

Agva Kraft AS
Strandveien 33
1366 Lysaker

Dokumentet blir sendt pr. e-post og pr. post.

Deres ref.

Vår ref.

Dato:

Sak nr: 21/9252-10

07.12.2021

Saksbehandler: Jens Kristian Refsahl

Varsel om forbudsvedtak med tvangsmulkt og varsel om overtredelsesgebyr - villedende markedsføring

1 Innledning

Forbrukertilsynet varsler med dette om at vi vil fatte forbudsvedtak mot **Agva Kraft AS** (heretter 'Agva'), org.nr. 914 902 371. Vedtaket varsles med en tvangsmulkt på kr.1.000.000 for hver gang det aktuelle forbudet brytes.

Forbrukertilsynet varsler også om at vi vil fatte vedtak om overtredelsesgebyr på kr. 500.000 mot Agva.

Vedtaket vi varsler har foreløpig følgende utforming:

- 1) Med hjemmel i markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. § 40, forbys Agva Kraft AS å benytte påstander som «Norges billigste fastprisavtaler», «Norges billigste varige

spotprisavtale», eller tilsvarende uttrykk som gir inntrykk av at selskapet har de billigste strømvitalene, i sin markedsføring når det ikke kan dokumenteres tilfredsstillende.

2) Med hjemmel i markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. § 41 fastsettes det at Agva Kraft AS skal betale kr. 1.000.000 i tvangsmult for hver gang selskapet overtrer eller medvirker til overtredelse av forbudet i punkt 1.

3) Med hjemmel i markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. § 42 ilegges Agva Kraft AS et overtredelsesgebyr på kr. 500.000 for brudd på markedsføringsloven § 6, jf. § 7 første ledd bokstav d.

2 Sakens bakgrunn

Forbrukertilsynet viser til tidligere korrespondanse i saken. Ved tilnærmet likelydende brev av 16.04.2021 fremholdt Forbrukertilsynet ovenfor 5 strømselskaper, herunder Agva, at bruk av billigspåstander reiser særlige spørsmål etter markedsføringslovens regler.

Bilag 1: Forbrukertilsynets brev av 16.04.2021

I nevnte brev redegjorde Forbrukertilsynet generelt for rettstilstanden hva gjelder bruk av billigspåstander i markedsføring, og følgende standpunkt ble uttrykt vedrørende bruk av billigspåstander i strømmarkedet spesielt:

«Det er Forbrukertilsynets oppfatning at denne typen av billigspåstander er spesielt problematisk i et marked som strømmarkedet, hvor pris er den viktigste faktoren for gjennomsnittsforbrukeren, og hvor markedet preges av volatilitet og tidvis store innhugg i forbrukernes privatøkonomi. Forbrukertilsynet ønsker også å poengtere at strømmarkedet er preget av en rekke korttidstilbud, lokale og regionale forskjeller i markedssituasjonen, samt tidvis negative påslag fra enkelte aktører. Disse forholdene tatt i betraktning medfører at Forbrukertilsynet generelt innehar en viss skepsis til bruken av billigspåstander i strømmarkedet. Denne skepsisen styrkes for øvrig av det faktum at flere strømselskaper, som opererer i samme marked, markedsfører seg om «billigst» i generelle ordelag. Det fremstår på nåværende tidspunkt som uklart for tilsynet hvordan dette kan være rettmessig.»

Brevene ble avsluttet med at tilsynet etterspurte fremleggelse av forundersøkelser og dokumentasjon som underlag for selskapenes bruk av billigspåstander. Dersom dokumentasjonskravet ikke kunne imøtekommes ba vi om at markedsføringen ble fjernet. I avslutningen ble det understreket at de aktuelle selskapene «*heller ikke i fremtiden kan benytte denne typen billigspåstander uten at tilfredsstillende dokumentasjon ligger til grunn.*»

På daværende tidspunkt innrettet samtlige av selskapene seg ved å fjerne aktuell markedsføring. I brev til Forbrukertilsynet av 06.05.2021 svarte Agva at:

«Agva Kraft har brukt billigspåstander med bakgrunn i at det aktuelle produktet har ligget øverst på strømpris.no. Siden det er pliktig å melde inn strømvitalene som markedsføres på denne siden har vi ansett plasseringen som dokumentasjon for nevnte markedsføring.

Hyppigheten som på nytt har tiltatt i prisendringer på strømpris.no har imidlertid gjort at vi har avsluttet denne begrepsbruken.»

Bilag 2: Agvas svarbrev av 06.05.2021

Basert på den tydelige ordlyden i Forbrukertilsynets brev av 16.04.2021, sammenholdt med Agvas tilsva om at selskapet hadde «*avsluttet denne begrepsbruken*», la Forbrukertilsynet til grunn at selskapet ikke lenger kom til å benytte seg av billigspåstander i markedsføring. Videre forutsatte tilsynet at selskapet i fremtiden ville gjøre grundige forundersøkelser og dokumentasjonssikring i forkant av liknende markedsføringsbudskap.

Etter saksgangen som beskrevet ovenfor sendte Forbrukertilsynet et avslutningsbrev til Agva, datert 10.05.2021, hvor det igjen ble understreket følgende:

«Forbrukertilsynet forstår denne uttalelsen som at selskapet ikke lenger benytter seg av billigspåstander i sin markedsføring. Etter deres tilbakemelding i saken forutsetter tilsynet videre at Agva Kraft har gode rutiner for å forhindre at liknende begrepsbruk blir benyttet i markedsføring, uten tilfredsstillende dokumentasjon for dette, også i fremtiden.»

Bilag 3: Forbrukertilsynets avslutningsbrev av 10.05.2021

Forbrukertilsynet oppdaget deretter ved egne undersøkelser innholdsmarkedsføring på Dagbladets nettsider hvor Agva fremsatte flere billigspåstander, slik som:

«Bytt enkelt til Agva Fast 1 mnd, Agva Fast 2 mnd eller Agva Fast 3 mnd her – Norges billigste fastprisavtaler»

«Hvis du heller ønsker å gå for en spotavtale fremover, har Agva Kraft også landets billigste varige avtale på 12 måneder eller mer»

«Bytt enkelt til Agva Spot 12 (Norges billigste varige spotavtale)»

Bilag 4: Agvas artikkel fra Dagbladet, dokumentert 24.08.2021

I tillegg har Forbrukertilsynet merket seg at Agva denne høsten også benytter seg av billigspåstander i overskrifter for Google-søketreff. Dette er samme problemstilling som Forbrukertilsynet tok opp ved brev av 16.04.2021 (**bilag 1**). Denne markedsføringen synes å være pågående.

Bilag 5: Google-søketreff, dokumentert 30.11.2021

3 Sakens rettslige sider

3.1 Villedende bruk av billigspåstander – mfl. §§ 6 jf. 7 første ledd bokstav d

Markedsføringsloven (mfl.) § 6 første ledd forbyr urimelig handelspraksis. Det følger av bestemmelsens fjerde ledd at en handelspraksis alltid er urimelig dersom den er villedende og i strid med mfl. § 7.

Etter mfl. § 7 første ledd vil en handelspraksis anses som villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger og dermed er usannferdig eller på annen måte er egnet til å villedde forbrukerne med hensyn til *«prisen på ytelsen eller hvordan prisen beregnes, eller eksistensen av en prisfordel»*, jf. bokstav d. En påstand om at en næringsdrivendes vare

eller tjeneste er billigst i markedet anses som et markedsføringsbudskap vedrørende «eksistensen av en prisfordel», og må følgelig ikke være «egnet til å villede forbrukerne».

Markedsføringsloven § 3 andre ledd lovfester markedsføringsrettens dokumentasjonskrav, og fremholder at alle påstander om faktiske forhold som benyttes i markedsføring må kunne dokumenteres, og at slik dokumentasjon skal foreligge «på annonsørens hånd når markedsføringen skjer». Dokumentasjon på at påstanden er riktig må fremlegges når Forbrukertilsynet krever det, jf. mfl. § 34.

Når det gjelder billigspåstander i markedsføring, følger det av Markedsrådets praksis at slike påstander ikke kan benyttes uten at det har vært foretatt en konkret undersøkelse i forkant som bekrefter at påstanden er riktig, jf. blant annet MR-1996-11 (IKEA) og MR-1996-23 (Osterhausgatens Farvehandel). Videre at hver enkelt ytelse som markedsføres til enhver tid «er rimeligere enn samtlige sammenlignbare ytelser», jf. MR-1996-23 (Osterhausgatens Farvehandel), MR-2004-4 (Lefdal II) og MR-2019-832 (Power).

Kravene til forundersøkelser og dokumentasjon som er forklart ovenfor er blant annet forankret i følgende uttalelser fra Markedsrådet i MR-1996-23 (Osterhausgatens Farvehandel):

«Hvis det fremsettes en generell billigst påstand, må det dokumenteres at hvert enkelt produkt til enhver tid er rimeligere enn sammenlignbare produkter»

(...)

«Bruk av billigspåstand krever jevnlig undersøkelser og dokumentasjon for at de produktene påstanden omfatter faktisk er billigst i markedet».

Videre fremkommer følgende i MR-2004-4 (Lefdal II):

«Markedsrådet har i flere tidligere avgjørelser lagt til grunn en dokumentasjonsplikt for best pris/rimeligspåstander. I Markedsrådets sak nr. 23/96 (MR-1996-23), Osterhausgatens Farvehandel AS - Forbrukerombudet, viste Markedsrådet til at ifølge forarbeidene og Markedsrådets praksis må en påstand om å være billigst kunne dokumenteres, samt at når en generell billigspåstand fremsettes, må det dokumenteres at hvert enkelt produkt til enhver tid er rimeligere enn sammenlignbare produkter».

I tillegg fremkommer følgende i MR-2019-832 (Power):

«Etter Markedsrådets vurdering kan Power ikke høres med at påstanden «billigst» også er dekkende selv om det er mulig å oppnå den samme pris hos andre konkurrenter, så lenge det ikke oppnås en lavere pris».

I alle de nevnte avgjørelsene fra Markedsrådet, samt blant annet MR-2008-787 (Ryanair) og MR-2008-791 (Bauhaus), fremkommer det at virkningen av at kravet til forundersøkelser og dokumentasjon ikke tilfredsstilles er at markedsføringen anses som *«egnet til å villedde forbrukerne»* med hensyn til *«eksistensen av en prisfordel»* jf. mfl. § 7 første ledd bokstav d og følgelig er en *«urimelig handelspraksis»* som er forbudt etter mfl. § 6 første ledd.

Vilkåret som følger av mfl. § 7 andre ledd om at den aktuelle handelspraksisen også må være *«egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet»* vil som hovedregel anses oppfylt ved villedende prismarkedsføring, jf. MR-2013-598 (ITS).

3.2 Forbrukertilsynets vurdering

Det er et grunnleggende premiss for vurderingen at påstander og budskap i markedsføringen skal vurderes ut fra hvordan det *«er egnet til å bli forstått av en vanlig forbruker»*, jf. Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 4.4.3.3.

Den vedlagte artikkelen (**bilag 4**) er en betalt artikkel fra Agva - såkalt innholdsmarkedsføring. Innholdet i artikkelen omhandler Agvas fastprisavtaler primært, men også en av selskapets spotprisavtaler. Artikkelen er publisert i forbindelse med de høye strømprisene i Sør- og Øst-Norge tidlig høsten 2021. I artikkelen fremsetter Agva flere tilsynelatende udokumenterte påstander om at deres strømvavtaler er billigst, slik som:

«Bytt enkelt til Agva Fast 1 mnd, Agva Fast 2 mnd eller Agva Fast 3 mnd her – Norges billigste fastprisavtaler»

«Hvis du heller ønsker å gå for en spotavtale fremover, har Agva Kraft også landets billigste varige avtale på 12 måneder eller mer»

«Bytt enkelt til Agva Spot 12 (Norges billigste varige spotavtale)»

De overnevnte sitatenes ordlyd er klar. Førstnevnte sitat fremholder at Agva Fast 1 mnd, Agva Fast 2 mnd og Agva Fast 3 mnd er «Norges billigste fastprisavtaler». Dette må forstås som at de tre omtalte fastprisavtalene er de tre billigste fastprisavtalene i Norge, for alle landets strømforbrukere, uavhengig av bosted og strømforbruk. Når en billigspåstand fremsettes i slike generelle ordelag må det også forutsettes at de aktuelle avtalene er de billigste for strømforbrukerne over en viss tid – spesielt sett i sammenheng med at en av de viktigste motivasjonene for forbrukere til å inngå slike fastprisavtaler er langsiktig forutsigbarhet med tanke på sin strømrregning. Slike forutsetninger som gjennomsnittsfbrukeren vil forventes å innfortolke i markedsføringen må også følge dokumentasjonskravet.

Både det andre og det tredje sitatet fremholder at Agva Kraft har «landets billigste varige avtale på 12 måneder eller mer» og «Norges billigste varige spotavtale». Dette er påstander om at de omtalte strømvtalene er billigst, og som er fremsatt i generelle ordelag. Det er vanskelig å tenke seg at en gjennomsnittsfbruker vil forstå forbeholdet om at spotavtalen er billigst som «varige avtale på 12 måneder eller mer» og «varige spotavtale». Det er uansett klart etter Forbrukertilsynets syn, at en gjennomsnittsfbruker vil forstå de aktuelle påstandene som at Agvas avtaler er de billigste i markedet for alle landets forbrukere, uavhengig av bosted, strømforbruk, forbruksmønster eller øvrige relevante forhold.

Etter Forbrukertilsynets vurdering er det ikke tvilsomt at de overnevnte sitatene fra artikkelen er å regne som billigspåstander som utløser markedsføringsrettens krav til forundersøkelser og dokumentasjon. Ordlyden i hver av de tre sitatene ovenfor er «*påstander i markedsføring om faktiske forhold*», og følgelig omfattet av mfl. § 3 andre ledd.

Kravene til forundersøkelse og dokumentasjon for påstander om faktiske forhold kan, som redegjort for ovenfor, oppsummeres ved at den næringsdrivende må ha foretatt en konkret undersøkelse i forkant som bekrefter at påstanden er riktig, jf. blant annet MR-1996-11 (IKEA) og MR-1996-23 (Osterhausgatens Farvehandel). Videre må det kunne dokumenteres at hver enkelt ytelse til enhver tid under markedsføringens varighet er rimeligere enn øvrige sammenlignbare ytelser, jf. MR-1996-23 (Osterhausgatens Farvehandel) og MR-2004-4 (Lefdal II).

Ved e-post av 05.10.2021 orienterte vi Agva om at det ble utført kartleggingsarbeid i tilsynet vedrørende den aktuelle markedsføringen som følge av at selskapet benyttet billigspåstander.

Bilag 6: E-post fra Forbrukertilsynet til Agva av 05.10.2021

Agva besvarte Forbrukertilsynets orientering ved e-post av 07.10.2021, og fremholdt blant annet følgende:

«Som vi skrev i brev av 06.05.2021 oppfatter vi det som at avtaler som til enhver tid er å finne på toppen i den offentlige prisportalen er å regne som billigst. På tidspunktet for vårt svar i mai var det mye bevegelse i toppen og vi valgte, som vi da skrev, å midlertidig unngå denne begrepsbruken.

I annonsering i Aller har vi i august og september tillatt bruk av uttrykket billigst fordi den kommersielle avdelingen i Aller har gode rutiner for å daglig oppdatere priser og kontrollere at påstanden stemmer, samt at situasjonen på strømpris.no har vært mer stabil i denne perioden. Videre forklares det godt i den kommersielle teksten at Strømpris.no er kilde.

På bakgrunn av dette mener vi at vi kan stå inne for begrepsbruken «billigst» slik det har vært brukt i Allers annonser i denne perioden»

Bilag 7: E-post fra Agva til Forbrukertilsynet av 07.10.2021

Forbrukertilsynet registrerer selskapets tilbakemelding, men er av den oppfatning at en enkelt avsjekk med Forbrukerrådets strømprisportal ikke er tilstrekkelig forundersøkelse og dokumentasjon for å fremsette billigspåstander i markedsføringen. Dette følger som en konsekvens av at strømmarkedets prisstrukturer er utformet på en slik måte at det vil være ulikheter mellom forbrukere vedrørende hvilken strømkontrakt som er billigst for den enkelte. Det er tale om et marked hvor tilbudet av kontrakter er svært omfattende, preget av en rekke korttidstilbud, ulike vektinger mellom fastledd og påslag, store lokale og regionale prisforskjeller, tidvis negative påslag fra enkelte aktører, en rekke ulike «kundefordelstilbud» som følge av medlemskap i foreninger, organisasjoner, idrettslag og annet. En

markedssituasjon som dette medfører nødvendigvis at den avtalen som fremkommer øverst på strømprisportalen for en forbruker, basert på vedkommendes bosted og strømforbruk, ikke nødvendigvis fremkommer øverst for andre forbrukere, basert på deres bosted og strømforbruk. Dette grunnleggende poenget, sammenholdt med at en rekke forbrukere har gunstige strømvavtaler gjennom ulike «kundefordelstilbud» - som ikke vil gjenspeiles på strømprisportalen, medfører at en slik avsjekk med strømprisportalen som selskapet bygger sin dokumentasjon på, ikke er tilstrekkelig for å underbygge generelle billigspåstander.

At det er sentralt å se hen til markedssituasjonen ved vurderingen av hvilke forundersøkelser som kreves av den næringsdrivende, er også lagt til grunn av Markedsrådet i MR-2019-832 (Power). Markedsrådet vektla at markedsføringsbudskapet var fremsatt i et marked «*med sterk konkurranse og raskt fallende priser*». Dette aspektet medførte at Markedsrådet stilte strenge krav til den næringsdrivendes dokumentasjon.

Hva gjelder Agvas innsigelse om at bruken av billigspåstandene er tillatt «*fordi den kommersielle avdelingen i Aller har gode rutiner for å daglig oppdatere priser og kontrollere at påstanden stemmer*», ønsker Forbrukertilsynet å understreke at mfl. § 3 andre ledd fastslår at «*[d]okumentasjonen skal foreligge på annonsørens hånd når markedsføringen skjer*». Annonsøren er i dette tilfellet Agva, og ansvaret for at dokumentasjonskravet oppfylles tilfaller derfor selskapet.

Angående Agvas innsigelse om at billigspåstandene er tilstrekkelig godt dokumentert ved at det «*forklares [...] godt i den kommersielle teksten at Strømpris.no er kilde*», så viser Forbrukertilsynet til våre synspunkter ovenfor angående bruk av denne portalen som eneste kilde for påstandene. For øvrig bemerker tilsynet at strømprisportalen omtales én gang i den kommersielle teksten, og da uten at det informeres om høyst relevante forhold for dokumentasjonen slik som tidspunkt, bosted og strømforbruk. Den ene gangen strømprisportalen er omtalt i markedsføringen, er i forbindelse med de markedsførte fastprisavtalene. Hverken strømprisportalen eller andre kilder for dokumentasjon blir presentert i forbindelse med spotprisavtalen som ved flere anledninger i markedsføringen påstås å være billigst.

Tilsvarende argumentasjon gjør seg for øvrig også gjeldende for den billigspåstanden som selskapet fremsetter i Google-søketreff (**bilag 5**).

Forbrukertilsynet er følgelig av den oppfatning at de forelagte opplysningene om hvilke forundersøkelser som er utført, og hvilken dokumentasjon som ligger til grunn for påstandene i markedsføringen, ikke oppfyller markedsføringsrettens dokumentasjonskrav.

3.3 Konklusjon

Forbrukertilsynet konkluderer med at de aktuelle billigspåstandene er egnet til å villedde forbrukerne med hensyn til «*eksistensen av en prisfordel*», jf. mfl. § 7 første ledd bokstav d, da de er fremsatt uten at kravene til forundersøkelser og dokumentasjon er innfridd, jf. mfl. § 3 andre ledd. Markedsføringen utgjør dermed en urimelig handelspraksis i strid med mfl. § 6 fjerde ledd, jf. første ledd.

4. Forbudsvedtak med tvangsmulkt

4.1 Vilkår for å fatte vedtak med tvangsmulkt

Dersom Forbrukertilsynet finner at en handling er i strid med markedsføringsloven, slik vi har redegjort for over, kan vi fatte vedtak, jf. mfl. § 36 andre ledd.

Etter mfl. § 40 kan Forbrukertilsynet nedlegge forbud og gi påbud for å sikre at bestemmelser som nevnt i mfl. § 35 første ledd overholdes, dersom inngrep tilsies av hensynet til forbrukerne jf. § 39 første ledd og § 35 andre ledd. Det er også adgang til å fatte vedtak mot personer eller virksomheter som har medvirket til overtredelsen, jf. mfl. § 39 tredje ledd.

Hensynet til forbrukerne gjør seg sterkt gjeldende i denne saken. Strøm er et nødvendighetsgode og representerer et betydelig og uunngåelig innhugg i forbrukernes privatøkonomi. Som følge av disse forholdene er det viktig at aktørene i strømmarkedet markedsfører sine vilkår og priser på en redelig og pålitelig måte, slik at den enkelte forbruker kan ta en informert og veloverveid beslutning ved inngåelse av sin strømkontrakt.

Som redegjort for ovenfor har Forbrukertilsynet vært i dialog med Agva vedrørende bruk av billigspåstander i strømbransjen. Det faktum at Agva var innforstått med at slike billigspåstander fordrer strenge krav til forundersøkelser og dokumentasjon for ikke å være villedende markedsføring, men likevel har benyttet slike påstander, viser at det er en reell risiko for at selskapet vil fremsette lovstridig prismarkedsføring også i fremtiden. I tillegg

synes billigstpåstanden som fremsettes gjennom Google-søketreff (**bilag 5**) å være pågående.

Forbrukertilsynet finner etter dette at inngrep tilsies av hensynet til forbrukerne, jf. mfl. § 39 første ledd og § 35 andre ledd.

For å sikre at forbuds- og påbudsvedtak etter markedsføringsloven blir overholdt, skal det som hovedregel fastsettes en tvangsmulkt som den som vedtaket retter seg mot skal betale dersom vedkommende overtrer vedtaket, jf. mfl. § 41 første ledd. Hvis forbudsvedtaket ikke overtres, oppstår heller ingen betalingsplikt.

Tvangsmulkten kan fastsettes som en løpende mulkt eller som et engangsbeløp, jf. mfl. § 41 andre ledd. Tvangsmulkten kan også settes til et beløp per overtredelse, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 213, og forvaltningsloven § 51 andre ledd første punktum: «*Tvangsmulkten kan fastsettes som en løpende mulkt eller som et beløp som forfaller ved hver overtredelse.*»

Tvangsmulktens størrelse skal fastsettes etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Det må gjøres en skjønnsmessig vurdering av sakens art og innklagedes økonomiske forhold, jf. Ot.prp. nr. 34 (1994-1995) s. 20-21 og Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 158 og s. 213.

Formålet med tvangsmulkten er at den skal virke som et reelt oppfyllellespress. Ved fastsettelsen av mulkten skal det legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre vedtaket, jf. mfl. § 41 andre ledd. I tillegg skal mulkten fastsettes ut fra den forutsetning at dersom vedtaket respekteres, blir det ikke noe å betale.

Det vil ved fastsettelsen av mulkten være relevant å se hen til den økonomiske fortjenesten den næringsdrivende har oppnådd og den næringsdrivendes økonomiske situasjon.

Forbrukertilsynet finner at vilkårene i mfl. § 39 er oppfylt, og varsler med dette om at vi derfor vil fatte forbudsvedtak med tvangsmulkt mot Agva Kraft AS.

Ut fra opplysningene vi har og vurderingene vi så langt har gjort i denne saken, må det påregnes at Forbrukertilsynet vil fatte vedtak om tvangsmulkt i størrelsesorden kr 1.000.000 for hver gang det aktuelle forbudet ikke overholdes.

Det skisserte beløpet er imidlertid kun et anslag basert på ovennevnte momenter, og Forbrukertilsynet vil kunne opp- eller nedjustere beløpet dersom vi blir kjent med andre forhold som kan ha betydning for utmålingen.

5 Overtredelsesgebyr

5.1 Hjemmel og grunnlag

Dersom Forbrukertilsynet finner at en handling er i strid med markedsføringsloven, kan Forbrukertilsynet fatte vedtak, jf. mfl. § 36 andre ledd.

Som det er redegjort for i dette varselet, finner Forbrukertilsynet at Agvas bruk av billigstpåstander ikke bygger på tilstrekkelige forundersøkelser og dokumentasjon, og følgelig er i strid med mfl. § 6 jf. § 7 første ledd bokstav d.

Forbrukertilsynet kan da fatte enkeltvedtak om forbud, påbud, tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr, samt kombinasjoner av disse, dersom inngrep tilsies av hensynet til forbrukerne jf. mfl. § 39 første ledd. Det er også adgang til å fatte vedtak mot personer eller virksomheter som har medvirket til overtredelsen, jf. mfl. § 39 tredje ledd.

Som redegjort for under punkt 4 er Forbrukertilsynet av den oppfatning at inngrep tilsies av hensynet til forbrukerne, blant annet som følge av at strøm er et nødvendighetsgode og representerer et betydelig innhugg i forbrukernes privatøkonomi – disse forholdene underbygger at det er svært viktig at strømselskapenes prismarkedsføring er redelig.

Forbrukertilsynet finner at vilkårene i mfl. § 39 er oppfylt, og varsler med dette om at vi derfor vil fatte vedtak om overtredelsesgebyr mot Agva Kraft AS.

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan fattes ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 6 som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatt, jf. mfl. § 42 første ledd.

5.2 Kravet om «vesentlig» overtredelse

Forbrukertilsynet er av den oppfatning at både lovbruddets art og omfang taler for at det foreligger en «vesentlig» overtredelse av markedsføringsloven.

Hva gjelder lovbruddets art, så er det tale om bruk av villedende påstander om prisen på tjenesten. Markedsrådet har i en rekke saker, slik som i MR-2019-832 (Power), fremhevet at påvirkningsvilkåret lett vil være oppfylt i tilfeller ved villedende prismarkedsføring. Dette standpunktet ble i nevnte avgjørelse begrunnet på følgende måte:

«fordi forbrukere lett vil kunne la seg påvirke av slik markedsføring til å treffe beslutninger om kjøp, eller andre avgjørelser direkte knyttet til slike beslutninger, som de ellers ikke ville ha foretatt».

Den siterte begrunnelsen henviser direkte til at villedende prismarkedsføring er av en slik art at den er særlig egnet til å påvirke forbrukernes økonomiske beslutninger, og har følgelig overføringsverdi til vesentlighetsvurderingen.

Det er ikke tvilsomt at prismarkedsføring generelt, og påstander om å være billigst i et gitt marked spesielt, representerer sterke kjøpsinsentiver for forbrukere. Særlig gjelder dette for strømmarkedet, hvor forbrukerne er særlig opptatt av prisen for tjenesten, siden produktet som selskapene formidler er generisk og uten kvalitative forskjeller.

Forbrukertilsynet ser alvorlig på at en næringsdrivende benytter udokumenterte billigspåstander, og dermed urettmessig kan oppnå større kundemasse, særlig i et marked med uvanlig høye strømpriser. Dette er en utnyttelse av forbrukernes sårbare situasjon, hvor strøm er et nødvendighetsgode forbrukerne er avhengige av, og hvor den næringsdrivende er fullt klar over at forbrukerne jakter strømselskapene som kan gi de beste besparelsene.

Forbrukertilsynet viser for øvrig til opplysningene i **bilag 8** vedrørende markedsføringens omfang. Opplysningene viser at artikkelen frekventerte på forsiden av Dagbladets nettsider i ■■■ dager, og hadde ■■■ sidevisninger. Denne informasjonen dokumenterer at markedsføringen nådde ut til et svært betydelig antall forbrukere. Informasjonen fremholder også at ■■■ klikk ble sendt videre til Agvas hjemmesider – dette indikerer med stor grad av sannsynlighet at Agva økte sin kundemasse ved bruk av markedsføringen.

Bilag 8: Opplysninger fra Aller Media angående innholdsmarkedsføringens omfang og varighet, av 06.10.2021

Markedsrådet har i flere avgjørelser, som MR-2013-207 (Norsk Tipping), MR-2014-439 (Enco Notodden) og MR-2014-701 (Haugesund Dialog), lagt betydelig vekt på det faktum at markedsføringen har nådd ut til et stort antall forbrukere som et moment i vesentlighetsvurderingen.

Etter dette er Forbrukertilsynet kommet til at det er tale om en «*vesentlig*» overtredelse av markedsføringsloven § 6 jf. § 7 første ledd bokstav d.

5.3 Kravet om «*forsettlig eller uaktsom overtredelse*»

Forbrukertilsynet mener også at selskapet har opptrådt *forsettlig* ved overtredelsen.

Forsett og uaktsomhet er juridiske grunnprinsipper, og er blant annet nedfelt i straffeloven. Denne kommer ikke direkte til anvendelse, men den fungerer likevel som et hensiktsmessig utgangspunkt for de materielle kravene til skyldformene.

Forsett er i straffeloven § 22 første ledd definert som en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen og som er begått enten ved hensikt, med viten om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen eller ved at subjektet holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.

Forbrukertilsynet er av den oppfatning at Agva, både *forut for* og *på* markedsføringstidspunktet, var innforstått med at handlingen mest sannsynlig ville anses som villedende, men likevel valgte selskapet å publisere markedsføringen. Det vises til dialogen Forbrukertilsynet har hatt med selskapet om samme type markedsføring, og at tilsynet da gjorde det klart at bruken av slike påstander må baseres på betydelige forundersøkelser og dokumentasjon for ikke å være villedende. Det er i korrespondanse med selskapet vist til relevante avgjørelser fra Markedsrådet, slik at selskapet hadde anledning til å skaffe seg nærmere kunnskap om at bruk av slike påstander fordrer betydelige forundersøkelser. Kravet til forsettlig opptreden er etter dette oppfylt.

I alle tilfeller vurderer Forbrukertilsynet overtredelsene av mfl. § 6 jf. § 7 første ledd bokstav d, som grovt uaktsomme.

Det følger av straffeloven § 23 at «den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom». Uaktsomheten er å anse som grov «dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse».

Hvorvidt det foreligger avvik fra forsvarlig opptreden, beror på hvilket aktsomhetskrav som stilles. Det følger av tidligere praksis fra Markedsrådet, for eksempel MR-2011-865 (Living), at et grunnleggende krav er at den næringsdrivende må forventes å innrette næringsvirksomheten slik at denne drives i samsvar med gjeldende lover og forskrifter innenfor det aktuelle forretningsområdet. Det er på det rene at det påhviler den næringsdrivende å initiere og iverksette de nødvendige tiltak og kvalitetssikringsrutiner som er nødvendige for å overholde aktuelle regler for deres daglige drift og herunder markedsføring.

Det faktum at saken omhandler brudd på helt sentrale regler for markedsføring underbygger med styrke at selskapet måtte forventes å være klar over disse, og innrette sin handelspraksis etter reglene.

Forbrukertilsynet legger, på bakgrunn av ovennevnte forhold, til grunn at selskapet har opptrådt forsettlig, og i alle tilfeller grovt uaktsomt, og dermed at skyldkravet i mfl. § 42 er oppfylt.

5.4 Utmåling

Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger, jf. mfl. § 42 andre ledd. Av forarbeidene til markedsføringsloven (Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214) fremgår det at det er et overordnet prinsipp at gebyret bør settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å bryte loven. Ved utmålingen vil det i tillegg være relevant å se hen til den innklagedes økonomiske situasjon og en eventuell økonomisk fortjeneste som er oppnådd ved lovbruddet, jf. også forvaltningsloven § 44 tredje ledd jf. § 46 andre ledd. Har dere øvrig informasjon som kan si noe om den økonomiske stillingen til firmaet ut over det som er offentlig tilgjengelig fra Brønnøysundregistrene, oppfordrer vi dere til å sende en kopi av dette til Forbrukertilsynet.

Saken gjelder, som redegjort for over, et vesentlig brudd på kravet om at billigstpåstander skal dokumenteres tilstrekkelig. Overtredelsen er etter Forbrukertilsynets vurdering utført forsettlig, og i alle tilfeller anses overtredelsen som grovt uaktsom. Et betydelig antall forbrukere ble eksponert for den lovstridige markedsføringen, og det antas at en rekke forbrukere inngikk avtaler på bakgrunn av dette. Dette har i så fall bidratt til å øke Agvas kundemasse og selskapets potensiale for økonomisk vinning.

Det må derfor påregnes at det vil fattes et vedtak om overtredelsesgebyr i størrelsesorden kr. 500.000. Dette er kun et anslag basert på ovennevnte momenter, og Forbrukertilsynet vil kunne opp- eller nedjustere beløpet dersom vi blir kjent med andre forhold som kan ha betydning for utmålingen.

6. Varsel om vedtak overfor medvirker

Til orientering har vi samtidig med dette brevet sendt varsel om vedtak om overtredelsesgebyr til selskapets daglige leder Finn Erik Gaarder Arctander for medvirkning til lovbrudd.

7. Frist for fremleggelse av dokumentasjon eller kommentarer til varselet

Det varslede overtredelsesgebyret er en sanksjon som vurderes ilagt for *allerede begåtte lovbrudd*, jf. innholdsmarkedsføringen dokumentert i **bilag 4**.

Det varslede forbudsvedtaket med tvangsmulkt innebærer at *pågående markedsføring* i strid med vedtakets punkt 1 må stanses for at ikke tvangsmulkten skal utløses, jf. markedsføringen dokumentert i Google-søketreff i **bilag 5**. Det varslede forbudsvedtaket med tvangsmulkt innebærer samtidig at tvangsmulkten vil utløses dersom selskapet *i fremtiden* benytter et markedsføringstiltak i strid med vedtakets punkt 1.

Vi gjør dere oppmerksom på at dere på dette stadiet i saken har rett til å nekte å forklare dere eller utlevere dokumenter dersom svaret eller utleveringen vil kunne utsette dere for overtredelsesgebyr eller straff, jf. forvaltningsloven § 48 (taushetsrett).

Dersom dere har ytterligere informasjon i saken eller kommentarer til varselet ber vi om at dette **sendes snarest og senest innen 14.01.2022**. Eventuell dokumentasjon for de

fremsatte påstandene i saken, og som oppfyller markedsføringsrettens krav til forundersøkelse og dokumentasjon for billigspåstander, bes oversendes senest innen samme dato.

Svar i saken kan sendes til ba@forbrukertilsynet.no, merket saksnummer 21/9252.

Bente Øverli (e.f)
avdelingsdirektør

Christoffer Bjørnum
seksjonssjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen håndskrevet signatur