

Dag Rune Flåten

Dokumentet blir kun sendt pr. e-post

Deres ref.

Vår ref.

Dato:

Sak nr: 22/3801-276

04.07.2023

Saksbehandler: Anne Lene Lindeland

Dir.tlf: 479 74 632

Varsel om forbudsvedtak med tvangsmulkt - forbudet mot direktemarkedsføring

1 INNLEDNING

Dette er et varsel om at Forbrukertilsynet vil fatte vedtak mot deg som privatperson. Vi varsler vedtaket for at du skal ha mulighet til å uttale deg om saken før vi fatter vedtak. Du har mulighet til å komme med kommentarer til dette varselet senest 15. august 2023, slik at vi kan ta i betraktning eventuell ytterligere informasjon eller kommentarer fra deg før vi fatter vedtak i saken.

Vi varsler med dette at vi vil fatte forbudsvedtak mot deg. Forbudsvedtaket varsles med en tvangsmulkt på kr 5000 for hver enkelt gang det aktuelle forbudet brytes. Dette betyr at dersom du bryter forbudet vi varsler etter at vi fatter vedtak i saken, vil det få økonomiske konsekvenser for deg. Formålet med tvangsmulkten er å sørge for at du innretter din praksis og innfører rutiner for innhenting av samtykke ved fremtidig utsendelse av elektronisk markedsføring.

Vedtaket vi varsler har foreløpig følgende utforming:

1. Dag Rune Flåten forbys å sende og medvirke til å sende ut markedsføring til fysiske personer ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmetoder uten at det foreligger et

gyldig forhåndssamtykke fra den aktuelle personen til slik utsending, jf. markedsføringsloven § 15.

2. Dag Rune Flåten skal betale kr 5 000 – femtusen kroner – i tvangsmulkt for hver enkelt elektronisk utsendelse han har sendt ut eller medvirket til å sende ut i strid med forbudet i punkt 1.

Vedtaket er varslet med hjemmel i markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. §§ 40 og 41.

Vi presiserer at vedtaket vi varsler, betyr at dersom du for eksempel sender ut 100 SMS med markedsføring uten at noen av de som mottar SMS har samtykket til det, vil dette utløse en tvangsmulkt på kr 500 000 (kr 5 000 x 100).

2 SAKENS BAKGRUNN

Forbrukertilsynet har mottatt til sammen 294 klager fra forbrukere som i løpet av perioden april 2022 til juni 2023 har fått SMS fra deg med markedsføring, uten å ha gitt samtykke til dette.

Vedlegg 1 Klager fra forbrukere på mottak av uanmodet SMS april 2022-juni 2023

Forbrukerne som har klaget har mottatt SMS-er som gjelder påmelding til søksmål i «Dieselgate»-saken og påmelding til søksmål mot Tesla.

Den såkalte «Dieselgate»-saken som ble kjent i 2015 gjaldt Volkswagens installering av en programvare som ga uriktige utslippstester, slik at bilene som hadde programvaren installert, slapp ut et høyere nivå av nitrogenoksider (NOx) enn utslippstestene viste.

Når det gjelder påmelding til søksmål mot Tesla gjelder dette en programvareoppdatering som ble utført i 2019 på enkelte av deres årsmodeller. Programvareoppdateringen førte til endringer i ladehastigheten til bilene.

Markedsføringsloven § 15 forbyr blant annet å sende ut markedsføring på SMS til forbrukere uten forhåndssamtykke fra forbrukeren. Forbrukertilsynet har i flere brev til deg informert deg om forbudet mot direktemarkedsføring og bedt om at du stanser slik utsendelse. Du har ved disse henvendelsene ikke gitt Forbrukertilsynet den informasjonen som vi har etterspurt, og du har heller ikke gitt en nærmere forklaring på hvorfor utsendelsene ikke er å anse som markedsføring. Du har i dine svarbrev valgt å fokusere på erstatningsspørsmålet knyttet til den såkalte «Dieselgate»-saken.

Vedlegg 2 Forbrukertilsynets brev 12.08.2022

- Vedlegg 3** Svarbrev fra Dag Rune Flåten 19.09.2022
- Vedlegg 4** Forbrukertilsynets brev 25.11.2022
- Vedlegg 5** Svarbrev fra Dag Rune Flåten 08.12.2022
- Vedlegg 6** Svarbrev fra Dag Rune Flåten 05.01.2023
- Vedlegg 7** Forbrukertilsynets brev om pålegg om å gi opplysninger 06.02.2023
- Vedlegg 8** Svarbrev fra Dag Rune Flåten 10.02.2023

Forbrukertilsynet har i korrespondansen med deg forsøkt å klargjøre at det må skilles mellom den pågående saken hos Forbrukertilsynet – nemlig brudd på forbudet i mfl. § 15 – og erstatningsspørsmålet knyttet til «Dieselgate»-saken.

Vedlegg 9 Forbrukertilsynets brev 18.04.2023

Du har i brev av 04.05.2023 vist til at SMS-ene som sendes ut og arbeidet som utføres ikke er å anse som markedsføringshenvendelser, og at du kun er en frivillig privatperson som påtar deg informasjonsarbeid. Du mener at tjenestene du tilbyr derfor ikke kan regnes som næringsvirksomhet, og at vi i vurderingen av næringsvirksomhet må legge vekt på utsiktene du har til å gå med overskudd over tid. Du har i korrespondanse med Forbrukertilsynet gitt uttrykk for at SMS-utsendelsen ikke er omfattet av forbudet i markedsføringsloven § 15.

Vedlegg 10 Brev fra Dag Rune Flåten 04.05.2023

Til tross for gjentatte henvendelser mottar vi fortsatt klager på at forbrukere får tilsendt uanmodet SMS om påmelding til søksmål i «Dieselgate»-saken og søksmål mot Tesla. Det er på denne bakgrunn at Forbrukertilsynet anser det nødvendig å varsle vedtak mot deg med forbud mot slik utsendelse.

3 FORBUDET MOT DIREKTEMARKEDSFØRING UTEN FORUTGÅENDE SAMTYKKE

3.1 Markedsføringsloven § 15

Markedsføringsloven (mfl.) § 15 angir at det i «*næringsvirksomhet*» er forbudt, uten mottakerens «*forutgående samtykke*», å rette «*markedsføringshenvendelser*» til fysiske personer ved elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel «*elektronisk post*». Det fremgår uttrykkelig av bestemmelsens fjerde ledd at markedsføringshenvendelser per SMS (tekst- og multimediameldinger til mobiltelefon) er omfattet av begrepet «*elektronisk post*».

Bestemmelsen i mfl. § 15 er en videreføring av tidligere § 2b. Det er foretatt mindre språklige justeringer som ikke tar sikte på å endre regelens materielle innhold. Dette innebærer at

tidligere praksis og lovforarbeidene til bestemmelsen fortsatt er relevante ved tolkningen av mfl. § 15.

3.2 Innholdet i utsendelsen må være en «markedsføringshenvendelse»

Forbudet i mfl. § 15 gjelder kun det som er en «markedsføringshenvendelse».

Det følger av forarbeidene at begrepet «markedsføringshenvendelse» skal tolkes i samsvar med den praksis som er utviklet av Markedsrådet og Forbrukertilsynet. Forarbeidene understreker at dette innebærer at vilkåret dermed omfatter mer enn reklame og annonser, slik at det som etter vanlig språkbruk omtales som informasjon, vil kunne være markedsføring i lovens forstand.¹

Henvendelsene som fremsettes må tolkes på bakgrunn av det faktiske innholdet. Det er ikke avgjørende hva en henvendelse kalles eller utgir seg for å være. Av denne grunn vil henvendelser som har et kombinert budskap, det vil si delvis markedsføring og delvis informasjon, som hovedregel også omfattes av § 15. Vi viser i den forbindelse til Markedsrådets vedtak i MR-2019-827 (PostNord), hvor Markedsrådet fant at SMS-ene i den aktuelle saken var å anse som markedsføring. I vedtaket uttalte Markedsrådet følgende:

«Det samlede rettskildebildet gir således ikke grunnlag for å anta at «markedsføringshenvendelser» skal tolkes slik at forbudet bare gjelder selve henvendelsen som sådan, dvs. bare sms-ene, uten å ta i betraktning informasjon som ellers gis gjennom lenker og kampanjesider knyttet til sms-ene.»

Ved vurderingen av hva som anses som en «markedsføringshenvendelse» skal det altså også ses hen til den informasjonen som blir gitt i lenker og eventuelle kampanjesider knyttet til SMS-ene.

Videre skal det normalt lite til før en henvendelse regnes som markedsføring, jf. bl.a. Markedsrådets vedtak i MR-1006-18 (Telenor).

I juridisk teori² er det fremhevet at forbrukerbeskyttelsen taler for at markedsføringsbegrepet ikke skal tolkes snevert, og det er vist til den vide definisjonen av reklame i direktivet om sammenlignende reklame.³ Direktivet artikkel 2 bokstav a definerer reklame som «*enhver form for tilkendegivelse i forbindelse med udøvelse af virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøvelse af et liberalt erhverv, som har til formål at*

¹ Ot.prp.nr. 62 (1999-2000) s. 33

² Lunde m.fl., «Markedsføringsloven med kommentarer», 3.utgave s. 54

³ Direktiv 2006/114, gjennomført i norsk rett som forskrift om sammenlignende reklame (FOR-2000-12-19-1653).

fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser.». Direktivet om sammenlignende reklame gjelder mellom næringsdrivende, men prinsippene den gir uttrykk for er også relevant ved vurdering av markedsføring rettet mot forbrukere.

Av betydning for den nærmere forståelsen av markedsføringsbegrepet er også EU-domstolens dom av 11. juli 2013 i sak C-657/11 (*Belgian Electronic Sorting Technology*). I fortolkningen av definisjonen av reklame i direktivet om sammenlignende reklame art. 2 bokstav b, uttalte domstolen at reklame, hensett til den vide definisjonen, kan foreligge i «*særdeles varierende former*» (avsnitt 35).

Det å rette en henvendelse til forbrukere med forespørsel om å motta markedsføring, vil for eksempel i seg selv være markedsføring.

Etter dette omfatter reglene i mfl. § 15 alt fra henvendelser som er ment å påvirke forbrukere til å kjøpe en vare eller en tjeneste, til mer generelle henvendelser om tilbud om deltagelse i konkurranser og nyhetsbrev.⁴

3.3 Utsendelsen av markedsføringshenvendelsen må ha skjedd «i næringsvirksomhet»

Forbudet i mfl. § 15 krever at markedsføringshenvendelsen som sendes ut til den fysiske personen må være sendt «i næringsvirksomhet» for at forbudet skal gjelde.

Markedsføringsloven inneholder ingen definisjon av hva som er «næringsvirksomhet». Markedsføringsloven § 5 bokstav b bestemmer imidlertid at en «næringsdrivende» er en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne.

Det følger av forarbeidene at det i kravet om å «utøve» næringsvirksomhet må antas å ligge en forutsetning om en vedvarende virksomhet eller en virksomhet av et visst omfang.⁵ Om en virksomhet er omfattet av næringsvirksomhetsbegrepet må vurderes etter virksomhetens art, omfang og formål.⁶ En profesjonell motpart vil fremstå som næringsdrivende så lenge vedkommende handler som ledd i sitt yrke eller sin forretningsvirksomhet. Det ligger ikke noe krav om at virksomheten er profitbasert, og for eksempel kan også virksomheter der overskuddet går til allmennyttige formål etter omstendighetene være omfattet av næringsvirksomhetsbegrepet.⁷

⁴ Lunde m.fl., «Markedsføringsloven med kommentarer», 3.utgave s. 229

⁵ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 190

⁶ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 190

⁷ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 190

I vurderingen av om handlingen er utøvd i næringsvirksomhet, skal det også legges vekt på om selgeren har et profittmotiv, antallet transaksjoner, samt størrelsen og hyppigheten av disse, selgers samlede omsetning, og om salget er gjennomført på en organisert måte.⁸

3.4 Det må foreligge et «forutgående samtykke» for mottak av markedsføringshenvendelsen

Bestemmelsen oppstiller videre et vilkår om at det må foreligge et «forutgående samtykke» fra den fysiske personen før det kan rettes markedsføringshenvendelser til vedkommende.

For at det skal foreligge et gyldig «samtykke», må personen ha avgitt en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring. Videre må personen foreta en aktiv handling for å avgi samtykket.⁹ Forbrukeren kan ikke bindes ved passivitet. Videre må forbrukeren også ha blitt informert om hva det innebærer å avgi et slikt samtykke, blant annet om hva det er som vil markedsføres, fra hvem og hvor ofte.

Det at samtykket må være «forutgående», betyr at forbrukerens samtykke må være innhentet før markedsføringen finner sted.¹⁰ Det er den næringsdrivende som må sannsynliggjøre at det er innhentet slikt forutgående samtykke fra forbrukeren til å motta elektronisk markedsføring.¹¹

4 DE FAKTISKE FORHOLDENE I SAKEN

4.1 Kort om tjenesten du tilbyr på bilklager.no

Du står bak nettsiden www.bilklager.no og tjenestene som tilbys på denne nettsiden. Det fremgår av nettsiden at tjenesten er levert av deg, og du har også selv bekreftet dette i brev av 19.09.2022 og brev av 08.12.2022 (se vedlegg 3 og 5).

På nettsiden kan forbrukere melde seg på søksmål i den såkalte «Dieselgate»-saken eller i søksmål mot Tesla m.m. Ved påmelding må forbrukere betale en sum på kr 849 og huke av for at det betales et såkalt «suksesshonorar» på 30 % av erstatningen dersom klagen vinner frem. Forbrukeren får også mulighet til å melde seg på søksmålet «gratis», men da må forbrukeren betale et «suksesshonorar» på 50 % av erstatningen dersom klagen vinner frem.

⁸ Vejledning til fortolkning og anvendelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked s. 26

⁹ Ot.prp.nr. 62 (1999-2000) s. 22-23 og 33

¹⁰ Ot.prp.nr. 62 (1999-2000) s. 23

¹¹ Ot.prp.nr. 62 (1999-2000) s. 23

4.2 Utsendelse av SMS-er i tidsrommet april 2022 til juni 2023

4.2.1 Generelt

Forbrukertilsynet har mottatt 294 klager på mottak av uanmodet SMS i tidsrommet april 2022 til juni 2023, hvor forbrukeren ikke har samtykket til henvendelsen.

Det totale antallet utsendte SMS til berørte forbrukere er uavklart, ettersom du ikke har dokumentasjon som viser hvem som har mottatt SMS. På bakgrunn av antallet klager er det sannsynlig at det reelle antallet utsendte SMS er langt høyere enn det klagene til Forbrukertilsynet indikerer.

SMS-ene som er sendt ut til forbrukerne har i løpet av perioden i all hovedsak hatt tilsvarende utforming og budskap, med enkelte variasjoner. I det følgende vil vi vise seks ulike eksempler.

- [Eksempel 1 – SMS 20.04.2022](#)

«Gjelder [registreringsnummer]. Du som eide VW, Audi, SEAT, Skoda eller Porsche i 2016 har nå SISTE FRIST for å kreve erstatning (ca 35.000 kr). Du må ikke fortsatt være eier. EU har nå bedt VW gjøre opp for seg i Europa og nå er det Norge sin tur. Frist 30. apr: <https://bilklager.no/dieselgate/>. (mobil 91245540)»

Vedlegg 11 SMS – påmelding til Dieselgate-søksmål 20.04.2022

- [Eksempel 2 – SMS 08.04.2022](#)

«Tesla Mod S (2013-16) ble nedgradert ved en software-oppdatering i 2019. Eier kan kreve erstatning, estimert til 130.000 kr per bil. Dag Rune Flåten, har nylig overtatt saken. I 2018 vant han over Tesla i den største saken i Norge. Vil du delta, meld deg på før 20.apr: <https://teslklager.no>.»

Vedlegg 12 SMS – påmelding til Tesla-søksmål 08.04.2022

- [Eksempel 3 – SMS 03.11.2022](#)

«[registreringsnummer] I samråd med Forbrukertilsynet tilbys nå GRATIS påmelding. Krev 15% av nypris for at bilen var rammet av utslippsjuks: www.bilklager.no/dieselgate/.»

Vedlegg 13 SMS – påmelding til Dieselgate-søksmål 03.11.2022

- [Eksempel 4 – SMS 29.11.2022](#)

«[registreringsnummer]: EU-kommisjonen bekreftet 11.nov. at norske eiere har rett på 15% av nypris i erstatning. Info og påmelding: [https://bilklager.no/dieselgate/.](https://bilklager.no/dieselgate/)»

Vedlegg 14 SMS – påmelding til Dieselgate-søksmål 29.11.2022

- Eksempel 5 – SMS 05.01.2023

«Gjelder [registreringsnummer]: Du har rett på erstatning (130.000 kr). Nå med GRATIS påmelding og SAMME ADVOKAT som vant forrige gang: [https://bilklager.no/tesla/.](https://bilklager.no/tesla/)»

Vedlegg 15 SMS – påmelding Tesla-søksmål 05.01.2023

- Eksempel 6 – SMS 08.05.2023

«Gjelder [registreringsnummer]: EU-domstolen 21/3: Alle berørt av utslippsjuks har rett på erstatning. EU-kommisjonen 22/3: Gjelder Norge. [https://bilklager.no/dieselgate2/.](https://bilklager.no/dieselgate2/)»

Vedlegg 16 SMS – påmelding Dieselgate-søksmål 08.05.2023

5 FORBRUKERTILSYNETS VURDERINGER

5.1 Hver av SMS-utsendelsene er markedsføringshenvendelser

Dersom man kun ser teksten i SMS-ene i eksempel 1 og 2, kan disse fremstå som ren informasjon om muligheten til å kreve erstatning for berørte bileiere etter Dieselgate og Teslas software-oppdatering. SMS-en skal imidlertid vurderes i sammenheng med den informasjonen som gis på nettsiden som lenken i SMS-en leder til. På den aktuelle nettsiden kan forbrukeren mot betaling melde seg på en «klagesak» knyttet til Dieselgate eller Tesla. Du oppgir på nettsiden at du vil yte bistand til de forbrukerne som melder seg på.

Den som yter bistand mot betaling, tilbyr en tjeneste mot betaling, og markedsføring av denne tjenesten vil være en «*markedsføringshenvendelse*» som omfattes av markedsføringsloven.

Vår vurdering er at innholdet i SMS-ene i eksempel 1 og 2 begge er markedsføringshenvendelser etter mfl. § 15.

Når det gjelder innholdet i SMS-ene i eksempel 3 til 6, har disse i hovedsak likelydende i innhold og lenker som eksempel 1 og 2. Fra november endret du likevel deler av teksten i SMS-utsendelsene, slik at det nå var mulighet for «*gratis påmelding*» til søksmålene. Du har dermed tilsynelatende gått over til å tilby en kostnadsfri påmelding som et alternativ til

tidligere betalingstjeneste. Likevel krever du i denne sammenheng inn et «*suksesshonorar*». Personene som melder seg på gjennom lenken i SMS-ene, må derfor betale for tjenesten med en prosentandel av en eventuell erstatningssum. Selv om et slikt suksesshonorar er en betinget betaling, er det like fullt en avtalt betaling. Markedsføring av tjenester mot betaling, må anses å være markedsføringshenvendelser som omfattes av markedsføringsloven.

Vår vurdering er etter dette at innholdet i SMS-ene i eksempel 3 til 6 også er en «markedsføringshenvendelse» etter mfl. § 15.

5.2 SMS-ene er sendt ut i næringsvirksomhet

Tjenesten som tilbys av deg gjennom nettsiden bilklager.no er en bistandstjeneste, hvor du påtar deg å føre klagesaker/gruppesøksmål mot ulike aktører på forbrukernes vegne. En slik tjeneste betaler forbrukerne for gjennom en faktisk betaling ved påmelding, og/eller ved at en prosentdel av forbrukernes eventuelle erstatning tilfaller deg. Virksomhetens art tilsier dermed at tjenesten som tilbys er å anse som næringsvirksomhet.

Som det fremgår av nettsiden bilklager.no er over 10 000 forbrukere meldt på de ulike klagesakene.

Vedlegg 17 Skjerm bilde fra nettsiden bilklager.no 04.07.2023

Videre har du drevet en slik bistandstjeneste over en lengre periode rettet mot ulike aktører, jf. opplysninger vi har mottatt fra deg om tidligere klagesaker. Dette altså ikke en enkeltstående tjeneste som du tilbyr, men en organisert og systematisk praksis med å tilby bistand til forbrukere mot betaling. Dette tilsier at virksomheten er av et slikt omfang at den er å anse som næringsvirksomhet.

Etter Forbrukertilsynets vurdering er det klart at formålet med SMS-ene er å fremme dine tjenester mot betaling, uavhengig av om det er mulig for forbrukerne å melde seg på uten innmeldingsgebyr eller ikke. Formålet med virksomheten underbygger derfor at den drives i næringsvirksomhet.

Hvorvidt du går med overskudd over tid ved en slik bistandstjeneste, vil ikke være avgjørende for om dette er å anse som næringsvirksomhet eller ikke. Som nevnt i punkt 3.3 ligger det ikke noe krav om at virksomheten er profittbasert. Vi anser det likevel sannsynlig at du har et profittmotiv ved å tilby tjenesten. Dersom du ikke hadde et slikt profittmotiv, ville tjenesten i seg selv være gratis, og et «*suksesshonorar*» ville ikke ha vært nødvendig.

Det må legges til grunn at bistandstjenesten som du tilbyr gjennom lenken til nettsiden bilklager.no er en organisert praksis med et profittmotiv. Du oppfordrer og lenker til påmelding og bruk av denne tjenesten i SMS-ene som er sendt og sendes ut.

Virksomhetens art, omfang og formål trekker klart i retning av at utsendelsen av SMS-ene er sendt ut i næringsvirksomhet.

Vår vurdering er etter dette at markedsføringshenvendelse i SMS-ene er sendt ut «i næringsvirksomhet» etter mfl. § 15.

5.3 Det er ikke innhentet et forutgående samtykke for utsendelsen

I klagen Forbrukertilsynet har mottatt i saken, har forbrukerne opplyst om at de ikke på forhånd samtykket til å motta slik markedsføring på SMS fra deg (se vedlegg 1).

I brev av 10.02.2023 opplyser du også selv om at flere av de som mottok SMS i tilknytning til påmelding av søksmål i klagesakene, ikke var eksisterende kunder eller hadde gitt samtykke i forkant (se vedlegg 8).

Slik vi ser det er det klart at det dermed ikke er innhentet et forutgående samtykke fra forbrukerne før utsendelsen, i strid med mfl. § 15.

5.4 Konklusjon

SMS-ene i saken er etter Forbrukertilsynets vurdering sendt ut i næringsvirksomhet, SMS-ene inneholdt markedsføringshenvendelser og det forelå ikke et forutgående samtykke fra forbrukerne.

Forbrukertilsynet konkluderer dermed med at din utsendelse av SMS-er til forbrukere om påmelding til søksmål er i strid med markedsføringsloven § 15.

6 FORBRUKERTILSYNETS VEDTAKSKOMPETANSE

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

Forbrukertilsynet kan fatte forbudsvedtak med tvangsmulkt dersom inngrep tilsies av hensyn til forbrukerne, jf. mfl. § 39 første ledd., jf. § 35 andre ledd.

Lovbruddene du har begått gjelder gjentatte brudd på mfl. § 15. Forbudet i bestemmelsen er begrunnet i at denne formen for markedsføring er særlig påtrengende og er et inngrep i forbrukernes private sfære.

Forbrukertilsynets vurdering er derfor at inngrep tilsies av hensynet til forbrukerne, jf. mfl. § 39 første ledd, jf. § 35 andre ledd. Forbrukertilsynet har etter dette grunnlag for å fatte vedtak i saken, jf. mfl. § 39.

7 FORBUDSVEDTAK MED TVANGSMULKT

7.1 Behovet for forbudsvedtak

Etter mfl. § 40 kan Forbrukertilsynet nedlegge forbud for å sikre at bestemmelser som nevnt i mfl. § 35 første ledd overholdes.

Mottak av markedsføringshenvendelser uten at det foreligger et gyldig samtykke til dette, kan være særlig påtrengende og belastende ovenfor forbrukerne. Mottak av SMS til forbrukernes private mobiltelefon uten samtykke utgjør et inngrep i forbrukerens private sfære.

Vi har gjentatte ganger bedt deg om å avstå fra å sende ut slike markedsføringshenvendelser. Til tross dette og for gjentatt veiledning om regelverket knyttet til forbudet mot direktemarkedsføring, har du fortsatt å sende ut SMS-er til forbrukere uten samtykke.

Slik vi har forstått deg, mener du at formålet med henvendelsen rettferdiggjør utsendelsen til forbrukerne til tross for manglende samtykke. Forbudet mot uanmodet SMS til forbrukere som ikke har samtykket gjelder uavhengig av den næringsdrivendes egne formål og ønsker.

For å ivareta forbrukernes interesser og beskytte deres private sfære fremover i tid, anser Forbrukertilsynets det nødvendig å varsle et forbudsvedtak mot deg.

7.2 Tvangsmulkten

For å sikre at forbudsvedtaket blir overholdt, skal Forbrukertilsynet som hovedregel fastsette en tvangsmulkt som du skal betale dersom du overtrer vedtaket, jf. mfl. § 41 første ledd. Fastsettelse av tvangsmulkt kan unnlates dersom særlige grunner tilsier det. Vi kan ikke se at det er forhold i denne saken som tilsier at Forbrukertilsynet ikke skal fastsette en tvangsmulkt ved brudd på forbudsvedtaket.

Tvangsmulkt skal i henhold til mfl. § 41 andre ledd første punktum fastsettes enten som en løpende mulkt eller som et engangsbeløp.

Når det gjelder tvangsmulktens størrelse skal denne fastsettes skjønnsmessig, der det overordnet skal legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre vedtaket, jf. mfl. § 41 andre ledd andre punktum.

I forskrift av 14.02.2023 om utmåling av tvangsmulkt og overtredelsesgebyr er det fastsatt hvilke øvrige momenter det særlig skal legges vekt på ved utmålingen. I forskriften § 4 fremgår det at det ved utmåling av tvangsmulkt skal legges vekt på hvilken type pålegg som ikke er etterkommet, hvor alvorlig unnlatsen av å etterkomme pålegget er i forhold til de hensyn som pålegget skal ivareta, hvor byrdefullt det vil være for den næringsdrivende å etterkomme pålegget, den næringsdrivendes økonomiske evne og eventuelle fordeler ved ikke å etterkomme pålegget.

Som tidligere nevnt er uanmodet SMS særlig påtrengende og et inngrep i forbrukernes sfære. Forbrukertilsynet har mottatt totalt 294 klager på slik utsendelse, hvor det reelle antallet berørte forbrukere sannsynligvis er langt høyere. Det er et stort omfang forbrukere som er berørt, og du har så langt ikke vist noen vilje til å innrette deg etter loven. For at forbudsvedtaket skal få tilstrekkelig individualpreventivt effekt bør dermed tvangsmulkten ikke settes for lavt.

Når du tilbyr tjenester til forbrukere, plikter du å følge reglene i markedsføringsloven, og plikter herunder å ha tilstrekkelige rutiner og systemer på plass for å sikre at loven ikke brytes. Det bør derfor være enkelt for deg å overholde forbudsvedtaket og på den måten unngå tvangsmulkt. Dette taler for at tvangsmulktens størrelse ikke settes for lavt.

Basert på antallet påmeldte deltakere som er oppgitt til over 10 000, slik du har opplyst på dine nettsider (se vedlegg 17), og påmeldingsavgiften forbrukerne tidligere har betalt ved påmelding til klagetjenesten, vurderer vi det som sannsynlig at du har en viss omsetning via tjenestene du tilbyr. En lav omsetning vil etter vårt syn likevel gjøre det nødvendig med en tvangsmulkt av en viss størrelse, for at incentivet til å overholde loven fremover blir tilstrekkelig stort.

På denne bakgrunn vurderer vi foreløpig at tvangsmulkten bør ligge i størrelsesorden kr 5 000 for hver enkelt elektronisk henvendelse du sender ut, eller medvirker til å sende ut, når det ikke foreligger et gyldig forhåndssamtykke. Dette er imidlertid kun et anslag basert på vår foreløpige vurdering. Forbrukertilsynet vil i vedtaket kunne opp- eller nedjustere tvangsmulkten dersom vi blir kjent med andre forhold som kan ha betydning for utmålingen.

8 FRIST FOR KOMMENTARER TIL VARSELET FØR VI FATTER VEDTAK I SAKEN

Dersom du har ytterligere informasjon i saken eller kommentarer til varselet, ber vi om at dette sendes oss snarest og senest 15. august 2023. Vi vil da ta eventuelle merknader og informasjon i betraktning før vi fatter vedtak i saken.

Aktuelle punkter å sende inn opplysninger og dokumentasjon for, kan for eksempel være følgende:

- Dokumentasjon på at det foreligger et forutgående samtykker fra de fysiske personene som har mottatt SMS
- Dokumentasjon for det totale antallet SMS-er som er sendt til forbrukere
- Dokumentasjon knyttet til hvor mange personer som totalt er påmeldt søksmålet

Med hilsen

Bente Øverli
avdelingsdirektør

Mats Bjønnes
underdirektør

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen håndskrevet signatur