

Till
Patent- och marknadsöverdomstolen

Skickas endast med e-post: stockholms.tingsratt.patentmarknad@dom.se

2018-01-23

**ÖVERKLAGANDE SAMT ANSÖKAN OM PRÖVNINGSTILLSTÅND
– INNEHÅLLER YRKANDE OM INHIBITION**

- Klagande:** IOGT-NTO, org nr. 802001-5569
Box 128 25
112 97 Stockholm
- Ombud:** Advokaterna Daniel Tornberg, Sandra Hanson och
Julia Asplund
Advokatfirman MarLaw AB
Box 3079, 103 61 Stockholm
Tel: 08-23 07 35, fax: 08-796 75 33
E-post: daniel.tornberg@marlaw.se,
sandra.hanson@marlaw.se och
julia.asplund@marlaw.se
- Svarande:** Konsumentverket/KO
Box 48
651 02 Karlstad
- Genom processrådet Carolina Andersson och bitr.
konsumentombudsmannen Daniel Karfs
- Överklagat beslut:** Patent- och marknadsdomstolens beslut av den 2
januari 2018 i mål nr PMT 15977-17
- Saken:** Överträdelse av marknadsföringslagstiftningen;
interimistiskt beslut

I egenskap av ombud för IOGT-NTO¹ får vi med stöd av bifogad fullmakt ansöka om prövningstillstånd samt överklaga Patent- och Marknadsdomstolens ("PMD") beslut av den 2 januari 2018 i mål nr PMT 15977-17, aktbilaga 51 ("Beslutet"), enligt följande. Fullmakt i original har skickats till PMD med post.

1. YRKANDEN

- 1.1 IOGT-NTO/Miljonlotteriet yrkar att Patent- och marknadsöverdomstolen ("PMÖD") ska upphäva Beslutet avseende punkterna 1-7.
- 1.2 För det fall PMÖD lämnar IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets överklagande utan bifall yrkar IOGT-NTO/Miljonlotteriet att PMÖD ska sätta ned de till förbuden och åläggandena kopplade vitesbeloppen till ett betydligt lägre belopp än 3 miljoner kronor.

Yrkande om inhibition

- 1.3 IOGT-NTO/Miljonlotteriet yrkar att PMÖD omedelbart ska besluta att Beslutet tills vidare inte ska gälla och således inte får verkställas.

Yrkande om rättegångskostnader

- 1.4 IOGT-NTO/Miljonlotteriet yrkar ersättning för sina rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen med belopp som senare kommer att anges.

2. SAMMANFATTNING AV GRUNDERNA

- 2.1 PMD har till övervägande del baserat Beslutet på en bedömning av vad som förekommit i enstaka samtal som skett i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets uttryckliga instruktioner. Dessa samtal kan dock, i enlighet med fastslagen rättspraxis, inte läggas till grund för bedömningen av den marknadsföring av Miljonlotteriet som har skett under den i målet aktuella perioden. PMD:s bedömning strider därvid mot gällande rättspraxis. Utifrån de elva telefonsamtal

¹ I det följande benämns IOGT-NTO och Miljonlotteriet gemensamt "IOGT-NTO/Miljonlotteriet" och var för sig "IOGT-NTO" (eller "föreningen") respektive "Miljonlotteriet".

som KO har gett in som bevisning i målet föreligger det således inte sannolika skäl för att KO kommer att få slutlig framgång med sin talan.

- 2.2 PMD har även baserat Beslutet på en bedömning av vad som framgår av IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets samtalsmanus. Samtliga IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets samtalsmanus är dock förenliga med god affärssed inom den aktuella branschen, vilket PMD helt och hållet har bortsett från. PMD:s bedömning strider därvid även mot gällande branschnormer. Det föreligger därmed inte heller i detta avseende sannolika skäl för KO:s talan.
- 2.3 PMD har vidare baserat Beslutet på en strikt bedömning av måttfullhetskravet i 47 § a lotterilagen (1994:1000) ("lotterilagen"). Det finns skäl att ifrågasätta PMD:s bedömning av måttfullhetskravet, vilket inte tidigare har prövats i rättspraxis.
- 2.4 Det kan inte skäligen befaras att IOGT-NTO/Miljonlotteriet under tiden till dess målet är slutligt avgjort kommer att bedriva det slags marknadsföringsåtgärder som omfattas av KO:s talan. PMD synes härvid ha bortsett från de verkningsfulla åtgärder som IOGT-NTO/Miljonlotteriet har vidtagit – och alltjämt vidtar – för att förhindra att dess telefonförsäljning sker i strid med gällande regler och IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets instruktioner. PMD har härvid inte heller tagit rimlig hänsyn till de möjligheter IOGT-NTO/Miljonlotteriet haft att påverka de aktuella förfarandena.
- 2.5 Beslutet är inte heller proportionerligt. Trots att IOGT-NTO/Miljonlotteriet har vidtagit kraftfulla åtgärder för att tillförsäkra att felaktigheter inte ska förekomma i sin marknadsföring samt att de ifrågavarande telefonsamtalen endast utgör *en bråkdel av en promille* av alla telefonsamtal som IOGT-NTO/Miljonlotteriet genomför årligen, har PMD ansett att konsumentintresset av ett interimistiskt förbud väger tyngre än de potentiella ekonomiska konsekvenser ett interimistiskt förbud kan medföra för IOGT-NTO/Miljonlotteriet. PMD har inte gjort en proportionerlig avvägning och IOGT-NTO/Miljonlotteriet befarar att man till följd av Beslutet kan komma att nödsakas upphöra med telefonförsäljning, vilket skulle drabba IOGT-NTO/Miljonlotteriet och föreningens ideella verksamhet oproportionerligt hårt.

- 2.6 Det föreligger därmed inte skäl att förordna interimistiskt om förbud och ålägganden i enlighet med KO:s yrkanden. Beslutet ska därför upphävas.
- 2.7 Under alla förhållanden är det aktuella vitet om tre miljoner kronor oproportionerligt högt. Detta med hänsyn till att IOGT-NTO är en ideell förening vars överskott oavkortat går till välgörande ändamål samt att det över huvud taget inte finns något incitament för IOGT-NTO/Miljonlotteriet att underlåta att följa förbuden respektive åläggandena. Det är därmed obehövt att förena förbuden och åläggandena med ett vite. I vart fall bör vitesbeloppet sättas ned betydligt.

3. UTVECKLING AV RÄTTSLIGA GRUNDER

3.1 Utgångspunkter av betydelse för bedömningen

Rättsliga utgångspunkter för interimistiskt beslut

- 3.1.1 IOGT-NTO/Miljonlotteriet hänvisar till de rättsliga utgångspunkter för förutsättningarna att meddela interimistiska förbud och ålägganden som redogjorts för i sitt yttrande över KO:s interimistiska yrkanden den 18 december 2017² och tillägger följande.
- 3.1.2 Möjligheten för domstol att meddela interimistiska förbud och ålägganden har funnits sedan 1970 års marknadsföringslag. Enligt nämnda lag krävdes det att ett interimistiskt beslut var påkallat av *särskilda skäl*. Med hänsyn till tillkomsten av nya medier för spridning av information och den ökade risk för skada genom marknadsföring som därmed följde ändrades lydelsen av bestämmelsen genom införandet av 1995 års marknadsföringslag, varvid det uttryckliga kravet på särskilda skäl togs bort. Utformningen av bestämmelsen i 1995 års marknadsföringslag motsvarar den nu gällande bestämmelsen i 27 § marknadsföringslagen (2008:486) ("MFL"). Av förarbetena framgår att syftet med lagändringen var att risken för skadeverkningar skulle kunna åtgärdas snabbt i väntan på ett slutligt avgörande.³ Enligt regeringens mening skulle reglerna om

² Se avsnitt 5, aktilaga 33 PMD:s mål.

³ SOU 1993:59 s. 402 och prop. 1994/95:123 s. 93 f.

interimistiskt beslut därmed anpassas till rättegångsbalkens ("RB") regler om säkerhetsåtgärder.⁴ Enligt den nu gällande bestämmelsen i 27 § MFL krävs således för att ett interimistiskt beslut ska kunna meddelas att det föreligger förutsättningar liknande dem som gäller för civilprocessuella säkerhetsåtgärder enligt RB, och då särskilt bestämmelsen i 15 kap. 3 § RB som har fått tjäna som förebild vid utformningen av bestämmelsen i MFL.⁵

- 3.1.3 För att ett interimistiskt förbud eller åläggande ska kunna meddelas krävs, förutom att käranden visar sannolika skäl för sin talan, att det skäligen kan befaras att svaranden genom att företa viss åtgärd eller underlåta viss handling förringar betydelsen av ett förbud eller åläggande som kan komma att meddelas i ett slutligt avgörande.⁶ Utöver dessa förutsättningar förespråkar förarbetena att det vid prövningen av om ett interimistiskt beslut ska meddelas ska göras en avvägning mellan å ena sidan det allmänna konsument- och näringsidkarintresset av ett snabbt beslut och, å andra sidan, de ekonomiska konsekvenser som ett förbud eller åläggande kan medföra för näringsidkaren, dvs. en *proportionalitetsbedömning*.⁷ Vidare klargör förarbetena, på samma sätt som gäller för tillämpningen av 15 kap. 3 § RB, att ett interimistiskt beslut inte bör meddelas utan *starka skäl*.⁸
- 3.1.4 Marknadsdomstolen ("MD") var även efter lagändringen i 2005 års marknadsföringslag påtagligt restriktiv med att bevilja yrkanden om interimistiska beslut och ålägganden. De fåtal fall där MD meddelat interimistiska förbud och ålägganden (se MD 2011:8 och MD 2011:29) bekräftar även detta. Värt att notera är vidare att det i nämnda fall synes ha varit klarlagt att de påtalade och konstaterat lagstridiga marknadsföringsåtgärderna alltjämt pågick vid domstolens prövning (se mer om detta nedan).
- 3.1.5 Det är käranden som ska bevisa att samtliga ovan nämnda tre förutsättningar är uppfyllda för att domstolen ska kunna fatta beslut om interimistiskt förbud eller åläggande. IOGT-NTO/Miljonlotteriet utvecklar under avsnitt 3.2-3.4 nedan sin syn på PMD:s bedömning i detta avseende.

⁴ Prop. 1994/95:123, s. 94.

⁵ A.a., sid. 94.

⁶ A.a., sid. 94.

⁷ A.a., sid. 95.

⁸ A.a., sid 95, jfr även prop. 1980/81:84 s. 230.

IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets ansvar för påtalade marknadsföringsåtgärder

- 3.1.6 Vad gäller i vart fall förbuden under punkterna 1-4 i Beslutet har PMD till fullo baserat sin bedömning på enstaka säljsamtal som företagits i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets manus och uttryckliga instruktioner. Dessa samtal kan inte anses representativa för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i stort. Trots att PMD uttalar att det ”[...]saknas anledning att betvivla att det varit fråga om enskilda säljare som avvikit från instruktionerna[...]” har PMD bedömt att KO har visat sannolika skäl för ”[...]systematiska överträdelser som inte väsentligen varit fråga om enskilda säljare som avvikit från instruktionerna[...]”.⁹ PMD redovisar dock inte på vilket sätt de enskilda samtal som PMD grundat sin bedömning på kan anses ge stöd för dessa ”systematiska överträdelser”.
- 3.1.7 Av PMÖD:s dom av den 28 augusti 2017 i mål nr PMT 9149-16 framgår att ”Vad som utspelat sig i ett fåtal beskrivna telefonsamtal kan nämligen inte leda till några säkra slutsatser om innehållet i andra telefonsamtal som förts mellan andra personer. Detta gäller särskilt i avsaknad av samtalsmanus och andra styrande dokument som kan visa på felaktiga rutiner”.¹⁰ I förevarande mål finns både samtalsmanus och styrdokument som visar att av KO åberopade enstaka säljsamtal inte är representativa för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i stort. De förhållandevis få konstaterade fall av telefonsamtal som har skett i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets instruktioner kan därför inte tas till intäkt för hur övriga telefonsamtal under den i målet aktuella perioden har gått till.
- 3.1.8 Av praxis framgår att rimlig hänsyn bör tas till de möjligheter näringsidkaren haft att påverka den handling som talan avser.¹¹ Detta påpekas även av PMD i Beslutet utan att någon närmare bedömning görs i detta avseende. Tvärtom uttalar PMD att det står klart att den påtalade marknadsföringen av Miljonlotteriet skett i IOGT-NTO:s intresse och att IOGT-NTO därmed har det primära ansvaret för marknadsföringen.¹² Marknadsföring som sker i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets instruktioner kan inte anses ske i IOGT-NTO:s

⁹ Se avsnitt 4.5, Beslutet.

¹⁰ Se s. 7, PMÖD:s dom av den 28 augusti 2017 i mål nr PMT 9149-16.

¹¹ Se MD 2004:7, MD 2011:15 samt Patent- och marknadsöverdomstolens beslut den 27 januari 2017 i PMÖ 10737-16.

¹² Se avsnitt 4.3, Beslutet.

intresse. Tvärtom är ett sådant agerande till skada för IOGT-NTO som sätter mycket stort värde på sitt goda rykte och det förtroende som organisationen har hos allmänheten. Som redogjorts för utförligt i IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets yttrande över KO:s yrkande om interimistiskt beslut har IOGT-NTO/Miljonlotteriet mycket omfattande rutiner och kontroller för att förhindra denna typ av agerande.¹³

3.1.9 Att det trots allt förekommer att säljare kommunicerar i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets uttryckliga instruktioner är en följd av telefonmarknadsföringens natur, dvs. att det är människor som genomför samtalen, vilket medför att det aldrig kan uteslutas att samtal kan komma att missuppfattas eller genomföras på ett felaktigt sätt. Det får därför hållas för sannolikt att det inte är möjligt att helt eliminera risken för att sådana situationer kan uppstå vid telefonmarknadsföring.

3.1.10 De för målet aktuella samtalen utgör vidare, som tidigare påpekats, endast 0,00001 procent eller en hundradels promille av de faktiska samtal som genomförs årligen för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets räkning. Det får även återigen påpekas att nästintill hälften (5/11) av de inspelade telefonsamtal som KO har gett in i målet genomförts av en av de säljare som IOGT-NTO/Miljonlotteriet valt att avsluta samarbetet med. Att enskilda säljare vidtagit åtgärder i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets uttryckliga instruktioner kan jämföras med MD:s avgörande i mål MD 1998:8 där domstolen uttalade att svaranden inte bar ansvar för marknadsföring som utformats av återförsäljare i strid med svarandens instruktioner enligt gällande avtal.¹⁴

3.1.11 IOGT-NTO/Miljonlotteriet har således inte haft några ytterligare möjligheter att påverka de aktuella förfaranden som företagits i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets uttryckliga instruktioner och kan därmed inte hållas ansvarigt för den påtalade marknadsföringen.

Tillämpning av svarta listan

3.1.12 PMD har baserat sin bedömning som förbuden i p. 1 och 2 i Beslutet grundar sig på att de för bedömningen aktuella marknadsföringsåtgärderna utgör svartlistade

¹³ Se avsnitt 3.3, aktilaga 33.

¹⁴ Se s. 4, MD 1998:8.

åtgärder i strid med svarta listan. Förhållandet att den svarta listan utgör bindande EU-rätt och inte kan ändras annat än i samband med en revision av direktiv 2005/29/EG har dock i praxis ansetts utgöra skäl för att den inte bör tolkas extensivt.¹⁵ Även vad gäller tillämpningen av svarta listan ska utgångspunkten för bedömningen av marknadsföringen vara hur den uppfattas av en genomsnittskonsument i den aktuella målgruppen.

- 3.1.13 Redan det faktum att det vid interimistiska beslut är fråga om en högst preliminär och översiktlig bedömning talar för att ett sådant beslut inte kan grunda sig på att en åtgärd anses strida mot svarta listan annat än vid mycket klara överträdelser. Som redovisats är de säljsamtal som KO grundar sin talan på i denna del inte representativa för IOGT-NTO:s/miljonlotteriets marknadsföring i stort. Dessutom ska marknadsföringsåtgärderna bedömas utifrån hur de uppfattas av en genomsnittskonsument i den aktuella målgruppen, vilket innebär att det under alla omständigheter inte är fråga om en klar överträdelse. Svarta listan bör därmed inte anses tillämplig i dessa fall.

Måttfullhetskravet enligt 47 a § lotterilagen

- 3.1.14 PMD har baserat sin bedömning som förbudet i p. 3 i Beslutet grundar sig på att marknadsföringsåtgärden strider mot måttfullhetskravet i 47 a § 1 st. lotterilagen. Bestämmelsen infördes i lotterilagen den 1 januari 2017 och det finns ännu inte någon vägledande praxis avseende hur bestämmelsen ska tillämpas. Av förarbetena framgår dock att en helhetsbedömning bör göras för att bedöma om en marknadsföringsåtgärd är måttfull. Avgörande för bedömningen bör vara hur marknadsföringen är ägnad att uppfattas av den krets till vilken den riktar sig, det medium som används och det innehåll marknadsföringen har.¹⁶
- 3.1.15 Det framgår även av förarbetena att införandet av måttfullhetskravet har till syfte att motverka spelproblem.¹⁷ Den för målet aktuella marknadsföringen rör skraplotter som enligt Gamgard¹⁸ bedöms utgöra en lågriskprodukt för vilken det föreligger låg sannolikhet att spelaren utvecklar ett spelberoende. Bedömningen sker efter en analys av en rad utvalda egenskaper hos spelet i fråga och resulterar

¹⁵ Jfr MD 2009:33, MD 2013:3 och MD 2016:9.

¹⁶ Prop. 2016/17:8, s. 31.

¹⁷ A.a., s. 30.

¹⁸ Gamgard är ett webbaserat analysverktyg framtaget för att bedöma risknivån i enskilda spelprodukter, <http://www.gamgard.com>.

i en av tre möjliga risknivåer (låg, medelhög och hög risk). Detta bör tas i beaktande vid en eventuell måttfullhetsbedömning vilket PMD helt bortsett från.

3.2 KO har inte visat sannolika skäl för sin talan

Närmare om rekvisitet "sannolika skäl"

- 3.2.1 PMD har i Beslutet redovisat sin syn på bedömningen avseende huruvida käranden kan anses ha visat sannolika skäl för sin talan.¹⁹ PMD uttalar att beviskraven vid interimistiskt beslut är lägre än vid den slutliga prövningen och att prövningen ska ske skyndsamt och som regel göras utifrån det skriftliga underlaget i målet, dvs. utifrån ett mer begränsat underlag än vid den slutliga prövningen. Prövningen på detta stadium är preliminär och enligt PMD ska det endast göras en översiktlig bedömning av huruvida det föreligger sannolika skäl för kärandens talan. PMD uttalar vidare att syftet med den interimistiska prövningen inte är att den ska föregripa den slutliga prövningen.
- 3.2.2 Oaktat att den interimistiska prövningen inte ska föregripa den slutliga prövningen så har käranden att visa sannolika skäl för att denne slutligt kommer att vinna målet.²⁰ Det måste därmed stå klart för domstolen att käranden sannolikt kommer att vinna framgång slutligt i de delar som det interimistiska beslutet avser. Interimistiska beslut har, som ovan nämnts, meddelats förhållandevis restriktivt i marknadsföringsrättslig praxis. PMD har dock sedan sitt inrättande intagit en mindre restriktiv tillämpning. Detta kan ha sin förklaring i överklagandemöjligheten som den nya instansordningen erbjuder, i motsats till vad som tidigare gällde i MD.
- 3.2.3 Det ligger dock i marknadsföringsrättsliga måls natur att utgången av målet inte alltid med lätthet kan förutses redan vid ansökan om stämning och interimistisk åtgärd. Det är i mångt och mycket fråga om bedömningsfrågor som ska baseras på hur målgruppen uppfattar den aktuella marknadsföringen, varför den slutliga bedömningen ofta ter sig osäker.²¹ Hänsyn ska även tas till vad som kan anses utgöra god affärssed i den aktuella branschen.

¹⁹ Se avsnitt 4.1, Beslutet.

²⁰ Prop. 1994/95:123 s. 94.

²¹ Se bl.a. MD:s beslut den 28 oktober 1998 i mål MD 1998:14.

3.2.4 Punkterna 1-4 i Beslutet baseras på vad som framkommit i enstaka säljsamtal som inte kan anses representativa för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i stort. Punkterna 5-7 i Beslutet grundar sig på bedömningsfrågor som ska baseras på hur målgruppen uppfattar den aktuella marknadsföringen samt i ljuset av vad som anses utgöra god affärssed vad gäller telefonförsäljning. PMD har härvid helt bortsett från det faktum att de aktuella samtalsmanusen utformats i nära samarbete med SWEDMA – den branschorganisation som företräder företag och organisationer som arbetar med direktkommunikation – som har bedömt dem förenliga med gällande branschpraxis. Redan mot bakgrund av dessa omständigheter kan KO inte anses ha visat att sannolika skäl för talan föreligger.

Fakturering utan föregående beställning (yrkande 1)

3.2.5 PMD konstaterar i sin bedömning avseende KO:s yrkande 1 att det av de ljudfiler som lagts fram framgår att två konsumenter uttryckligen nekar att göra en beställning medan två inte gör någon beställning samt att i vart fall tre av dessa personer har fått fakturor.²² Som det får förstås av PMD:s redogörelse är det ljudfil 2 och 3 som avses vad gäller de två samtal där konsumenter uttryckligen nekar att göra en beställning enligt PMD samt ljudfil 6 och 7 där konsumenter enligt PMD inte gör någon beställning.

3.2.6 Som IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets tidigare påpekat är dessa samtal inte lyckade utifrån IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets riktlinjer. Oaktat detta framgår, som redogjorts för i IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets yttrande över KO:s interimistiska yrkanden, av samtliga av dessa filer att kunderna de facto har gjort en beställning.²³

3.2.7 Mot bakgrund av att dessa samtal inte är representativa för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i stort samt då en beställning under alla omständigheter skett kan KO inte anses ha visat sannolika skäl för sin talan avseende det aktuella yrkandet.

²² Se avsnitt 4.4.1, Beslutet.

²³ Se avsnitt 4.2, aktbilaga 33.

Vinstpåståenden (yrkande 2)

- 3.2.8 PMD tycks basera sin bedömning avseende KO:s yrkande 2 på vad som framgått av fem ljudfiler som KO åberopat och inte på IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets samtalsmanus från 2016 respektive 2017. Det framgår dock inte vilka specifika ljudfiler som PMD hänvisar till.²⁴ Enligt samtalsmanuset ska säljaren upplysa om att kunden har en vinstchans på i snitt var femte lott. Att på detta sätt upplysa om vinsttåtheten för den aktuella spelprodukten är ett krav som uppställs utifrån SPER:s etiska riktlinjer för marknadsföring.²⁵ I vissa av de filer som KO åberopat avviker säljaren från det skriftliga manuset. Trots detta framgår det dock av de aktuella samtalen att det är fråga om marknadsföring av ett lotteri där vinstchansen är beroende av slumpen.²⁶ Den av KO åberopade bevisningen styrker därmed inte att IOGT-NTO/Miljonlotteriet har skapat intryck av att konsumenten har vunnit eller kommer att vinna i lotteriet när det inte finns någon garanterad vinst eller när möjligheten att vinna är beroende av att konsumenten betalar för en prenumeration.
- 3.2.9 Mot bakgrund av att de för bedömningen aktuella samtalen inte är representativa för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i stort samt då det under alla omständigheter framgår av de aktuella samtalen att det är fråga om marknadsföring av ett lotteri där vinstchansen är beroende av slumpen kan KO inte anses ha visat sannolika skäl för sin talan avseende det aktuella yrkandet.

Påståenden om att konsumenten är särskilt utvald (yrkande 3)

- 3.2.10 Det framgår av PMD:s bedömning att formuleringen i samtalsmanuset i sig inte kan anses ge uttryck för att konsumenten är särskilt utvald.²⁷ I vissa av de filer som KO åberopat avviker säljaren från det skriftliga manuset. Trots detta framgår det dock klart och tydligt av de aktuella samtalen att de mottagare som ringts upp har chansen att vara med i lotteriet – en uppgift som är korrekt. PMD bedömer vidare, utan någon närmare motivering, att de aktuella marknadsföringsåtgärderna strider mot måttfullhetskravet i 47 a § lotterilagen och att de därmed är otillbörliga. Som redogjorts för under avsnitt 3.1.14-3.1.15 saknas praxis vad gäller måttfullhetsbedömningen enligt nämnda lagrum. De för

²⁴ Se avsnitt 4.4.2 i Beslutet.

²⁵ Se p. 2 f i SPER:s riktlinjer för marknadsföring reviderade november 2017, aktbilaga 36 PMD:s mål.

²⁶ Se avsnitt 4.3 aktbilaga 33.

²⁷ Se avsnitt 4.4.3, Beslutet.

målet aktuella skraplotterna utgör dessutom lågriskprodukter vilket innebär att måttfullhetskravet bör tillämpas mindre strikt.

- 3.2.11 Mot bakgrund av att de för bedömningen aktuella samtalen inte är representativa för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i stort samt då det under alla omständigheter framgår klart och tydligt av de aktuella samtalen att de mottagare som ringts upp endast har chansen att vara med i lotteriet och inget annat kan åtgärderna inte anses strida mot måttfullhetskravet i 47 a § lotterilagen eller i övrigt anses otillbörliga. KO kan därmed inte anses ha visat sannolika skäl för sin talan avseende det aktuella yrkandet.

Påståenden om att samtalet inte rör försäljning (yrkande 4)

- 3.2.12 PMD baserar sin bedömning på två enskilda ljudfiler varvid säljaren tydligt avvikit från manus och agerat i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets instruktioner. Oaktat detta måste det av hela samtalet framstå som fullständigt klart för mottagaren att samtalet är kommersiellt och att det rör sig om försäljning av lotter.
- 3.2.13 Mot bakgrund av att de aktuella samtalen inte är representativa för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i stort samt då det under alla omständigheter av samtalet i sin helhet måste framstå som fullständigt klart för mottagaren att samtalet är kommersiellt och att det rör sig om försäljning av lotter kan KO inte anses ha visat sannolika skäl för sin talan avseende det aktuella yrkandet.

Frånvaro av reklamidentifiering (yrkande 5)

- 3.2.14 Rubriken i Beslutet gällande PMD:s bedömning avseende KO:s yrkande 5 lyder ”*Frånvaro av reklamidentifiering*”. PMD:s bedömning utgår även från huruvida ”*telefonsamtalen har gått till så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring*”. PMD redogör därefter för att samtalen enligt 2016 och 2017 års samtalsmanus inleds med att säljaren säger sitt namn och frågar efter kundens namn och därefter säger att han eller hon ringer med glada nyheter från Miljonlotteriet. Därefter följer enligt PMD ”*reklamprat för Miljonlotteriet*” innefattande uppgifter om bl.a. vinstchanser. PMD påpekar att det först en bit in

i samtalet framgår att det är fråga om ett erbjudande om sex stycken skraplotter kopplat till en prenumeration.²⁸

- 3.2.15 Vad gäller frågan om reklamidentifiering enligt 9 § 1 st. MFL ska all marknadsföring utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Det uppställs inget krav att specifika erbjudanden, såsom ett prenumerationserbjudande på lotter, måste framgå direkt. Åläggandet under p. 5 i Beslutet är dock utformat på så sätt att IOGT-NTO åläggs att vid marknadsföring av lotter via telefon, i början av samtalet tydligt informera om att syftet med samtalet är att sälja ett abonnemang på lotter. PMD motiverar inte närmare i Beslutet varför det redan i inledningen av samtalen, enligt PMD:s mening, ska framgå att syftet med samtalen är att sälja tillsvidareabonnemang på lotter. Redan på denna grund föreligger därmed inte stöd för PMD:s bedömning.
- 3.2.16 Av SWEDMA:s riktlinjer för telefonmarknadsföring till konsument framgår villkor för samtalets genomförande under rubriken ”*Under pågående samtal*”, däribland att Agenten ska informera den uppringde om syftet med samtalet.²⁹ Av det utlåtande från SWEDMA:s dåvarande jurist Axel Tandberg som IOGT-NTO gett in i målet framgår att med ”*syftet med samtalet*” avses att det ska framgå att det ”*rör sig om ett samtal i sälj- eller marknadsföringssyfte*”, inte vilket specifikt erbjudande som avses.³⁰ Det är även rimligt då en marknadsföringskampanj givetvis kan innehålla olika erbjudanden. Det väsentliga i sammanhanget är att det ska framgå att det är fråga om marknadsföring.
- 3.2.17 Att försäljaren vid telefonförsäljning, som huvudregel, ska informera konsumenten om syftet med samtalet i början av samtalet framgår även av 2 kap. 2 § 3 st. lag (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler (”distansavtalslagen” eller ”DAL”). Av förarbetena till bestämmelsen framgår att det är just att det är fråga om ett samtal i försäljningssyfte som avses.³¹ Andra kapitlet i distansavtalslagen är inte tillämpligt för lotteritjänster men även i de

²⁸ Se avsnitt 4.4.5, Beslutet.

²⁹ Se p. 4.1, SWEDMA:s riktlinjer för Etiska regler för försäljning och marknadsföring över telefon till konsument (2017-01-01), aktbilaga 22 PMD:s mål.

³⁰ Se s. 1, Axel Tandbergs utlåtande av den 17 december 2017, aktbilaga 47 PMD:s mål.

³¹ Se prop. 2013/14:15 s. 82.

fall bestämmelsen är tillämplig framgår av förarbetena att det är tillräckligt att det framgår att det är ett samtal i försäljningssyfte för att lagkravet ska anses uppfyllt.³² PMD:s formulering i åläggandet under p. 5 i Beslutet går således längre än vad lagstiftningen såväl som branschetiska regler förordar.

- 3.2.18 PMD menar i Beslutet att det inte framgår i inledningen av samtalen att det är samtal från Miljonlotteriet, trots att det tydligt framgår av både samtalsmanusen från 2016 och 2017 att säljaren ringer från Miljonlotteriet – vilket PMD även återgivit i sitt beslut. Det måste anses framstå som tydligt för konsumenten att det är fråga om marknadsföring redan av det faktum att det är Miljonlotteriet som ringer. Vidare följer det som PMD kallar ”*reklamprat för Miljonlotteriet*”. Det kan därmed inte råda någon tvekan om att det är fråga om marknadsföring för Miljonlotteriet vilket är det krav som uppställs i 9 § 1 st. MFL. KO kan därmed inte anses ha visat sannolika skäl för sin talan avseende det aktuella yrkandet.

Information om att konsumenten binder sig till ett abonnemang (yrkande 6)

- 3.2.19 PMD inleder sin bedömning avseende KO:s yrkande 6 med att konstatera att det av 2016 års samtalsmanus framgår att leveransen av lotter är kopplad till ett tillsvidareabonnemang.³³ Vad gäller 2017 års manus anser dock PMD att det av formuleringen i manuset inte framgår att det är fråga om en tillsvidareprenumerations: ”*De allra flesta av våra kunder är så pass nöjda att de väljer att fortsätta prenumerera på våra lotter och därför har vi ordnat det så smidigt att vi fortsätter skicka sex nya lotter till dig varje månad så länge du själv vill. Du betalar endast 40 kr lotten, så 240 kr totalt. Detta är ingenting du binder upp dig på månad för månad utan du väljer själv hur länge du vill vara med, helt enkelt*”. Av Beslutet framgår att det är utifrån denna formulering som PMD grundat sin bedömning. Detta trots att det av texten tydligt framgår att det är fråga om en prenumeration där kunden får sex nya lotter varje månad så länge kunden själv vill. Som PMD påpekar framgår detta även vid orderbekräftelsen vid slutet av samtalet.
- 3.2.20 Mot bakgrund av att det de facto framgår av den text som PMD grundar sitt beslut avseende KO:s yrkande 6 på att det är fråga om ett tillsvidareabonnemang ska

³² Jfr 2 kap. 1 § 2 st. 6 p. DAL.

³³ Se avsnitt 4.4.5, Beslutet.

beslutet upphävas och KO kan inte anses ha visat sannolika skäl för sin talan avseende det aktuella yrkandet.

Vilseledande om kontantvinster (yrkande 7)

3.2.21 PMD uttalar avseende KO:s yrkande 7 att det av säljmanus för 2016 och 2017 inte framgår att det är fråga om varuvinster och att KO därmed har visat sannolika skäl för en överträdelse. Det framgår dock av både säljmanus från 2016 och 2017 att det är fråga om varuvinster. I 2016 års manus anges t.ex.: ”*Miljonlotteriet är ett av Sveriges största varulotterier med fantastiska vinster och ett stort utbud. När du vinner väljer du fritt vilken vinst du vill ha för motsvarande värde i vår kundtidning eller på webben. Självlärt får du hjälp att skraddarsy din vinst, enligt dina drömmar. När du vinner över 1 000 000 kan du också välja att ta ut en del av vinsten i kontanter (om du hellre skulle vilja det)*” [våra understrykningar]. Som PMD påpekar framgår även av 2017 års manus att det finns möjlighet att vinna en bil värd 500 000 kronor. Det klargörs ytterligare i den skriftliga bekräftelse som alltid skickas till kunden efter genomförda och accepterade sällsamtal.

3.2.22 Då det framgår av samtalsmanus att det är fråga om varuvinster samt då ingen mottagare kan anses ha vilseletts om vinsternas innebörd har KO inte visat sannolika skäl för sin talan avseende det aktuella yrkandet.

3.3 Det föreligger ingen risk för skadeverkningar

Den centrala utgångspunkten för bedömningen

3.3.1 För att domstolen ska kunna meddela ett interimistiskt beslut krävs vidare att det skäligen kan befaras att IOGT-NTO/Miljonlotteriet, genom att bedriva de marknadsföringsåtgärder som är föremål för KO:s talan, minskar betydelsen av ett slutligt förbud eller åläggande. Centralt för bedömningen är härvid om de påtalade marknadsföringsåtgärderna är pågående eller om det finns risk för att de kommer att pågå för det fall ett interimistiskt beslut inte meddelas. Det ska med andra ord föreligga en *sabotagerisk*, för att använda ett ord som förekommer i den juridiska doktrinen avseende civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Överfört på den situation som nu är vid handen ska det föreligga en *risk för skadeverkningar* om ett interimistiskt beslut inte fattas, vilket innebär att det ska föreligga *fara i dröjsmål*.

3.3.2 För att domstolen ska godta KO:s påstående om att risk för skadeverkningar föreligger måste det åtminstone finnas anledning att räkna med att IOGT-NTO/Miljonlotteriet kan komma att agera på det sätt som KO befarar.³⁴ Även om någon egentlig avsikt att bedriva lag- och branschregelstridig marknadsföring (vilket KO synes påstå är fallet; se avsnitt 4.9, stämningsansökan) visserligen inte behöver föreligga ska IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i vart fall kunna få denna verkan.³⁵ I kriteriet sabotagerisk måste det nämligen anses ingå om inte en vilja så i vart fall likgiltighet inför att den påtalade och konstaterat lagstridiga marknadsföringen fortgår. Det måste härvid vara fråga om ett *klandervärt agerande*, som IOGT-NTO/Miljonlotteriet skäligen kan befaras fortsätta bedriva om PMD:s interimistiska beslut inte står sig.³⁶ Hänvisade källor avseende civilprocessuella säkerhetsåtgärder enligt RB får tjäna som vägledning vid bedömningen i enlighet med vad som ovan redogjorts för i avsnitt 3.1.2-3.1.3.

PMD:s bedömning är inte korrekt

3.3.3 PMD har i sitt beslut kommit fram till att *”det i vart fall skäligen kan antas att marknadsföringsåtgärderna kan komma att fortsätta om inte ett förbud meddelas”*.³⁷ [Med tanke på utformningen av PMD:s beslut får det förutsättas att domstolen med ”förbud” i citerad mening menar förbud respektive ålägganden, undertecknade ombuds anmärkning.]

3.3.4 PMD:s bedömning är felaktig. Det ska härvid först och främst noteras att PMD inte synes ha beaktat den rad av åtgärder som IOGT-NTO/Miljonlotteriet har vidtagit för att komma till rätta med den felaktiga telefonförsäljning som har förekommit i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets instruktioner.³⁸ Som IOGT-NTO/Miljonlotteriet förklarade i sitt yttrande till PMD reviderade föreningen under senhösten 2017 sitt säljmanus efter den kritik som väcktes mot manus i Konsumentverkets tillsynsärende.³⁹ IOGT-NTO/Miljonlotteriet såg även till att samtliga telemarketingbolag som det anlitar använde sig av det reviderade samtalsmanuset. I sammanhanget ska det särskilt noteras att SWEDMA har förklarat att IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets samtalsmanus (både 2016 och 2017 års

³⁴ Jfr Ekelöf, Rättegång III, 7:e uppl., 2006, s. 28.

³⁵ A.a., s. 28 med hänvisning.

³⁶ Jfr Westberg, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, bok 3, 2004, s. 23.

³⁷ Se avsnitt 4.5, andra stycket, Beslutet.

³⁸ Se avsnitt 3.3, aktbilaga 33.

³⁹ Se samtalsmanus 2017, reviderad version, aktbilaga 46 PMD:s mål.

- manus) såväl som IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets agerande är förenligt med branschens etiska regler.⁴⁰
- 3.3.5 Som IOGT-NTO/Miljonlotteriet vidare förklarat i PMD har föreningen även skärpt sitt kvalitetsgranskningsarbete ytterligare genom att öka antalet stickprov på genomförda samtal.⁴¹ Föreningen har även besökt telemarketingbolagen för att informera dem om reviderat samtalsmanus och dess skärpta kontroller, allt i syfte att säkerställa att telefonförsäljningen sker i enlighet med gällande regelverk och Miljonlotteriets kvalitetspolicy. IOGT-NTO/Miljonlotteriet har även sedan december 2017 sett till att *samtliga* telefonsamtal som resulterar i att en kund registreras hos Miljonlotteriet genomlyssnas av respektive kvalitetsansvarig person vid varje telemarketingbolag.
- 3.3.6 Därtill har IOGT-NTO/Miljonlotteriet sedan 2016 lagt stor vikt vid duration i sina avtal med telemarketingbolagen för att det inte ska finnas några incitament för bolagen att premiera otillbörligt agerande av enskilda säljare. Det innebär att telemarketingbolagen får högre ersättning ju längre en kund stannar som prenumerant. IOGT-NTO/Miljonlotteriet tillämpar även ångerrätt om 14 dagar trots att något sådant krav inte föreligger för lotteritjänster.⁴² Andelen som utnyttjar sin ångerrätt vad gäller Miljonlotteriet är även endast mellan 5-10 procent, vilket är lågt jämfört med andra branscher som jobbar med telemarketing. Durationen har även ökat med 10 procent sedan 2016 då systemet med höjd ersättning till telemarketingbolaget ju längre kunden är kvar infördes.
- 3.3.7 Efter ingivandet av IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets yttrande till PMD har föreningen gjort ytterligare justeringar i samtalsmanus för att tillmötesgå KO:s kritik och göra det än tydligare.
- 3.3.8 Enligt PMD har åtgärderna som omfattas av yrkandena 5–7 (bristande reklamidentifiering, information om att det är fråga om ett abonnemang samt bristande information om att det är fråga om varuvinster och inte kontantvinster) ”... hittills använts systematiskt vid drygt 100 000 telefonförsäljningssamtal i månaden, i enlighet med samtalsmanus”.

⁴⁰ Se Axel Tandbergs utlåtande av den 17 december 2017, aktbilaga 47 PMD:s mål.

⁴¹ Se avsnitt 3.3.10, aktbilaga 33.

⁴² Jfr 2 kap. 1 § 2 st. 6 p. DAL.

- 3.3.9 PMD:s slutsats i detta avseende är dock inte korrekt. Som förklarats i avsnitt 3.2.14–3.2.18 ovan följer påstådda brister i marknadsföringen över huvud taget inte av IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets samtalsmanus, vare sig av samtalsmanus från år 2016 eller år 2017. Att enstaka fall av bristfällig marknadsföring i nämnda avseende må ha förekommit kan inte föranleda en annan bedömning. Enligt rådande praxis kan nämligen enstaka fall av bristfällig marknadsföring inte läggas till grund för hur en näringsidkares marknadsföring i övrigt har gått till.⁴³ Det är därför anmärkningsvärt att PMD, i strid med gällande praxis, har lagt enstaka fall av konstaterade överträdelser till grund för sin slutsats att påtalade marknadsföringsåtgärder har skett systematiskt och i enlighet med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets samtalsmanus.
- 3.3.10 Angående yrkanden 1–4 (kräva betalning för obeställda lotter, vinstpåståenden, skapa intryck av att konsumenten är särskilt utvald samt påståenden att det inte är fråga om säljsamtal) konstaterar PMD att det ”saknas anledning att betvivla att det varit fråga om enskilda säljare som avvikit från instruktionerna” medan domstolen i nästa andetag finner att IOGT-NTO ändå ansvarar för marknadsföringen. Någon hänsyn till vilka möjligheter IOGT-NTO/Miljonlotteriet haft för att påverka de enstaka fallen av felaktiga marknadsföringsåtgärder som trots allt har skett tas över huvud taget inte, detta trots domstolens föregående påpekande härom.⁴⁴ Strax därefter konstaterar PMD i sin bedömning att ”[d]en påtalade marknadsföringen har försiggått under lång tid samt att KO visat sannolika skäl för systematiska överträdelser som inte varit fråga om enstaka felsägningar eller missförstånd” [vår understrykning].
- 3.3.11 Även PMD:s slutsats i nämnda avseende är felaktig. Som angetts ovan tar domstolen, i strid med gällande praxis, ett fåtal fall av felaktiga marknadsföringsåtgärder till intäkt för hur IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets övriga marknadsföring har gått till under den i målet aktuella perioden. Tvärt emot vad PMD utgår från finns det inget i utredningen som ger stöd för att den påtalade marknadsföringen har skett systematiskt.
- 3.3.12 Inte heller finns det något stöd i utredningen för att det finns risk för att IOGT-NTO/Miljonlotteriet kommer att bedriva marknadsföringsåtgärder på det sätt

⁴³ Jfr PMÖD:s dom den 28 augusti 2017 i mål nr PMT 9149-16.

⁴⁴ Se avsnitt 4.3, sista stycket, Beslutet.

som KO i målet gör gällande har skett. Detta särskilt mot bakgrund av de kraftfulla åtgärder som IOGT-NTO/Miljonlotteriet har vidtagit och alltjämt vidtar för att säkerställa att all telefonförsäljning vid varje tidpunkt överensstämmer med gällande regelverk och IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets instruktioner.

- 3.3.13 Det ska härvid noteras att även allmän domstol och PMD har varit restriktiva med att meddela interimistiska förbud och ålägganden. Som ett illustrativt exempel på fall där domstolen har meddelat interimistiskt förbud och åläggande kan nämnas Stockholms tingsrätts beslut den 15 december 2016 i mål nr PMT 13070-15, KO ./ 007 Sverige AB, som också rörde telefonmarknadsföring. I det fallet fortsatte klagomålen mot svaranden att komma in efter att KO hade väckt talan mot bolaget, varför det skäligen kunde befaras att svaranden skulle komma att minska betydelsen av senare meddelade åläggande och förbud. Några sådana förhållanden är dock inte vid handen i förvarande mål. Tvärtom har *inte en enda anmälan* som rör Miljonlotteriets telefonförsäljning efter den 23 oktober 2017 inkommit till Konsumentverket.⁴⁵
- 3.3.14 Det ska i sammanhanget beaktas att det, som tidigare påpekats, naturligtvis inte ligger i IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets intresse att säljsamtal sker på ett felaktigt sätt. Tvärtom är felaktig telefonförsäljning inget som IOGT-NTO/Miljonlotteriet vill bli förknippad med och sådana åtgärder innebär onekligen skada för föreningen. Detta är också anledningen till att föreningen har vidtagit kraftfulla åtgärder för att komma till rätta med de brister som har uppmärksammats, ett arbete som också pågår i denna stund.
- 3.3.15 Avslutningsvis kan det konstateras att PMD inte motiverar varför domstolen anser att det skäligen kan befaras att marknadsföringsåtgärderna kommer att fortsätta om inte interimistiska förbud och ålägganden meddelas. Det är visserligen så att det är fråga om en subjektiv och preliminär bedömning som ska göras skyndsamt och utan en djupgående genomgång av utredningen i målet. Icke desto mindre torde det krävas mer utförliga skäl för domstolens beslut än ett konstaterade att det *”i vart fall skäligen kan antas att marknadsföringsåtgärderna kan komma att fortsätta om inte ett förbud meddelas”*.

⁴⁵ Se avsnitt 3.4.2, aktilaga 33.

3.3.16 Med hänsyn till vad som anförts ovan kan det inte skäligen befaras att IOGT-NTO/Miljonlotteriet, genom att bedriva de marknadsföringsåtgärder som är föremål för KO:s talan, kommer att minska betydelsen av ett slutligt förbud och/eller åläggande. PMD:s bedömning härvid är således felaktig varför det interimistiska beslutet ska upphävas.

3.4 Det interimistiska beslutet är inte proportionerligt

3.4.1 För att domstolen ska kunna meddela ett interimistiskt förbud eller åläggande ska slutligen det allmänna konsument- och näringsidkarintresset av ett sådant beslut väga tyngre än de ekonomiska konsekvenser som ett förbud eller åläggande kan medföra för den berörda näringsidkaren. PMD har i detta fall konstaterat att så är fallet. IOGT-NTO/Miljonlotteriet delar inte PMD:s bedömning.

3.4.2 Till att börja med är det IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets bestämda uppfattning att enstaka fall av konstaterat felaktiga salsamtal aldrig kan läggas till grund för PMD:s antagande att IOGT-NTO/Miljonlotteriet under den period som är aktuell i målet på ett systematiskt sätt har bedrivit marknadsföring i strid med gällande regelverk. I förevarande fall är det tvistigt huruvida de marknadsföringsåtgärder som KO beskyller IOGT-NTO/Miljonlotteriet för har gått till på det sätt och i den omfattning som KO gör gällande. Det är under alla förhållanden endast utrett att IOGT-NTO/Miljonlotteriet har utfört bristfällig marknadsföring vid ett fåtal tillfällen. PMD:s beslut, som enbart grundar sig på ett fåtal konstaterade fall av bristfällig marknadsföring, är redan av detta skäl oproportionerligt.

3.4.3 Därtill ska det beaktas att IOGT-NTO/Miljonlotteriet har åtgärdat samtliga konstaterade brister. IOGT-NTO/Miljonlotteriet måste härvid med råge anses ha gjort vad som har ålegat föreningen för att stävja den felaktiga telefonförsäljning som har ägt rum. IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets arbete pågår alltjämt och föreningen gör vad som står i dess makt för att hindra att liknande felaktigheter sker på nytt.

3.4.4 Hur långt ansvaret för den näringsidkare som står bakom marknadsföringen sträcker sig i nämnda avseende har inte prövats av domstol tidigare. Med hänsyn till marknadsföringsmetoden telefonförsäljning som sådan är IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets uppfattning att föreningen rimligtvis inte kan vidta fler

eller mer långtgående åtgärder än vad som har skett för att undvika att felaktiga säljsamtalen förekommer i framtiden. IOGT-NTO/Miljonlotteriet kan omöjligen ha fullständig kontroll över att enskilda telefonsäljare kommer att hålla sig till manus till punkt och pricka. Det enda alternativ som återstår för att IOGT-NTO/Miljonlotteriet ska kunna efterleva PMD:s interimistiska beslut synes vara att upphöra med telefonförsäljning av Miljonlotteriets produkter. Att helt och hållet avstå från att använda sig av denna marknadsföringsmetod (vilket synes vara KO:s önskan) p.g.a. risken för överträdelser av något av förbuden och åläggandena är dock inte en proportionerlig följd av det överklagade beslutet.

- 3.4.5 Med hänsyn till det ovanstående är PMD:s beslut inte proportionerligt. Beslutet ska därför upphävas.

3.5 Förbuden/åläggandenas utformning

- 3.5.1 Av rättspraxis följer att ett förbud ska uppfylla erforderliga krav på entydighet och konkretisering.⁴⁶ Rättssäkerhetshänsyn kräver att förbudet konkretiseras så att det klart framgår vilka slag av handlingar det avser.⁴⁷ Det måste därmed stå klart för adressaten av ett vitesförbud vad som erfordras av honom för att han inte ska bryta mot förbudet och åläggas att betala det fastställda vitesbeloppet.⁴⁸ Ett förbud ska inte heller gå längre än vad som är motiverat i det enskilda fallet.⁴⁹ Motsvarande får anses tillämpligt vad gäller ålägganden.
- 3.5.2 Utöver vad som anförts ovan gällande IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets möjligheter att de facto följa de av PMD beslutade förbuden respektive åläggandena får följande påpekas avseende dess utformning.

Åläggandet under p. 5 i Beslutet

- 3.5.3 Mot bakgrund av vad som redogjorts för under avsnitt 3.2.14–3.2.18 går PMD:s formulering i åläggandet under p. 5 i Beslutet längre än vad såväl lagstiftningen som SWEDMA:s branschetiska regler förordar. Ett eventuellt åläggande bör istället avse att Miljonlotteriet/IOGT-NTO åläggs att informera om att samtalet

⁴⁶ Se bl.a. NJA 2000 s. 435.

⁴⁷ Jfr prop. 1970:57 s. 91.

⁴⁸ Jfr MD 2006:26.

⁴⁹ Jfr prop. 1993/94:122, s. 67 samt PMD:s dom av den 3 november 2016 i mål PMT 10733-16.

genomförs i marknadsföringssyfte. Under alla omständigheter bör åläggandet konkretiseras på så sätt att åläggandet att ”i början av samtalet tydligt informera om att syftet med samtalet är att sälja abonnemang på lotter” endast ska gälla i de fall ett erbjudande är kopplat till ett abonnemang.

Åläggandet under p. 7 i Beslutet

3.5.4 Enligt åläggandet ska IOGT-NTO ”[...] under samtalet klart och tydligt informera om vilka vinster som utbetalas som varuvinster och vilka vinster som betalas ut som kontanter”. Här måste påpekas att Miljonlotteriet har ett brett utbud av spelprodukter med sinsemellan olika vinstplaner som inte är möjliga att redogöra för i detalj i ett säljsamtal. Som exempel när det gäller prenumerationslotter så erbjuder Miljonlotteriet tre produkter: Miljonlotteriet Original, Resan och Tjugan. Vinstplanen fungerar så att vinster värda mellan 40 och 5 000 kronor utgår som varuvinster och upplevelser som väljs efter vinnarens preferenser i Miljonlotteriets vinstshop alternativt sparas för att läggas ihop med framtida vinster. Vinster värda 10 000 kronor upp till 400 000 kronor utgår som varuvinster i form av till exempel bilar, båtar, växthus, resor. De högsta vinsterna som har chans till 5 miljoner, fördelas i en separat fördelningsdragning där den garanterade vinsten har ett värde av 500 000 kronor med chans att vinna ett värde på 5 000 000 kronor. Upp till hälften av högvinsten utbetalas som kontanter och resten i valfria vinster. Tjugan-lotten har dessutom enbart kontantvinster, lägsta vinst är 20 kr och högsta vinst är två miljoner kronor.

3.5.5 Givet produkternas natur är det därför inte möjligt att efterkomma åläggandet i sin nuvarande utformning. Om ett åläggande ändå anses nödvändigt bör det utformas så att det tar sikte på att information ska lämnas om att vinster kan utgå både som varor och kontanter samt var den fullständiga vinstplanen för aktuella produkt finns att tillgå.

3.6 Vitets storlek

3.6.1 PMD har bestämt vitesbelopp till 3 miljoner kronor för vart och ett av förbuden respektive åläggandena. Enligt 3 § lagen (1985:206) om viten ska ett vite fastställas till ett belopp som med hänsyn till vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna i övrigt kan antas förmå denne att följa

föreläggandet. Som PMD påpekar i Beslutet ska det göras en nyanserad prövning av olika faktorer vid bestämmande av vitets storlek.

- 3.6.2 PMD:s beslut avseende vitets storlek tycks dock enbart grundas på det faktum att KO upplyst att IOGT-NTO omsätter 500 miljoner kronor netto årligen på lotterier.⁵⁰ Vitet bör därmed enligt PMD bestämmas till ett mycket högt belopp så att det inte blir ekonomiskt fördelaktigt för IOGT-NTO att underlåta att iaktta beslutet. Som framgår av IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets yttranden i målet har dock IOGT-NTO/Miljonlotteriet vidtagit omfattande åtgärder för att efterkomma Konsumentverket/KO:s synpunkter löpande genom en öppen dialog. Det finns inget som indikerar att IOGT-NTO/Miljonlotteriet skulle underlåta att iaktta beslutet för att det är ekonomiskt fördelaktigt. Det av PMD beslutade vitesbeloppet står under alla förhållanden inte i proportion till det faktum att flertalet av förbuden grundats på uppgifter i ett fåtal enskilda säljsamtal där säljarna agerat i strid med IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets instruktioner.
- 3.6.3 Därutöver är, som ovan redovisats, vissa av förbuden/åläggandena så pass oprecisa att det är svårt för IOGT-NTO/Miljonlotteriet att förutse hur IOGT-NTO/Miljonlotteriet ska agera för att med säkerhet efterfölja förbuden/åläggandena. Konsekvensen kan därmed komma att bli att IOGT-NTO/Miljonlotteriet nödsakas att helt upphöra med sin telefonförsäljning vilket skulle vara förödande för den viktiga och samhällsnyttiga verksamhet som IOGT-NTO bedriver.
- 3.6.4 IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets omsättning kan inte heller jämföras med en vanlig näringsidkare då det är fråga om en ideell organisation som inte tar ut någon vinst utan allt överskott oavkortat går till välgörande ändamål. I sammanhanget ska hänsyn även tas till att IOGT-NTO är en av fyra organisationer som är medlem i IOGT-NTO rörelsen ideell förening, en insamlingsorganisation med 90-konto. Detta innebär högt ställda kvalitetskrav på IOGT-NTO både i dess struktur, redovisning och den verksamhet som organisationen bedriver.
- 3.6.5 Med beaktande av dessa omständigheter är det obehövligt att koppla förbuden/åläggandena till ett vite. Under alla omständigheter bör ett eventuellt vite sättas ned betydligt.

⁵⁰ Se avsnitt 4.6, Beslutet.

4. SKÄL FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND

- 4.1 Skäl att meddela prövningstillstånd föreligger *i första hand*, eftersom det finns anledning att betvivla riktigheten av det beslut som PMD kommit fram till och, *i andra hand*, eftersom det inte utan prövningstillstånd går att bedöma riktigheten av PMD:s beslut. Det är *för det tredje* av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av PMÖD. De anförda skälen för prövningstillstånd sammanfattas i det följande. Till undvikande av upprepning hänvisas dock även till den utförligare redogörelsen under avsnitt 3.

Anledning att betvivla riktigheten av PMD:s beslut samt att det inte utan prövningstillstånd går att bedöma riktigheten av domslutet

- 4.2 PMD har, som redogjorts för under avsnitt 3.1, inte beaktat att KO:s yrkande, i vart fall avseende yrkande 1-4, grundar sig på telefonsamtal som inte kan anses representativa för IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets marknadsföring i stort. Detta då det varit fråga om samtal där ett fåtal enskilda säljare agerat i strid med Miljonlotteriets uttryckliga instruktioner. Dessa samtal utgör endast en hundradels promille av alla samtal som genomförs årligen av IOGT-NTO:s/Miljonlotteriets räkning.
- 4.3 Vidare är, som redogjorts för under avsnitt 3.2, PMD:s bedömning att KO har visat sannolika skäl för sin talan felaktig och i strid med gängse branschpraxis för telefonförsäljning och därmed i strid med god affärssed i den aktuella branschen. Den grundar sig även på en felaktig tillämpning av svarta listan samt måttfullhetskravet i 47 § a lotterilagen vilket redogörs för under avsnitt 3.1.
- 4.4 Som redogjorts för under avsnitt 3.3 ovan har PMD även gjort en felaktig bedömning avseende att det föreligger risk för skadeverkningar för det fall PMD inte meddelar interimistiskt beslut avseende förbud och ålägganden. Det föreligger ingen anledning att befara att IOGT-NTO/Miljonlotteriet kan komma att agera på det sätt som KO befarrar. PMD har inte beaktat den rad åtgärder som IOGT-NTO/Miljonlotteriet har vidtagit för att komma till rätta med förekomna brister, vilka även har gett resultat. PMD har inte heller beaktat det faktum att IOGT-NTO/Miljonlotteriet uppdaterat sitt samtalsmanus för att efterkomma KO:s

synpunkter trots att de för målet aktuella samtalsmanusen upprättats i samarbete med och godkänts av branschorganisationen SWEDMA.

- 4.5 Det av PMD meddelade beslutet är inte heller proportionerligt, vilket redogjorts för under avsnitt 3.4. Detta då det i praktiken kommer att innebära att IOGT-NTO/Miljonlotteriet nödsakas att helt upphöra med telefonförsäljning vilket kommer att drabba IOGT-NTO/Miljonlotteriet och den ideella verksamheten oproportionerligt hårt då merparten av all försäljning sker genom just denna kanal.
- 4.6 Under alla omständigheter är det aktuella vitet om 3 miljoner kronor oproportionerligt högt. Detta med hänsyn till att IOGT-NTO/Miljonlotteriet är en ideell förening vars överskott går oavkortat till välgörande ändamål samt då IOGT-NTO/Miljonlotteriet inte har något som helst incitament att avsiktligt underlåta att följa förbuden respektive åläggandena.

Vikt för rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt

- 4.7 PMD:s bedömning är i strid med gällande rättspraxis och branschpraxis för telefonförsäljning och därmed i strid med god affärssed i den aktuella branschen. För det fall PMD:s beslut får stå fast innebär det en mycket osäker framtid för marknaden för telefonförsäljning i stort då det omöjligt kan uteslutas att en enskild säljare agerar i strid med uppdragsgivarens uttryckliga instruktioner, oaktat vilka åtgärder som vidtas av uppdragsgivaren. De är härvid av vikt för rättstillämpningen att PMÖD klargör hur långt ansvaret för en näringsidkare sträcker sig avseende dess anlitade telemarketingbolag, detta i ljuset av MD och PMD:s tidigare uttalanden om att hinder inte föreligger att vid bedömningen rimlig hänsyn tas till de möjligheter näringsidkaren haft att påverka de aktuella förfarandena (se t.ex. MD 2011:15 och PMÖD:s beslut den 27 januari 2017 i mål nr PMÖ 10737-16). Vidare är det av vikt att PMÖD prövar vilka krav som ska ställas vad gäller reklamidentifiering samt presentation av ett erbjudande för marknadsföring via telefonförsäljning, särskilt då PMD valt att bortse från branschorganisationen SWEDMA:s ställningstaganden i detta avseende.
- 4.8 Mot bakgrund av det ovanstående föreligger det skäl att pröva överklagandet och därmed meddela prövningstillstånd.

5. BEVISNING

- 5.1 IOGT-NTO/Miljonlotteriet åberopar samma bevisning som åberopats i målet i PMD till stöd för överklagandet.

Stockholm som ovan

Daniel Tornberg

Julia Asplund

Sandra Hanson