

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2008-02-11

Närvarande: F.d. justitierådet Nina Pripp, justitierådet Marianne Lundius och regeringsrådet Karin Almgren.

Ny marknadsföringslag

Enligt en lagrådsremiss den 17 januari 2008 (Integrations- och Jämställdhetsdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. marknadsföringslag,
2. lag om ändring i luftfartslagen (1957:297),
3. lag om ändring i lagen (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m.,
4. lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.,
5. lag om ändring i konsumenttjänstlagen (1985:716),
6. lag om ändring i konsumentköplagen (1990:932),
7. lag om ändring i konsumentkreditlagen (1992:830),
8. lag om ändring i lagen (1992:1672) om paketresor,
9. lag om ändring i tobakslagen (1993:581),
10. lag om ändring i alkohollagen (1994:1738),
11. lag om ändring i lagen (1995:1571) om insättningsgaranti,
12. lag om ändring i radio- och TV-lagen (1996:844),
13. lag om ändring i lagen (1996:1006) om anmälningsplikt avseende viss finansiell verksamhet,
14. lag om ändring i lagen (1996:1118) om marknadsföring av kristallglas,

15. lag om ändring i lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende,
16. lag om ändring i lagen (1999:268) om betalningsöverföringar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet,
17. lag om ändring i lagen (1999:158) om investerarskydd,
18. lag om ändring i lagen (2000:1175) om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer,
19. lag om ändring i lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster,
20. lag om ändring i lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet,
21. lag om ändring i prisinformationslagen (2004:347),
22. lag om ändring i lagen (2005:59) om distans- och hemförsäljning,
23. lag om ändring i försäkringsavtalslagen (2005:104),
24. lag om ändring i lagen (2005:405) om försäkringsförmedling,
25. lag om ändring i lagen (2005:706) om ändring i marknadsföringslagen (1995:450),
26. lag om ändring i lagen (2006:484) om franchisegivares informationsskyldighet,
27. lag om ändring i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kammarrättsassessorn Örjan Hägglund, biträdd av departementssekreteraren Rebecca Heinemann.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förslaget till ny marknadsföringslag

I remissen föreslås att den nu gällande marknadsföringslagen ersätts med en ny lag. Förslaget innebär att stora delar av den nu gällande

marknadsföringslagens bestämmelser, däribland de s.k. katalogreglerna, sanktionssystemet och – i allt väsentligt – processordningen, överförs till den nya lagen. Med den nya lagen genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna 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 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder). Direktivet syftar till en fullständig harmonisering av medlemsstaternas lagar och andra författningar om otillbörliga affärsmetoder som skadar konsumenternas ekonomiska intressen.

Begreppet affärsmetod i direktivet omfattar också näringsidkarens beteenden och åtgärder i s.k. efterköpsituationer och har således en vidare betydelse än begreppet marknadsföring i den nu gällande lagen. I förslaget används dock inte "affärsmetod" utan begreppet marknadsföring utvidgas i den nya lagen till att avse sådana situationer som svarar mot begreppet affärsmetoder i direktivets mening. För att en affärsmetod ska vara otillbörlig krävs enligt direktivet att den påverkar konsumentkollektivets ekonomiska intressen. Dock ska de affärsmetoder som anges i bilaga I till direktivet alltid anses som otillbörliga, oavsett vilken ekonomisk effekt de må ha i konsumentledet. I fråga om övriga affärsmetoder måste således normalt göras ett test av det sätt på vilket metoden påverkar den genomsnittskonsument som affärsmetoden riktar sig till.

Lagrådet har inget att erinra mot att stora delar av bestämmelserna i den nu gällande marknadsföringslagen förs över till en ny lag eller att begreppet marknadsföring behålls i den nya lagen med ett utvidgat tillämpningsområde.

Kravet i den nya lagen på att en marknadsföringsåtgärd ska ha en sannolik ekonomisk effekt hos konsumenten för att åtgärden ska anses otillbörlig innebär en nyhet i förhållande till gällande lag. I remissen har dock inte närmare belysts vilken betydelse bestämmelserna i denna del får jämfört med bestämmelserna i nuvarande lag i fråga om näringsidkares skydd mot otillbörliga konkurrensmetoder (misskreditering och renommésnyltning), där rättsskyddet enligt gällande rätt primärt upprätthålls med stöd av generalklausulen. Frågan bör uppmärksammas under det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Av central betydelse i lagen är bestämmelserna om otillbörlig marknadsföring (4–16 §§ i remissförslaget). I syfte att öka överskådligheten och förståelsen av dessa bestämmelser föreslår Lagrådet i det följande en viss omDisposition av de grundläggande bestämmelserna.

I fråga om lagförslagen i övrigt har Lagrådet följande synpunkter.

4–7 §§

I 4–8 §§ och följande paragrafer finns bestämmelser om otillbörlig marknadsföring. I paragraferna tas upp bestämmelser om otillbörlig marknadsföring enligt direktivbilagan (4 §), om marknadsföringens ekonomiska påverkan (5 §), om god marknadsföringssed (6 §), om aggressiv marknadsföring (7 §) och om vilseledande marknadsföring (8–16 §§).

I bilaga I till direktivet finns en uppräkningslista av 31 olika marknadsföringsåtgärder som alltid ska betraktas som otillbörliga. Ett första avsnitt omfattande 23 punkter avser vilseledande affärsmetoder. Punkterna 24–31 avser aggressiva affärsmetoder. Av direktivets

artikel 5.5 framgår att förteckningen ska gälla i alla medlemsstater och får ändras endast genom en översyn av direktivet.

Enligt 4 § ska bilaga I till direktivet gälla som lag i Sverige. Av lagrådsremissen framgår att utredningens förslag att ta in bestämmelserna som en bilaga till marknadsföringslagen ansetts mindre lämpligt, eftersom bilagor till svenska författningar är avsedda för tabeller och liknande. Enligt Lagrådets mening är det olyckligt att för lagens tillämpning centrala bestämmelser inte kan utläsas av lagen, utan hänvisning sker till en bilaga till ett för den enskilde svåråtkomligt direktiv. Även med beaktande av att de termer som används i bilagan delvis avviker från dem som används i marknadsföringslagen får en bättre lösning anses vara att bilagan fogas till lagen.

I 4 § andra stycket ges upplysningen att marknadsföring som strider mot någon av bestämmelserna i bilagan alltid är att anse som otillbörlig enligt lagen; en reglering som upprepas i 7 § andra stycket och 9 § fjärde stycket. Enligt Lagrådets mening kan 4 § andra stycket därför utgå.

I 5 § anges kriterierna för när marknadsföringsåtgärder ska anses otillbörliga. Enligt bestämmelsen är det avgörande om marknadsföringen påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. I direktivet, liksom i utredningens förslag, har det avgörande ansetts vara om marknadsföringen medför eller sannolikt kan medföra att konsumenten fattar ett annat affärsbeslut än konsumenten annars skulle ha gjort. Även om det föreligger vissa olikheter mellan direktivets kriterier och förslaget så anser Lagrådet att de i förslaget intagna kriterierna kan godtas.

Enligt Lagrådet skulle överskådligheten och förståelsen av de grundläggande bestämmelserna om otillbörlig marknadsföring

förbättras om de berörda paragraferna och innehållet i dem disponeras om. Även en viss ändring av rubriksättningen bör göras.

Förslagsvis kan bestämmelserna utformas enligt följande:

Otillbörlig marknadsföring

Direktivbilagan

4 § Bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 ska gälla som lag i Sverige (se bilaga till denna lag).

Bestämmelserna i punkterna 1–31 i bilagan till denna lag ska tillämpas även om marknadsföringen riktas till näringsidkare.

Bestämmelsen i punkt 14 i bilagan till denna lag ska tillämpas på åtgärder som skett i strid med denna punkt om inte åtgärden omfattas av lotterilagen (1994:100).

God marknadsföringssed

5 § Marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed.

6 § Marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed och som inte regleras i 6–9 §§ eller 11–16 §§ eller i bilagan till denna lag är att anse som otillbörlig, om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat beslut.

Aggressiv marknadsföring

7 § En näringsidkare får inte använda sig av aggressiv marknadsföring. Marknadsföringen är att anse som aggressiv, om den innefattar trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel.

Aggressiv marknadsföring är att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Sådan aggressiv marknadsföring som anges i punkterna 24–31 i bilagan till denna lag är alltid att anse som otillbörlig.

Vilseledande marknadsföring

8 § Marknadsföring som är vilseledande enligt någon av bestämmelserna i 8, 9 eller 11–16 §§ är att anse som otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Sådan vilseledande marknadsföring som anges i punkterna 1–23 i bilagan till denna lag är alltid att anse som otillbörlig.

Om Lagrådets förslag godtas får efterföljande paragrafer i remissförslaget numreras om och följdändringar göras i 9, 10, 20, 25–28, 36, 38–47, 49–59, 61–63 och 65 §§ och övergångsbestämmelserna.

Följdändringar får även göras i övriga i remissen upptagna lagar i vilka hänvisningar görs till paragrafer som med Lagrådets förslag får ändrade beteckningar.

11 §

Genom paragrafen, som klargör vilken information ett köperbudande riktat till konsumenter måste innehålla för att marknadsföringen inte ska anses vara vilseledande, genomförs artikel 7.4 i direktivet. Enligt *första stycket 3* ska näringsidkarens namn och adress framgå av köperbudandet. Artikel 7.4 b) talar om näringsidkarens *geografiska* adress. Enligt Lagrådets mening är ett uttryck liknande det i direktivet att föredra även i den svenska lagtexten för att tydliggöra att enbart t.ex. en boxadress inte är tillfyllest.

Bestämmelsen i artikel 7.4 d) i direktivet om att närmare villkor för betalning, leverans, fullgörande och hantering av reklamationer ska framgå av ett köperbudande, motsvaras i *första stycket 4* av "transaktionsvillkor". Även här kan ifrågasättas om inte en närmare anknytning till den i direktivet valda formuleringen bättre åskådliggör vilka uppgifter köperbudandet måste innehålla.

28 §

Paragrafens första stycke reglerar i vilka fall marknadsstörningsavgift får påföras vid överträdelse av lagens bestämmelser. Om Lagrådets förslag till omdisposition m.m. av remissens 5–7 §§ godtas, får hänvisningen i första stycket till de i detta stycke nämnda paragraferna ses över. I andra stycket anges ett antal lagrum i annan lagstiftning där avgift får åläggas vid en överträdelse.

Enligt *tredje stycket*, som inte har någon motsvarighet i nu gällande marknadsföringslag, får marknadsstörningsavgift inte åläggas en näringsidkare om näringsidkaren endast bryter mot en bestämmelse i annan lag än den som är angiven i andra stycket. Av författningskommentaren framgår vilka andra lagar som åsyftas i stycket, bl.a. luftfartslagen, konsumentkreditlagen och lagen om paketresor. Enligt Lagrådets mening skulle en tydligare reglering uppnås om förevarande stycke slopas och marknadsföringslagens tillämplighet i stället uttömmande regleras i de enskilda lagarna.

47 § andra stycket

För att tydliggöra att en enskild näringsidkare som berörs av marknadsföringen och en sammanslutning av näringsidkare var för sig kan väcka talan bör "och" bytas ut mot "eller".

Övergångsbestämmelserna

Enligt *punkt 1* föreslås att den nya lagen ska träda i kraft den 1 juli 2008, då 1995 års marknadsföringslag ska upphöra att gälla. Med lagen (2005:706) om ändring i marknadsföringslagen (1995:450) har föreslagits vissa ändringar i 1995 års lag, vilka ska träda i kraft den 1 november 2008. Ikraftträdandet har beslutats genom förordningen (2007:636) om ikraftträdande av lagen (2005:683) om ändring i rättegångsbalken och viss följdlagstiftning.

I lagrådsremissen har föreslagits att 2005 års lag om ändring i marknadsföringslagen ska utgå och att bestämmelser om detta ska tas in i en särskild lag, se förslag nr 2.25. Lagrådet förordar att bestämmelserna i stället tas in i anslutning till övergångsbestämmelserna till förevarande lag. Samtidigt bör bemyndigande ges åt regeringen att upphäva vad som beslutats om ikraftträdandet av 2005 års ändring i 1995 års marknadsföringslag.

Punkt 1 i övergångsbestämmelserna kan förslagsvis ges följande lydelse:

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2008, då marknadsföringslagen (1995:450) ska upphöra att gälla samt lagen (2005:706) om ändring i marknadsföringslagen (1995:450) ska utgå. Regeringen får meddela föreskrifter om upphävande av bestämmelserna om ikraftträdande av lagen (2005:706) om ändring i marknadsföringslagen (1995:450).

Av lagrådsremissen framgår att avsikten är att marknadsstörningsavgift även efter ikraftträdandet av den nya lagen ska kunna åläggas näringsidkare som brutit mot äldre regler. Enligt *punkt 2* i de föreslagna övergångsbestämmelserna ska bestämmelserna i 4–21 §§ tillämpas också på marknadsföring som har vidtagits före ikraftträdandet, om inte åtgärden var tillåten enligt äldre föreskrifter. Enligt Lagrådets mening bör till de angivna bestämmelserna fogas bestäm-

melserna i remissförslagets 28–35 §§ som med Lagrådets förslag under 4–7 §§, om det godtas, kommer att få ändrad numrering.

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot ett förbud eller åläggande som har meddelats med stöd av vissa uppräknade bestämmelser, ska enligt 36 § ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare. Paragrafen motsvarar 29 § i nuvarande marknadsföringslag. Även den paragrafen innehåller en uppräkning av de föreskrifter som kan grunda skadeståndsansvar. Skadeståndsansvar för marknadsföringsåtgärd hänförlig till tiden före den nya lagens ikraftträdande ska enligt lagrådsremissen bedömas enligt äldre bestämmelser. Någon övergångsbestämmelse som möjliggör en sådan tillämpning föreslås emellertid inte. Lagrådet föreslår därför att ytterligare en övergångsbestämmelse införs, *punkt 4*, med följande innehåll:

4. Bestämmelserna i 29 § marknadsföringslagen (1995:450) tillämpas fortfarande i fråga om överträdelser som skett före den nya lagens ikraftträdande.

Förbud och ålägganden samt förbuds- och informationsförelägganden som har meddelats enligt äldre föreskrifter ska enligt punkt 3 i de föreslagna övergångsbestämmelserna fortfarande gälla. Av 48 § i den nya marknadsföringslagen framgår att utdömande av vite som förelagts med stöd av den lagen väcks vid en tingsrätt som är behörig enligt 10 kap. rättegångsbalken. För att klargöra att paragrafen ska tillämpas även i de fall vitet förelagts med stöd av den gamla marknadsföringslagen bör en övergångsbestämmelse med följande innehåll införas:

5. Bestämmelserna i 48 § tillämpas också i fråga om utdömande av vite som har förelagts med stöd av marknadsföringslagen (1995:450).

Förslagen till lag om ändring i luftfartslagen (9 kap. 10 § andra stycket), konsumentkreditlagen (8 §), lagen om paketresor (7 § tredje stycket), lagen om anmälningsplikt avseende viss finansiell verksamhet (6 §), lagen om marknadsföring av kristallglas (6 §), lagen om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende (6 §), lagen om betalningsöverföringar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (5 §), lagen om investerarskydd (20 § tredje stycket), lagen om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (15 §), prisinformationslagen (12 §), lagen om distans- och hemförsäljning (2 kap. 8 §, 3 kap. 6 § och 4 kap. 4 §), försäkringsavtalslagen (2 kap. 9 § och 10 kap. 10 §) och lagen om försäkringsförmedling (6 kap. 8 §)

Enligt 28 § tredje stycket marknadsföringslagen får marknadsstörningsavgift inte påföras om näringsidkaren endast bryter mot en bestämmelse i annan lag än som är angiven i paragrafens andra stycke. Av författningskommentaren till bestämmelsen framgår att de lagar som åsyftas är rubricerade lagar. Enligt föreskrifter i dessa lagar ska marknadsföringslagen tillämpas om inte vissa skyldigheter, som framgår av den enskilda lagen, fullgörs. Det förhållandet att marknadsföringslagens regler om marknadsstörningsavgift inte ska tillämpas framgår dock inte.

Som framgår av vad Lagrådet uttalat under 28 § anser Lagrådet att paragrafens tredje stycke ska utgå och att omfattningen av marknadsföringslagens tillämpning i stället ska uttömmande regleras i de enskilda lagarna. Detta kan i dessa lagar ske genom att efter den mening som i rubricerade paragrafer avslutas ”- - - , ska marknadsföringslagen (2008:000) tillämpas” respektive ”- - - tillämpas marknadsföringslagen (2008:00)” fogas ytterligare en mening med förslagsvis följande lydelse:

Bestämmelserna i 28–35 §§ om marknadsföringsavgift ska dock inte tillämpas.

Om Lagrådets tidigare nämnda förslag till omdisposition av bestämmelserna i 4–7 §§ godtas, får hänvisningen här till 28–35 §§ justeras.

Förslaget till lag om ändring i lagen (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m.

Enligt Lagrådets mening bör en övergångsbestämmelse av följande lydelse införas:

Äldre bestämmelser gäller fortfarande i fråga om verkställighet av vite som enligt 4 § första stycket 2 förelagts enligt marknadsföringslagen (1995:450).

Om Lagrådets tidigare nämnda förslag till omdisposition av bestämmelserna i 4–7 §§ godtas, får hänvisningen här till 4 § första stycket 2 justeras.

Förslaget till lag om ändring i radio- och TV-lagen

I lagrådsremissen har bedömningen gjorts att regleringen av tillåtligheten av TV-reklam riktad till barn enligt radio- och TV-lagen faller utanför direktivets tillämpningsområde och att förbudet mot TV-reklam riktad till barn därmed kan behållas. Bedömningen grundas på att förbudet mot reklam riktad mot barn i huvudsak har motiverats av andra skäl än sådana som är att hänföra till konsumentkollektivets ekonomiska intressen.

Enligt Lagrådets mening följer redan mot bakgrund av punkten 18 i direktivets ingress att det svenska förbudet mot barnreklam omfattas av direktivets tillämpningsområde. Förbudet är mer långtgående än direktivets bestämmelser om barnreklam, se punkt 28 i bilaga I till direktivet. Lagrådet anser därför att kommissionen måste underrättas enligt artikel 3.6 om det svenska förbudet i radio- och TV-lagen.

Förslaget till lag om ändring i marknadsföringslagen

Med hänvisning till vad Lagrådet sagt under förslaget till ny marknadsföringslag under rubriken Övergångsbestämmelser föreslår Lagrådet att den här föreslagna lagändringen utgår.