

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2004:25

2004-10-28

Dnr B 1/04

SÖKANDE

Konsumentombudsmannen (KO),
118 87 STOCKHOLM

SVARANDE

1. 3 Call Aktiebolag, Box 92002,
120 06 STOCKHOLM
2. 3-Net Aktiebolag,
adress som ovan
Ombud för 1 och 2: advokaten H. B. och
jur. kand. S. F.,

SAKEN

marknadsföring via SMS och e-post

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen förbjuder 3-Net Aktiebolag vid vite av fyrahundratusen (400 000) kr att vid marknadsföring av kontakttjänster till konsumenter genom textmeddelanden till mobiltelefon (SMS) eller e-postmeddelanden underlåta att
 - a) utforma meddelanden så att de – utan att de öppnas – omedelbart, klart och otvetydigt kan identifieras som marknadsföring,
 - b) tydligt ange vem som svarar för marknadsföringen och
 - c) tydligt ange priset på den tjänst som erbjuds.

2. Marknadsdomstolen förbjuder 3 Call Aktiebolag vid vite av fyrahundratusen (400 000) kr att vid marknadsföring av kontakttjänster till konsumenter genom e-postmeddelanden underlåta att
 - a) utforma meddelanden så att de – utan att de öppnas – omedelbart, klart och otvetydigt kan identifieras som marknadsföring,
 - b) tydligt ange vem som svarar för marknadsföringen och
 - c) tydligt ange priset på den tjänst som erbjuds.
3. Marknadsdomstolen förbjuder 3 Call Aktiebolag vid vite av fyrahundratusen (400 000) kr att vid marknadsföring av kontakttjänster till konsumenter genom textmeddelanden till mobiltelefon (SMS) underlåta att tydligt ange priset på den tjänst som erbjuds.
4. Marknadsdomstolen avvisar KO:s yrkande mot 3 Call Aktiebolag i den delen det redan prövats genom KO:s förbuds föreläggande av den 23 augusti 2002 (Dnr 2002/2898).
5. Vardera part skall stå sin rättegångskostnad.

YRKANDEN M.M.

KO har yrkat att Marknadsdomstolen vid vite förbjuder 3 Call Aktiebolag och 3-Net Aktiebolag att vid marknadsföring till konsumenter genom textmeddelanden till mobiltelefon (SMS) eller e-postmeddelanden underlåta att

- utforma meddelanden så att de – så snart mottagaren tar emot dem – omedelbart, klart och otvetydigt kan identifieras som marknadsföring,
- tydligt ange vem som svarar för marknadsföringen och
- tydligt ange priset på den tjänst som erbjuds.

Vidare har KO hemställt att tidigare av KO utfärdat förbuds föreläggande av den 23 augusti 2002, i den delen det omfattas av KO:s yrkande här, vid bifallande dom undanröjs.

3 Call Aktiebolag och 3-Net Aktiebolag har medgivit KO:s talan.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

KO

Bakgrund

3 Call Aktiebolag (3 Call) och 3-Net Aktiebolag (3-Net) – nedan gemensamt benämnda Bolagen – bedriver båda verksamhet inom telekommunikationsområdet. 3 Call är ett helägt dotterbolag till 3-Net. Bolagen har samma företrädare och postadress.

Den 23 augusti 2002 utfärdade KO ett förbudsföreläggande mot 3 Call i anledning av dess marknadsföring av kontakttjänster via textmeddelanden till mobiltelefon (SMS). Föreläggandet har följande lydelse: ”KO förbjuder 3 Call AB att på sätt som skett i det påtalade fallet eller på väsentligen samma sätt

- skicka marknadsföring via textmeddelanden (sms) utan att ge tydlig information om att det är fråga om marknadsföring samt vem som svarar för marknadsföringen
- skicka marknadsföring i form av sms till barn under 16 år.”

3 Call godkände föreläggandet den 13 september 2002.

Genom flera anmälningar från privatpersoner har KO nu uppmärksamats på Bolagens marknadsföring av kontakttjänster via bl.a. SMS. Enligt anmälarna skickar Bolagen ut marknadsföring via SMS. I meddelanderaden står endast ”Avsändare 72399”. I ett SMS-meddelande står det enligt anmälaren ”*Hejj! Vill du sms chatta med mig? sms'a ordet: CHAT till Nr 72399 för att börja*”. Längre ned i meddelandet står det ”*Kundtjänst 0771776620 12 kr/sms skickat För att sluta skicka stop 3NetAB*”. I ett annat SMS-meddelande står det enligt uppgift ”*Är du singel? Vill du träffa någon ny? Sms'a ordet CHAT till Nr 72399 för att börja! www.smschat.nu. Tel 0770776629 Avreg:stop 12 kr/sms 3Call B92002, 12006Sth.*”

3-Net har även skickat ut marknadsföring med e-post. Av en anmälan framgår att det i rubriken/ärenderaden står ”*Jag heter Sara och vill chatta med dig*”. I själva e-postmeddelandet står det ”*Hejsan! Jag heter Sara och vill chatta med dig på mobilen. Skicka en SMS med ordet SARA till nummer 72399 Hälsningar Sara*”. Längre ned i meddelandet anges ”*Vill du*

avregistrera din emailadress skicka mail till:office@bigsms.com 3Net ab Box92002, 12006 Stockholm 12 kr/sms skickat”.

Skäl för yrkandet

Av 4 § marknadsföringslagen (1995:450) följer att all marknadsföring skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenterna och näringsidkarna. Därutöver stadgas att näringsidkaren vid marknadsföringen skall lämna sådan information som är av särskild betydelse ur konsumentens synpunkt. Vidare följer av prisinformationslagen (1991:601) att korrekt och tydlig prisinformation skall lämnas vid marknadsföringen. Om så inte sker skall marknadsföringslagen tillämpas.

I förarbetena till den tidigare marknadsföringslagen (prop. 1970:57 s. 68) påpekades att man framförallt när det gäller reklamåtgärder som är riktade till allmänheten, måste ta hänsyn till att reklam ofta läses flyktigt och att en annons som innehåller korrekta uppgifter ändå kan bli att betrakta som vilseledande t.ex. om den har en layout som gör att den till en mindre uppmärksam läsare förmedlar ett annat intryck än den gör till personer som studerar annonsen noggrant. Marknadsdomstolen har också i flera avgöranden slagit fast att marknadsföring skall bedömas utifrån det intryck som en flyktig läsning ger (se t.ex. MD 1975:20 och 1986:22).

Enligt 5 § marknadsföringslagen skall marknadsföringen utformas och presenteras så att det tydligt framgår att fråga är om marknadsföring. Det skall också tydligt framgå vem som svarar för den. I förarbetena till nuvarande marknadsföringslagen (prop. 1994/95:123 s. 47) anges att en sändarangivelse bör vara utformad så att mottagaren genast kan fastställa vem annonsören är.

Marknadsdomstolen har i tidigare avgöranden slagit fast att konsumenten omedelbart eller med ett minimum av ansträngning skall kunna avgöra om ett meddelande har ett kommersiellt syfte eller inte och att reklam som inte uppfyller kravet på reklamidentifiering är otillbörlig enligt marknadsföringslagen (MD 1991:2 och 1999:24). I målet MD 1999:24 var varken kravet på sändarangivelse eller reklamidentifiering uppfyllt då dessa två inte framgick direkt av kuvertet.

Enligt praxis skall således en konsument redan av ett ytterkuvert, utan att behöva öppna det, kunna utröna att det rör sig om marknadsföring. Motsvarande bör gälla för SMS-meddelanden och e-post. Det bör direkt av SMS-meddelandet framgå att det är fråga om reklam utan att konsumenten behöver öppna meddelandet. När det gäller e-post bör det framgå av ärenderaden i e-postlådan att meddelandet är av kommersiell natur genom att det står ”reklam” där eller framgår på annat tydligt sätt. I början av själva meddelandet skall också framgå vem som svarar för marknadsföringen. Konsumenten skall inte behöva läsa hela meddelandet eller behöva söka efter avsändaren i det. Vid en tydlig reklamidentifiering återfinns uppgiften om vem som står bakom reklamen tillsammans med reklamangivelsen.

De i målet aktuella meddelandena är utformade som privata meddelanden. Av anmälningarna till KO framgår att mottagarna också inledningsvis fått uppfattningen att det varit fråga om ett sådant. En sådan inlindad hälsning kräver än större tydlighet både om att det är fråga om reklam och om vem som är avsändare. Bolagen har inte utformat och presenterat meddelandena så att det tydligt framgår att de innehåller marknadsföring och att avsändaren tydligt framgår. I meddelandena lämnar Bolagen förvisso viss information om avsändaren och priset för tjänsten. Denna information lämnas dock så långt ner i meddelandena att det krävs av mottagaren att denne tar del av hela texten för att få reda på avsändaren. Information om marknadsföringens avsändare bör, om det inte framgår redan av meddelanderaden, omedelbart framgå i inledningen av meddelandet. När det gäller priset förmedlar SMS-meddelandena snarare det intrycket att det kostar 12 kr att avregistrera sig än att det kostar 12 kr att skicka ett SMS, och enligt vissa konsumenter även 12 kr att mottaga ett SMS. Prisinformationen är alltså inte tydlig och uppfyller inte prisinformationslagens krav.

Att öppna och läsa e-postmeddelanden kostar tid – och för de kunder som är uppkopplade via modem – även pengar. Konsumenterna kan också vara rädda för att få virus i sina datorer när de öppnar meddelanden. Det finns ingen anledning att det skall vara svårare att genast ta bort oönskade reklammeddelanden än sådana som kommer med vanlig post. Konsumenten bör alltså ha möjlighet att direkt ta ställning till om han vill ta del av ett meddelande eller slänga det direkt. Detsamma bör gälla SMS-meddelanden.

Obeställd reklam via e-post och SMS-meddelanden är ett snabbt växande problem för konsumenter och företag världen över. Genom ett EG-direktiv (2002/58/EG), som genomförs i svensk lag, införs ett förbud mot obeställd reklam per SMS och e-post. Även när det gäller för konsumenten önskvärd, och därmed tillåten, reklam via SMS och e-post gör sig behovet att kunna identifiera kommersiella meddelanden och avsändare gällande med samma styrka.

Bolagen

Sedan juni 2003 använder de sig inte längre av de i målet aktuella marknadsföringsåtgärderna, varför det saknas anledning att processa härom. De medger därför talan utan att ta ställning till KO:s yrkande i sak.

BEVISNING

KO har som skriftlig bevisning åberopat bl.a. anmälningar från konsumenter angående den påtalade marknadsföringen, till styrkande av att det inte tydligt framgår varken att fråga är om marknadsföring eller vem som är avsändare. Bolagen har inte åberopat någon bevisning.

DOMSKÄL

Genom EG-direktivet 2002/58 som nu har genomförts i svensk lag är det fr.o.m. den 1 april 2004 (SFS 2004:103) förbjudet att sända reklam med e-post och SMS till konsumenter som inte gett sitt samtycke på förhand. Det är alltså även i fortsättningen tillåtet att skicka reklam via e-post och SMS under vissa förutsättningar, nämligen om konsumenten gett sitt samtycke därtill på förhand, eller vid en befintlig kundrelation, då kunden inte motsatt sig detta. Den i målet påtalade marknadsföringen har förvisso skett i tiden före införandet av den nya bestämmelsen, men marknadsföringslagens krav på reklamidentifiering och tydlig sändarangivelse gäller, enligt Marknadsdomstolens uppfattning, även i fortsättningen sådan enligt ovan tillåten reklam via e-post och SMS.

I målet är utrett att Bolagen skickat ifrågavarande meddelanden på sätt och med innehåll som gjorts gällande. I enlighet med Marknadsdomstolens praxis finns det inget hinder mot att lagligheten av ett påtalat förfarande prövas även om detta upphört.

Enligt 5 § marknadsföringslagen (1995:450), MFL, skall all marknadsföring utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Det skall också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Reklam som inte uppfyller kravet på reklamidentifiering, eller saknar tydlig sändarangivelse, skall anses vara otillbörlig (Jfr. bl.a. MD 1991:2 och 1999:24).

Bestämmelsen i 5 § MFL har till syfte att säkerställa att reklamförsändelser lätt skall kunna särskiljas från försändelser med annan information. I tidigare avgöranden har Marknadsdomstolen slagit fast att konsumenten skall ha möjlighet att med ett minimum av ansträngning kunna avvisa meddelanden som han eller hon inte vill ta del av för att kravet på reklamidentifikation skall vara uppfyllt. När det gäller direktreklam innebär detta att det redan av ytterkuvertet klart bör framgå att försändelsen innehåller reklammaterial (MD 1991:2, 1999:24 och 2002:4).

Uppgiften om vem som svarar för marknadsföringen skall vara utformad så att mottagaren lätt kan identifiera avsändaren. Enligt Marknadsdomstolens praxis krävs inte, när det gäller direktreklam, att avsändaren anges redan på ytterkuvertet utan det är tillräckligt att innehållet tydligt visar från vem reklambudskapet kommer (MD 1983:16 och 1999:24).

Den påtalade marknadsföringen

Reklamidentifiering och avsändarangivelse

Den i målet aktuella marknadsföringen skiljer sig i vissa avseenden från den som tidigare varit fråga för bedömning i Marknadsdomstolen eftersom ifrågavarande marknadsföring skickats med e-post respektive SMS istället för med vanlig post. Det faller sig dock naturligt att jämställa en försändelses ytterkuvert med en rubrikrad till ett e-postmeddelande eller en avsändarrad vid ett SMS-meddelande. Detta eftersom det är vad konsumenten ser först, innan denne öppnar själva meddelandet. Av de i målet aktuella meddelandena framgår inte av rubrikraden (vid e-post) eller avsändarraden (vid SMS) att det rör sig om marknadsföring. Ej heller framgår där tydligt vem som är avsändare. Det får istället mottagaren redan på, om ens då, först vid en genomläsning av själva meddelandet.

Dessa oklarheter medför enligt Marknadsdomstolens mening att kraven på tydlig reklamidentifiering och sändarangivelse inte är uppfyllda varför marknadsföringen i dessa avseenden är otillbörlig.

Prisinformation

Enligt 5 § prisinformationslagen (1991:601) skall priset för varor och tjänster anges korrekt och tydligt. Av 14 § samma lag följer att MFL är tillämplig om en näringsidkare inte lämnar uppgift om pris enligt lagen. Enligt 4 § andra stycket MFL skall också näringsidkaren vid marknadsföringen lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsument-synpunkt. I de aktuella e-post- och SMS-meddelandena anges visserligen ”*Avreg:stop 12kr/sms*”, ”*12 kr/sms skickat*” och liknande. Denna information lämnas först i den senare delen av meddelandet, varför man i princip måste läsa igenom hela meddelandet för att få del av informationen. Dessutom framgår det inte tydligt vad det är som kostar 12 kr. Mottagaren kan tolka påståendet på olika sätt, t.ex. som att det kostar 12 kr att avregistrera sig. Priset för tjänsten är därför inte korrekt eller tydligt angivet. Marknadsföringen är således otillbörlig även i denna del.

Rättskraft

Enligt 21 § MFL gäller ett förbuds föreläggande som utfärdats av KO, och godkänts av näringsidkaren, som en lagakraftvunnen dom.

KO:s förbuds föreläggande av den 23 augusti 2002 har vunnit laga kraft. Den del av marknadsföringen som redan prövats av KO får därför inte prövas på nytt. KO:s förbuds föreläggande avser – såvitt nu är i fråga – 3 Call:s marknadsföring via SMS utan reklamidentifikation och tydlig sändarangivelse. Till den del KO:s yrkande i föreliggande mål avser detta skall yrkandet därför avvisas. Marknadsdomstolen erinrar i samband härmed om att KO:s förbuds föreläggande alltjämt gäller.

Vite

Enligt 19 § MFL skall ett förbud förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Sådana särskilda skäl föreligger inte. Förbudet skall därför förenas med vite.

Rättegångskostnader

Parterna är ense om att vardera part skall stå sin rättegångskostnad.

På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Ingegerd Westlander, Jan G Petersson, Jonas Häckner, Marianne Reuterskiöld, Anders Stenlund och Barbro Wickman-Parak. Enhälligt.

Sekreterare: Louise W Conradi