

NordlysEnergi AS
PB 5828 Majorstuen
0308 Oslo

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

Deres ref.

Vår ref.

Dato:

Sak nr: 21/7008-16

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 med tvangsmulkt på kr. 1.000.000 mot **NordlysEnergi AS** (heretter 'Nordlys'), org.nr. 919 432 942.

Forbrukertilsynet varsler også om at vi vil fatte vedtak om overtredelsesgebyr på kr 400.000 mot Nordlys.

Vedtaket vi varsler har foreløpig følgende utforming:

- 1) Med hjemmel i markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. § 40, forbys NordlysEnergi AS å benytte påstander som «*Billigere enn Tibber, Fjordkraft, Hafslund Strøm og alle andre*», «*Billigste spotprisavtale*» eller tilsvarende uttrykk som gir inntrykk av at

selskapet har den billigste strømvartalen, i sin markedsføring når dette ikke kan dokumenteres tilfredsstillende.

2) Med hjemmel i markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. § 41 fastsettes det at NordlysEnergi AS skal betale kr. 1.000.000 i tvangsmulkt 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 NordlysEnergi AS et overtredelsesgebyr på kr. 400.000 for brudd på markedsføringsloven § 6, jf. § 7 første ledd bokstav d.

2. Sakens bakgrunn

Forbrukertilsynet viser til tidligere korrespondanse i saken.

Forbrukertilsynet har ved to anledninger, henholdsvis ved brev av 05.03.21 og 20.04.21, problematisert det faktum at Nordlys benytter seg av billigstpåstander i markedsføringen av sin spotprisavtale «*Winter is coming*». Nordlys har ved to anledninger, henholdsvis ved brev av 21.03.21 og 06.05.21, hatt anledning til å dokumentere billigstpåstandene eller fremme sine innvendinger til tilsynets juridiske vurderinger.

Ved brev av 05.03.21 fremholdt Forbrukertilsynet følgende synspunkt:

«Utsagn som «billigst», «rimeligst», «lavest pris» og tilsvarende uttrykk som oppfattes som en påstand om å være billigere enn konkurrentene i markedet, anses å formidle «eksistensen av en prisfordel». Benyttes slike påstander må det på forhånd være foretatt en undersøkelse som bekrefter at påstanden er riktig og dokumentasjonen må kunne fremlegges når Forbrukertilsynet krever det. Når det fremsettes en billigstpåstand må det videre kunne dokumenteres at hver enkelt ytelse som påstanden omfatter til enhver tid er rimeligere enn hos konkurrentene i markedet. Det er ikke tilstrekkelig at ytelsene er like billige som de billigste i markedet – prisene må være lavere enn alle øvrige tilbydere som omfattes av påstanden. Se nærmere punkt 4.1 i Forbrukertilsynets prisveiledning: <https://www.forbrukertilsynet.no/lov-og-rett/veiledninger-og-retningslinjer/forbrukertilsynetsveiledning-om-prismarkedsforing>.

Forbrukertilsynet antar at disse kravene normalt vil være vanskelige å overholde i et konkurransepreget marked som strømgransjen, som kjennetegnes av mange ulike avtaler og hyppige prisendringer.»

Bilag 1: Forbrukertilsynets brev av 05.03.21

Nordlys besvarte Forbrukertilsynets brev den 21.03.21. Selskapets tilbakemelding på tilsynets forespørsel om dokumentasjon for billigstpåstandene var følgende:

«NordlysEnergi avviser påstand om at WIC 1 ikke er billigste spotprisavtale. (Spesielt når ingen konkurrenter har reagert, eller sendt varsel om at dette skal rettet. Nettopp fordi de selv vet at dette er den billigste varige spotprisavtalen) WIC 1 er den billigste varige spotprisavtalen som er allment tilgjengelig for alle. Her må Forbrukertilsynet gjøre en bedre jobb med å vurdere de andre avtalen på markedet som tydelig ikke er allment tilgjengelig og er begrenset med spesifiserte vilkår for at avtalen skal forbli løpende i begrenset periode.»

Bilag 2: Nordlys' brev av 21.03.21

Forbrukertilsynet anså ikke den overnevnte tilbakemeldingen for å oppfylle markedsføringsrettens krav til forundersøkelse og dokumentasjon. På denne bakgrunn sendte Forbrukertilsynet et nytt brev til Nordlys, datert 20.04.21, hvor tilsynet igjen etterspurte hvilken dokumentasjon som lå til grunn for selskapets bruk av billigstpåstander i markedsføring. Blant annet uttrykte Forbrukertilsynet følgende:

«Forbrukertilsynet ber derfor igjen om dokumentasjon fra Nordlys på at WIC 1 er den billigste spotprisavtalen, i tråd med påstanden som benyttes i markedsføringen, innen 04.05.2021.

Velger Nordlys å innta eller tydeliggjøre eventuelle presiseringer for billigstpåstanden, ber vi tilsvarende om å motta dokumentasjon som dekker påstanden som benyttes.

Vi ber i denne sammenheng dessuten Nordlys om å redegjøre for sine rutiner for sikre at påstander som benyttes markedsføringen er korrekte.

Dersom dere ikke fremlegge slik dokumentasjon, ber vi Nordlys om å stanse markedsføringen umiddelbart.»

Bilag 3: Forbrukertilsynets brev av 20.04.21

Nordlys besvarte Forbrukertilsynets brev den 06.05.21, hvor selskapets tilbakemelding var følgende:

«Vi kan under ingen omstendigheter finne at noen av de andre leverandørene i markedet har en billigere varig spotprisavtale som de profilerer på sin hovedside.»

Bilag 4: Nordlys' brev av 06.05.21

Den aktuelle markedsføringen av spotprisavtalen «*Winter is coming*», hvor avtalen påstås å være «*Billigere enn Tibber, Fjordkraft, Hafslund Strøm og alle andre*» og «*Billigste spotprisavtale*» er fremdeles publisert på hjemmesidene til Nordlys, og Forbrukertilsynet har i ettertid av den vedlagte korrespondansen ikke mottatt ytterligere dokumentasjon fra Nordlys.

Bilag 5: Skjerm bilde av Nordlys' hjemmeside av 19.10.21**Bilag 6:** Skjerm bilde 2 av Nordlys' hjemmeside av 02.12.21

3. Sakens rettslige sider

3.1 Villedende bruk av billigstpåstander – 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 villedde 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*». Slik dokumentasjon om 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), og 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 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 billigst påstand 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/rimeligst påstander. 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 billigst påstand 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, dersom kravet til forundersøkelser og dokumentasjon ikke tilfredsstilles, er at markedsføringen anses som «egnet til å villedede 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 den «er egnet til å bli forstått av en vanlig forbruker», jf. Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 4.4.3.3.

De aktuelle billigspåstandene finnes på forsiden av hjemmesiden til NordlysEnergi, og lyder slik; «Billigere enn Tibber, Fjordkraft, Hafslund Strøm og alle andre» og «Billigste spotprisavtale». Førstnevnte sitat er presentert med store bokstaver, og under teksten følger det med mindre bokstaver at «Sammenligningen omfatter varige og profilerte spotprisavtaler på konkurrentens hovedside».

De overnevnte sitatene presenterer, både hver for seg og sett i sammenheng, et klart budskap om at Nordlys har den billigste strømvartalen for norske forbrukere.

Førstnevnte sitat (**bilag 5**) fremholder etter sin ordlyd at Nordlys' spotprisavtale er billigere enn tre navngitte konkurrenter. Dette markedsføringsbudskapet blir presentert med stor og fremtredende tekst, og er utvilsomt blikkfanget på selskapets hjemmeside. Det aktuelle forbeholdet om at «[s]ammenligningen omfatter varige og profilerte spotprisavtaler på

konkurrentens hovedside» er presentert med vesentlig mindre skrift, og er etter sin ordlyd både vagt og skjønnsmessig.

Forbrukertilsynets vurdering av det overnevnte sitatet, også sett i sammenheng med forbeholdet, er at selskapet ovenfor en gjennomsnittsforsbruker fremstår som å tilby den billigste strømvartalen i Norge, uavhengig av forbrukerens bosted, strømforbruk og andre relevante faktorer for vedkommendes strømrregning.

Det andre sitatet (**bilag 6**), «*Billigste spotprisavtale*», er også helt klar i sin ordlyd. Det er ikke tvilsomt at den aktuelle spotprisavtalen presenteres som den billigste i markedet ovenfor forbrukeren, helt uten forbehold om bosted, foreningsmedlemskap, varighet, strømforbruk eller andre relevante faktorer.

Etter Forbrukertilsynets vurdering er det ikke tvilsomt at de aktuelle sitatene fra hjemmesiden er å regne som billigspåstander som utløser markedsføringsrettens krav til forundersøkelser og dokumentasjon. Ordlyden i hver av de to overnevnte sitatene 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 nevnt 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).

Nordlys har i brev til Forbrukertilsynet, jf. **bilagene 2 og 4**, gitt følgende svar til Forbrukertilsynets etterspørslers om forundersøkelser og dokumentasjon for bruken av billigspåstandene:

«Her må Forbrukertilsynet gjøre en bedre jobb med å vurdere de andre avtalen på markedet som tydelig ikke er allment tilgjengelig og er begrenset med spesifiserte vilkår for at avtalen skal forbli løpende i begrenset periode»

Og

«Vi kan under ingen omstendigheter finne at noen av de andre leverandørene i markedet har en billigere varig spotprisavtale som de profilerer på sin hovedside.»

Til det førstnevnte av disse svarene vil Forbrukertilsynet understreke at dokumentasjonskravet og undersøkelsesplikten påhviler den næringsdrivende. Vi viser her til mfl. § 3 andre ledd siste setning, som sier at dokumentasjonen skal foreligge «på annonsørens hånd når markedsføringen skjer».

Videre er Forbrukertilsynet av den klare oppfatning at dette svaret, uten henvisninger til eller dokumentasjon for konkurrenters priser, tidsangivelse eller andre etterprøvbare opplysninger som er egnet til å underbygge påstandens sannhet, ikke under noen omstendighet tilfredsstiller markedsføringsrettens krav til forundersøkelse og dokumentasjon.

Forbrukertilsynet er også av den oppfatning, som formidlet til bransjen ved brev til 5 strømselskaper av 16.04.2021, at en enkelt avsjekk med Forbrukerrådets strømprisportal ikke er tilstrekkelig forundersøkelse og dokumentasjon for å fremsette billigspåstander i markedsføringen. Dette standpunktet 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» finnes 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 ikke er tilstrekkelig for å underbygge generelle billigspåstander.

Bilag 7: Eksempel på Forbrukertilsynets brev av 16.04.21

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.

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 det fremgår over, har Forbrukertilsynet redegjort for at billigspåstandene er ulovlige etter markedsføringsloven dersom selskapet ikke kan fremlegge tilstrekkelige

forundersøkelser og dokumentasjon. Slik dokumentasjon er ikke mottatt, og påstandene brukes fortsatt på selskapets nettsider.

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 oppfyllelsespress. 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 NordlysEnergi 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 Nordlys' 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 NordlysEnergi 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 lovbruddets art, og spesielt det sterke kjøpsinsentivet dette medfører overfor forbrukerne, taler for at det foreligger en «vesentlig» overtredelse av markedsføringsloven.

Hva gjelder lovbruddets art, så er det tale om brudd på en av markedsføringsrettens mest grunnleggende bestemmelser. Både dokumentasjonskravet og reglene om villedende markedsføring er av en slik sentral art at næringsdrivende må forutsettes å ha et aktivt forhold til disse i sin markedsføring.

Videre så er det tale om bruk av villedende påstander som omhandler *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 billigstpåstander, 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.

Det er også relevant for vesentlighetsvurderingen at den aktuelle markedsføringen er publisert i en meget tydelig font på førstesiden av selskapets hjemmeside. Hjemmesiden er, i

dagens samfunn, en av de næringsdrivendes primære markedsføringskanaler. Det er langt på vei slik at forbrukere som ønsker å bytte strømleverandør undersøker ulike selskapers hjemmeside. Hjemmesiden er også en av de markedsføringskanaler som næringsdrivende, erfaringsmessig, har et aktivt og bevisst forhold til.

Det er videre av betydning for vesentlighetsvurderingen at den ulovlige markedsføringen har pågått over lengre tid, hvilket medfører at omfanget blir mer betydelig. Som det fremkommer av dette saksforholdet var Forbrukertilsynet først i kontakt med Nordlys vedrørende denne markedsføringen i mars 2021 (**bilag 2**). Dette medfører nødvendigvis at et betydelig antall forbrukere har blitt eksponert for de villedende påstandene.

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 Nordlys, både *forut for* og *underveis i* markedsføringen, var innforstått med at handlingen mest sannsynlig ville anses som villedende, men likevel valgte selskapet å publisere markedsføringen, og å opprettholde den over lang tid, også etter dialog med Forbrukertilsynet om denne. Det vises til at Forbrukertilsynet i dialogen med selskapet har gjort det klart at bruken av slike påstander må baseres på betydelige forundersøkelser og dokumentasjon for ikke å være villedende. Selskapet har til tross for dette fastholdt bruken av sine billigspåstander, men uten å oversende forundersøkelser eller dokumentasjon til tilsynet. 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 sentrale regler i markedsføringsretten. Overtredelsen er etter Forbrukertilsynets vurdering utført forsettlig, og i alle tilfeller anses overtredelsen som grovt uaktsom. Det er av betydning for utmålingen at markedsføringen har funnet (og finner) sted i selskapets primære markedsføringskanal og representerer et sterkt kjøpsintensiv i et pris-sensitivt strømmarked. Videre er det av betydning for utmålingen at selskapet har benyttet seg av de aktuelle billigstpåstandene, uten tilstrekkelige forundersøkelser eller dokumentasjon, over lang tid. Dette har med nødvendighet medført at et betydelig antall forbrukere har blitt eksponert for billigstbudskapet.

Det må derfor påregnes at det vil fattes et vedtak om overtredelsesgebyr i størrelsesorden kr. 400.000. 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 Stefan Manov 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*.

Det varslede forbudsvedtaket med tvangsmulkt innebærer at *pågående markedsføring* i strid med vedtakets punkt 1 må stanses for at ikke tvangsmulkten skal utløses. 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 21/7008.

Bente Øverli (e.f)
avdelingsdirektør

Christoffer Bjørnum
seksjonssjef

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen håndskrevet signatur