



Lotterinemnda

Vedtak i Lotterinemnda 27. januar 2019

Sak

2018/0236 Lyoiness Europe AG og Lyoiness Norway AS – org.nr. 898800342 – klage over pålegg om stans av pyramidelignende omsetningssystem

Til stede: Leder Elisabeth Wittemann, medlem Åse Gustavsen og medlem Ingjald Sørhøy

Sakens bakgrunn

Lotteri- og stiftelsestilsynet (heretter Lotteritilsynet eller tilsynet) opprettet tilsyn med Lyoiness Norway AS (heretter Lyoiness Norway) og Lyoiness Europe AG (heretter Lyoiness Europe) i 2013. I tilsynsrapporten 16. september 2014 ble det konkludert med at Lyoiness Norway og Lyoiness Europe (heretter omtalt samlet som klager eller Lyoiness) i 2012 og 2013 hadde drevet et ulovlig pyramidelignende omsetningssystem i Norge, men at virksomheten på daværende tidspunkt ikke lenger var i strid med lotteriloven § 16 andre ledd.

Tilsynsrapporten ble påklaget 7. oktober 2014. Klagen ble avvist av Lotterinemnda i vedtak 1. juni 2015 fordi rapporten ikke var et enkeltvedtak.

Etter å ha mottatt en rekke henvendelser og tips om Lyoiness sin virksomhet i Norge, opprettet Lotteritilsynet på nytt tilsyn med Lyoiness i 2016. Etter gjennomført tilsyn varslet Lotteritilsynet at de ville fatte vedtak med pålegg om stans av virksomheten til Lyoiness i Norge 11. januar 2018. Lyoiness kom med innvendinger mot det varslede vedtaket i brev 8. februar 2018 og det ble gjennomført et møte mellom Lotteritilsynet og Lyoiness 14. mars 2018. I brev 20. mars 2018 ba Lotteritilsynet Lyoiness fremlegge ytterligere dokumentasjon og opplysninger i saken. Lyoiness fremla deler av den etterspurte dokumentasjonen i brev 20. april 2018, men valgte å holde tilbake regnskap for Lyoiness Europe. Etter ytterligere kommunikasjon mellom Lyoiness og Lotteritilsynet per e-post, orienterte Lyoiness i brev 8. mai 2018 om en planlagt endring i ordningen med rabattkuponger.

Lotteritilsynet traff 31. mai 2018 følgende vedtak:

«Lyoiness må umiddelbart stanse all drift av, deltagelse i og utbredelse av virksomheten i Norge da den er i strid med lotteriloven §16 andre ledd jf. første ledd».

På vegne av Lyoiness varslet Advokatfirmaet Schjødt AS ved advokat Olav Kolstad 7. juni 2018, at vedtaket ville bli påklaget, og begjærte at iverksettelsen av vedtaket skulle utsettes til etter at Lotterinemnda hadde ferdigbehandlet saken. På bakgrunn

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

av begjæringen til nemnda, vurderte Lotteritilsynet på eget initiativ om det skulle gis utsatt iverksettelse av vedtaket. Lotteritilsynet besluttet 13. juni 2018 utsatt iverksettelse frem til Lotteritilsynet selv hadde behandlet den varslede klagen, på følgende vilkår:

«1. Lyoness kan ikke verve nye salgsrepresentanter og lojalitetsbedrifter til omsetningssystemet.

2. Lyoness kan ikke selge rabattkuponger og andeler i kundeskyer.»

Etter ytterligere dialog mellom partene, fant Lotteritilsynet 19. juni 2018 at det skulle gis utsatt iverksettelse frem til Lotterinemnda hadde truffet sitt vedtak. Samtidig opprettholdt klager begjæringen til Lotterinemnda om utsatt iverksettelse. Nemnda besluttet 28. juni 2018 å gi utsatt iverksettelse på samme vilkår som Lotteritilsynet. Parallelt med at Lyoness begjærte utsatt iverksettelse for nemnda, fremsatte Lyoness begjæring om midlertidig forføyning for Oslo byfogdembete. I kjennelse 5. juli 2018 ble begjæringen ikke tatt til følge.

I brev 31. juli 2018 til Lotteritilsynet begjærte Lyoness innsyn i navn og kontaktinformasjon til et stort antall personer som i forbindelse med tilsynssaken har tipset Lotteritilsynet om virksomheten i Lyoness. Lyoness hadde innsyn i tipsene i anonymisert form. Lotteritilsynet avslo innsynsbegjæringen 7. august 2018. Vedtaket ble påklaget 10. august 2018, men opprettholdt av Kulturdepartementet i vedtak av 19. oktober 2018.

Lotteritilsynets vedtak av 31. mai 2018 ble påklaget 21. juni 2018. Etter ny vurdering kom Lotteritilsynet til at det ikke var grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. forvaltningsloven § 33. Klagen, Lotteritilsynets innstilling og sakens øvrige dokumenter ble deretter oversendt nemnda ved Lotteritilsynets brev 19. juli 2018.

Lyoness innga kommentarer til Lotteritilsynets innstilling i brev til Lotterinemnda 10. august 2018, og ytterligere merknader i brev 18. september 2018 og 6. desember 2018. Brevet 6. desember 2018 ble kommentert av Lotteritilsynet i brev 11. desember 2018. Lotterinemnda ba videre Lyoness i e-post 13. desember 2018 om en nærmere redegjørelse for en ny ordning med gavekort. Lyoness besvarte denne e-posten i brev 14. desember 2018. Brevet ble kommentert av Lotteritilsynet i brev 18. desember 2018. Endelig innga Lyoness sine merknader til Lotteritilsynets siste brev 19. desember 2018.

Lotterinemnda mottok 15. januar 2019 ytterligere skriv fra Lotteritilsynet med orientering om en tilsynssak i Italia overfor Lyoness. Klager kommenterte dette og kom med opplysninger om rettstilstanden i Østerrike, i brev til nemnda 21. januar 2019.

Lyoness sine anførsler

Lyoness påstår at vedtaket er fattet uten tilstrekkelig hjemmel, og at det derfor er ugyldig. Klager anfører at Lotteritilsynet har tolket loven for vidt og i strid med legalitetsprinsippet, lovgivers formål og Europaparlaments- og rådskonklusjon.

2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked (direktivet om urimelig handelspraksis). Lotteritilsynet hadde dermed ikke hjemmel til å fatte vedtak med pålegg om stans, og vedtaket er ugyldig.

Når det gjelder den konkrete lovanvendelsen peker klager særlig på at Lotteritilsynet har lagt til grunn at de fire vilkårene i lotteriloven § 16 andre ledd er elementer som inngår i en helhetsvurdering, at det ikke er vurdert om eventuelle pyramideeffekter er fremtredende, at det ikke er vurdert om deltakernes økonomiske gevinst er avhengig av stadig vekst av deltakere, og at det ikke er foretatt en bærekraftsvurdering. I tillegg hevder klager at tilsynet reelt sett har bortfortolket vilkåret om at innbetalinger må være nødvendig for å oppnå deltakerstatus.

Videre anfører klager at det ikke er grunnlag for å vurdere Cashback World og Lyconet samlet ved drøftelsen av om vilkårene i lotteriloven § 16 andre ledd er oppfylt. Når denne tilnærmingen er valgt anfører klager at Lotteritilsynet ikke i tilstrekkelig grad har skilt mellom kjennetegnene ved Cashback World og Lyconet, og at Cashback World i svært liten grad er nevnt. Ifølge klager har denne tilnærmingen medført at det er pålagt stans av et innkjøpsfellesskap for ca. 175 000 norske forbrukere (Cashback World), uten at det er påvist at det har noen av kjennetegnene til et ulovlig, pyramidelignende omsetningssystem.

I tillegg gjør klager gjeldene at bestemmelsen i lotteriloven § 16 andre ledd, som er en forbrukervernregel, ikke gir hjemmel for pålegg om stans av Lyconet, som er en markedsføringsvirksomhet for ca. 18 000 norske næringsdrivende. Etter klagers syn rammes ingen av de to omsetningsdelene av pyramidebestemmelsen uansett om de vurderes samlet eller hver for seg.

Videre hevder klager at vedtaket er uforholdsmessig, og at pålegg om retting ville ha vært tilstrekkelig. Dette innebærer at vedtaket er ugyldig etter ulovfestede regler om myndighetsmisbruk. Det er også anført at fristen for å etterkomme pålegget om stans, som var «umiddelbart», ikke er i samsvar med lotteriloven § 14 a, og at også dette medfører at vedtaket er ugyldig.

I tillegg anfører klager at mangelfull saksutredning, herunder at det lagt feil faktum til grunn for vedtaket, brudd på begrunnelsesplikten og usaklig forskjellsbehandling medfører at vedtaket er ugyldig.

I brevet til Lotterinemnda 6. desember 2018 fremmet klager en ny anførsel om at nemnda ved avgjørelsen måtte ta hensyn til en endring i Lyconet som var innført etter vedtaket 31. mai 2018. I styrevedtak 12. juni 2018 innførte Lyoness Europe AG en regel i Norge, som var ment å skulle sikre at det ikke vil være mulig for den enkelte markedsfører å kjøpe rabattkuponger uten også å kjøpe gavekort for samme beløp. Denne regelen vil ifølge klager sikre at minst 50 prosent av inntektene i Lyoness skriver seg fra salg eller bruk av ordinære varer og tjenester, og medføre at ett av de kumulative vilkårene i lotteriloven § 16 andre ledd, uansett ikke vil kunne være oppfylt.

Det vises for øvrig til klagen og etterfølgende skriftlige innlegg i sin helhet.

Om Lyoness

Ifølge Lyoness er de to selskapene Lyoness Europe og Lyoness Norway en del av et europeisk innkjøpsfelleskap, som består av et lojalitetsprogram som heter Cashback World, og næringsvirksomheten Lyconet, som har til formål å markedsføre Cashback World.

Lyoness Norway

Lyoness Norways virksomhet består i å drifte Cashback World i Norge. Cashback World er et lojalitetsprogram for små og mellomstore bedrifter som ikke har egne lojalitetsprogram, men som ønsker å øke omsetningen ved å gi kunder incentiver til å være lojale mot bedriften. Varene og tjenestene som omsettes i lojalitetsbedriftene, er forretningenes egne produkter.

I følge hjemmesiden til Cashback World gir lojalitetsprogrammet forbrukere muligheten til å tegne et gratis medlemskap som gir dem en andel av kjøpesummen tilbake, dersom de handler i bedrifter som er tilknyttet Cashback World (lojalitetsbedrifter), tilsvarende Trumf etc. Lyoness har i klagen opplyst at rundt 175 000 forbrukere er medlemmer i lojalitetsprogrammet, og at det av disse var 40 626 som registrerte handel i lojalitetsforretningene i 2017.

I tillegg til rabatt i form av penger tilbake, mottar medlemmer i Cashback World shoppingpoeng ved handel i lojalitetsbedriftene. Shoppingpoengene betales ikke ut i penger, men kan løses inn i spesialtilbud som lojalitetsbedriftene annonserer via Cashback Worlds hjemmeside eller app. Handel for 800 kroner gir etter det opplyste vanligvis mellom to og fem poeng. For medlemmer som har inngått en avtale med Lyoness Europe, danner shoppingpoengene også beregningsgrunnlaget for provisjon. Nemnda kommer tilbake til dette under gjennomgangen av Lyoness Europe.

Tidligere hadde medlemmer av Cashback World muligheten til å verve nye medlemmer mot en vennskapsbonus som besto av cashback på inntil 0,5 prosent av all omsetningen til vervede medlemmer, og inntil 0,5 prosent av omsetningen til medlemmer som disse igjen rekrutterte. Det ble inngått nye avtaler for medlemskap i Cashback World mars 2018, og etter revideringen av avtaleverket er denne muligheten ikke lenger tilgjengelig for Cashback Worlds medlemmer.

Bedrifter som ønsker å kjøpe deltakelse i lojalitetsprogrammet betaler for tjenestene i form av en kommisjon til Lyoness Norway. I tillegg betaler bedriftene en fast sats for drift av lojalitetsprogrammet. Kommisjonens størrelse beregnes ved å multiplisere all handel i bedriften som er registrert i lojalitetsprogrammet med en på forhånd fremforhandlet presentsats (etter det opplyste vanligvis mellom [REDACTED]).

Lyoness Europe

Lyonesse Europe driver Lyconet, som etter det opplyste er en nettverksmarkedsføringsvirksomhet. Nettverksmarkedsføring er ifølge Lyconets hjemmesider «en modell som tillater uavhengige gründere å selge sine produkter eller tjenester direkte til sine kunder markedsført gjennom jungeltelegrafene.»

Virksomheten i Lyconet består etter det opplyste i å øke antallet medlemmer i Cashback World, knytte til seg flere lojalitetsbedrifter i Cashback World og rekruttere enkeltpersoner til å markedsføre Cashback World gjennom Lyconet. Arbeidet utføres av selvstendige deltakere (kalt Lyconet-markedsførere) som er tilknyttet Lyonesse Europe. Tilknytningsforholdet er regulert gjennom Lyconet-avtalen med vedlegg. I henhold til Lyconet-avtalen punkt 6 og 8 og vedlegg 1, er virksomheten strukturert slik at deltakerne oppretter egne salgsnettverk i pyramidestruktur.

Lyonesse har i klagen opplyst at Lyonesse Europe har avtaleforhold med rundt 18 000 deltakere i Norge. Det fremkommer av Lyconet-avtalen punkt 3.2 at deltakerne ikke er ansatt av Lyonesse Europe, og heller ikke mottar lønn. Videre fremgår det at deltakerne må opptre som selvstendig næringsdrivende ved utførelsen av virksomheten.

Deltakerens mulighet for å bli kompensert for sitt arbeid for Lyonesse følger en på forhånd fastsatt kompensasjonsmodell, som inngår i vedlegg 1 til Lyconet-avtalen. Kompensasjonsplanen opererer med til dels svært komplekse mekanismer for om, og hvor mye deltakerne får i inntekt. Av betydning for saken er at både handel i Cashback World og kjøp av Lyonesse sine egne produkter, inngår i beregningsgrunnlaget.

Lyonesse sine produkter består av gavekort, markedsføringsmateriell, seminarer, rabattkuponger og andeler i kundeskyer. Omsetning av disse produktene gir muligheter for opptjening av poeng og potensiell inntjening. Ser man på totalomsetningen til Lyonesse, utgjør salg av rabattkuponger og andeler i kundeskyer omtrent 74 prosent av omsetningen ifølge tall Lyonesse har oppgitt for 2016.

En rabattkupong er et digitalt produkt Lyonesse tilbyr deltakere i Lyconet. En rabattkupong koster 400 kroner, og for denne prisen mottar kjøperen 50 shoppingpoeng og en rabattkupongsaldo på 400 kroner. De mottatte shoppingpoengene gir grunnlag for inntjening i Lyconet, men har ikke noen funksjon i Cashback World og kan derfor ikke benyttes til spesialtilbud. Rabattkupongsaldoen gir deltakeren en rett til å konvertere shoppingpoeng generert fra omsetning i hans/hennes nettverk til kontanter (såkalt re-cash) i henhold til en fastsatt kurs (ett shoppingpoeng = åtte kroner) helt til rabattkupongsaldoen går i null. For å få tilbakebetalt kjøpesummen på 400 kroner må det genereres omsetning i Cashback World for mellom 8000 og 10000 kroner. Velger deltakerne å innløse shoppingpoeng i kontanter vil poengene ikke inngå i beregningsgrunnlaget for provisjon i Lyconet.

Kjøp av andel i kundeskyer fungerer på samme måte som rabattkuponger, ved at deltakerne får shoppingpoeng og en rabattkupongsaldo som gir mulighet til å få kjøpesummen tilbakebetalt. En kundesky består av Cashback World-medlemmer som har registrert seg via internett eller lignende, og som ikke er vervet direkte av

en Lyconet-deltaker. Ved kjøp av andel i en kundesky får kjøperen en rett til å få tilskrevet en andel av shoppingpoengene som genereres av disse medlemmene. Hvor mange poeng det er snakk om er ikke opplyst. Deltakere som kjøper en andel i en kundesky, kjøper seg på denne måten en posisjon i et nivå over medlemmene som inngår i kundeskyen. En andel i en kundesky koster 12 000 kroner. Tilbakebetaling av kjøpesummen forutsetter dermed at deltakeren og hans/hennes nettverk generer omsetning i Cashback World på minst 240 000 kroner.

Nøkkeltall for Lyoness sin virksomhet i Norge

Lotteritilsynets vedtak er basert på den dokumentasjon Lyoness har valgt å inngi på vedtakstidspunktet. Lyoness har ikke villet inngi dokumentasjon for regnskapstall for Lyoness Europe, uten en bekreftelse på at disse vil bli behandlet konfidensielt. Lotteritilsynet har som svar til dette opplyst om at de er bundet av offentliglova og forvaltningslovens regler om taushetsplikt, og ikke kan gi noen garantier utover at opplysningene vil håndteres i henhold til norsk lov. Dette stiller seg på samme måte for Lotterinemnda. Lyoness har valgt ikke å inngi disse tallene. Nemnda har derfor måttet basere sine vurderinger på de tallene som er opplyst av Lyoness i ulike prosesskriv, uten at Lyoness rent faktisk har gitt tilstrekkelig dokumentasjon for riktigheten av tallene. De oppgitte tallene gjelder i hovedsak Lyoness sin virksomhet i 2016 og 2017, og ble oversendt Lotteritilsynet i brev 1. desember 2017. I likhet med Lotteritilsynet kan ikke nemnda se at det er sannsynliggjort endringer i inntektene av betydning for vedtaket. Tallmaterialet fra Lyoness er til dels angitt for forskjellige tidsperioder, der noe gjelder for 2016 mens noen tall er basert på hele perioden fra 1. januar 2016 til 1. desember 2017. På denne bakgrunn har Lotteritilsynet gjort følgende estimat av den årlige omsetningen i Lyoness i 2016:

	Utbetalinger i NOK	Innbetalinger i NOK
Kommisjon fra lojalitetsbedriftene		15 446 279
Drift av CRM system for lojalitetsbedriftene		3 903 521
Innbetalt totalt fra lojalitetsbedriftene		19 349 800
Salg av rabattkuponger til deltakerne		112 773 224
Salg av andeler i kundeskyer til deltakerne		54 167 850
Salg av mobile gavekort til deltakerne		30 637 874
Salg av seminar og arrangement til deltakerne		6 090 880
Salg av markedsføringsmateriell til deltakerne		2 849 587
Innbetalt totalt fra norske deltakere		206 519 415
Beregnet utbetalt deltakerne i Re-cash	11 400 000	
Beregnet utbetalt deltakerne i Cashback	2 700 000	
Beregnet utbetalt deltakerne i Vennskapsbonus	900 000	
Totalt	15 000 000	225 869 215

Nemnda legger disse nøkkeltallene til grunn for den videre vurderingen. Klager har opplyst at omsetningen av mobile gavekort ble avvirket etter 2016, og at vennskapsbonus ble avvirket i mars 2018.

Det rettslige grunnlaget

Det rettslige grunnlaget er forbudet mot pyramidelignende omsetningssystemer i lotteriloven § 16 andre ledd, jf. første ledd:

«Det er forbudt å opprette, drive, delta i eller utbre pyramidespill eller lignende system. Som omfattet av forbudet regnes ethvert system der det ytes vederlag for å få mulighet til å oppnå inntekter som bare følger av at andre verves til pyramidespillet mv.

Forbudet i første ledd omfatter pyramidelignende omsetningssystem der det ytes vederlag for å få mulighet til å oppnå inntekter som særlig skyldes at andre verves til systemet, og ikke salg eller forbruk av varer, tjenester eller andre ytelser.»

Den privates parts plikt til å dokumentere at virksomheten ikke er et pyramidelignende omsetningssystem følger av lotteriloven § 16 tredje ledd:

«Lotteri- og stiftelsestilsynet kan kreve at den som har hatt inntekter fra omsetningssystem der det ytes vederlag for å få mulighet til å oppnå inntekter fra systemet, dokumenterer at vedkommendes inntekter særlig skyldes salg eller forbruk av varer, tjenester eller andre ytelser, og ikke at andre verves til systemet.»

Forbudet i lotteriloven § 16 andre ledd implementerer det tilsvarende forbudet i Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked (direktivet om urimelig handelspraksis), som er en forbrukervernregel. Bestemmelsen rammer derfor bare omsetningssystemer som retter seg mot forbrukere.

I Ot.prp. nr. 97 (2004-2005) punkt 8.4. er det nærmere spesifisert hva som skal til for å rammes av forbudet:

«Annet ledd inneholder, i samsvar med EU-direktivet, et forbud mot pyramidelignende omsetningssystemer. For at de pyramidelignende omsetningssystemene skal kunne rammes av forbudet må følgende kumulative vilkår være oppfylt:

- 1) Det må dreie seg om en pyramidelignende struktur, dvs. et arrangement som er bygget opp i forskjellige nivåer,
- 2) hvor det ytes vederlag for deltakelse,
- 3) hvor deltakerne stilles i utsikt en mulighet for inntekt, og
- 4) hvor en slik inntekt særlig skyldes at andre verves til systemet, snarere enn ved salg eller forbruk av produkter».

Lovgivers intensjon ved utformingen av § 16 andre ledd var å formulere en «fleksibel og åpen regel som det ikke er lett å tilpasse systemet etter». Det ble videre fremholdt at det var virksomhetens reelle innhold som skulle være avgjørende ved

vurderingen, jf. Ot.prp. nr. 97 (2004–2005) punkt 8.1.2. Dette er fulgt opp i rettspraksis.

Det følger av lotteriloven § 14 a at Lotteritilsynet ved forhold i strid med loven kan «gi pålegg til den ansvarlige om å rette det ulovlige forholdet, eller om at den ulovlige virksomheten skal opphøre eller stenge. Ved utferdigelse av pålegg skal det settes en frist for oppfyllelse og gis opplysning om at vedtaket vil kunne følges opp med forelegg som kan få virkning som rettskraftig dom».

Av forvaltningsloven § 34 følger det at klageinstansen kan prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye opplysninger. I dette ligger at klageinstansen fullt ut kan prøve både rettsanvendelsen, saksbehandlingen, faktum og det frie skjønn. Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling.

Lotterinemndas vurdering

Innledning

Lotteritilsynet kom i sitt vedtak til at den samlede virksomheten i Lyoness rammes av forbudet i § 16 andre ledd i det den oppfyller de fire kumulative vilkårene som utledes av bestemmelsen. Etter tilsynets vurdering har Lyoness ikke dokumentert at virksomhetens inntekter særlig skyldes salg eller forbruk av varer, tjenester eller andre ytelser – og ikke at andre verves til systemet, jf. § 16 tredje ledd.

Lotterinemnda skal på samme måte vurdere de fire vilkårene, men ser først på spørsmålet om virksomheten skal vurderes samlet eller hver for seg, slik Lyoness anfører. Videre er det spørsmål om virksomheten eller omsetningssystemet, retter seg mot forbrukere.

Spørsmålet om Cashback World og Lyconet skal vurderes samlet

Lotteritilsynets vedtak gjelder stans av all Lyoness sin virksomhet i Norge, uavhengig av om virksomheten knytter seg til Lyoness Norway eller Lyoness Europe, og tilsynet har lagt til grunn at alle de norske deltakerne i systemet må vurderes samlet. Lyoness anfører at vedtaket må avgrenses til å gjelde den virksomheten som eventuelt er i strid med loven, og at det ikke er hjemmel for å treffe vedtak som rammer hele virksomheten. I denne sammenheng anfører Lyoness at det må skilles mellom Cashback World og Lyconet, fordi det både faktisk og rettslig er separate virksomheter med forskjellig innhold, forskjellig avtaleverk, forskjellige formål, og at det bare er Cashback World som retter seg mot forbrukere.

Lotterinemnda tar først stilling til hvorvidt Cashback World og Lyconet inngår i samme «omsetningssystem», og i så fall skal vurderes samlet ved avgjørelsen av om virksomheten rammes av forbudet i § 16 andre ledd.

Lyoness har i den forbindelse vist til at det i tiden etter Lotteritilsynets opprinnelige tilsyn med Lyoness i 2012 til 2014 har blitt gjennomført en rekke omstruktureringer som har hatt som formål å skille de to omsetningsdelene fra hverandre.

Det gjeldende avtaleverket og øvrig dokumentasjon som er fremlagt for nemnda viser likevel at det også etter endringene er en tydelig sammenheng og binding mellom omsetningen i de to selskapene, både formelt og reelt. Virksomheten i Lyconet består rent formelt utelukkende av markedsføring av Cashback World, og denne virksomheten har ingen formål eller funksjon uten at Cashback World eksisterer. Lyconet er dermed opprettet for å virke i sammenheng med Cashback World.

Videre viser kompensasjonsplanen i Lyconet-avtalen vedlegg 1 at deltakerne i Lyconet skal rekruttere deltakere til både Cashback World og Lyconet, og at både Lyconet- og Cashback World-medlemmer inngår i hans/hennes nettverk. Deltakerne i Lyconet mottar på denne måten inntekter fra omsetningen i både Cashback World og Lyconet. De er også medlemmer begge steder. Det vises til at Lyoness har presisert at alle Lyconet-deltakerne først og fremst er medlemmer av Cashback World, og at de i egenskap av å være Cashback World-medlemmer har mulighet til å opparbeide shoppingpoeng gjennom egne forbrukerkjøp som gir grunnlag for inntjening i Lyconet. På denne måten overlapper rollene som Cashback World-medlem og Lyconet-deltaker hverandre på en måte som tilsier at det i realiteten er ett omsetningssystem.

Klager har anført at Cashback World og Lyconet ikke kan vurderes samlet fordi det bare er en liten andel av Cashback World-medlemmene som også deltar i Lyconet. Klager har i denne forbindelse vist til Borgarting lagmannsretts dom 5. mars 2018 i WorldVentures-saken, hvor det ble vektlagt at 95 prosent av deltakerne både var medlem og selger i systemet. I Lyoness er 100 prosent av Lyconet-deltakerne også medlemmer av Cashback World, men dette utgjør bare omtrent ti prosent av Cashback Worlds totale medlemsmasse.

Klagers anførsel må ses i sammenheng med at klager gjør gjeldende at det er Cashback World, med sine 175 000 medlemmer, som er kjernevirksomheten i Lyoness. Tallene Lyoness har oppgitt viser imidlertid at virksomhetens inntekter i all hovedsak stammer fra Lyconet-delen. Omsetningen som registreres i Cashback World skjer primært i de deltakende bedriftene, og gir bare i liten grad inntekter for Lyoness. Det er dermed Lyconet som utgjør kjernen i Lyoness, og nemnda legger til grunn at medlemmene i Cashback World reelt sett har liten betydning for virksomheten i Lyoness. Etter nemndas syn kan det derfor ikke legges avgjørende vekt på medlemsmassen i Cashback World.

Faktum i Lyoness-saken skiller seg også fra det som var tilfellet i WorldVentures-saken, hvor inntektsstrømmene viste at selskapet hadde store inntekter fra både selgeravgifter og medlemsavgifter, slik at både rollen som selger og rollen som medlem reelt sett var vesentlige for virksomheten.

Nemnda finner på denne bakgrunn at det er av mindre betydning at deltakerne i Lyconet bare utgjør en liten andel av medlemsmassen i Cashback World.

Klager har videre anført at vurderingen uansett må avgrenses mot Cashback World fordi virksomheten i denne delen av systemet isolert sett utvilsomt er lovlig. Klager har i den forbindelse anført at bestemmelsen i § 16 andre ledd legger opp til at det

må foretas en vurdering av i hvilken grad et omsetningssystem eventuelt er i strid med loven, og at et vedtak må avgrenses mot den lovlige delen av virksomheten.

Nemnda er ikke enig i at bestemmelsen legger opp til en slik tilnærming. Det er i forarbeidene redegjort for at de pyramidelignende omsetningssystemene kjennetegnes ved at de påstår å tilby varer og tjenester i større eller mindre grad, og på denne måten kamuflerer det som reelt sett er et pyramidespill bak tilsynelatende lovlige nettverkssalg, se Ot.prp. nr. 97 (2004-2005) punkt 8.1.2. Pyramidelignende omsetningssystem vil dermed kunne ha innslag av virksomhet som isolert sett er lovlige, noe som «har gjort det vanskeligere å skille det lovlige fra det ulovlige», jf. Ot.prp. nr. 97 (2004-2005) punkt 8.1.2. Slike blandingsformer er i kjernen av det lovgiver har ment å ramme med forbudet, jf. proposisjonen punkt 8.4 om at det overordnede målet med lovendringen er å demme opp for og hindre omgåelsestilfellene. Etter nemndas vurdering innebærer dette at bestemmelsen også rammer deler av virksomheten som isolert sett kunne vært ansett som lovlige, all den tid formålet med den lovlige virksomheten er å kamuflere systemets ulovlige pyramideeffekt. En annen tilnærming ville gjort det enkelt å omgå forbudet, i strid med formålet med bestemmelsen.

Det er Lotterinemndas vurdering at Lyoness er innrettet slik at Cashback World i realiteten kamuflerer at den reelle omsetningen i systemet primært stammer fra Lyconet. Vedtaket kan dermed ikke avgrenses mot virksomheten i Cashback World.

Nemnda finner på grunnlag av den fremlagte dokumentasjonen at virksomheten i Lyoness utgjør ett omsetningssystem, hvor Lyconet og Cashback World inngår som deler i systemet. Som føringene fra forarbeidene og rettspraksis gir anvisning på, har ikke nemnda lagt avgjørende vekt på de formelle selskapsstrukturene ved vurderingen av virksomhetene, men omsetningssystemets reelle innhold.

I det følgende vurderer nemnda Lyoness sin virksomhet samlet, med utgangspunkt i at omsetningen i Lyconet utgjør kjernen i omsetningssystemet.

Næringsvirksomhet rettet mot forbrukere

Lyoness har anført at bestemmelsen i § 16 andre ledd ikke rammer Lyoness fordi regelen er en forbrukervernregel som utelukkende rammer næringsvirksomhet rettet mot forbrukere. I den forbindelse er det vist til at det i henhold til avtaleverket er en forutsetning for å bli deltaker i Lyconet at man oppretter et eget selskap og signerer Lyconet-avtalen som selvstendig næringsdrivende.

At bestemmelsen i § 16 andre ledd er en forbrukervernregel, følger direkte av ordlyden i EU-direktivet om urimelig handelspraksis, som den norske bestemmelsen implementerer. Forbudet rammer dermed bare næringsvirksomhet rettet mot forbrukere.

Det at forbudet rammer «omsetningssystem» tilsier at forbrukervernet også består dersom deltakerne i systemet til en viss grad driver med aktivitet som er forespeilet å gi dem et forretningsmessig utbytte. Dette følger også direkte av EU-domstolens fortolkning av bestemmelsen i C-515/12 (4finance) premiss 20: «First, such a

promotion is based on the promise that the consumer will have the opportunity of making a commercial profit.»

Lyonesse har fremhevet at deltakerne i Lyconet driver markedsføringsvirksomhet som selvstendig næringsdrivende. Tallene Lyonesse har oppgitt viser imidlertid at virksomheten i Lyconet primært er knyttet til salg av produkter innenfor omsetningssystemet, og da særlig rabattkuponger og andeler i kundeskyer. At deltakerne også markedsfører produktene de selger er et kjennetegn ved nettverkssalg. Realiteten i systemet er dermed at det omsettes produkter ved en type nettverkssalg, og det er ingenting som tilsier at den markedsføringen Lyconet-deltakerne driver med, reelt sett utgjør noen form for selvstendig markedsføringsvirksomhet. Denne typen omsetningsvirksomhet ligger i kjernen av det forbrukervernet som er implementert i § 16 andre ledd.

Lovgiver ønsket med lotteriloven § 16 andre ledd å forhindre arrangementer som kjennetegnes ved en stor tilpasningsdyktighet til myndighetenes reguleringer, men som ikke i realiteten representerer vesentlige endringer fra alminnelige pyramidespill. Nemnda legger i tråd med dette til grunn at Lyonesse ikke kan omgå regelverket ved å innta et vilkår i avtaleverket som pålegger forbrukerne å opprette eget selskap og signere Lyconet-avtalen som selvstendig næringsdrivende. I det følgende legger derfor nemnda til grunn at virksomheten i Lyonesse er rettet mot forbrukere.

Pyramidelignende struktur

Lotterinemnda skal vurdere det første vilkåret om at det må dreie seg om en pyramidelignende struktur, dvs. et arrangement som er bygget opp i forskjellige nivåer. Pyramidestrukturen rammes isolert sett ikke av forbudet, og er et kjennetegn ved andre typer lovlige omsetningssystemer, inkludert nettverkssalg.

Lyonesse anfører at dette vilkåret må forstås slik at det oppstiller et krav om at strukturen må oppstå gjennom verving av stadig nye deltakere. Det følger imidlertid av Ot.prp. nr. 97 (2004-2005) punkt 8.2.1 og 8.4 at dette vilkåret er rent strukturelt. Det er dermed tilstrekkelig å vise til at det fremgår av Lyconet-avtalens kompensasjonsplan at alle rekrutterte deltakerne i Lyonesse, både Cashback World-medlemmer (i avtalen omtalt som kunder) og Lyconet-deltakere (i avtalen omtalt som markedsførere) innplasseres i forskjellige nivåer i en pyramidestruktur. Når det gjelder Cashback World-medlemmer som registrerer seg på internett eller lignende, blir disse i realiteten innplassert i et nivå under deltakerne som kjøper andeler i kundeskyer.

Nemnda har kommet til at Lyonesse har en pyramidestruktur. Hvorvidt systemet også har de uheldige virkningene lovgiver har ønsket å forhindre («pyramideeffekten»), beror på om de øvrige kumulative vilkårene er oppfylt.

Vederlag for deltakerstatus

Det andre vilkåret som må vurderes er om det «ytes vederlag for deltakelse».

For å rammes av forbudet i § 16 andre ledd må det «ytes vederlag for muligheten til å oppnå inntekter», det vil si for å få deltakerstatus. Dette beror på en konkret

helhetsvurdering hvor de reelle forhold legges til grunn, jf. blant annet Ot.prp. nr. 97 (2004–2005) punkt 8.1.2 og Borgarting lagmannsretts dom i WorldVentures-saken pkt. 4.4.3. Vederlaget trenger ikke å være ytet direkte i form av en deltakeravgift, men kan ytes indirekte ved kjøp av overprisede produkter, jf. Ot.prp. nr. 97 (2004-2005) punkt 8.2.2.

Lyoness har anført at det ved vurderingen av om det ytes vederlag, skal legges avgjørende vekt på at deltakerne som bare er medlem i Cashback World ikke har mulighet til å foreta innbetalinger til Lyoness.

Som omtalt ovenfor viser tallmaterialet og den øvrige dokumentasjonen fra Lyoness, at omsetningen i systemet i all hovedsak skjer i Lyconet. Det er dermed i realiteten Lyconet som utgjør kjernen i omsetningssystemet, og vurderingen av om det ytes vederlag for deltakerstatus må reflektere dette.

Deltakerne i Lyconet betaler ingen direkte deltakeravgift. Spørsmålet blir dermed om det ytes vederlag ved kjøp av overprisede produkter.

Inntektene i Lyconet er primært knyttet til omsetningen av Lyoness sine egne produkter, i hovedsak rabattkuponger og andeler i kundeskyer. Deltakerne er ikke forpliktet til å kjøpe slike produkter, og klager har anført at så lenge det ikke foreligger rettslig plikt til å foreta innbetalinger, kan systemet ikke rammes av forbudet

Det kan ikke utledes av ordlyden «ytes vederlag for å få mulighet til å oppnå inntekter», at det må foreligge en rettslig plikt til å foreta innbetalinger. Det er de reelle forholdene som skal ligge til grunn for vurderingen, og det avgjørende er om systemet er innrettet slik at det rent faktisk betales vederlag for deltakelse. Dette gjelder selv om deltakerne rettslig sett har muligheten til å la være å betale. En slik forståelse er i tråd med lovgivers uttalte formål om å forhindre omgåelse av forbudet.

Kompensasjonssystemet i Lyconet-avtalen vedlegg 1 er bygget opp på en måte som gjør at mulighetene for inntekt uten å kjøpe rabattkuponger eller andel i kundeskyer er svært liten. For å få rett til å motta provisjon må deltakeren eller dennes nettverk generere omsetning tilsvarende 50 shoppingpoeng hver sjette uke. Tallene Lyoness har oppgitt viser at Lyconet-deltakerne ikke kan oppnå tilstrekkelig opptjening av shoppingpoeng fra handel i Cashback World alene. At kjøp av rabattkuponger eller andeler i kundeskyer i realiteten er en forutsetning for å kunne få inntekter fra systemet, underbygges også av at de aller fleste deltakerne rent faktisk kjøper disse produktene. Lyoness har i brev til Lotteritilsynet 1. desember 2017 opplyst at det på dette tidspunktet var 16 617 markedsførere i Norge, og at totalt 13 528 av disse hadde kjøpt rabattkuponger eller andel i kundeskyer. Dette utgjorde ca. 81 prosent av alle de daværende deltakerne.

Lyoness har anført at så lenge det er mulig å oppnå inntekter uten å kjøpe rabattkuponger, og enkelte deltakere rent faktisk avstår fra å kjøpe produkter av Lyoness, er det ikke rom for å konkludere med at rabattkupongene/andel i kundesky i realiteten er en deltakerbetaling.

Ved fastleggelsen av hva som er det reelle innholdet i virksomheten skal de mer overordnede trekkene ved virksomheten være avgjørende. Nemnda viser i den forbindelse til lagmannsrettens tilnærming til fastleggelse av det reelle innholdet i virksomheten i WorldVentures-saken. Her kom flertallet til at det ikke var et reelt skille mellom å være medlem og selger i systemet, selv om det i henhold til avtaleverket var mulig bare å inneha en av disse rollene, og ca. fem prosent av de norske deltakerne rent faktisk bare var henholdsvis selger eller medlem. Foranlediget av saksøkers anførsel om at det ut fra selskapets internasjonale virksomhet var grunnlag for å tro at andelen deltakere som bare var medlemmer ville stige, uttalte flertallet også følgende:

«For lagmannsretten er det opplyst at i juni 2017, altså 12 år etter selskapets oppstart i USA, var det i hele virksomheten ikke mer enn 25 prosent som bare var medlemmer. Etter flertallets syn underbygger tallene fra selskapets internasjonale virksomhet at rollen som selger er helt sentral for medlemmene i WorldVentures. En viss økning i andelen som bare var medlemmer i Norge, ville derfor ikke få noen betydning for flertallets vurdering.»

Det faktum at 81 prosent av deltakerne rent faktisk kjøper rabattkuponger og andeler i kundeskyer skal etter nemndas mening, likestilles med at kjøp av disse produktene er en forutsetning for deltakelse i systemet. Lyoness har i klagen uttalt at andelen deltakere som kjøpte rabattkuponger i 2016 og 2017 er noe lavere enn 81 prosent, uten at dette er dokumentert. Nemnda finner at dette uansett ikke får betydning for vurderingen.

Spørsmålet blir etter dette om deltakerne betaler en høyere pris enn den reelle verdien av produktene.

Lyoness har anført at kjøp av rabattkuponger og andeler i kundeskyer gir deltakerne verdier som tilsvarer prisen de betaler, og har i den forbindelse fremhevet at kjøpesummen tilbakebetales ved omsetning og at kupongen gir rabatt ved fremtidig handel. Det er i tillegg opplyst at kupongene kan brukes som et markedsføringsverktøy som kan bidra til økt handel i deltakerens nettverk.

En rabattkupong koster 400 kroner og gir deltakeren 50 shoppingpoeng, med rett til å få kjøpesummen tilbakebetalt dersom man genererer omsetning tilsvarende 50 shoppingpoeng, dvs. omsetning for minst 8000 kroner. Når omsetningskravet er oppfylt oppnår deltakeren også de vanlige medlemsfordelene i Cashback World, dvs. penger tilbake og muligheten til å bruke shoppingpoengene til spesialtilbud. Kundeskyer fungerer etter det opplyste i det vesentlige på samme måte som en rabattkupong.

Når det gjelder retten til å få kjøpesummen tilbakebetalt viser nemnda til dommen i WorldVentures-saken punkt 4.4.5, om at det må ses hen til hvorvidt en rettighet faktisk benyttes når rettigheten skal verdsettes. Som det fremgår av nøkkeltallene i tabellen foran på side 6, kjøpte deltakerne i Lyoness i 2016 rabattkuponger og andeler i kundeskyer for til sammen 166 941 074 kroner, mens Lotteritilsynet har beregnet at det samme år ble tilbakebetalt rabattkupongsaldo for 11 400 000 kroner. Nemnda bemerker at når en deltaker velger å konvertere shoppingpoeng til kontanter for å få tilbakebetalt kjøpesummen, vil disse poengene ikke inngå i

beregningsgrunnlaget for provisjon. Kompensasjonssystemet er dermed innrettet slik at deltakerne har insentiver til ikke å benytte seg av retten til å få tilbakebetalt kjøpesummen. All den tid retten til å få tilbakebetalt kjøpesummen i svært liten grad benyttes, anses den å ha liten verdi for deltakerne.

Nemnda finner heller ikke at den rabatten en rabattkupong gir ved fremtidig handel har en verdi som motsvarer kjøpesummen. Som det fremgår av produktbeskrivelsen på Lyconets hjemmesider er denne rabatten den samme som oppnås ved all handel registrert med Cashback-kortet (penger tilbake og muligheten til å benytte shoppingpoeng til spesialtilbud). Ettersom alle markedsførerne også er medlemmer i Cashback World, er dette en rabatt de allerede har muligheten til å oppnå vederlagsfritt.

Klager hevder videre at rabattkupongene har en verdi for deltakerne fordi den gir rask tilgang på shoppingpoeng som gir mulighet for høyere provisjon, og at den også har verdi som markedsføringsverktøy fordi hele eller deler av kupongen kan gis bort til deltakere i markedsførers nettverk for å generere økt omsetning i dennes nettverk. Når det gjelder kupongens funksjon som markedsføringsverktøy er det ikke dokumentert at kupongene faktisk benyttes på denne måten. Det fremstår dermed som om rabattkupongens reelle verdi ligger i at deltakerne stilles til utsikt en fremtidig inntekt, og at det er dette man betaler for.

Nemnda finner på denne bakgrunn at deltakerne i Lyoness ikke får tjenester eller andre ytelser som motsvarer innbetalingen ved kjøp av rabattkuponger og andeler i kundeskyer. Kjøp av disse produktene innebærer derfor at det betales et indirekte vederlag for deltakerstatus.

Det er vanskelig å vurdere om det betales overpris for Lyoness sine øvrige produkter, slik som startpakker, fysisk markedsføringsmaterieell og seminarer. Omsetning av disse produktene ga i 2016 en inntekt på 8 940 467 kroner for Lyoness. All den tid deltakeravgiftens størrelse ikke er av betydning for hvorvidt vilkåret om deltakerbetaling er oppfylt, er det ikke nødvendig å fastlegge om også disse produktene er overpriset for å konstatere at vilkåret om vederlag for deltakerstatus er oppfylt. Det vises for øvrig til at omsetningen av mobile gavekort, som i 2016 ga Lyoness en inntekt på 30 637 874 kroner, ble avsluttet etter en restrukturering av Lyoness, hvor blant annet Lyconet ble opprettet og hvor rabattkuponger og kundeskyer ble introdusert i Lyconet. Lotteritilsynet anså kjøp av mobile gavekort som deltakerbetaling, noe Lyoness har bestridt. Det er ikke nødvendig for Lotterinemnda å ta stilling til dette.

Mulighet til å få inntekt ved andres deltakeravgift

Lotterinemnda behandler det tredje og fjerde vilkåret samlet. Det skal vurderes om deltakerne stilles i utsikt en mulighet for inntekt ved at andre verves til systemet. Vilket innebærer ikke et krav om en sikker eller sannsynlig utsikt til inntekt. Det avgjørende «er om deltakeren stilles i utsikt en teoretisk mulighet for inntekt», jf. Ot.prp. nr. 97 (2004–2005) punkt 8.2.3. Herunder er det et spørsmål om forholdet mellom inntekter fra produktsalg og inntekt fra verving.

Inntekten kan være i form av tradisjonelle vervepremier, men systemet kan også legge opp til at deltakerne mottar inntekt eller provisjon basert på vervede deltakeres innskudd, jf. Ot. prp. nr. 97 (2004-2005) punkt 8.2.3. Avgjørende er at hele eller deler av utbetalingene fra systemet stammer fra de nye deltakeres deltakerbetaling. Det er denne direkte forbindelsen mellom inntekt og verving som er det sentrale elementet i et pyramidespill, og som er i kjernen av det lovgiver har ment å ramme i § 16 andre ledd, jf. Ot. prp. nr. 97 (2004-2005) punkt 8.2.3.

Lyoness har fremholdt at det ved vurderingen av om dette vilkåret er oppfylt må legges avgjørende vekt på at medlemmene i Cashback World verken har mulighet til å oppnå inntekt eller å verve nye deltakere. Nemnda legger til grunn at det er Lyconet som er kjernevirksomheten i Lyoness, og at det ved fastleggelsen av systemets reelle innhold er de mer overordnede trekkene ved virksomheten som vil være avgjørende. Med dette som utgangspunkt finner nemnda at det ikke kan være avgjørende at Cashback World-medlemmene ikke har mulighet til å få vederlag fra andres deltakeravgift.

Lyoness hevder at alle utbetalinger til deltakerne kommer fra kommisjonen Lyoness mottar fra lojalitetsbedriftene i Cashback World, og at muligheten for vederlag dermed er knyttet til reell økonomisk aktivitet. Nemnda finner det sannsynliggjort at kommisjonen fra lojalitetsbedriftene er en inntektskilde som stammer fra reell økonomisk aktivitet, men kan ikke se at Lyoness sin påstand for øvrig er dokumentert. Dette selv om Lotteritilsynet i medhold av bestemmelsen i § 16 tredje ledd gjentatte ganger har bedt Lyoness om å dokumentere at inntektene i systemet skyldes reell økonomisk aktivitet og ikke at andre verves til systemet.

Lotterinemnda bemerker at den ikke har forståelse for Lyoness sin begrunnelse for ikke å etterkomme krav om dokumentasjon av regnskapstall mv. Som Lyoness bør være kjent med, er beskyttelse av forretningshemmeligheter og andre taushetsbelagte opplysninger, ivaretatt i offentleglova. Det er vanskelig å forstå hvilken garanti Lyoness forventer utover det som følger av lovverket. Det fremgår av Lotteritilsynets innstilling til nemnda 19. juli 2018 på side 6 at «Lotteritilsynet har gitt Lyoness garanti for at vi ikke vil offentliggjøre taushetsbelagte opplysninger som fremgår av regnskapet». Nemnda viser også til tilsynets vedtak side 6 siste avsnitt om dette. Etter nemndas syn etterlater Lyoness her et inntrykk av manglende vilje til å opplyse saken for tilsynsmyndigheten.

Lyoness sin manglende overholdelse av plikten til å dokumentere at inntektene skyldes reell økonomisk aktivitet, jf. § 16 tredje ledd, får betydning for bevisvurderingen og nemnda har i utgangspunktet ingen plikt til å motbevise udokumenterte påstander om slike faktiske forhold. Nemnda finner imidlertid at den dokumentasjonen Lyoness har levert, uansett ikke er forenlig med påstanden.

Kommisjonen og øvrige innbetalinger fra lojalitetsbedriftene skal ifølge Lyoness dekke drift av CRM-systemet og tilbakebetaling av penger til medlemmene mv. Lyoness har redegjort for at omtrent [redacted] prosent av kommisjonen går til utbetaling av Lyconet-deltakernes provisjon. Samtidig bygger Lyoness sin kompensasjonsplan (Lyconet-avtalen vedlegg 1) på et system der deltakerne kan få inntekter på grunnlag av omsetning av rabattkuponger og andre Lyoness-produkter. Tallene fra Lyoness viser også at inntektene til Lyoness i all hovedsak stammer fra

omsetningen av rabattkuponger og andeler i kundeskyer. Kompensasjonssystemet i avtaleverket er dermed vanskelig å forene med at den absolutte rammen for utbetalinger bestemmes av den begrensede inntekten Lyoness har fra omsetningen i Cashback World, som i 2016 var på 19,35 millioner kroner.

For 2016 og 2017 har Lyoness i brev til Lotteritilsynet datert 15. november 2017 gitt konkrete opplysninger som viser at utbetalingene til elleve enkeltdeltakere alene overstiger ■■■ prosent av innbetalingene fra lojalitetsforretningene, som altså er påstått å skulle dekke utbetalingene til alle de 18 000 Lyconet-deltakerne.

Lotterinemnda legger vekt på at dokumentasjonen fra Lyoness viser at systemets inntekter i all hovedsak stammer fra kjøp av rabattkuponger og andeler i kundeskyer, og at Lyoness sine inntekter fra reell økonomisk aktivitet i Cashback World ikke er store nok til å finansiere utbetalingene til deltakerne i Lyconet. Nemnda finner det derfor sannsynliggjort at deltakernes provisjon finansieres av Lyoness sine inntekter fra salg av rabattkuponger og andeler i kundeskyer. Deltakernes mulighet for inntekt er dermed knyttet til at andre verves som deltakere til systemet.

Det er bare systemer hvor deltakernes inntekt særlig skyldes at andre verves til systemet, snarere enn ved salg eller forbruk av produkter, som rammes av forbudet i § 16 andre ledd. Det følger av Høyesteretts uttalelse i Rt. 2009 side 1601 (PlexPay) at et sentralt moment i denne vurderingen er «verdien på de omsatte varer og tjenester i forhold til medlemsavgiften». Dommen gjaldt straffeansvaret etter det gamle forbudet mot pyramidespill i lotteriloven § 16, men er også relevant for vurderingen av det tilsvarende vilkåret i § 16 andre ledd.

Innholdet i vilkåret er i ettertid nærmere klarlagt i WorldVentures-saken, hvor det blant annet ble konkludert med at manglende bærekraft ikke er et vilkår for å rammes av forbudet. Med bærekraft menes i denne forbindelse at systemet ikke er avhengig av stadig nye deltakere for å finansiere utbetalinger til eksisterende deltakere. Lagmannsretten la i punkt 4.4.5 til grunn at vurderingstemaet er om mer enn 50 prosent av systemets inntekter, som igjen finansierer utbetalingene til deltakerne, skyldes verveinntekter. Med verveinntekter menes deltakernes innbetalinger som ikke motsvares av reelle varer eller tjenester.

Klager har anført at kjernen i vurderingen av om systemet har tilstrekkelig reell økonomisk aktivitet likevel er en bærekraftvurdering. I den forbindelse har Lyoness anført at virksomheten er bærekraftig fordi det avgjørende i systemet ikke er om det rekrutteres stadig nye medlemmer, men at de eksisterende medlemmene fortsetter å omsette i systemet. Anførselen må ses i sammenheng med at klager legger til grunn at Cashback World og omsetning i lojalitetsbedriftene er kjernen i virksomheten. Lotterinemnda har imidlertid kommet til at det er kjøp og salg av produkter i Lyconet som i realiteten er kjernen i Lyoness. Når det gjelder kjøp av rabattkuponger og andeler i kundeskyer, har nemnda konstatert at dette i realiteten utgjør deltakerbetaling, og omsetningen av disse produktene er ikke bærekraftig.

Spørsmålet blir etter dette om deltakerinnbetalingene utgjør mer enn 50 prosent av inntektene i Lyoness.

Nemnda finner det sannsynliggjort at bedriftene som betaler for å være en del av lojalitetsprogrammet Cashback World betaler for en reell tjeneste som motsvarer innbetalingene. Basert på tallene fra 2016 utgjorde disse innbetalingene totalt 19 349 800 kroner, jf. tabellen på side 6.

Deltakerne i Lyconet har til sammenligning totalt betalt inn 206 519 415 kroner, hvorav 166 941 074 kroner stammer fra salg av rabattkuponger og andeler i kundeskyer.

Når det gjelder Lyoness sine øvrige inntekter på til sammen 39 578 341 kroner har nemnda, basert på den dokumentasjonen Lyoness har levert, funnet det vanskelig å vurdere hvorvidt deltakernes innbetalinger motsvares fullt ut av reelle motytelser. Av denne summen stammet 30 637 874 kroner fra salg av mobile gavekort. Salget av produktet ble avsluttet etter 2016 og det har ikke vært nødvendig for nemnda å ta stilling til om kjøp av mobile gavekort i realiteten var deltakerbetaling. De resterende inntektene på 8 940 467 kroner stammer fra salg av markedsføringsmateriell og seminarer mv. Samlet er disse øvrige inntektene i kombinasjon med innbetalingene fra lojalitetsbedriftene, uansett vesentlig lavere enn inntektene fra deltakerinnbetalingene og det er ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt også disse produktene er overpriset for å konstatere at vilkåret om at inntektene hovedsakelig stammer fra verveinntekter er oppfylt.

Etterfølgende styrevedtak om endringer i omsetningssystemet

I brev til Lotterinemnda 6. desember 2018 ble det fremlagt protokoll fra styremøte 12. juni 2018 i selskapet Lyoness Europe AG. I møtet ble det truffet vedtak om endringer i omsetningssystemet som følge av Lotteritilsynets vedtak 31. mai 2018. Styrevedtaket gikk ut på at

«det som strakstiltak innføres en ordning i Norge som sikrer at Lyconet Markedsførere i fremtiden kun kan bestille Rabattkuponger hvis de også kjøper gavekort for samme verdi.

Dette skal sikre at mer enn 50 % av inntektene alltid genereres ved salg eller bruk av produkter eller tjenester.»

Det ble videre besluttet at ordningen skulle implementeres umiddelbart.

Lyoness har anført at Lotterinemnda ved avgjørelsen må hensynta den nye ordningen som i seg selv innebærer at Lyconet er innrettet på en måte som gjør at den ikke kan komme i konflikt med forbudet i § 16 andre ledd. Samtidig mener klager at nemnda må se bort fra de begrensningene i selskapenes virksomhet som følger av vedtaket 28. juni 2018 om utsatt iverksettelse.

Lotteritilsynet har vist til at opplysningen om den nye ordningen ikke gir dokumentasjon for at inntektene i Lyoness særlig skyldes salg eller forbruk av varer, tjenester eller andre ytelser, og ikke at andre verves til systemet, jf. lotteriloven § 16 tredje ledd. Det er påpekt at informasjonen om en slik endring, heller ikke ved et nytt tilsyn ville blitt ansett som tilstrekkelig dokumentasjon. Lotteritilsynet bemerker også at Lyoness i sin vurdering om at virksomheten nå er

innrettet i samsvar med loven, har sett bort fra verveinntektene de har hatt siden 2016 og frem til iverksetting av den nye ordningen. Det er videre påpekt at Lyoness sitt syn innebærer at det vil bli lettere å omgå forbudet i § 16 og åpner for tilpasninger som loven er ment å motvirke. Det blir også enda mer utfordrende å føre et effektivt tilsyn med pyramidelignende omsetningssystem slik loven og dokumentasjonsplikten i tredje ledd skal ivareta.

Lotterinemnda er enig i at klageorganet som hovedregel skal treffe vedtak på grunnlag av de opplysningene som foreligger på vedtakstidspunktet, og at opplysningene i styrevedtaket 12. juni 2018 inngår i nemndas vurderingsgrunnlag. Endringen i vilkårene for kjøp av rabattkuponger, trådte i kraft etter Lotteritilsynets vedtak 31. mai 2018 om stans av virksomheten. Selv om deler av vedtaket senere er gitt utsatt iverksettelse, har ikke Lyoness kunnet selge rabattkuponger og andeler i kundeskyer i perioden etter at endringen ble innført. Lyoness har opplyst at de har overholdt vilkårene for utsatt iverksettelse. En vurdering av effekten av den vedtatte endringen vil dermed være en hypotetisk vurdering av en fremtidig situasjon, som nemnda ikke kan se at det foreligger tilstrekkelig grunnlag for å vurdere hvordan vil utspille seg. Særlig gjelder dette i en situasjon som her, hvor Lyoness ikke har etterkommet krav om fremleggelse av dokumentasjon i forbindelse med tilsynet, jf. § 16 tredje ledd. Det har således heller ikke skjedd noen endring av de faktiske forholdene i saken sammenlignet med det som er fastlagt gjennom Lotteritilsynets tilsyn med Lyoness. Det vises i denne forbindelse også til Borgarting lagmannsrett dom i WorldVentures-saken punkt 4.4.1. Foranlediget av saksøkers anførsel om at selskapets virksomhet i Norge var preget av tilsynssaken, og at vedtaket måtte legges til grunn en hypotetisk utvikling tilsvarende den internasjonale utviklingen i selskapet, uttalte flertallet følgende:

«Flertallet bemerker at vurderingen må skje på grunnlag av den norske virksomheten på vedtakstidspunktet, og de faktiske tallene som var tilgjengelige for Lotterinemnda. Det er ikke bevismessige holdepunkter for en hypotetisk utvikling tilsvarende den internasjonale utviklingen.».

Opplysningen i styrevedtaket 12. juni 2018 om endringen i omsetningssystemet, endrer ikke nemndas vurdering.

Oppsummering

Nemnda har etter dette kommet til at hele Lyoness sin virksomhet må vurderes som ett samlet omsetningssystem, og at det rammes av forbudet i lotteriloven § 16 andre ledd som et ulovlig pyramidelignende omsetningssystem. Nemnda har kommet til at omsetningssystemet retter seg mot forbrukere og at systemet har en pyramidelignende struktur hvor det ytes vederlag for deltakelse. I tillegg stilles deltakerne i utsikt for en mulighet for inntekt, og inntektene skyldes at andre verves til systemet, snarere enn ved salg eller forbruk av varer, tjenester eller andre ytelser.

Saksbehandlingsfeil

Lyoness har anført at Lotteritilsynets vedtak lider av saksbehandlingsfeil som innebærer at vedtaket må settes til side som ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41. Lyoness har blant annet gjort gjeldende at Lotteritilsynet har basert vedtaket på feil

faktum ved å legge vekt på tips i saken, uten at det er lagt frem underliggende dokumentasjon for det som fremkommer av tipsene, og at Lotteritilsynet samtidig har lagt feil og ufullstendig faktum til grunn. Videre anfører Lyoness at det foreligger brudd på begrunnelsesplikten, og til slutt at det foreligger usaklig forskjellsbehandling ved at tilsynet ikke foretar samme avgrensning som lagmannsretten gjorde i WorldVentures-saken i relasjon til hvilke deler av virksomheten som er lovlig og hva som er i strid med forbudet og derfor må opphøre.

Nemnda er ikke enig i at Lotteritilsynet har bygget på feil faktum. En eventuell vektlegging av tips har uansett ikke vært avgjørende for vurderingen av om vilkårene i lotteriloven § 16 andre ledd er oppfylt. Lotteritilsynet har vurdert alle vilkårene i loven, og innhentet den nødvendige dokumentasjon for å vurdere hvorvidt vilkårene er oppfylt. Det er sendt ut forhåndsvarsel, jf. forvaltningsloven § 16, og partene, som har vært representert ved advokat, har hatt alle oppfordringer til å dokumentere og begrunne relevante opplysninger og dokumentasjon i saken, hvilket ikke er gjort blant annet i relasjon til regnskapstall for Lyoness Europe.

Nemnda kan heller ikke se at det foreligger brudd på begrunnelsesplikten eller usaklig forskjellsbehandling. Ingen av anførselene som gjelder saksbehandlingsfeil kan føre frem, og det er ikke grunnlag for å sette vedtaket til side på grunn av saksbehandlingsfeil.

Pålegg om stans er uforholdsmessig inngripende

Til slutt har Lyoness anført at etter forholdsmessighetsprinsippet må inngrepet være nødvendig, ikke strengere enn det som er nødvendig for å oppnå lovens formål, og at det må være et rimelig forhold mellom overtredelsen og reaksjonen. Lyoness gjør gjeldende at stans av virksomheten er en uforholdsmessig sanksjon i denne saken, og at retting ville vært et tilstrekkelig tiltak.

Lotterinemnda har i likhet med tilsynet kommet til at det ikke er grunnlag for å begrense pålegget om stans, til deler av virksomheten. Det vises til at virksomheten i begge selskapene samlet vurdert, utgjør et ulovlig pyramidelignende omsetningssystem. Dette tilsier at ingen deler av den ulovlige virksomheten skal fortsette.

Lotteritilsynet vurderte et mindre inngripende vedtak gjennom retting av virksomheten. Tilsynet kom til at retting ikke var hensiktsmessig eller egnet under henvisning til å unngå tilpasninger og omgåelse av regelverket, og tatt i betraktning overtredelsens alvor og omfang. Lotterinemnda er enig i dette. Nemnda peker også på at det ville gitt et uheldig signal og svekket tilsynsmyndighetene rolle og funksjon, hvis det blir gitt adgang til retting i en så alvorlig sak, og hvor plikten til å fremlegge dokumentasjon etter § 16 tredje ledd ikke er etterkommet. Nemnda kan heller ikke se at det ved denne typen overtredelse er uforholdsmessig eller i strid med lotteriloven § 14 a, å kreve umiddelbar oppfyllelse av pålegget.

Tilsynets pålegg om stans er ikke uforholdsmessig.

Konklusjon

Lotterinemnda har kommet til at Lyoness sitt omsetningssystem rammes av lotteriloven § 16 andre ledd og er et ulovlig pyramidelignende omsetningssystem.

Lotteritilsynets vedtak 31. mai 2018 er ikke beheftet med saksbehandlingsfeil og er heller ikke uforholdsmessig. Lotterinemnda har ikke funnet grunn til å gi adgang til å rette det ulovlige forholdet. Lyoness (Lyoness Europe AG og Lyoness Norway AS) skal stanse all virksomhet.

Vedtak

Klagen tas ikke til følge.

Dokumentet er godkjent elektronisk