11.

¹¹¹ Vitesdomen (PMD) s. 1–3.

1. Använda *SALE*, *DEALS* i kombination med viss angiven procentsats, *24H SALE* och *UPP TILL...* i kombination med viss angiven procentsats eller andra uttryck med motsvarande innebörd, om inte försäljningen avser produkter som ingår i Jollyrooms ordinarie sortiment, försäljningen sker under en begränsad tid och priserna är väsentligt lägre än Jollyrooms normala priser för motsvarande produkter.¹¹²
2. Använda *FLASHSALE*, *OUTLET* och *LAGERRENSNING* eller andra uttryck med motsvarande innebörd, om det inte är fråga om en slutförsäljning av Jollyrooms hela varulager eller en klart avgränsad del av det, försäljningen sker under en begränsad tid och priserna är väsentligt lägre än Jollyrooms ordinarie priser för motsvarande varor.¹¹³
3. Felaktigt påstå att en vara haft ett visst ordinarie pris eller att försäljningspriset är nedsatt med ett visst belopp eller med en viss procentsats i förhållande till det ordinarie priset.¹¹⁴

Vitesmålet prövades av PMD cirka en månad senare. Överträdelse av det interimistiska förbudet ansågs ha ägt rum och vite dömdes ut.¹¹⁵ Jollyroom överklagade PMD:s dom men domslutet fastställdes av PMÖD.¹¹⁶

3.1.3 Förbudsmålet

3.1.3.1 Argumentation från KO

Utgångspunkten för KO:s argumentation är Jollyrooms dynamiska prissättning. Tillämpas dynamisk prissättning så kan det enligt KO inte finnas ett samband mellan realisations- och/eller utförsäljningspåståenden och den faktiska prissättningen. När priserna ständigt varierar är det inte möjligt att

¹¹² Förbudsdomen s. 1–2.

¹¹³ Förbudsdomen s. 1–2.

¹¹⁴ Förbudsdomen s. 2.

¹¹⁵ Vitesdomen (PMD) s. 1.

¹¹⁶ Vitesdomen (PMÖD) s. 1–2.

fastställa några ordinarie eller normala priser och saknas sådana priser så kan påståenden om realisationer och utförsäljningar i förhållande till normala priser inte göras. Jollyrooms dynamiska prissättning innebar således enligt KO att försäljningspriserna inte var lägre än de normala priserna och påståendena om realisationer och utförsäljningar ansågs således vilseledande och otillbörliga enligt 16–17 och 8 §§ MFL.¹¹⁷

Storleken på de marknadsförda prissänkningarna byggde på en jämförelse mellan de angivna ordinarie priserna och försäljningspriserna. KO menade att de ordinarie priserna aldrig hade tillämpats av Jollyroom, alternativt bara under en begränsad period, och eftersom de ordinarie priserna var felaktiga var även rabatterna felaktiga. Jollyrooms påståenden om ordinarie priser och storleken på prissänkningarna ansågs därför vilseledande och otillbörliga enligt 10 och 8 §§ MFL.¹¹⁸

3.1.3.2 Argumentation från Jollyroom

Jollyroom medgav att den påtalade marknadsföringen gjorts och att prissättningen brustit. Jollyroom argumenterade dock för att ansvaret måste ses i ljuset av rådande förhållanden på e-handelsmarknaden. Den ständigt pågående utvecklingen av nya prisverktyg och e-handels tillväxt har förändrat branschen. De flesta e-handlare prismatchar varandra och realisationer pågår därför nästan oavbrutet. Det leder till en mer transparent och konkurrensdriven prissättning som gynnar konsumenterna. Jollyroom argumenterade alltså inte bara för att marknadsföringen var gjord i enlighet med branschpraxis utan även för att den var till fördel för konsumenterna.¹¹⁹

3.1.3.3 PMD:s bedömning

Mot bakgrund av att genomsnittskonsumenten uppfattar ordinarie priser som priser som tillämpats omedelbart före prissänkningen enligt PMD, så ansåg domstolen dynamisk prissättning vara en osäkerhetsfaktor i samband med

¹¹⁷ Förbudsdomen s. 7, 9–10 och 22–23.

¹¹⁸ Förbudsdomen s. 7–8, 10 och 23–26; Stämmingsansökan 2018-09-26 i Förbudsmålet s. 11–12 och 14.

¹¹⁹ Förbudsdomen s. 6, 31–32 och 39; Svaromål 2018-11-01 i Förbudsmålet s. 3–4.

tillämpningen av ordinarie priser. Jollyrooms angivna ordinarie priserna och prissänkningar bedömdes sålunda som felaktiga och Jollyrooms påståenden om prissänkningarnas storlek var därför vilseledande och otillbörliga enligt 10 § 4 st. 2 p. MFL och 8 § MFL.¹²⁰ Jollyroom ansågs inte heller ha visat att majoriteten av priserna var lägre än de normala priserna för motsvarande produkter, varför påståendena om realisation och utförsäljning var därför vilseledande och otillbörliga enligt 16–17 och 8 §§ MFL.¹²¹

3.1.4 Vitesmålet

3.1.4.1 Argumentation från KO¹²²

3.1.4.1.1 Utgångspunkt

Jollyroom överträdde enligt KO det interimistiska förbud som meddelades av PMD i Förbudsmålet och som innebar att Jollyroom inte fick använda vissa utförsäljningspåståenden (däribland *lagerrensning*) om inte priserna var väsentligt lägre än Jollyrooms ordinarie priser för motsvarande varor, se punkt 1 på s. 32 ovan. Jollyroom mailade nämligen konsumenter med påståenden som enligt KO motsvarar innebörden av *lagerrensning*, trots att Jollyroom inte tillämpade väsentligt nedsatta försäljningspriser.¹²³ Till stöd för sin talan åberopade KO prishistorik och en prisgranskning av fyra varor som bl.a. redogjorde för faktiska försäljningspriser¹²⁴ och ordinarie genomsnittspriser¹²⁵.¹²⁶ Begreppet faktiska försäljningspriser kommer inte användas vidare i uppsatsen. Som framgått tidigare, avser försäljningspriser i uppsatsen de priser som tillämpats under utförsäljningen/realisationen.

Argumentationen från KO bestod av två delvis motsägelsefulla argumentationslinjer (problemen belyses i kapitel 4), vilka av pedagogiska

¹²⁰ Förbudsdomen s. 55–57 och 66.

¹²¹ Vad gäller påståenden om utförsäljning hänvisar domstolen till 17 § MFL men det måste rimligtvis vara 16 § MFL som avses.

¹²² Argumentationen från KO i PMD och PMÖD återges samlat.

¹²³ Vitesdomen (PMD) s. 4.

¹²⁴ Vad som menas framgår inte uttryckligen men begreppet verkar användas synonymt med ordinarie priser.

¹²⁵ De genomsnittliga faktiska försäljningspriserna under en viss period.

¹²⁶ Vitesdomen (PMD) s. 4 och 8; Stämningensansökan 2019-02-20 i Vitesmålet (PMD) s. 4.

skäl kallas den principiella förklaringsmodellen och den prisjämförande förklaringsmodellen. Argumentationen förenklades i PMÖD genom att KO endast argumenterade enligt den principiella förklaringsmodellen.¹²⁷

3.1.4.1.2 Den principiella förklaringsmodellen

Genomsnittskonsumerten förutsätter enligt KO att påståenden om realisation, utförsäljning och procentuella prissänkningar utgår från ordinarie priser. Om dynamisk prissättning tillämpas så är det emellertid inte möjligt att bestämma ett ordinarie eller normalt pris¹²⁸, eftersom priserna ständigt varierar och det alltså per definition är omöjligt att marknadsföra förmånliga priser genom realisations- eller utförsäljningspåståenden eller påståenden om procentuella prisnedsättningar.¹²⁹

Enligt KO kan genomsnittskonsumerten inte förväntas känna till enskilda näringsidkares prissättning. Konsumenten kan därmed inte förutsättas inse att försäljningspriserna under realisationer och utförsäljningar egentligen jämförs med något annat än normala priser. Genomsnittspriser kan som angivits ovan med KO:s synsätt inte utgöra normala priser. KO:s prisgranskning innefattade visserligen en jämförelse mellan Jollyrooms försäljningspriser och genomsnittspriser men det gjordes endast för att belysa att prissänkningarna inte var väsentliga ens med ett sådant betraktelsesätt.¹³⁰

3.1.4.1.3 Den prisjämförande förklaringsmodellen

Jollyrooms försäljningspriser var enligt KO i stort sett jämförbara med de ordinarie priserna. Dessutom höjdes priserna på tre av de fyra granskade produkterna strax före utförsäljningskampanjerna. Prissänkningarna var alltså inte väsentligt lägre än de ordinarie priserna.¹³¹ Försäljningspriserna var inte

¹²⁷ Vitesdomen (PMÖD) s. 6.

¹²⁸ KO använder begreppet ordinarie pris i PMD och begreppet normalt pris i PMÖD.

¹²⁹ Vitesdomen (PMD) s. 4; Yttrande från KO 2019-04-25 i Vitesmålet (PMD) s. 2;

Yttrande från KO 2020-04-03 i Vitesmålet (PMÖD) s. 3.

¹³⁰ Yttrande från KO 2019-04-25 i Vitesmålet (PMD) s. 2–3; Yttrande från KO 2020-04-03 i Vitesmålet (PMÖD) s. 4.

¹³¹ Vitesdomen (PMD) s. 5; Stämningensansökan 2019-02-20 i Vitesmålet (PMD) s. 4;

Yttrande från KO 2019-04-25 i Vitesmålet (PMD) s. 2–3; Yttrande från KO 2020-04-03 i Vitesmålet (PMÖD) s. 3.

heller väsentligt lägre än genomsnittspriserna. Prisgranskningen visade att de procentuella prissänkningarna mellan de fyra produkternas försäljningspriser och genomsnittspriser var 8,80 %, 7,97 %, 28 % respektive 1,24 %. Sådana prissänkningar är inte väsentliga. Det saknas enligt KO anledning att tillämpa väsentlighetskravet mindre strängt på grund av att dynamisk prissättning tillämpas eller att marginalerna på e-handelsmarkanden är små.¹³²

3.1.4.2 Argumentation från Jollyroom¹³³

Jollyroom medgav att priserna i KO:s prisgranskning var riktiga, att utförsäljningspåståendet gjorts och att det i och för sig omfattades av det interimistiska förbudet.¹³⁴ Jollyroom bestred att försäljningspriserna inte var väsentligt lägre än de normala priser.¹³⁵ Som utgångspunkt argumenterade Jollyroom för att även näringsidkare som tillämpar dynamisk prissättning ska kunna marknadsföra förmånliga priser genom realisations- och utförsäljningspåståenden. Motsatsen vore orimlig och skulle innebära en konkurrensbegränsning. Jollyroom argumenterade även för att försäljningspriser måste kunna jämföras med genomsnittspriser vid bedömningen av om det skett en väsentlig prissänkning, istället för ordinarie priser.¹³⁶

Som stöd för att försäljningspriserna var väsentlig lägre än de normala priserna resonerade Jollyroom kring rekvisitet ”väsentligt lägre”. Jollyroom argumenterade för att e-handelsbranschens förutsättningar måste beaktas, i enlighet med förarbetena. Branschen präglas av global konkurrens och prisedvetna konsumenter.¹³⁷ Det skapar pressade priser och små

¹³² Vitesmålet (PMD) s. 4 och 8; Stämningsansökan 2019-02-20 i Vitesmålet (PMD) s. 4–6; Yttrande från KO 2019-04-25 i Vitesmålet (PMD) s. 3; Yttrande från KO 2020-04-03 i Vitesmålet (PMÖD) s. 4.

¹³³ Argumentationen från Jollyroom i PMD som i PMÖD återges samlat.

¹³⁴ Vitesdomen (PMD) s. 5–6; Svaromål 2019-04-05 i Vitesmålet (PMD) s. 3–4 och 6–7; Vitesdomen (PMÖD) s. 2–3; Komplettering av överklagande 2020-02-06 i Vitesmålet (PMÖD) s. 2.

¹³⁵ Vitesdomen (PMD) s. 5–6; Svaromål 2019-04-05 i Vitesmålet (PMD) s. 3–4 och 6–7; Vitesdomen (PMÖD) s. 2–3; Komplettering av överklagande 2020-02-06 i Vitesmålet i PMÖD s. 2.

¹³⁶ Yttrande från Jollyroom 2019-05-10 i Vitesmålet (PMD) s. 4; Komplettering av överklagande 2020-02-06 i Vitesmålet (PMÖD) s. 3.

¹³⁷ Jollyroom hänvisar till Svenskt Näringsliv, Det ekonomiska läget s. 4.

marginaler¹³⁸, vilket inte bara innebär att realisationer och utförsäljningar är viktiga konkurrensverktyg utan även att priserna inte kan reduceras på samma sätt som vid traditionell handel. Prissänkningar om några enstaka procent är vanligt förekommande inom e-handel och eftersom den digitala konsumenten är mer prismedveten än andra är sådana mindre prissänkningar önskvärda, enligt Jollyroom.¹³⁹

Jollyroom menade vidare att rekvisitet väsentligt lägre priser är en helt svensk konstruktion utan motsvarighet i direktivet om otillbörliga affärsmetoder.¹⁴⁰ Rekvisitet är i ljuset av EU-domstolens praxis, jämför C-611/14 Canal Digital Danmark, ”trubbigt och ger sken av att det finns en objektivt fastställd godtagbar nivå på en prisedsättning”.¹⁴¹ Jollyroom menade att en direktivkonform tolkning snarare innebär en bedömning av om marknadsföringen ger genomsnittskonsumenten ett vilseledande intryck av priset och att det inte nödvändigtvis innebär att det bara är väsentligt lägre priser som är attraktiva.¹⁴²

3.1.4.3 PMD:s bedömning

Det ansågs ostridigt att de av KO presenterade priserna hade tillämpats av Jollyroom, att prissänkningen för tre av de fyra granskade produkter var mindre än nio procent i jämförelse med produkternas genomsnittspriser och att priserna höjts strax före utförsäljningarna påbörjats. Prissänkningarna bedömdes därför som klart modesta i förhållande till Jollyrooms normala priser/ordinarie priser¹⁴³ för motsvarande produkter och marknadsföringen ansågs således strida mot 16 och 8 §§ MFL.¹⁴⁴

¹³⁸ Jollyroom hänvisar till Svenskt Näringsliv, Konkurrens- och utvecklingskraft: Sverige i en ny omvärld, en summerande tematisk analogi s. 28.

¹³⁹ Vitesdomen (PMD) s. 5–6; Svaromål 2019-04-05 i Vitesmålet (PMD) s. 2–4 och 6–7; Komplettering av överklagande 2020-02-06 i Vitesmålet (PMÖD) s. 3–4.

¹⁴⁰ Komplettering av överklagande 2020-02-06 i Vitesmålet (PMÖD) s. 6.

¹⁴¹ Komplettering av överklagande 2020-02-06 i Vitesmålet (PMÖD) s. 6.

¹⁴² Vitesdomen (PMÖD) s. 3; Komplettering av överklagande 2020-02-06 i Vitesmålet (PMÖD) s. 6–7.

¹⁴³ Normala priser används på s. 8 och ordinarie priser används på s. 9.

¹⁴⁴ Vitesdomen (PMD) s. 8.

Jollyrooms invändning om att förhållandena i e-handelsbranschen måste beaktas godtogs i viss mån men prissänkningarna bedömdes oavsett det vara för små för att uppfylla väsentlighetskriteriet. Jollyrooms invändning om att även andra e-handlare tillämpar samma prismarkandsföring ansågs inte påverka bedömningen. Den principiella frågan huruvida realisationspåståenden och utförsäljningspåståenden kan göras när dynamisk prissättning tillämpas nämndes inte av PMD.¹⁴⁵

3.1.4.4 PMÖD:s bedömning

Den avgörande frågan i PMÖD var om försäljningspriserna var väsentligt lägre än Jollyrooms ordinarie priser för motsvarande varor, i enlighet med vitesförbudet, eller inte. Först gjordes en bedömning av vitesförbudets innebörd och sedan en bedömning av marknadsföringen.¹⁴⁶ Vad gäller vitesförbudets innebörd konstaterade PMÖD att det interimistiska förbudet motsvarade 16 § MFL med undantag för att förbudet avsåg en väsentlig prisnedsättning i förhållande till ordinarie priser medan lagtexten avser en väsentlig prisnedsättning i förhållande till normala priser. Den närmare innebörden av ordinarie priser hade inte angivits i vitesförbudet men PMÖD gjorde följande bedömning.¹⁴⁷

Begreppet [...] måste i detta sammanhang uppfattas som synonymt med rekvisitet "näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter" i [16 § 3 p. MFL]. Enligt [PMÖD] måste detta begrepp förstås som att det över tid ska tillämpas ett pris som inte är föremål för frekventa och påtagliga förändringar uppåt och nedåt. Naturligtvis kan prissänkningar i samband med kampanjer och andra prisförändringar relaterade till objektiva omständigheter, såsom förändrad efterfrågan, penningvärdesförändringar, säsongsvariationer etc. inte utesluta att det föreligger ett ordinarie pris, så länge viss stabilitet upprätthålls. När ett pris för en vara ständigt fluktuerar framstår det däremot inte som adekvat att betrakta ett genomsnittspris som ordinarie pris.¹⁴⁸

Vad gäller innebörden av Jollyrooms marknadsföring angav PMÖD följande.

¹⁴⁵ Vitesdomen (PMD) s. 9.

¹⁴⁶ Vitesdomen (PMÖD) s. 7–8.

¹⁴⁷ Vitesdomen (PMÖD) s. 4.

¹⁴⁸ Vitesdomen (PMÖD) s. 7–8.

De använda uttrycken [...] [får] anses vara ägnade att uppfattas som påståenden om utförsäljning. Genomsnittskonsumenten uppfattar således påståendena som att priserna för de produkter som omfattades av kampanjen var väsentligt lägre än Jollyrooms ordinarie priser för samma varor [...]. I detta ligger att genomsnittskonsumenten uppfattar att Jollyroom faktiskt hade ett ordinarie pris för de varor som marknadsföringen avsåg.¹⁴⁹

Mot bakgrund av vitesförbudets och marknadsföringens innebörd hade Jollyroom att visa att försäljningspriserna var lägre än de ordinarie priserna. Jollyroom åberopade dock ingen egen bevisning avseende de priser som tillämpats utan hänvisade till den prishistorik som åberopats av KO. PMÖD gjorde följande bedömning.¹⁵⁰

Av denna prishistorik framgår att priserna för varorna ändrats mycket ofta och att de prisförändringar som gjordes ibland var stora. Enligt [PMÖD] är det inte möjligt att med ledning av dessa uppgifter bestämma något ordinarie pris för respektive vara vid den relevanta tidpunkten. Jollyroom har alltså inte visat att det fanns något ordinarie pris för varorna. I avsaknad av ordinarie priser omfattas marknadsföringspåståendena inte av inskränkningen i vitesförbudet för varorna i fråga. Således har Jollyroom i detta avseende överträtt det [...] interimistiska vitesförbudet.¹⁵¹

3.2 Jollyroom mot konkurrenterna

3.2.1 Bakgrund

Som en följd av Förbudsmålet granskade Jollyroom prissättningen och prismarknadsföringen bland konkurrenterna; Babyland Online Nordic AB ("Babyland"), Lekmer AB ("Lekmer"), Babyshop Sthlm Holding AB ("Babyshop"), Big Baby AB ("Big Baby"), Baby V AB ("Baby V") och Pixizoo APS ("Pixizoo"). Granskningarna visade att konkurrenterna tillämpade dynamisk prissättning och liknande eller samma marknadsföringsåtgärder som Jollyroom förbjöds att vidta. Jollyroom stämde konkurrenterna för vilseledande prismarknadsföring. Jollyroom

¹⁴⁹ Vitesdomen (PMÖD) s. 8

¹⁵⁰ Vitesdomen (PMÖD) s. 8.

¹⁵¹ Vitesdomen (PMÖD) s. 9.

menade att marknadsföringen inte var förenlig med det konsumentskyddande intresset i MFL och att marknadsföringen medförde en snedvridning på marknaden som inte bara utgjorde en konkurrensbegränsning för Jollyroom utan också hämmade en sund konkurrens.¹⁵² Samtliga stämningsansökningar gjordes före vitesmålets prövning i PMÖD och samtliga mål utom de två sista avgjordes före vitesmålets prövning i PMÖD.

Omständigheterna i de olika målen var snarlika och Jollyroom anförde i stort sett samma yrkanden och grunder. Konkurrenterna medgav talan i flertalet av målen. Invändningarna som gjordes avsåg frågor som inte är av intresse för uppsatsen.¹⁵³ Domsluten och domskälen är nästan identiska ut. Mot bakgrund av detta redovisas rättsfallen tillsammans. Domskälen innefattar sällan nya resonemang eftersom förbuden meddelades mot bakgrund av Jollyrooms prisgranskningar, konkurrenternas medgivanden och avsaknad av bevisning som kunde visa att marknadsföringen var vederhäftig.

3.2.2 Påståenden om realisation och utförsäljning

Samtliga konkurrenter marknadsförde sina produkter med antingen påståenden om realisation/utförsäljning eller med påståenden som enligt Jollyroom har motsvarande innebörd som realisation eller utförsäljning. Prisgranskningarna visade dock att försäljningspriserna inte var väsentligt lägre än konkurrenternas normala priser för motsvarande produkter. De faktiska prissänkningarna som gjordes av Babyland, Big Baby, Baby V och Pixizoo varierade från en till fjorton procent. Lekmers och Babyshops priser var i stort sett desamma oavsett om en priskampanj pågick eller inte. Lekmer,

¹⁵² Stämningsansökan 2019-10-04 i Babyland-domen s. 3, 7 och 13; Stämningsansökan 2019-05-16 i Lekmer-domen s. 5, 9–10 och 17; Stämningsansökan 2019-06-20 i Babyshop-domen s. 4, 7 och 17; Stämningsansökan 2020-03-25 i Big Baby-domen s. 4, 6 och 11; Stämningsansökan 2020-11-03 i Baby V-domen s. 3, 5 och 7; Stämningsansökan 2020-11-03 Pixizoo-domen s. 3–6.

¹⁵³ Jämför Babyland-domen s. 4 och 18–19; Lekmer-domen s. 38–39, 58 och 66; Babyshop-domen s. 7 och 17; Big Baby-domen s. 5 och 10; Baby V-domen s. 6 och 13; Pixizoo-domen s. 4 och 6.

Babyshop och Big Baby höjde dessutom priserna en kort stund före prissänkningarna.¹⁵⁴

Marknadsföringen stred enligt Jollyroom mot 16–17 och 8 §§ MFL och Jollyroom yrkade att samtliga konkurrenter skulle åläggas förbud mot att göra påståenden om realisationer och/eller utförsäljningar villkorade med ”*om inte om inte priserna är väsentligt lägre än näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter*”.¹⁵⁵

Samtliga konkurrenter förbjöds av PMD att göra vissa påståenden med motsvarande innebörd som realisation. Förbuden villkorades med ”*om inte priserna är väsentligt lägre än näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter*” och utformades alltså i enlighet med Jollyrooms yrkanden. Lekmer förbjöds även att göra vissa påståenden med motsvarande innebörd som utförsäljning. Förbudet villkorades med ”*om inte priserna är väsentligt lägre än Lekmers ordinarie priser för motsvarande produkter*” och avvek därmed från Jollyrooms yrkande.¹⁵⁶ Den avvikande formuleringen motiverades inte av PMD.¹⁵⁷

3.2.3 Påståenden om ordinarie pris och prissänkningarnas storlek

I samband med realisations- och/eller utförsäljningspåståenden angav flera konkurrenter inte bara försäljningspris utan även ett jämförelsepris i form av

¹⁵⁴ Stämningensansökan 2019-10-04 i Babyland-domen s. 14–19 och 30–32; Babyland-domen s. 5, 8–13 och 15; Stämningensansökan 2019-05-16 i Lekmer-domen s. 19, 24, 28–30, 32, 36 och 39–40; Lekmer-domen s. 13–15, 8–24, 27 och 30–34; Stämningensansökan 2019-06-20 i Babyshop-domen s. 6 och 25–28 och 30–31; Babyshop-domen s. 8–9 och 12–18; Stämningensansökan 2020-03-25 i Big Baby-domen s. 5 och 13–18; Babyshop-domen s. 5 och 7–8; Stämningensansökan 2020-11-05 i Baby V-domen s. 4, 7–10, 14–15 och 17; Baby V-domen s. 7–9; Stämningensansökan 2020-11-03 i Pixizoo-domen s. 3, 6–7 och 9–10; Pixizoo-domen s. 3–5 och 7–8.

¹⁵⁵ Babyland-domen s. 3 och 5; Lekmer-domen s. 8–9 och 13–15; Babyshop-domen s. 5–6 och 8; Big Baby-domen s. 3 och 5; Baby V-domen s. 3–5; Pixizoo-domen s. 3–4.

¹⁵⁶ Huruvida detta är förenligt med dispositionsprincipen i 17:3 RB, jämför 3:1 lag om patent- och marknadsdomstolar, eller inte är kanske en intressant fråga. Det diskuteras dock inte i uppsatsen.

¹⁵⁷ Babyland-domen s. 1 och 24; Lekmer-domen s. 2 och 58–72; Babyshop-domen s. 2 och 31; Big Baby-domen s. 2 och 17–18; Baby V-domen s. 1–2 och 17–19; Pixizoo-domen s. 1 och 15.

ordinarie pris. Majoriteten av Babylands, Lekmers, Babyshops och Big Babys produkter marknadsfördes med ett försäljningspris och ett jämförelsepris som utgjordes av ordinarie priser eller överstrukna ordinarie priser. Försäljningspriserna påstods, både ensamt och i samband med realisations- och/eller utförsäljningspåståenden, vara nedsatta med en viss procentsats eller ett visst belopp i förhållande till de angivna ordinarie priserna. Jollyrooms prisgranskningar visade dock att de angivna ordinarie priserna många gånger aldrig tillämpats eller bara tillämpats undantagsvis.¹⁵⁸ Jollyroom argumenterade i målen mot Babyland, Lekmer och Babyshop för att några ordinarie priser inte hade existerat eftersom dynamisk prissättning hade tillämpats.¹⁵⁹ Jollyroom hänvisade i samtliga mål till Konsumentverkets vägledning om prisinformation och praxis enligt följande.

Enligt Konsumentverkets vägledning avser ett ordinarie pris det pris som näringsidkaren vanligen tillämpar för en produkt. [...] För att ett pris ska anses utgöra ett ordinarie pris krävs [...] att det är ett pris som faktiskt tillämpas av näringsidkaren. Ett ordinarie pris får inte vara fiktivt. [...] Marknadsdomstolen har i MD 1990:13 uttalat att det för att använda ett ordinarie pris som jämförelsepris som huvudregel krävs att en "ordinarieprisperiod" på minst fyra veckor omedelbart ska ha föregått en "extraprisperiod".¹⁶⁰

Mot bakgrund därav menade Jollyroom att konkurrenternas ordinarie priser och prisjämförelser var felaktiga och att deras marknadsföringen stred mot 10 § 2 st. 4 p. MFL och 8 § MFL. Jollyroom argumenterade för att samtliga konkurrenter skulle åläggas förbud och yrkade att förbuden mot Babyland,

¹⁵⁸ Stämningensansökan 2019-10-04 i Babyland-domen s. 14–17 och 30–32; Babyland-domen s. 10, 12–13 och 26; Stämningensansökan 2019-05-16 i Lekmer-domen s. 16–17, 19, 24–25, 27, 29–30, 32 och 36–37; Lekmer-domen s. 11, 15, 18–24 och 30–34; Stämningensansökan 2019-06-20 i Babyshop-domen s. 17–29; Babyshop-domen s. 10–11 s. 25–26; Stämningensansökan 2020-03-25 i Big Baby-domen s. 11–18; Big Baby-domen s. 4–8 och 14–15; Stämningensansökan 2020-11-05 i Baby V-domen s. 11–13 och 16–17; Baby V-domen s. 10–11 och 20; Stämningensansökan 2020-11-03 i Pixizoo-domen s. 7–10; Pixizoo-domen s. 8–10 och 15–17.

¹⁵⁹ Stämningensansökan 2019-10-04 i Babyland-domen s. 31; Stämningensansökan 2019-05-16 i Lekmer-domen s. 37; Stämningensansökan 2019-06-20 i Babyshop-domen s. 29.

¹⁶⁰ Stämningensansökan 2019-10-04 i Babyland-domen s. 15; Stämningensansökan 2019-05-16 i Lekmer-domen s. 37; Stämningensansökan 2019-06-20 i Babyshop-domen s. 29; Stämningensansökan 2020-03-25 i Big Baby-domen s. 17; Stämningensansökan 2020-11-05 i Baby V-domen s. 16; 2020-11-03 Stämningensansökan i Pixizoo-domen s. 10.

Baby V och Pixizoo skulle villkoras med ”om inte jämförelsepriset är det pris som bolaget vanligen tillämpar och har tillämpat under en period om minst fyra veckor omedelbart före den senaste prissänkningen”.¹⁶¹

Samtliga konkurrenter medgav att de angivit felaktiga jämförelsepriser och därmed även marknadsfört felaktiga prissänkningar. Förbud som formulerades på något olika sätt men med samma essens meddelades; konkurrenterna får inte göra felaktiga påståenden om produkternas ordinarie priser och jämföra försäljningspriserna med dessa eller göra felaktiga påståenden om att produkterna är nedsatta med en viss procentsats eller ett visst belopp.¹⁶² Förbuden mot Babyland och Baby V villkorades i enlighet med Jollyrooms yrkande. Förbudet mot Pixizoo villkorades istället med ”om inte om inte jämförelsepriserna är [Pixizoo] normala priser för motsvarande produkter”.¹⁶³ Det motiverades enligt följande.

Skrivningen ”det pris som bolaget vanligen tillämpar” måste enligt [PMD] uppfattas som synonymt med ”ordinarie pris”, vilket [PMÖD] i [...] [vitesmålet] [...], i det där gällande sammanhanget uppfattade som synonymt med rekvisitet ”näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter” i [16 § 3 p. MFL]. [PMÖD] konstaterade att begreppet ”näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter” måste förstås som att det över tid ska tillämpas ett pris som inte är föremål för frekventa och påtagliga förändringar uppåt och nedåt. Vidare uttalades att prissänkningar i samband med kampanjer och andra prisförändringar relaterade till objektiva omständigheter, såsom förändrad efterfrågan, penningvärdesförändringar, säsongsvariationer etc. inte kan utesluta att det föreligger ett ordinarie pris, så länge viss stabilitet upprätthålls. [PMD] kan inte finna att begreppen skulle ha någon annan innebörd i nu aktuellt fall än i det sammanhang de bedömdes av [PMÖD], även om rekvisitet i sig inte förekommer i [10 § 2 st. 4 p MFL].¹⁶⁴

¹⁶¹ Babyland-domen s. 3–5; Lekmer-domen s. 7 och 11–12; Babyshop-domen s. 5 och 7–9; Big Baby-domen s. 3–5; Baby V-domen s. 2 och 5; Pixizoo-domen s. 3 och 5.

¹⁶² Babyland-domen s. 2 och 4; Lekmer-domen s. 1 och 10; Babyshop-domen s. 1 och 7; Big Baby-domen s. 1 och 5; Baby V-domen s. 2 och 6; Pixizoo-domen s. 2 och 4.

¹⁶³ Babyland-domen s. 2 och 4; Baby V-domen s. 2; Pixizoo-domen s. 2.

¹⁶⁴ Pixizoo-domen s. 15–16.

3.2.4 Principiella frågor om dynamisk prissättning

Lekmer och Babyshop påpekade att det finns vissa principiella frågor om dynamisk prissättning som bör klargöras av rättstillämparen, se citat nedan, men frågorna besvarades inte av PMD.¹⁶⁵

Mot vilket pris är det exempelvis relevant att göra prisjämförelser; är det ett högsta pris som den dynamiska prissättningen kan gå upp till eller något annat? Vad avses med ”normala priser”; är det ett genomsnittligt pris eller ett visst pris som tillämpats under en viss period? Det är angeläget att dessa frågor klargörs.¹⁶⁶

3.3 Home Furnishing

Home Furnishing säljer och marknadsför inomhus- och utomhusmöbler via sin hemsida på internet. Home Furnishing stämde 2018 av KO för vilseledande prismarknadsföring som bl.a. innebar att förmånliga priser marknadsfördes genom påståenden om *lagerrensning* och *allt ska bort*. Home Furnishings produkter karaktäriserades som sällanköpsvaror och genomsnittskonsumenten fick därmed antas vara noggrannare och mer informationssökande än annars.¹⁶⁷

Den centrala frågan var om de använda uttrycken kunde anses utgöra utförsäljningspåståenden enligt 16 § MFL.¹⁶⁸ Frågan besvarades jakande. Home Furnishing åberopade ingen bevisning för att visa att övriga rekvisit, inklusive kravet på väsentlig prissänkning, i 16 § MFL var uppfyllda och marknadsföringen ansågs därför vara gjord i strid med 16 och 8 §§ MFL. Home Furnishing förbjöds i enlighet med KO:s yrkande att använda utförsäljningspåståendena eller liknande påståenden med motsvarande innebörd förutsatt att försäljningen inte avser hela varulagret eller en klart

¹⁶⁵ Lekmer-domen; Babyshop-domen.

¹⁶⁶ Svaromål 2019-07-03 i Lekmer-domen s. 12; Svaromål 2019-09-02 i Babyshop-domen s. 10.

¹⁶⁷ Home Furnishing-domen (PMD) s. 6 och 26.

¹⁶⁸ Mot bakgrund av uppsatsens syfte och frågeställningar innebär det att Home Furnishing-målet inte är lika intressant som Jollyroom-målen. Home Furnishing-målet beskrivs därför kortfattat.

avgränsad del av det och sker under en begränsad tid till priser som är väsentligt lägre än Home Furnishings ordinarie priser för motsvarande varor.¹⁶⁹ Villkoren motsvarade alltså 16 § MFL med undantag för att ordinarie priser används istället för normala priser. Home Furnishing överklagade PMD:s dom men PMÖD gjorde samma bedömning som PMD.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Home Furnishing-domen (PMD) s. 1–2, 27–28 och 35–38.

¹⁷⁰ Home Furnishing-domen (PMÖD) s. 2–3, 16 och 21–23.

4 Analys av gällande rätt och lagförslag

4.1 Inledning

Kapitel 4 analyserar relevanta bestämmelser och praxis i enlighet med uppsatsens frågeställningar 1, 2 och 3 för att kunna svara på frågan om dynamisk prissättning påverkar möjligheterna till prismsmarknadsföring och på så sätt uppfylla uppsatsens undersökande syfte.

För att begreppen realisation och utförsäljning eller begrepp med motsvarande innebörd ska få användas ställs enligt 16–17 §§ MFL krav på att de marknadsförda priserna är väsentligt lägre än näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter. Näringsidkarens möjligheter att prismsmarknadsföra sina produkter förutsätter alltså att normala priser finns och att dessa sänks väsentligt. Det leder till ett antal frågor. Vad innebär väsentlighetskravet? Vad innebär normala priser? Vad innebär ordinarie priser? Är normala priser detsamma som ordinarie priser? Kan genomsnittspriser utgöra normala priser och/eller ordinarie priser? Går det att fastställa normala priser och/eller ordinarie priser när dynamisk prissättning tillämpas?

För att ordinarie priser ska få anges och för att försäljningspriserna ska få jämföras med de ordinarie priserna måste uppgifterna vara vederhäftiga enligt 10 § 2 st. 4 p. MFL. Det ställs således inga särskilda krav motsvarande 16–17 §§ MFL och den centrala frågan för att klarlägga rättsläget är vad som krävs för att ett pris ska kunna utgöra ett ordinarie pris.

4.2 Vad innebär väsentlighetskravet?

Hur stor en prissänkning måste vara för att bedömas som väsentlig anses inte möjligt att precisera enligt förarbeten, lagkommentar och doktrin utan en bedömning får ske i varje enskilt fall med beaktande av bransch och varuslag.

Viss vägledning kan dock hämtas från praxis. Jollyrooms konkurrenter tillämpade prissänkningar mellan en och fjorton procent. Dessa var enligt PMD högst marginella. Tre av Jollyrooms prissänkningar var mindre än 10 % och en var 28 %, vilka enligt PMD var så små att e-handelsbranschens särskilda förhållanden inte spelade någon roll för väsentlighetsbedömningen. Trots att prissänkningen om 28 % var betydligt större än de andra prissänkningarna framgår inte varför även den ansågs icke-väsentlig. PMD:s slutsats kan därför ifrågasättas. Detsamma gäller även användningen av dessa procentsatser som vägledning eftersom fasta gränser inte ansetts möjliga att fastställa av PMD. Frågan har inte heller prövats av PMÖD. Om procentsatserna överhuvudtaget ska tjäna som vägledning så bör det enligt min uppfattning specifikt avse prissänkningar i samband med realisations- och/eller utförsäljningspåståenden beträffande barn- och babyprodukter som säljs online.

4.3 Är ordinarie priser och normala priser synonymmer?

4.3.1 Konsumentverket och KO:s användning av begreppen

Konsumentverket och KO använder nästan uteslutande begreppet ordinarie priser. Konsumentverkets vägledning syftar till att tydliggöra under vilka förutsättningar realisations- och utförsäljningspåståenden får göras. Beräkningen av prissänkningen utgår enligt vägledningen från de priser som näringsidkaren tillämpat omedelbart före prissänkningen. Som framgår av avsnitt 2.3.2.1 tolkas vägledningen som att dessa före-priser kan och ska utgöras endast av ordinarie priser. Det borde innebära att de ordinarie priserna utgör normala priser. Denna tolkning vinner stöd av KO:s användning av begreppen i domstol men den synonyma användningen är inte nödvändigtvis medveten. Konsumentverkets vägledning kan tolkas som att Konsumentverket utan närmare eftertanke utgår från att ordinarie priser och rekommenderade priser är de enda jämförelsepriserna som finns och eftersom

rekommenderade priser inte anses kunna utgöra före-priser i samband med en prissänkning så används ordinarie priser uteslutande.

4.3.2 Begreppens användning i praxis

4.3.2.1 Före Vitesmålets prövning i PMÖD

Redogörelsen för praxis i kapitel 3 utgår från parternas och domstolarnas användning av begreppen och mot bakgrund av detta verkar det som att viss begreppsförvirring råder, eller åtminstone rådde vid tiden för målens handläggning. Innebörden av ett ordinarie pris är ganska tydlig; ett pris som näringsidkaren vanligen tillämpar och tillämpat i fyra veckor omedelbart före prissänkningen. Innebörden av normala priser framgår däremot inte av PMD:s domar. Nedan redogörs för några exempel på begreppsförvirringen.

Det första exemplet avser Förbudsmålet. Förbuden mot Jollyroom avseende utförsäljningspåståenden och realisationspåståenden skulle enligt KO villkoras med *”om inte priserna är väsentligt lägre än Jollyrooms ordinarie priser för motsvarande produkter”*. Förbudet avseende utförsäljningspåståenden villkorades i enlighet med detta. Förbudet avseende realisationspåståenden villkorades istället med *”om inte priserna är väsentligt lägre än Jollyrooms normala priser för motsvarande produkter”* och avvek därmed från KO:s yrkande.¹⁷¹ Det motiveras inte av PMD. Varför ordinarie priser används i det ena förbudet och normala priser i det andra trots att normala priser utgör ett rekvisit i både 16 och 17 §§ MFL, förklarades inte heller.

Det andra exemplet avser Vitesmålet (PMD). Det interimistiska förbudet mot Jollyroom avseende utförsäljningspåståenden villkorades med ordinarie priser. Trots det så använder PMD även normala priser i domskälen utan förklaring. Det tredje exemplet avser målen mot konkurrenterna där PMD igen använde begreppen om vartannat. Som framgår av avsnitt 3.2.2

¹⁷¹ Huruvida detta är förenligt med dispositionsprincipen i 17:3 RB, jämför 3:1 lag om patent- och marknadsdomstolar, är kanske en intressant fråga. Det diskuteras dock inte i uppsatsen.

villkorades förbudet avseende realisationspåståenden mot konkurrenterna, inklusive Lekmer, med *”om inte priserna är väsentligt lägre än näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter”* medan förbudet avseende utförsäljningspåståenden mot Lekmer villkorades med *”om inte priserna är väsentligt lägre än näringsidkarens ordinarie priser för motsvarande produkter”*. Den till synes ologiska användningen av de två begreppen i förbuden mot Lekmer motiverades inte av PMD. Tillämpningen av ordinarie priser i förbudet avseende utförsäljningspåståenden framstår som onaturlig eftersom normala priser används i domskälen och förbudet utformas i enlighet med 16 § MFL medan normala priser används i förbudet avseende realisationspåståenden.

Vad innebär PMD:s användning av de två begreppen? Tillämpas begreppen medvetet som synonymer? Tillämpas de medvetet med olika innebörd? Blandas begreppen av misstag eller utan eftertanke? Utformningen av förbuden mot Lekmer skulle kunna bero på att förbuden i Home Furnishing-domen och Förbudsdomen utformades på motsvarande sätt. Det förklarar emellertid inte varför PMD blandar begreppen i domskälen i Lekmer-domen (och övriga domar) eller varför förbuden i Home Furnishing-domen och Förbudsdomen är inkonsekventa. PMD utformade kanske förbuden avseende utförsäljningspåståenden i Home Furnishing-domen och Förbudsdomen utifrån KO:s yrkanden utan närmare eftertanke? Det är inte otänkbart men varför formulerades i sådana fall inte även förbudet mot Jollyroom avseende realisationspåståenden enligt KO:s yrkande? Talar det för att PMD medvetet tillämpar begreppen dem som synonymer? Det är möjligt men inte särskilt sannolikt eftersom domstolar enligt min uppfattning vanligtvis är språkmässigt konsekventa vid utformning av förbud och ofta förklarar hur nya eller oklara begrepp ska förstås. Lekmer och Babyshop uppmanade till och med PMD att klargöra vad som avses med normala priser.

Sammanfattningsvis framstår PMD:s användning av begreppen som ogenomtänkt och osammanhängande. Särskilt då domstolen inte motiverar varför normala priser används i förbuden avseende realisationspåståenden

medan ordinarie priser används i förbuden avseende utförsäljningspåståenden i målen mot Jollyroom och Lekmer, trots att näringsidkarens normala priser utgör ett rekvisit i både 16 och 17 §§ MFL och det inte finns något som tyder på att innebörden skulle vara olika i de båda bestämmelserna.

4.3.2.2 Efter Vitesmålets prövning i PMÖD

Sambandet mellan ordinarie priser och normala priser tas upp av PMÖD i Vitesdomen (PMÖD). Som framgår av citatet på s. 39 i avsnitt 3.1.4.4 anser PMÖD att ordinarie priser måste uppfattas som synonyma med rekvisitet näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter i 16 § MFL. Begreppens synonyma användning villkoras dock genom skrivningen ”i detta sammanhang”. Det kan tolkas som att PMÖD inte är säker på vilka andra sammanhang som skulle kunna uppstå och vad som borde gälla då. Den villkorade användningen borde vidare innebära att begreppen inte nödvändigtvis måste anses synonyma i andra sammanhang eller att det åtminstone finns ett visst argumentationsutrymme.

Med tanke på att det är innebörden av normala priser som utvecklas av PMÖD så borde det vara innebörden av ordinarie priser som skulle kunna vara en annan.¹⁷² Utrymmet för argumentation bestäms av ”i detta sammanhang”. Gäller det endast de specifika omständigheterna i Vitesmålet eller avses även liknande omständigheter som t.ex. när utförsäljningspåståenden görs avseende barn- och babyprodukter som säljs via e-handel eller när realisations- och utförsäljningspåståenden görs för samtliga produkter på e-handelsmarknaden? Det är tämligen oklart men eftersom näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter används som rekvisit i 17 § MFL så torde resonemanget åtminstone även gälla realisationspåståenden.

Med ledning av PMÖD:s dom är tillämpningen av begreppen mer konsekvent i Baby V-domen och Pixizoo-domen än i domarna som meddelades före

¹⁷² Språkligt sett är det visserligen något otydligt om det är innebörden av normala priser eller ordinarie priser som utvecklas men för att resonemanget ska vara någorlunda logiskt får det förutsättas att det är innebörden av normala priser som avses. Resonemanget tolkas även så av PMD i Pixizoo-domen.

Vitesmålet avgjordes i PMÖD. Vitesdomen (PMÖD). Begreppen används synonymt men blandas inte på samma ologiska sätt som i de tidigare domarna. Begreppsförvirringen gör sig alltså inte längre gällande. Istället aktualiseras frågan om innebörden av ”i detta sammanhang”. Som framgår av avsnitt 3.2.3 så yrkade Jollyroom på att förbuden mot Baby V och Pixizoo avseende ordinarie priser och prissänkningarnas storlek skulle villkoras med *”om inte jämförelsepriset är det pris som bolaget vanligen tillämpar och har tillämpat under en period om minst fyra veckor omedelbart före den senaste prissänkningen”*. Förbudet mot Pixizoo villkorades istället med *”om inte jämförelsepriserna är Pixizooos normala priser för motsvarande produkter”*. Det motiverades med hänvisning till PMÖD:s resonemang i Vitesmålet. Se citat från PMD på s. 44 i avsnitt 3.2.3. Resonemanget i PMD innebär att de priser som vanligen tillämpas måste uppfattas som ordinarie priser och att innebörden av ordinarie priser mot bakgrund av PMÖD:s resonemang måste anses ha samma innebörd som näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter. Med andra ord ska ordinarie priser inte bara förstås synonymt med näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter inom ramen för 16 § MFL utan även inom ramen för 10 § 2 st. 4 p. MFL, trots att näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter inte utgör ett rekvisit i 10 § 2 st. 4 p. MFL. PMÖD:s resonemang och skrivningen ”i detta sammanhang” får på så sätt ett något utvidgat tillämpningsområde.

Näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter utgör ett rekvisit för tillämpningen av specialbestämmelserna 16–17 §§ FML som avser begrepp med särskild attraktionskraft vars användning presumeras påverka konsumenternas ekonomiska handlingsmönster. Det anses inte föreligga ett motsvarande behov av att särskilt reglera påståenden om ordinarie priser och prisjämförelser utöver vad som framgår av 10 § 2 st. 4 p, 12 § MFL och PIL. Genom att likställa innebörden av det pris som bolaget vanligen tillämpar med ordinarie priser och likställa innebörden av ordinarie priser med näringsidkarens normala priser för motsvarande produkter ställs således högre krav på ordinarie priser inom ramen för 10 § 2 st. 4 p. MFL än vad som framgår av lagen. Det kan ifrågasättas om detta är en ändamålsenlig tolkning

av PMÖD:s resonemang. Med tanke på att realisationer (och utförsäljningar) sällan marknadsförs utan prisjämförelser med ordinarie priser så är det i och för sig kanske rimligt att tolka innebörden av ordinarie priser på samma sätt inom ramen för 17 § MFL (och 16 § MFL) och 10 § 2 st. 4 p. MFL, för att på så sätt undvika ett inkonsekvent och svåröverskådligt regelverk. Med andra ord är PMD:s något extensiva tolkning av ”i detta sammanhang” kanske inte så orimlig ändå.

4.3.3 Sammanfattande slutsats

De två begreppen tillämpades tidigare om vartannat på ett till synes ologiskt och inkonsekvent sätt. Begreppsförvirringen är påtaglig mot bakgrund av PMÖD:s medvetna, om än något oklara, resonemang och den mer logiska användningen i Baby V-domen och Pixizoo-domen. Begreppen ska enligt PMÖD uppfattas som synonymer i Vitesmålets sammanhang. Det ligger nära till hands att tolka PMÖD:s resonemang som att de två begreppen får anses ha samma innebörd även avseende andra utförsäljningspåståenden och realisationspåståenden. Det verkar finnas ett visst argumentationsutrymme för att ordinarie priser kan ha en annan innebörd i andra sammanhang men i enlighet med PMD:s resonemang i Pixizoo-domen får ordinarie priser anses ha samma innebörd även vid tillämpningen av 10 § 2 st. 4 p. MFL. Utgångspunkten för resten av kapitel 4 och kapitel 5, och för att sammanfatta svaret på frågeställning 2, är att begreppen används som synonymer vad gäller tillämpningen av 16–17 §§ MFL och 10 § 2 st. 4 p. MFL.

4.4 Kan ett normalt pris/ordinarie pris fastställas vid dynamisk prissättning?

4.4.1 Enligt Jollyroom som svarande

Jollyrooms argumentation i Förbudsmålet gick i stort ut på att Jollyroom inte avsett att agera i strid med MFL utan bara prissatt och marknadsfört sina produkter på samma sätt som majoriteten av e-handelsaktörer och att prissättningen gynnar konsumenterna. Som konstaterades på Vinges webinarium om prismarknadsföring, så visar målets utgång därav att även

branschpraxis kan vara vilseledande och inte nödvändigtvis går att förlita sig på. Det är först i Vitesmålet som Jollyroom argumenterar för att dynamisk prissättning inte hindrar näringsidkare att göra realisations- eller utförsäljningspåståenden och att försäljningspriserna borde kunna jämföras med genomsnittspriser istället för ordinarie priser.

4.4.2 Enligt PMD och KO

Av målen om förbud mot Jollyroom och konkurrenterna framgår att det inte är möjligt att fastställa ett normalt pris/ordinarie pris om dynamisk prissättning tillämpas, enligt PMD, KO och Jollyroom.¹⁷³ Mot bakgrund av detta blir argumentationen och bedömningen i Vitesmålet mot Jollyroom något ologisk. Enligt den principiella förklaringsmodellen anses priserna inte väsentligt lägre än Jollyrooms normala priser/ordinarie priser eftersom normala priser/ordinarie priser saknas när Jollyroom tillämpar dynamisk prissättning. Enligt den prisjämförande förklaringsmodellen anses priserna inte väsentligt lägre utan de granskade försäljningspriserna är jämförbara med Jollyrooms normala priser/ordinarie priser. Det borde innebära att normala priser/ordinarie priser faktiskt existerar men det strider mot den principiella förklaringsmodellen och slutsatserna i förbudsmålet. Med tanke på att prissänkningarna räknades ut genom en jämförelse mellan försäljningspriser och genomsnittspriser borde resonemanget även innebära att genomsnittspriser kan utgöra normala priser/ordinarie priser. Det är dock inte möjligt enligt KO.

Frågan blir då om normala priser/ordinarie priser trots allt kan fastställas vid dynamisk prissättning och om genomsnittspriser kan utgöra normala priser/ordinarie priser? Hur skulle det annars vara möjligt att konstatera att priserna inte är väsentligt lägre än de normala priserna/ordinarie priserna? Samma paradox återfinns i PMD:s domskäl i Vitesdomen (PMD). Jollyrooms prissänkningar ansågs inte väsentliga i förhållande till de normala

¹⁷³ Jollyroom har således en annan inställning än i förbudsmålet och vitesmålet. Det är dock inte särskilt märkligt. Jollyroom vill att konkurrenterna ska åläggas samma förbud som Jollyroom och argumenterar därför på samma sätt som KO.

priserna/ordinarie priserna men det bygger på en prisjämförelse med genomsnittspriser. Så vad gäller? Resonemangen är delvis ologiska och motsägelsefulla. Det framgår dock uttryckligen av Förbudsmålet att KO och PMD anser att dynamisk prissättning gör det omöjligt att fastställa normala priser/ordinarie priser. Det framgår vidare att genomsnittspriser inte kan utgöra normala priser/ordinarie priser, enligt KO. Svagheterna i argumentationen från KO och PMD:s bedömning får således antas bero på bristande förståelse och ogenomtänkta resonemang.

4.4.3 Enligt PMÖD

Vad PMÖD anser framgår av citatet på s. 39 i avsnitt 3.1.4.4. Dynamisk prissättning nämns visserligen inte men mot bakgrund av omständigheterna i målet så måste resonemanget tolkas som att det är vad som avses. Det framgår inte heller uttryckligen om ett normalt pris/ordinarie pris kan fastställas när dynamisk prissättning tillämpas men eftersom innebörden av normala priser och därmed även ordinarie priser utvecklas så kan viss vägledning fås.¹⁷⁴

Resonemanget är inte så tydligt som skulle kunna önskas och det finns därmed ett visst tolknings- och argumentationsutrymme. För det första konstaterar PMÖD att ett normalt pris/ordinarie pris ska tillämpas över en viss tid och inte variera frekvent och påtagligt. Det borde kunna tolkas som att i och för sig frekventa men icke-påtagliga prisvariationer inte hindrar fastställande av normalt pris/ordinarie pris. Med andra ord så borde normalt pris/ordinarie pris kunna fastställas om prisvariationerna visserligen är frekventa men inom ett spann som inte medför mer påtagliga prisvariationer. Frågan blir då vad påtagliga prisvariationer innebär. Det framgår inte uttryckligen men viss ledning ges i de prisvariationer som Jollyroom gjorde, eftersom PMÖD bedömde att några normala priser/ordinarie priser inte existerade på grund av frekventa och ibland stora prisvariationer. För det andra konstaterar PMÖD att prisvariationer som beror på objektiva

¹⁷⁴ Enligt Setterwalls webinarium om prismarknadsföring innebär PMÖD:s resonemang att det är omöjligt att fastställa ordinarie priser vid dynamisk prissättning som innebär att priserna ständigt fluktuerar, eftersom det då inte finns någon stabilitet att tala om.

omständigheter inte utesluter att det föreligger ett normalt pris/ordinarie pris förutsatt att viss stabilitet upprätthålls. Som framgår av avsnitt 2.1 kan näringsidkare välja vilka realtidsdata som ska ligga till grund för den dynamiska prissättningen och om det skulle vara sådana ”objektiva omständigheter” som exemplifieras av PMÖD borde det inte vara omöjligt att fastställa ett normalt pris/ordinarie pris. Det är i och för sig sällan sådana omständigheter som ligger till grund för dynamisk prissättning och det är inte troligt att konkurrenters prissättning skulle anses vara en objektiv omständighet. Frågan är dock vad som är hönan och vad som är ägget. Om en näringsidkares dynamiska prissättning går ut på att prismatcha sina konkurrenter och konkurrenternas priser varierar baserat på ”objektiva omständigheter” så kan det argumenteras för att även prismatchningen borde klassificeras som en objektiv omständighet. Det är dock något långsökt.

Genomsnittspriser kan enligt PMÖD inte utgöra normala priser/ordinarie priser om priserna ständigt varierar. För att förstå vad detta innebär måste begreppen definieras. Vad innebär ett genomsnittspris? Det borde innebära det genomsnittliga försäljningspriset under en viss tidsperiod. Vad ligger i att priserna ständigt varierar? Dynamisk prissättning som medför dagliga prisvariationer borde rimligtvis omfattas. Det framgår inte om prisvariationernas storlek spelar någon roll och jag antar därför att det inte påverkar bedömningen. Vad som gäller är alltså ganska tydligt men slutsatsen motiveras inte och går därför att ifrågasätta, se kapitel 5.

4.4.4 Sammanfattande slutsats

De motsägelsefulla resonemangen i Förbudsmålet och Vitesmålet illustrerar att rättsläget är komplicerat. Det är först i och med Vitesdomen (PMÖD) som rättsläget klargörs och frågeställning 3 besvaras. Det ställs visserligen inte upp något förbud mot dynamisk prissättning eller prismarknadsföring om dynamisk prissättning tillämpas men PMÖD är tämligen kritisk mot möjligheten att fastställa normala priser/ordinarie priser när priserna ständigt varierar och uttryckligen emot att genomsnittspriser används som normala priser/ordinarie priser. De praktiska möjligheterna för näringsidkare som

tillämpar dynamisk prissättning att prismarknadsföra sina produkter är således väldigt begränsade, även om det teoretiskt sett måste anses finnas ett visst tolknings- och argumentationsutrymme.

4.5 Den föreslagna bestämmelsen i PIL

4.5.1 Tillämpningsområdet

4.5.1.1 Prisvariationer som beror på dynamisk prissättning

Den föreslagna bestämmelsen 7 a § PIL ska gälla vid varje tillkännagivande om prissänkning. Prissänkning definieras i SOU 2017:21 som ”näringsidkarens upplysning om att denne har sänkt det pris som tidigare gällt för produkten”. Vad detta innebär närmare framgår inte. Om dynamisk prissättning tillämpas så marknadsförs (tillkännages) inte de dagliga prisvariationerna som prissänkningar. Det måste rimligtvis innebära att prissänkningar som beror på dynamisk prissättning inte omfattas av begreppet prissänkning och därmed inte heller av bestämmelsens tillämpningsområde. Syftet med bestämmelsen är att motverka vilseledande prismarknadsföring och eftersom de dagliga prisvariationerna inte marknadsförs så vore det överhuvudtaget inte ändamålsenligt att tillämpa bestämmelsen på sådana prissänkningar.

4.5.1.2 Påståenden om realisation och utförsäljning

Bestämmelsen ska inte tillämpas avseende ”generella påståenden om realisationer som inte innehåller en specifik och mätbar information om en prissänkning”. Det torde innebära att bestämmelsen ska tillämpas avseende realisationspåståenden som innehåller en specifik och mätbar information. Den avgörande frågan för att klarlägga tillämpningsområdet är således vad specifik och mätbar information innebär. Omfattas jämförelser med t.ex. ordinarie pris utan angivande av rabattens storlek? Omfattas information om hur stor prissänkning är i procent eller kronor? Det skulle i praktiken innebära att i stort sett samtliga realisationspåståenden ligger inom

tillämpningsområdet eftersom de ofta kombineras med påståenden om ordinarie priser och procentuella eller beloppsmässiga prissänkningar.

Det framgår inte om påståenden om utförsäljning ingår i tillämpningsområdet eller inte. Det torde innebära att utförsäljningspåståenden alltid omfattas oavsett om de innehåller en specifik och mätbar information om en prissättning eller inte. Det framgår dock, som SvDH påpekade i sitt remissyttrande, inte om de undantag från tillämpningsområdet som exemplifieras är uttömmande. Det skulle vara märkligt om utförsäljningspåståenden alltid omfattas medan realisationspåståenden bara omfattas under vissa omständigheter eftersom 16 och 17 §§ nästan är identiska och tillämpningen av de två begreppen därmed sällan torde skilja sig åt.

Sammanfattningsvis är bestämmelsens tillämpningsområde något oklart. Som Energiföretagen Sverige, SvDH och PMD påpekade i sina remissyttranden så bör det tydliggöras vad som omfattas och vad som inte omfattas för att undvika gränsdragningsproblem. Detta påverkar dock inte näringsidkare som tillämpar dynamisk prissättning på ett annat sätt än näringsidkare som inte använder sådan prissättning.

4.5.2 Det tidigare priset

Den föreslagna bestämmelsen innebär att det tidigare pris som gällde före prissänkningen ska anges i samband med prissänkningen. Tidigare pris innebär enligt andra stycket det lägsta pris som gällt för produkten under de senaste 30 dagarna före prissänkningen. Det finns inget som hindrar näringsidkare som tillämpar dynamisk prissättning från att ange ett sådant pris.

Med tanke på att tillämpningsområdet för den föreslagna bestämmelsen är delvis överlappande med tillämpningsområdet för 10 § 2 st. 4 p. MFL och 16–17 §§ MFL så kommer en marknadsföringsåtgärd antagligen ofta bedömas enligt samtliga bestämmelser. Vad händer om en näringsidkare som

tillämpar dynamisk prissättning marknadsför förmånliga priser genom realisationspåståenden med specifik och mätbar information och i enlighet med den föreslagna bestämmelsen anger det tidigare priset men det tidigare priset inte utgör ett normalt pris/ordinarie pris? Marknadsföringsåtgärden skulle troligen bedömas vara förenlig med den föreslagna bestämmelsen men inte som förenlig med 16–17 §§ MFL och 10 § 2 st. 4 p. MFL. Tillämpas olika begrepp i bestämmelser som kompletterar varandra finns alltså en risk för att rättsläget blir inkonsekvent och svåröverskådligt. Se kapitel 5 för en mer djupgående diskussion.

5 Avslutande analys

5.1 Inledning

Rådande rättsläge innebär att näringsidkare som tillämpar dynamisk prissättning har begränsade möjligheter att prismarknadsföra sina produkter. Förevarande kapitel innehåller en diskussion om huruvida dagens rättsläge är ändamålsenligt och fungerar med dynamisk prissättning, för att uppfylla uppsatsens analyserande syfte och besvara frågeställning 4. De centrala frågorna är om regleringen borde se ut som den gör och om nej, hur den borde se ut istället.

5.2 Är gällande rätt väl anpassad för att reglera dynamisk prissättning och prismarknadsföring?

5.2.1 Rättslägets konsekvenser och förenlighet med MFL

Förhållandena på e-handelsmarknaden präglas enligt Jollyroom och Jollyrooms konkurrenter av internationell och nationell konkurrens, pressade priser och små marginaler. Många e-handlare tillämpar dynamisk prissättning i kombination med priskampanjer för att kunna erbjuda konkurrenskraftiga priser. De återkommande priskampanjerna innebär att priserna pressas ännu mer, även om det ibland bara är med några enstaka procent. Dagens rättsläge kan leda till att vissa e-handlare väljer att inte längre tillämpa dynamisk prissättning för att istället kunna prismarknadsföra sina produkter eller väljer att inte längre prismarknadsföra sina produkter för att kunna fortsätta använda rörliga priser. Det är en stor konkurrensnackdel i förhållande till e-handlare som inte tillämpar dynamisk prissättning, traditionella butiker och internationella e-handlare vars priser inte är rörliga eller vars marknadsföring bedöms enligt ett annat lands lag samt e-handlare som medvetet inte anpassar sig efter gällande rätt. Som framgår av nästa stycke skulle det inte bara drabba

näringsidkarnas lönsamhet utan även konkurrensen på marknaden och därmed också konsumenterna.

Mot bakgrund av rättsfallen som anges i kapitel 3 är det osäkert om de största näringsidkarna med hög omsättning kommer anpassa sig efter rättsläget. Det interimistiska förbudet, som förenades med vite, mot Jollyroom meddelades i oktober 2018. Både Jollyroom och Jollyrooms konkurrenter, som får förväntas vara medvetna om det interimistiska förbudet, valde ändå att fortsätta med dynamisk prissättning och den i förbudet avsedda prismarknadsföringen. Konkurrenternas agerande skulle kunna bero på att det ännu rådde osäkerhet kring vad som gällde, eftersom förbudet mot Jollyroom bara var interimistiskt. Jollyrooms agerande kan dock inte förklaras på samma sätt. Det ligger istället nära till hands att anta att Jollyroom tjänade mer pengar på att fortsätta med prissättningen och prismarknadsföringen och medvetet föredrog att riskera ett vite framför att anpassa sig efter förbudet. Det är även möjligt att Jollyroom avvaktade att konkurrenterna skulle åläggas samma förbud och att samtliga aktörer i branschen på så sätt skulle få samma förutsättningar. Jollyroom stämdes för överträdelse av vitesförbudet i februari 2019 och Förbudsdomen mot Jollyroom meddelades i november 2019. Domarna mot fyra av konkurrenterna meddelades mellan juni 2020 och november 2020. De två sista konkurrenterna ändrade trots det inte sina prissättnings- och marknadsföringsstrategier förrän den sista konkurrenten stämdes av Jollyroom i november 2020. Det är svårt att se någon annan förklaring än att sanktionerna mot Jollyroom och de andra konkurrenterna inte var avskräckande nog.

Mot bakgrund av bolagens agerande är det inte särskilt orimligt att anta att stora e-handlare som tillämpar dynamisk prissättning medvetet kommer prismarknadsföra sina produkter i strid med praxis eller pröva andra tänkbara lösningar och därmed medvetet ta risken att bli stämd.¹⁷⁵ De största e-handlarna skulle på så sätt kunna fortsätta att erbjuda pressade priser. De

¹⁷⁵ Detta diskuterades även på Setterwalls webinarium om prismarknadsföring.

mindre aktörerna, som inte har råd att bli stämnda för vilseledande marknadsföring, skulle dock inte kunna erbjuda lika låga priser som tidigare. Det skulle inte bara drabba de mindre e-handlare som riskerar att bli utkonkurrerade utan även konkurrensen på marknaden; e-handelsmarknaden skulle i värsta fall kunna bestå av några få stora aktörer med oproportionerligt stor makt. En sådan situation skulle i slutändan gå utöver konsumenterna eftersom de skulle ha färre e-handlare att välja mellan och löpa risk att fatta affärsbeslut påverkade av de stora aktörernas eventuellt vilseledande prismarknadsföring.

Grundläggande marknadsföringsrättsliga skyddsintressen är konsumenternas ekonomiska intressen och främjandet av fri rörlighet och konkurrens. Som framgår av avsnitt 2.1.2 är dessa två skyddsintressen inte alltid förenliga och måste då balanseras mot varandra. Den fria rörligheten och konkurrensen på marknaden gynnas av att näringsidkare fritt får prissätta och prismarknadsföra sina produkter. Om man utgår från att konsumenterna vill ha så låga priser och så många olika alternativ som möjligt så gynnas även de av att e-handlare tillämpar dynamisk prissättning i kombination med realisationer, utförsäljningar och prisjämförelser. Förutsatt att prissättningen och prismarknadsföringen är vederhäftig och inte vilseledande finns alltså ingen anledning att bedöma marknadsföringen som otillbörlig med hänvisning till konsumentskyddet eller intresset av sund konkurrens. Problemet är om marknadsföringen regelmässigt används på ett vilseledande sätt eller om det finns en sådan risk. Det kan då argumenteras för att konsumentskyddet väger tyngre än intresset av fri rörlighet och konkurrens och att prismarknadsföringen därför borde förbjudas. Som illustrerats ovan så är det inte säkert att ett sådant rättsläge skulle gynna och skydda konsumenterna. Den lämpligaste lösningen är således kanske inte att förbjuda näringsidkare som tillämpar dynamisk prissättning från att prismarknadsföra sina produkter. Det vore mer ändamålsenligt att tillåta prismarknadsföringen men samtidigt reglera förutsättningarna på ett sätt som minskar risken för vilseledande, eftersom det både skulle skydda konsumenterna och främja sund konkurrens.

5.2.2 Digitaliseringen och det komplicerade svenska rättsläget

MFL är teknikneutral men på grund av den omfattande digitala utvecklingen av konsumentmarknaden och nya tekniska hjälpmedel så finns rättsliga luckor och ett behov av tydligare regler. Det har adresserats i SOU 2021:17. Frågan om dynamisk prissättning och normala priser/ordinarie priser nämns dock inte. Innebär det att rättsläget i den aspekten är klart och tillfredsställande? Utredningen bygger på ändringsdirektivet och den översyn som genomfördes av EU-kommissionen 2016–2017. Det bakomliggande arbetet är alltså fem år gammalt. Med tanke på den snabba tekniska utvecklingen så innebär det inte bara en risk för att de föreslagna lagändringarna kommer vara förlegade redan innan de börjar gälla utan även en risk för att aktuella rättsliga frågeställningar inte tas upp. Det kan således inte antas att frågan om dynamisk prissättning utelämnats på grund av att rättsläget anses tillfredsställande. Det kanske snarare illustrerar att lagstiftaren inte hänger med i digitaliseringens snabba takt.

Dynamisk prissättning berörs alltså inte uttryckligen i ändringsdirektivet men som anfördes på Setterwalls webinarium om prismarknadsföring så kan den föreslagna bestämmelsen om informationskrav vid prissänkningar uppfattas som en respons på tillämpningen av dynamisk prissättning i kombination med prissänkningar. Den föreslagna bestämmelsen innebär att näringsidkare inte kan vilseleda konsumenterna angående storleken på en prissänkning genom att ange ett högt jämförelsepris som aldrig tillämpats eller som endast tillämpats en kortare period. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder innehåller inga specialbestämmelser om realisationer och utförsäljningar utan samtliga prissänkningar omfattas av det allmänna förbudet mot vilseledande marknadsföring. Det ställs således inga uttryckliga krav på att prissänkningar som görs i samband med påståenden om realisationer och utförsäljningar måste vara lägre än de normala priserna. Istället görs en bedömning av om priserna är attraktiva och som Jollyroom påpekar i vitesmålet så måste det inte nödvändigtvis innebära priser som är väsentligt lägre än de normala

priserna/ordinarie priserna. Mot bakgrund av detta så kan den föreslagna bestämmelsen tolkas som den EU-rättsliga lösningen på problemet med dynamisk prissättning och vilseledande prismarknadsföring.

Sett ur ett svensk marknadsrättsligt perspektiv så innebär tillämpningen av den föreslagna bestämmelsen inte nödvändigtvis att marknadsföringen är förenlig med 16–17 §§ MFL eftersom det tidigare lägsta priset inte måste vara samma sak som näringsidkarens normala priser/ordinarie priser. De svenska specialbestämmelserna ansågs inte strida mot direktivet om otillbörliga affärsmetoder vid tillkomsten av 2008 års MFL. Sedan dess har digitaliseringen revolutionerat handelsbranschen. Det har tvingat rättstillämpningen att ta ställning till frågan om vad normala priser och ordinarie priser innebär. Specialbestämmelserna 16–17 §§ MFL och skillnaden mellan normala priser/ordinarie priser och det tidigare lägsta priset strider kanske inte mot EU-rätten men de gör onekligen det svenska rättsläget mer komplicerat och svårpassat efter EU-rättsliga lösningar. Sammanfattningsvis så är det kanske inte längre ändamålsenligt att ställa upp krav eller använda begrepp som inte återfinns i direktivet om otillbörliga affärsmetoder och, som Jollyroom argumenterade för i Vitesmålet, ger sken av att det finns en objektivt fastställd godtagbar nivå på prissänkningar.

5.3 Hur skulle regleringen kunna se ut istället?

5.3.1 Utgångspunkt

Mot bakgrund av syftet med MFL och digitaliseringen av handelsbranschen samt den komplicerade reglering som dagens rättsläge innebär så är det orimligt att näringsidkare som tillämpar dynamisk prissättning inte ska kunna prismarknadsföra produkter genom påståenden om realisation/utförsäljning och genom påståenden om ordinarie priser och prissänkningarnas storlek. För att sammanfatta svaret på frågeställning 4 som diskuteras i avsnitt 5.2 så är gällande rätt alltså inte väl anpassad för att reglera dynamisk prissättning och

prismarknadsföring i e-handelsbranschen, enligt min uppfattning. Frågan är då hur regleringen borde se ut istället?

5.3.2 Alternativa jämförelsepriser

Gällande rättsläge innebär att det inte går att fastställa normala priser/ordinarie priser när dynamisk prissättning tillämpas. Det är förenligt med hur begreppen definieras i dagsläget, men borde begreppen definieras på något annat sätt? Bör genomsnittspriser eller något annat jämförelsepris kunna utgöra normala priser/ordinarie priser? Avgörande för innebörden av begreppen är genomsnittskonsumentens uppfattning. Med tanke på att ordinarie priser länge och regelmässigt använts på den traditionella handelsmarkanden och även på e-handelsmarknaden så har konsumenten troligen en ganska tydlig bild av dess innebörd. Bilden får anses stämma överens med hur ordinarie priser definieras i praxis. Den lämpligaste lösningen verkar således inte vara att omdefiniera innebörden av ordinarie priser eller inkludera genomsnittspriser i dess innebörd.

Det är oklart i vilken mån normala priser används i prismarknadsföring men det verkar som att begreppet nästan uteslutande är ett rättsligt begrepp och konsumenten har förmodligen inte en så tydlig uppfattning om begreppets innebörd. En realistisk och rimlig lösning vore således att utvidga innebörden av normala priser till att omfatta både ordinarie priser och andra alternativa jämförelsepriser. Det skulle innebära att ordinarie priser och andra alternativa jämförelsepriser existerar och tillämpas parallellt på samma sätt som ordinarie priser och rekommenderade priser gör idag. Det skulle även innebära att normala priser och ordinarie priser inte längre används som synonymer. Det finns kanske inget behov av att göra skillnad mellan begreppen mot bakgrund av den traditionella fysiska handelsmarknaden men på grund av den växande e-handeln och utvecklingen av tekniska hjälpmedel som dynamisk prissättning så har det skapats. Nedan presenteras förslag på två alternativa jämförelsepriser.

5.3.2.1 Genomsnittspris

Jollyroom argumenterade i Vitesmålet för att genomsnittspriser borde kunna användas som jämförelsepriser. Enligt PMÖD är det inte adekvat och det kan enligt KO inte förväntas att genomsnittskonsumerten utgår från att försäljningspriserna under en priskampanj jämförs med något annat än normala priser. Det är förmodligen sant om inget annat framgår uttryckligen men varför skulle genomsnittskonsumerten inte kunna förstå att det rabatterade priset beräknats med hjälp av ett genomsnittspris om det framgår tydligt nog?¹⁷⁶

Digitaliseringen påverkar inte bara e-handelsmarknaden och näringsidkarna utan även konsumenterna. Med stöd av Marknadsdomstolens praxis från 2015 kan genomsnittskonsumerten tillskrivas viss vana av att använda internet när det gäller marknadsföring av produkter som säljs online. Med tanke på hur stora delar av samhället som digitaliserats sedan 2015 och e-handels snabba utveckling så borde majoriteten av konsumenterna numera kunna antas ha viss eller till och med stor vana vid att använda internet och att handla online. Det behöver därmed inte längre karaktäriseras som särskilda egenskaper för en konsument, särskilda egenskaper borde numera istället kunna vara exempelvis vana av att använda prisjämförelseverktyg. Det får visserligen tas höjd för att målgruppen även kan omfatta en minoritet av konsumenter som är kunskapsmässigt svagare på området, exempelvis äldre människor. Även om det i sådana fall inte kan ställas för höga förväntningar på genomsnittskonsumertens förståelse för e-handel så bör det oavsett kunna förväntas att denne kan skilja mellan genomsnittspriser och ordinarie priser, annat vore att underskatta samtliga konsumenter. Det förutsätter dock att genomsnittspriset och dess innebörd och beräkningsgrunder anges på ett tydligt sätt. Med tanke på att konsumenterna än så länge utgår från att jämförelsepriser är ordinarie priser så bör särskilt stränga krav gälla. Genomsnittspriset bör anges i direkt anslutning till de reducerade priserna

¹⁷⁶ Jämför Vinges webinarium om prismarknadsföring och Setterwalls webinarium om prismarknadsföring för liknande/samma uppfattning.

oavsett om priskampanjen utgör realisation, utförsäljning eller något annat. Det torde t.ex. inte räcka att genomsnittspriset framgår i liten text eller först på hemsidan om prismarknadsföringen görs i nyhetsbrev. Om informationen inte framgår tydligt nog kan marknadsföringen vara vilseledande enligt 10 § 2 st. 4 p. MFL eller 10 § 3 st. MFL.

Användningen av genomsnittspriser som jämförelsepriser är dock inte problemfri. Genomsnittspriser motverkar inte förekomsten av höjda priser strax före prissänkningar. Det finns snarare en risk för att sådana vilseledande åtgärder företas i större utsträckning eftersom prishöjningarna innebär ett högre genomsnittspris och illusionen av mer förmånliga priser på så sätt "legitimeras". Det finns även en risk för att näringsidkare medvetet manipulerar försäljningspriserna genom att höja dem sporadiskt men betydligt under perioden som genomsnittspriset avser för att kunna ange ett så högt genomsnittspris som möjligt vid prissänkningar. Genomsnittspriset skulle visserligen inte vara vilseledande i sig men prissättningen skulle kunna skapa en illusion av mer förmånliga priser vid prissänkningar, på samma sätt som när prishöjningar företas strax före prissänkningar.

5.3.2.2 Det tidigare lägsta priset

Den föreslagna bestämmelsen 7 a § PIL definierar det tidigare pris som det lägsta pris som tillämpats under de senaste 30 dagarna. Förutsatt att det är näringsidkarens eget lägsta pris, en precisering som PMD anser nödvändig, så skulle det lämpa sig väl som jämförelsepris för att minska risken för missbruk av dynamisk prissättning i samband med prissänkningar. Det skulle inte finnas någon anledning för näringsidkare att höja priserna strax före prissänkningar eftersom rabatten ändå skulle räknas mot det lägsta pris som tillämpats. Det skulle av samma skäl inte finnas någon anledning för näringsidkare att manipulera priserna. Sett med näringsidkares perspektiv så skulle användningen av det tidigare lägsta priset kanske inte vara det mest fördelaktiga. Som SvDH påpekar i sitt remissyttrande skulle det lägsta priset på grund av den dynamiska prissättning kunna vara ett pris som endast tillämpats en kort stund under en av 30 dagar och att använda det som

jämförelsepris kan anses orimligt. Det finns därmed en risk för att priserna höjs på en generell nivå eftersom näringsidkare på så sätt undviker för låga lägstapriser. Det skulle dock förmodligen inte påverka prisläget drastiskt eftersom de låga försäljningspriserna troligen hade ersatts av större prissänkningar då näringsidkarnas omsättning annars skulle drabbas. Konsumenternas förmåga att fatta välgrundade affärsbeslut påverkas oavsett inte av ett högre prisläge.

Om det tidigare lägsta priset användes konsekvent så skulle det kunna lösa eller i alla fall förenkla den nuvarande situationen och det komplicerade rättsläge som råder, eftersom prismarknadsföring baserad på det tidigare lägsta priset inte bara skulle vara förenlig med den föreslagna bestämmelsen 7 a § PIL (förutsatt att den implementeras med i SOU 2021:17 föreslagen lydelse) utan även med 16–17 §§ MFL och 10 § 2 st. 4 p. MFL. En sådan ordning skulle göra systemet av regler avseende realisationer, utförsäljningar och prisjämförelser mer lättöverskådligt, konsekvent och logiskt. Rättstillämpningen skulle underlättas och transparent prissättning och prismarknadsföring skulle främjas. Näringsidkares möjligheter att tillämpa vilseledande marknadsföring vid dynamisk prissättning skulle samtidigt begränsas och den föreslagna bestämmelsen 7 a § PIL skulle således kunna få avsedd effekt, så som den avsedda effekten tolkas av i avsnitt 5.2.2.

5.3.3 Väsentlighetskravet

Mot bakgrund av att den så kallade digitala konsumenten är mer prismedveten än andra konsumenter och van vid att använda prisjämförelseverktyg argumenterar Jollyroom för att rabatter om enstaka procent är attraktiva och väsentliga. Genomsnittskonsumenten uppskattar kanske sådana rabatter men skulle så pass små prissänkningar anses vara väsentliga så skulle innebörden av begreppen realisation och utförsäljning urvattnas. Med beaktande av förutsättningarna i e-handelsbranschen kan det dock diskuteras om inte rabatter om cirka 10 till 30 % borde ses som väsentliga.

Förutsättningarna i e-handelsbranschen skiljer sig från den traditionella handelsbranschen och en naturlig konsekvens av de pressade priserna är att prissänkningar inte kan vara lika stora som annars vilket många konsumenter, enligt min uppfattning, är medvetna om. Det ter sig således rimligt att väsentlighetskravet tillämpas på ett sätt avseende prissänkningar i fysiska butiker och på ett annat sätt avseende prissänkningar online. Det innebär inte att väsentlighetskravet skulle tillämpas mindre strängt för e-handlare utan tillämpningen skulle snarare bara stämma överens med förarbetena och dessutom förhindra att en objektivt fastställd godtagbar nivå på prissänkningar (som i enlighet med Jollyrooms resonemang i vitesmålet kanske strider mot EU-rätten) bestäms.

5.4 Sammanfattande slutsats

Svensk gällande rätt är anpassad efter den traditionella fysiska handeln. Innebörden av normala priser/ordinarie priser är väl förenlig med hur prissättning vanligtvis fungerar i fysiska butiker men tar ingen höjd för dynamisk prissättning eller förhållandena i e-handelsbranschen. Det finns visserligen inget förbud mot att tillämpa dynamisk prissättning men på grund av gällande rätt så tvingas näringsidkare som inte vill riskera att prismarknadsföra sina produkter i strid med MFL att välja mellan dynamisk prissättning och prismarknadsföring i form av realisationer, utförsäljningar och prisjämförelser med ordinarie pris. Det är delvis att blunda för verkligheten. Den digitala utvecklingen har bara börjat och kommer inte sluta på grund av att lagstiftaren och rättstillämparen inte hänger med. Rättsläget medför snarare en risk för att konkurrensen på marknaden snedvrids genom att mindre aktörer anpassar sig efter reglerna samtidigt som större aktörer inte ens försöker eftersom de tjänar mer pengar på att låta bli. De stora aktörerna kan därmed erbjuda lägre priser och locka kunder med hjälp av vilseledande marknadsföring. För att undvika detta så måste verkligheten regleras som den ser ut.

Det bör givetvis inte vara möjligt för näringsidkare att missbruka dynamisk prissättning i samband med prissänkningar men det bör vara möjligt för de

som tillämpar dynamisk prissättning att prismarknadsföra sina produkter under förutsättning att tydliga och realistiska regler följs. Förslagsvis bör normala priser och ordinarie priser inte tillämpas som synonymmer. Innebörden av normala priser bör visserligen omfatta ordinarie priser men också andra alternativa jämförelsepriser som genomsnittspriser och/eller kanske framför allt det tidigare lägsta priset. Den lämpligaste lösningen vore att uteslutande använda det tidigare lägsta priset. Reglerna om prismarknadsföring skulle därigenom bli konsekventa och okomplicerade. Risken för manipulerade priser skulle dessutom reduceras eftersom det lägsta priset alltid kommer vara det lägsta priset. Vidare bör kravet på väsentlig prissänkning i 16–17 §§ MFL tillämpas med beaktande av e-handelsbranschen och den digitala konsumenten. Mot bakgrund av dessa förslag skulle rättsläget inte bara fungera väl med dynamisk prissättning och prismarknadsföring i e-handelsbranschen utan också minska risken för vilseledande marknadsföring.

Käll- och litteraturförteckning

Otryckta källor

Högsten, Anna och Lindeberg, Alexander, Webinarium: ”Total utförsäljning!”, Vinge Göteborg, 2021-04-08.

Hildingsson, Anna och Roos, Fredrik, Webinarium: ”Prismarknadsföring i praktiken”, Setterwalls Göteborg, 2021-12-02.

Tryckta källor

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1994/95:123	Ny marknadsföringslag.
Prop. 2003/04:38	En ny prisinformationslag m.m.
Prop. 2007/08:115	Ny marknadsföringslag.

Statens offentliga utredningar

SOU 1993:59	Ny marknadsföringslag.
SOU 2006:76	Otillbörliga affärsmetoder.
SOU 2018:1	Ett reklamlandskap i förändring.
SOU 2021:17	Ett moderniserat konsumentskydd.

EU-rätt

Direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 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 och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004.

Europaparlamentets och rådet direktiv (EU) 2019/2161 av den 27 november 2019 om ändring av rådets direktiv 93/13 EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 98/6/EG, 2005/96/EG och 2011/83/EU vad gäller bättre upprätthållande och modernisering av unionens konsumentskyddsregler.

Övrigt

ICC Sverige, *ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation*,

<https://www.icc.se/wp-content/uploads/2019/07/2019-Marketing-Code_Swe-Final-wCover.pdf>, Stockholm, 2011.

Konsumentverket, *Vägledning om prisinformation*,

<<https://www.konsumentverket.se/globalassets/publikationer/produkter-och-tjanster/gemensamt/vagledning-prisinformation-2018-konsumentverket.pdf>>,

Karlstad, 2018.

Elektroniska källor

Business.com: "What is Dynamic Pricing and How Does it Affect E-commerce?",

<<https://www.business.com/articles/what-is-dynamic-pricing-and-how-does-it-affect-ecommerce/>>, besökt 2021-09-26.

Dagens Analys: "Så här fungerar autodynamisk prissättning",

<<https://www.dagensanalys.se/sa-har-fungerar-autodynamisk-prissattning/>>, besökt 2021-09-25.

Energiföretagen Sveriges remissyttrande 2021-07-06 över SOU 2021:17,

<<https://www.regeringen.se/49f453/contentassets/a4c092f4e31d432f9a74f71aeef3e1da/energiforetagen-sverige.pdf>>, besökt 2021-10-20.

Finansdepartementet, Remiss, Delbetänkande Ett moderniserat konsumentskydd (SOU 2021:17), Remissinstanser, 2021-04-22, Fi2021/01503,

<<https://www.regeringen.se/4986eb/contentassets/a4c092f4e31d432f9a74f71aeef3e1da/remissinstanser-ett-moderniserat-konsumentskydd.pdf>>, besökt 2022-01-02.

HUI Research på uppdrag av Svensk Handel: ”Det stora detaljhandelsskiftet”,
<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/e-handelsrapporter/det_stora_detaljhandelsskiftet_svenskhandel_20170120.pdf>,
besökt 2021-09-24.

Konsumentverkets och KO:s remissyttrande 2021-07-07 över SOU 2021:17,
<<https://www.regeringen.se/49f894/contentassets/a4c092f4e31d432f9a74f71aeef3e1da/konsumentverket.pdf>>, besökt 2021-10-20.

Patent- och marknadsdomstolens remissyttrande 2021-07-19 över SOU 2021:17,
<<https://www.regeringen.se/4a1154/contentassets/a4c092f4e31d432f9a74f71aeef3e1da/stockholms-tingsratt-patent--och-marknadsdomstolen.pdf>>, besökt 2021-10-21.

Patent- och marknadsöverdomstolens remissyttrande 2021-06-21 över SOU 2021:17,
<<https://www.regeringen.se/4a4e79/contentassets/a4c092f4e31d432f9a74f71aeef3e1da/svea-hovratt-patent--och-marknadsoverdomstolen.pdf>>, besökt 2021-10-21.

Postnord: ”Varför du bör ha en prisstrategi för din e-handel”,
<<https://portal.postnord.com/info/leveransguiden/ehandel/prisstrategi-webshop/#6>>,
besökt 2021-09-26.

Postnord i samarbete Svensk Digital handel och HUI Research: ”E-barometern: Årsrapport 2020”, <<https://www.postnord.se/siteassets/pdf/rapporter/e-barometern-arsrapport-2020.pdf>>, besökt 2019-09-24.

Regeringskansliets webbsida: ”Lagstiftningskedjan”,
<<https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2021/03/sou-202117/>>, besökt 2022-01-02.

Svensk Dagligvaruhandels remissyttrande 2021-09-24 över SOU 2021:17, <<https://www.regeringen.se/4a7fca/contentassets/a4c092f4e31d432f9a74f71aef3e1da/svensk-dagligvaruhandel.pdf>>, besökt 2021-10-21.

Svensk Handel: ”Inför Black Friday – så får rea-begreppet användas”, <<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/nyheter/2019/nu-raknar-vi-ner-till-black-friday/>>, besökt 2021-10-07.

Svensk Handel: ”Läget i handeln: 2020 års rapport om branschens ekonomiska utveckling”, <<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/e-handelsrapporter/laget-i-handeln-2020.pdf>>, besökt 2021-09-24.

Svensk Handel: ”Så får rea-begreppet användas”, <<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/nyheter/2016/sa-far-rea-begreppet-anvandas/>>, besökt 2021-10-07.

Svenskt Näringsliv: ”Det ekonomiska läget: November 2018”, <https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/d1pde5_sn-konjunkturpdf_1130328.html/SN-konjunktur.pdf>, besökt 2021-11-10.

Svenskt Näringsliv: ”Konkurrens- och utvecklingskraft: Sverige i en ny omvärld, en summerande tematisk antologi: Juni 2018”, <https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/p4sqa1_konkurrens-och-utvecklingskraft-sverige-in-en-ny-omvarldpdf_1003678.html/BINARY/Konkurrens%20och%20utvecklingskraft.%20Sverige%20in%20en%20ny%20omvarld.pdf>, besökt 2021-11-10.

Litteratur

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten*, Andra upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2020.

Briselius, Niklas, Bruder, Maria, Eltell, Tobias & Åberg, Johan, *Marknadsföringsrätt: den materiella rätten och processen*, Första upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2021.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael, *Rättegång. Femte häftet*, Nionde upplagan, Norstedts Juridik, 2011.

Hellstadius, Åsa, *Immaterialrätt och marknadsrätt: ur praktiskt perspektiv*, Andra upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2020.

Levin, Marianne, *Marknadsföringslagen: en kommentar*, Karnov Group, Stockholm, 2014.

Lundén, Björn, *Prissättning: praktisk handbok*, Fjärde upplagan, Björn Lundén Information, Näsviken, 2017.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Kleineman, Jan, *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.

Olsen, Lena, *Kommunikationsrätt: från avsändare till mottagare via internet, radio/tv eller telefoni*, Första upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2019.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod, argumentation och språk*, Femte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2021.

Svensson, Carl Anders, *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, Artonde upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2019.

Rättsfallsförteckning

Marknadsdomstolen

MD 1990:13, KO mot Östenssons Livs AB.

MD 2003:33, KO mot Ryanair Ltd, Dublin Airport och County Dublin.

MD 2009:8, KO mot Fordonsvärderingen i Skåne AB.

MD 2010:14, KO mot TeliaSonera Aktiebolag och TeliaSonera Sverige Aktiebolag.

MD 2015:2, KO mot Swedish Online Services SOS AB.

MD 2015:14, KO mot BabyBjörn AB.

MD 2015:16, KO mot Specsavers Sweden AB.

Patent- och marknadsöverdomstolen

Domar

Dom 2019-12-05 i mål PMT 2054-18, KO mot Alexandra Media Sweden AB.

Dom 2020-07-08 i mål PMT 9082-18, KO mot Home Furnishing Nordic AB.

Dom 2020-12-22 i mål B 713-20, KO mot Jollyroom AB.

Aktbilagor

Komplettering av överklagande 2020-02-06 från Jollyroom AB, mål B 713-20, aktbilaga 4.

Yttrande 2020-04-03 från KO, mål B 713-20, aktbilaga 7.

Patent- och marknadsdomstolen

Beslut

Interimistiskt beslut 2018-10-31 i mål PMT 13140-18, KO mot Jollyroom AB.

Domar

Dom 2018-09-03 i mål PMT 5472-17, KO mot TM Helsingborg AB (tidigare Home Furnishing Nordic AB).

Dom 2019-11-11 i mål PMT 13140-18, KO mot Jollyroom AB.

Dom 2019-12-17 i mål B 2574-19, KO mot Jollyroom AB.

Dom 2020-06-26 i mål PMT 13403-19, KO mot Babyland Online Nordic AB.

Dom 2020-11-06 i mål PMT 6899-19, KO mot Lekmer AB.

Dom 2020-11-16 i mål PMT 8685-19, KO mot Babyshop Sthlm Holding AB.

Dom 2020-11-19 i mål PMT 4700-20, KO mot Big Baby Aktiebolag.

Dom 2021-06-11 i mål PMT 17943-20, KO mot Baby V AB.

Dom 2021-08-25 i mål PMT 17840-20, KO mot Pixizoo ApS.

Aktbilagor

Stämningsansökningar

Stämningsansökan 2018-09-26 från KO, mål PMT 13140-18, aktbilaga 1.

Stämningsansökan 2019-02-20 från KO, mål B 2574-19, aktbilaga 1.

Stämningsansökan 2019-10-04 från Jollyroom AB, mål PMT 13403-19, aktbilaga 1.

Stämningsansökan 2019-05-16 från Jollyroom AB, mål PMT 6899-19, aktbilaga 1.

Stämningsansökan 2019-06-20 från Jollyroom AB, mål PMT 8685-19, aktbilaga 1.

Stämningsansökan 2020-03-25 från Jollyroom AB, mål PMT 4700-20, aktbilaga 1.

Stämningsansökan 2020-11-03 från Jollyroom AB, mål PMT 17840-20, aktbilaga 1.

Stämningsansökan 2020-11-05 från Jollyroom AB, mål PMT 17943-20, aktbilaga 1.

Svaromål

Svaromål 2018-11-01 från Jollyroom AB, mål PMT 13140-18, aktbilaga 123.

Svaromål 2019-04-05 från Jollyroom AB, mål B 2574-19, aktbilaga 14.

Svaromål 2019-07-03 från Lekmer AB, mål PMT 6899-19, aktbilaga 353.

Svaromål 2019-09-02 från Babyshop Sthlm Holding AB, mål PMT 8685-19, aktbilaga 125.

Yttranden

Yttrande 2019-04-25 från KO, mål B 2547-19, aktbilaga 17.

Yttrande 2019-05-10 från Jollyroom AB, mål B 2547-19, aktbilaga 21.

EU-domstolen

Dom av den 26 oktober 2016, Canal Digital Danmark, C-611/14,
ECLI:EU:C:2016:800.