



Markedsrådet

Markedsrådets vedtak 16. april 2024

Sak: 2024/132
Klager: Dag Rune Flåten
Innklaget: Forbrukertilsynet

Markedsrådets medlemmer: Lisa Mattea Elvevold, Selma Ilyas og Jens-Henrik Lien

Sakens bakgrunn

- (1) Saken gjelder klage over Forbrukertilsynets vedtak 20. september 2023 mot Dag Rune Flåten (heretter omtalt som «Flåten»). Flåten er ilagt forbudsvedtak med tvangsmulkt på 5 000 kroner for hvert fremtidige brudd på forbudsvedtaket.
- (2) I forbudsvedtaket forbys Flåten å sende eller medvirke til å sende markedsføring til fysiske personer ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmetoder uten at det foreligger et forutgående samtykke fra den aktuelle personen til slik utsending, jf. lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. («markedsføringsloven») § 15.
- (3) Forbrukertilsynet sendte 12. august 2022 brev til Bilklager AS, der det ble opplyst om at det våren 2022 var mottatt 69 klager fra forbrukere som hevdet å ha mottatt markedsføringshenvendelser på SMS fra selskapet uten at det var avgitt et forutgående samtykke til å motta slik markedsføring. På bakgrunn av klagene undersøkte Forbrukertilsynet høsten 2022 innholdet i SMS-ene og nettsiden bilklager.no, der Flåten var oppført som kontaktperson. Forbrukertilsynet mente at den innklagde markedsføringen var i strid med markedsføringsloven § 15. Selskapet ble bedt om å stoppe utsendelse av markedsføring på SMS til forbrukere som ikke hadde avgitt et forutgående samtykke til å motta slik markedsføring. I tillegg ble det bedt om opplysninger og dokumentasjon på hvor mange som hadde mottatt direktemarkedsføring fra selskapet, samt eventuell dokumentasjon på forutgående samtykke fra mottakerne av SMS-ene.
- (4) I perioden 5. september 2022 til 16. desember 2022 var det utstrakt korrespondanse mellom partene, der særlig riktig adressat for Forbrukertilsynets brev ble problematisert av Flåten.
- (5) Forbrukertilsynet sendte 25. november 2022 brev til Flåtens enkeltpersonsforetak, Flaaten Consult Dag Rune Flåten. Foretaket stod på dette tidspunktet oppført som eier av

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

domenet bilklager.no. I brevet ble det vist til at det var mottatt 54 nye klager fra forbrukere som hevdet å ha mottatt markedsføringshenvendelser på SMS fra foretaket, uten at det var avgitt et forutgående samtykke til å motta slik markedsføring. Under henvisning til brevet av 12. august 2022 ble det bedt om at foretaket stoppet utsendelse av markedsføring på SMS til forbrukere som ikke hadde avgitt et forutgående samtykke til å motta slik markedsføring. I tillegg ble det bedt om opplysninger og dokumentasjon på hvor mange som hadde mottatt direktemarkedsføring fra foretaket, samt eventuell dokumentasjon på forutgående samtykke fra mottakerne av SMS-ene.

- (6) Flåten opplyste i e-post 8. desember 2022 at det var han som privatperson som stod bak klagetjenesten på nettsiden bilklager.no, og ikke hans enkeltpersonsforetak. Flåten ønsket ikke å gjennomgå og besvare brevene fra Forbrukertilsynet før henvendelsene ble adressert til ham som privatperson.
- (7) Forbrukertilsynet sendte 16. desember 2022 brevene av 12. august og 25. november 2022 direkte til Flåten. Det ble bedt om at han gjennomførte tiltakene som fremkom i brevene, slik dette er gjengitt i premiss 4 til 6 i denne avgjørelsen.
- (8) Flåten besvarte henvendelsene i brev 5. januar 2023. I brevet ble det vist til at formålet med SMS-ene var å opplyse forbrukerne om deres rettigheter og angivelige rett på erstatning. Flåten ønsket ikke å besvare Forbrukertilsynets henvendelser ytterligere før saken ble løftet til et høyere nivå.
- (9) Forbrukertilsynet påla 6. februar 2023 Flåten å gi opplysninger og dokumentasjon på hvor mange forbrukere som hadde mottatt markedsføring på SMS fra ham, samt eventuell dokumentasjon på forutgående samtykke til å motta slik markedsføring fra mottakerne av SMS-ene. Flåten ble også varslet om tvangsmulkt på minimum 5 000 kroner for hver uke pålegget eventuelt ikke ble etterkommet.
- (10) Flåten sendte tilbakemelding på informasjonspålegget i brev 8. februar 2023 og e-post 9. februar 2023. I e-posten erkjente Flåten at han hadde sendt SMS-er til bileiere, og at flere av disse, i forkant av utsendelsen, ikke var hans kunder eller hadde avgitt et forutgående samtykke til å motta markedsføring på SMS. Flåten anførte at SMS-ene ikke utgjorde markedsføring i lovens forstand, ettersom formålet var å henvise til redaksjonell omtale i mottakerens interesse og opplyse forbrukerne om deres rettigheter og angivelige krav på erstatning, som ikke på annet vis var blitt opplyst om. Flåten var ikke i besittelse av opplysninger eller dokumentasjon på hvor mange forbrukere som hadde mottatt SMS fra ham.
- (11) På bakgrunn av at Flåten ikke hadde informasjon eller dokumentasjon på hvor mange forbrukere som hadde mottatt SMS fra ham, besluttet Forbrukertilsynet ikke å gå videre med tvangsmulkten som var varslet i brevet 6. februar 2023.
- (12) Flåten har i henvendelsene til Forbrukertilsynet gjennomgående vist til sin involvering i «Dieselgate»-saken og andre erstatningssaker som han skal ha gjennomført på vegne av forbrukere. Flåten har også vist til at EU-kommisjonen har informert ham om at EU-domstolen 21. mars 2023 fastslo at norske myndigheter er pålagt å bistå bileiere rammet av utslippsjuks med å få erstatningen de angivelig har krav på, og vist til at norske forbrukermyndigheter ikke har gjort dette.

- (13) Forbrukertilsynet sendte 18. april 2023 brev til Flåten, der det ble vist til at det må skilles mellom den pågående saken om forbudet mot direktemarkedsføring, og det konkrete spørsmålet om erstatning for forbrukere i relasjon til «Dieselgate»-saken. Det ble også bedt om bekreftelse fra Flåten om at han ikke ville sende direktemarkedsføring i strid med markedsføringsloven § 15.
- (14) Flåten besvarte henvendelsen i brev 4. mai 2023. Det ble anført at tjenesten som han tilbød ikke er næringsvirksomhet. Flåten hevdet at det i vurderingen av om noe er næringsvirksomhet må legges vekt på utsiktene til å gå med overskudd over tid. Det ble vist til at han påtar seg informasjonsarbeid som en frivillig privatperson, og at formålet med SMS-ene er å nå ut til berørte bileiere som angivelig har rett på erstatning. Flåten bekreftet at han ikke ville sende ut direktemarkedsføring i strid med markedsføringsloven § 15.
- (15) Forbrukertilsynet varslet 4. juli 2023 Flåten om forbudsvedtak med tvangsmulkt på 5 000 kroner ved hvert fremtidige brudd på forbudsvedtaket. Det ble vist til at det var mottatt totalt 294 klager fra forbrukere som i løpet av perioden april 2022 til juni 2023 hadde mottatt SMS fra Flåten med markedsføring uten å ha samtykket til å motta slik markedsføring. Forbrukertilsynets foreløpige vurdering var at hver av SMS-utsendelsene var markedsføringshenvendelser som var sendt i næringsvirksomhet uten at det forelå et forutgående samtykke fra forbrukeren til å motta slik markedsføring. Flåten innga ikke kommentarer til forhåndsvarslet.
- (16) Den 20. september 2023 fattet Forbrukertilsynet det varslede forbudsvedtaket med tvangsmulkt overfor Flåten på 5 000 kroner ved hvert fremtidige brudd på forbudsvedtaket. Det ble vist til at det var mottatt totalt 336 klager fra forbrukere som hadde mottatt SMS fra Flåten med markedsføring uten å ha samtykket til å motta slik markedsføring i strid med markedsføringsloven § 15. Vedtaket var formulert slik:
- «1. Med hjemmel i markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. § 40, forbys Dag Rune Flåten 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. Med hjemmel i markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. § 41, skal Dag Rune Flåten 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.»**
- (17) Flåten ba 20. september 2023 om utsatt klagefrist til 31. oktober 2023, og fikk avslag på anmodningen 21. september 2023.
- (18) Flåten påklaget vedtaket 22. september 2023. Forbrukertilsynet fant ikke grunn til å omgjøre vedtaket, og oversendte klagen med innstilling 19. januar 2024 til Markedsrådet for behandling. Partene ble deretter gitt frist for eventuelle merknader i saken. Flåten sendte 2. og 21. februar 2024 merknader til Forbrukertilsynets innstilling til Markedsrådet.

Anførsler

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Flåtens tjenester er ikke næringsvirksomhet, da arbeidet tar sikte på å hjelpe berørte bileiere for å få erstatning. Flåten påtar seg slikt informasjonsarbeid som en frivillig privatperson, og formålet med SMS-ene var å henvise til redaksjonell omtale i mottakerens interesse, samt opplyse om berørte bileieres rettigheter og krav på erstatning. I vurderingen av om en aktivitet skal regnes som næringsvirksomhet, må det legges vekt på utsiktene til å gå med overskudd over tid. Basert på Forbrukertilsynets uttalelser i saken, om at berørte bileiere ikke har krav på erstatning, kan det ikke legges til grunn at virksomheten vil gå med overskudd over tid.
- (20) Vedtaket er ugyldig grunnet norske forbrukermyndigheters manglende gjennomføring av aktiviteter pålagt av EU-domstolen. EU-kommisjonen har informert om at EU-domstolen har fastslått at bileiere rammet av utslippsjuks har rett på erstatning, og at norske forbrukermyndigheter er pålagt å hjelpe bileiere å få erstatningen de har rett på. Forbrukertilsynet bryter «EU-loven» ved ikke å bistå bileiere som er rammet av utslippsjuks med å få erstatning.
- (21) Majoriteten av klagen fra forbrukere som har mottatt SMS med informasjon om retten til erstatning og tilbud om gratis deltakelse i klagesakene er fremprovosert av Forbrukertilsynet. Dersom Forbrukertilsynet ikke hadde advart mot Flåten og hans arbeid med feilaktige opplysninger om berørte bileieres rett på erstatning, ville antallet klager fra forbrukere trolig vært tilnærmet null.
- (22) Etter «GDPR-lovgivningen» er det ikke lovstridig å sende SMS uten forutgående samtykke, dersom nytten av SMS-en er større enn belastningen. Det er ikke en stor belastning å motta en SMS med informasjon om rettigheter, der en samtidig får oversendt en lenke til en nettside med utfyllende informasjon.

Forbrukertilsynet har i det vesentlige anført:

- (23) Flåten tilbyr en tjeneste mot betaling, og markedsføring av denne tjenesten er en markedsføringshenvendelse. SMS-ene skal vurderes i sammenheng med informasjonen som gis på nettsiden som lenken i SMS-ene leder til. På den aktuelle nettsiden kan personer mot betaling melde seg på klagesak angående «Dieselgate» eller Tesla. Selv om forbrukerne kan velge ikke å betale ved påmelding gjennom en påmeldingsavgift, regnes et suksesshonorar i form av en prosentandel av en eventuell erstatningssum også som betaling.
- (24) Utsendelsen av SMS-ene ble gjort i næringsvirksomhet. Tjenesten som tilbys av Flåten er en bistandstjeneste, der Flåten påtar seg å føre klagesaker/gruppesøksmål mot ulike aktører på forbrukernes vegne. Forbrukerne betaler for tjenesten gjennom en påmeldingsavgift og/eller et suksesshonorar i form av en prosentandel av en eventuell erstatningssum. Flåten har drevet slik bistandstjeneste over en lengre periode rettet mot ulike aktører. Det er ikke tale om en enkeltstående tjeneste, men en organisert og systematisk praksis med å tilby bistand til forbrukere mot betaling. Formålet med SMS-ene er å fremme Flåtens tjenester mot betaling, uavhengig av om det er mulig for forbrukerne å melde seg på uten å betale en påmeldingsavgift. Hvorvidt tjenesten går med overskudd over tid er ikke avgjørende for om tjenesten er å anse som næringsvirksomhet. Det må uansett legges til grunn at bistandstjenesten er en organisert praksis med et profittmotiv. Dersom virksomheten ikke hadde et slikt profittmotiv, ville ikke et suksesshonorar vært nødvendig.

- (25) Erstatningsspørsmålet i tilknytning til «Dieselgate»-saken er ikke relevant for Forbrukertilsynets tolkning og håndheving av markedsføringsloven § 15, jf. § 39 og § 40. EU-domstolens uttalelser om erstatningskrav og lignende i tilknytning til «Dieselgate»-saken, samt hvorvidt det foreligger et erstatningskrav for bileiere som var omfattet av «Dieselgate»-saken, er ikke relevant for forståelsen av markedsføringsloven § 15. Vedtaket er i overenstemmelse med EU-lovgivningen på området.
- (26) Antall klager fra forbrukere kan være en indikasjon på hvor stort forbrukerproblemet er, men er ikke avgjørende for vedtakskompetansen. Lovbruddene gjelder gjentatte brudd på markedsføringsloven § 15. Denne formen for markedsføring er særlig påtrengende og er et inngrep i forbrukernes private sfære. Hensynet til forbrukerne tilsier at det er behov for vedtaket i denne saken.
- (27) Markedsføringsloven § 15 regulerer utsendelse av markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, herunder SMS. Vilåårene for å sende ut elektronisk markedsføring er ikke regulert av lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger («personopplysningsloven») som gjennomfører personvernforordningen (EU 2016/679). Det er ikke relevant for vurderingen etter markedsføringsloven § 15 om utsender mener nytten er større enn belastningen for den som mottar SMS-en.

Markedsrådetts vurdering

- (28) Markedsrådet skal ta stilling til Flåtens klage over Forbrukertilsynets forbudsvedtak med tvangsmulkt 20. september 2023.
- (29) Vilåårene for å ilegge forbudsvedtak med tvangsmulkt følger av markedsføringsloven § 40 og § 41, jf. § 39 første ledd. Det må for det første foreligge en overtredelse av en eller flere bestemmelser som nevnt i markedsføringsloven § 35 andre ledd, jf. § 40. I denne saken er det tale om eventuelle brudd på markedsføringsloven § 15, som gjelder begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder. For det andre må det konkrete inngrepet tilsies av hensyn til forbrukerne eller av andre hensyn loven skal ivareta, jf. markedsføringsloven § 39 første ledd, sammenholdt med § 35 andre ledd.
- (30) Markedsrådet skal først ta stilling til om det foreligger overtredelser av markedsføringsloven § 15.
- (31) Innledningsvis finner Markedsrådet grunn til å understreke at hvorvidt forbrukere har krav på erstatning i den såkalte «Dieselgate»-saken, og nasjonale forbrukermyndigheters påståtte plikt til å informere og bistå berørte forbrukere med å få erstatning, ikke er relevant i denne saken. Det samme gjelder Flåtens involvering i andre klagesaker som han skal ha gjennomført på vegne av forbrukere. I denne sammenheng understrekes det at vilåårene for å sende elektronisk markedsføring ikke er regulert av personopplysningsloven som gjennomfører personvernforordningen (EU 2016/679). Det er markedsføringsloven § 15 som regulerer utsendelse av markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon. Bestemmelsen gjennomfører kommunikasjonsverndirektivet (direktiv 2002/58/EF) artikkel 13 nr. 1. Dersom vilåårene i markedsføringsloven § 15 er oppfylt, foreligger det brudd på loven, uavhengig av hva som har vært formålet med utsendelsen av markedsføringen og om utsenderen eller mottakeren mener nytten av markedsføringshenvendelsene er større enn belastningen.

- (32) Forbudet i markedsføringsloven § 15 gjelder utsendelse av markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon. Det følger av bestemmelsens første ledd at det i næringsvirksomhet er forbudt uten mottakerens forutgående samtykke, å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved elektronisk post. Med elektronisk post menes i denne sammenheng enhver henvendelse i form av tekst som sendes via et elektronisk kommunikasjonsnett, herunder tekstmeldinger til mobiltelefon, jf. § 15 fjerde ledd. Etter § 15 tredje ledd gjelder ikke kravet til forhåndssamtykke i markedsføring ved elektronisk post i eksisterende kundeforhold der den næringsdrivende avtaleparten har mottatt kundens elektroniske adresse i forbindelse med salg.
- (33) Markedsrådet legger til grunn at det i all hovedsak er enighet mellom partene om sakens faktiske sider. Flåten har i brev 19. september og 8. desember 2022 bekreftet at det er han som står bak og leverer klagetjenesten som tilbys gjennom nettsiden bilklager.no. Det er heller ikke omtvistet at Flåten har sendt SMS-er til forbrukere uten forutgående samtykke eller et eksisterende kundeforhold. Det er den næringsdrivende som må sannsynliggjøre at lovens krav til forutgående samtykke er oppfylt. Flåten har etter Forbrukertilsynets informasjonspålegg 6. februar 2023 og gjentatte forespørsler fra tilsynet, ikke fremlagt noen opplysninger eller dokumentasjon på at forbrukerne har avgitt et forutgående samtykke til å motta SMS-en. Markedsrådet legger etter dette til grunn at Flåten i hvert fall har sendt 336 SMS-er til forbrukere som ikke har avgitt et forutgående samtykke til slik utsendelse, selv om det reelle antallet trolig er vesentlig høyere.
- (34) Markedsrådet må videre ta stilling til om SMS-ene ble sendt «i næringsvirksomhet» og utgjorde «markedsføringshenvendelser», jf. markedsføringsloven § 15.
- (35) Markedsføringsloven inneholder ingen legaldefinisjon på begrepet «næringsvirksomhet». I Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) side 190 er det imidlertid gitt føringer for hva som skal til for at noen skal anses å utøve næringsvirksomhet. Her blir det blant annet uttalt at det må antas å ligge en forutsetning om en vedvarende virksomhet eller en virksomhet av et visst omfang. Det er ikke krav om at virksomheten er profittbasert, og også virksomhet der overskuddet går til allmennyttige formål kan etter omstendighetene være omfattet av næringsvirksomhetsbegrepet. Videre fremgår det at virksomheten som ellers må vurderes etter art, omfang og formål. I henhold til EU-kommisjonens veiledning til fortolkning og anvendelse av handelspraksisdirektivet (direktiv 2005/29/EF) skal det i vurderingen av om handlingen er utøvd i næringsvirksomhet, også blant annet legges vekt på om selgeren har et profittorientert motiv, antallet, størrelsen og hyppigheten av transaksjoner, selgerens omsetning og om salget gjennomføres på en organisert måte, se tilsvarende i EU-domstolens dom, 4. oktober 2018, sak C-105/17, Kamenova, avsnitt 38.
- (36) Flåtens tjeneste er en bistandstjeneste, hvor han påtar seg å føre gruppesøksmål/klagesaker på vegne av forbrukere mot ulike aktører. Klagesakene som er omtalt i denne avgjørelsen gjelder søksmål i den såkalte «Dieselgate»-saken og et mulig søksmål mot Tesla. Forbrukerne betaler for tjenesten gjennom en påmeldingsavgift og/eller et suksesshonorar i form av en prosentdel av forbrukerens eventuelle erstatning.
- (37) På vedtakstidspunktet var det i henhold til nettsiden bilklager.no flere enn 10 000 deltakere i Flåtens pågående klagesaker. Flåten har inngitt informasjon som viser at han har drevet en slik bistandstjeneste over en lengre periode rettet mot flere ulike aktører. Flåten viser blant annet i e-post 2. februar 2024 til sin involvering i to saker fra 2018 og en sak fra perioden 2014-2016. Denne informasjon fremgår også på bilklager.no. Selv

om forbrukerne kan velge å melde seg på tjenesten gratis og utbetalingen av suksesshonoraret er en betinget betaling, foreligger det likevel en avtale om en tjeneste mot betaling. Både virksomhetens art og omfang tilsier at Flåten utøver næringsvirksomhet.

- (38) Suksesshonoraret er henholdsvis 50 prosent eller 30 prosent av en eventuell erstatning, avhengig av om forbrukeren betaler et påmeldingsgebyr ved innmelding på tjenesten. Basert på antallet deltakere i de pågående klagesakene og Flåtens estimat av et mulig erstatningsbeløp, vil det totale suksesshonoraret klart overstige kostnadene knyttet til å føre klagesakene for forbrukerne. Markedsrådet legger etter dette til grunn at Flåten har et profitorientert motiv ved bistandstjenesten. Basert på at forbrukere også kan melde seg på tjenesten ved å betale et påmeldingsgebyr, har Flåten trolig hatt en viss omsetning av bistandstjenesten.
- (39) Markedsrådet legger etter dette til grunn at Flåten gjennom sin bistandstjeneste utøver næringsvirksomhet, og at SMS-ene følgelig ble sendt i næringsvirksomhet.
- (40) Uttrykket «markedsføringshenvendelser» er heller ikke legaldefinert i markedsføringsloven, og var det heller ikke under markedsføringsloven av 1972. Uttrykkets innhold var imidlertid nært knyttet til fastleggelsen av det generelle anvendelsesområdet for 1972-loven. Av lovens forarbeider fremgår det at uttrykket «markedsføringshenvendelser» omfatter mer enn reklame og annonser, slik at også det som etter vanlig språkbruk omtales som informasjon, vil kunne være markedsføring i lovens forstand jf. Ot.prp. nr.62 (1999-2000) side 33.
- (41) Hensynet til forbrukerbeskyttelsen taler for at markedsføringsbegrepet ikke tolkes snevert, men i tråd med den vide definisjonen av begrepet «reklame» i direktivet om sammenlignede reklame (direktiv 2006/114), jf. MR-2019-827 (PostNord). 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 å fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser». Av interesse for forståelsen av markedsføringsbegrepet er også EU-domstolens dom 11. juli 2013, sak C-657/11, Belgian Electronic Sorting Technology, som i fortolkningen av direktivets definisjon av reklame uttalte at reklame, hensett til den vide definisjonen, kan foreligge i «særlig variierende former» (avsnitt 35).
- (42) Isolert sett kan ordlyden i SMS-ene fremstå som ren informasjon om muligheten til å kreve erstatning for berørte bileiere etter den såkalte Dieselgate og Teslas Software-oppdatering. Etter Markedsrådets syn må innholdet i SMS-ene imidlertid vurderes i sammenheng med den informasjon som gis på nettsiden som lenken i SMS-ene leder til. Informasjonen som samlet gis gjennom SMS-ene og bilklager.no, må etter Markedsrådets vurdering betraktes som et sammenhengende og kommersielt budskap, fordi den fremstår som en helhetlig og gjennomarbeidet felles henvendelse for Flåtens bistandstjeneste.
- (43) Etter Markedsrådets syn ligger en slik tolkning av begrepet markedsføringshenvendelse klart innenfor hva ordlyd, forarbeider og øvrige rettskilder tilsier. Det samlede rettskildebildet gir således ikke grunnlag for å anta at «markedsføringshenvendelser» skal tolkes slik at forbudet bare gjelder selve henvendelsen som sådan, det vil si, bare SMS-ene, uten å ta i betraktning informasjon som ellers gis gjennom lenker i SMS-ene. Det motsatte tolkningsalternativet, ville enkelt åpnet for omgåelser av forbudet i markedsføringsloven § 15.

- (44) Selv om Flåten har hatt som hensikt og formål å informere forbrukere om den påståtte retten på erstatning, finner Markedsrådet det ut fra informasjonen som gis på bilklager.no at Flåten åpenbart også har hatt som formål å øke oppmerksomheten og omsetningen av egen bistandstjeneste. Promoteringen av gruppesøksmålene/klagesakene, kan etter Markedsrådets oppfatning vanskelig sees å ha annet formål enn å øke omsetningen i egen virksomhet. Markedsrådet er derfor ikke enig i Flåtens argumenter om at henvendelsene faller utenfor forbudet i markedsføringsloven fordi hensikten og formålet med utsendelsen var å informere mottakerne om deres rettigheter, herunder deres angivelige rett på erstatning. Slike kombinerte budskap er å anse som «markedsføringshenvendelser» så lenge deler av budskapet er en markedsføring av utsenderens tjenester, se tilsvarende MR-2019-827 (PostNord).
- (45) Markedsrådet har etter dette kommet til at Flåten i næringsvirksomhet har rettet markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon. Det er heller ikke omtvistet at det ikke forelå forutgående samtykke eller et eksisterende kundeforhold. Det foreligger følgelig brudd på markedsføringsloven § 15.
- (46) Markedsrådet finner det klart at Forbrukertilsynet har vedtakskompetanse i denne saken, idet hensynet til forbrukerne tilsier at det gripes inn med forbudsvedtak med tvangsmulkt, jf. markedsføringsloven § 39 første ledd, jf. § 40. Det er i denne vurderingen lagt vekt på at det er tale om brudd på en sentral bestemmelse i forbrukerbeskyttelsen og at forbudet skal beskytte mot markedsføring som er særlig påtrengende og utgjør et inngrep i borgernes private sfære. Forbrukertilsynet har gjentatte ganger bedt Flåten om å avstå fra å sende direktemarkedsføring til forbrukere som ikke har avgitt et forutgående samtykke til dette. Til tross for dette, og etter gjentatt veiledning, har Flåten fortsatt å sende ut SMS-er til forbrukere uten forutgående samtykke, selv etter at han ble varslet om vedtaket og han bekreftet at han ikke ville sende ut flere SMS-er.
- (47) Flåten har anført at majoriteten av forbrukerklagene i saken er fremprovosert av Forbrukertilsynet. Markedsrådet understreker at selv om enkelte forbrukere, som har fått uanmodet SMS fra Flåten, potensielt ikke hadde fremsatt klage hvis ikke det hadde vært for Forbrukertilsynets uttalelser i media og på egen nettside, så er disse forbrukerne like fullt utsatt for lovbrudd fra Flåten. Som bemerket av Forbrukertilsynet, er uansett ikke antallet forbrukerklager avgjørende for vedtakskompetansen i denne saken.
- (48) Markedsrådet finner etter dette at det foreligger hjemmel for å treffe forbudsvedtaket med tvangsmulkt, jf. markedsføringsloven § 40 og § 41, jf. § 39.
- (49) Markedsrådet legger til grunn at forbudsvedtak som hovedregel skal ledsages av en tvangsmulkt, jf. markedsføringsloven § 42. Markedsrådet kan ikke se at det foreligger særlige grunner for å unnlate å ilegge tvangsmulkt i saken, jf. § 42 første ledd siste punktum.
- (50) Det følger av markedsføringsloven § 41 andre ledd at det ved fastsettelsen av tvangsmulkt skal legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre forbudsvedtaket. Utmålingen skal foretas etter en konkret, skjønnsmessig vurdering. Formålet med tvangsmulkten i denne saken er å bidra til at forbudsvedtaket etterleves, og mulkten må derfor settes tilstrekkelig høyt til å virke avskrekkende. Tvangsmulkten er av betinget karakter, og forfaller kun til betaling ved overtredelse av forbudsvedtaket.

- (51) I forskrift 14. februar 2023 nr. 193 om utmåling av tvangsmulkt og overtredelsesgebyr (utmålingsforskriften) § 4 er det gitt en ikke-uttømmende liste over momenter som det særlig skal legges vekt på ved utmålingen av tvangsmulkt. Det skal særlig legges vekt på hvilken type pålegg som ikke er etterkommet, hvor alvorlig unnlatelsen av å etterkomme pålegget er i forhold til de hensyn som pålegget skal ivareta, hvor byrdefullt det er for den næringsdrivende å etterkomme pålegget, den næringsdrivendes økonomiske evne og eventuelle fordeler ved ikke å etterkomme pålegget.
- (52) Formålet med markedsføringsloven § 15 er å verne fysiske personers grunnleggende rettigheter ved å beskytte forbrukerne mot uønsket elektronisk kommunikasjon, og bestemmelsen skal bidra til å sikre den enkeltes rett til privatlivets fred. Forbudet i denne saken skal følgelig sikre oppfyllelsen av en sentral bestemmelse i forbrukerbeskyttelsen.
- (53) Forbrukertilsynet har gjentatte ganger veiledet Flåten om forbudet i markedsføringsloven § 15, og bedt ham om å stanse utsendelsen av SMS-ene. Flåten har likevel ikke vist noen vilje til å innrette seg etter loven, og har fortsatt å sende SMS-er med markedsføring til forbrukere uten forutgående samtykke til å motta slik markedsføring, selv etter at han ble varslet om vedtaket og bekreftet at han ikke ville sende ut flere SMS-er.
- (54) Markedsrådet har i avsnitt 33 lagt til grunn at Flåten i hvert fall har sendt 336 SMS-er med markedsføring til forbrukere som ikke har avgitt et forutgående samtykke til å motta slik markedsføring. Det reelle antallet SMS-er og berørte forbrukere er trolig vesentlig høyere. Omfanget av lovbruddene taler etter Markedsrådets vurdering i seg selv for at det er tale om en grov overtredelse, og for at det er behov for vedtaket i denne saken.
- (55) På vedtakstidspunktet var det i henhold til nettsiden bilklager.no flere enn 10 000 deltakere i Flåtens pågående klagesaker. Ettersom forbrukerne kan melde seg på bistandstjenesten ved å betale et påmeldingsgebyr, vil Flåten trolig også hatt en viss omsetning av tjenesten. Markedsrådet er enig med Forbrukertilsynet i at det er behov for en tvangsmulkt av en viss størrelse for at insentivet til å overholde loven i fremtiden blir tilstrekkelig stort.
- (56) Markedsrådet har på denne bakgrunn ikke funnet grunn til å endre den ilagte tvangsmulkten.

Konklusjon

- (57) Markedsrådets konklusjon er at klagen ikke fører frem. Forbrukertilsynets vedtak 20. september 2023 blir å stadfeste.
- (58) Vedtaket er enstemmig.

Vedtak

Markedsrådet fatter etter dette følgende vedtak:

Klagen tas ikke til følge. Forbrukertilsynets forbudsvedtak med tilhørende tvangsmulkt av 20. september 2023 overfor Dag Rune Flåten stadfestes.

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

