



Markedsrådet

Markedsrådets avgjørelse 9. mars 2023

Sak: 2022/1385
Klager: Blivakker.no AS
Innklaget: Forbrukertilsynet

Markedsrådets medlemmer: Finn Arnesen, Jens-Henrik Lien og Monica Viken

Sakens bakgrunn:

- (1) Saken gjelder klage over Forbrukertilsynets vedtak mot Blivakker.no AS (heretter også «selskapet») 28. juni 2022. Selskapet ble ilagt overtredelsesgebyr på fire millioner kroner og tvangsmulkt på fem millioner kroner ved fremtidige brudd på en nærmere definert forbudsbestemmelse.
- (2) Selskapet hadde driftsinntekter på 705 842 503 kroner i 2020. Driftsresultatet var på 111 041 392 kroner.
- (3) Forbrukertilsynet henvendte seg til selskapet per brev 11. januar 2021. Det ble orientert om at selskapets salgsmarkedsføring i forbindelse med Black Friday 2020 fremstod å være i strid med kravene som stilles til bruk av reelle førpriser. Det ble vist til at ifølge *prisjakt.no* var flere av selskapets produkter tilbudt til en lavere pris enn markedsført førpris forut for kampanjestart. Tilsynet forutsatte at fremtidig markedsføring ville skje i samsvar med markedsføringsloven, og viste til at saken dermed var å anse som avsluttet fra deres side.
- (4) På selskapets hjemmeside stod det 26. november 2021 «BLACK FRIDAY SPECIAL DEAL» med 25 til 55 prosent rabatt på «nesten hele butikken». Produkter var oppgitt med både nå- og førpris, samt en oppgitt prosentbesparelse.
- (5) Selskapet ble 5. april 2022 varslet om ileggelse av overtredelsesgebyr på fire millioner kroner, og løpende tvangsmulkt på fem millioner kroner for hver gang en nærmere definert forbudsbestemmelse ville bli overtrådt. Det vises til vedtaket, inntatt under, som i innhold tilsvarer varselet. I varselet var det vist til at selskapet også i forbindelse med Black Friday 2021 hadde markedsført produkter på egen hjemmeside med prisfordeler som ikke var reelle. Vedlagt var en liste med 30 produkter Forbrukertilsynet mente var solgt på *blivakker.no* uten bruk av reelle førpriser.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

- (6) I merknadene til forhåndsvarslet 9. mai 2022 påpekte selskapet at man var av den oppfatning at de oppgitte førprisene under Black Friday 2021 var reelle, ettersom de aktuelle produktene var solgt i betydelig utstrekning til den aktuelle førprisen i perioden forut for salgskampanjen.
- (7) Forbrukertilsynet fattet 28. juni 2022 vedtak om overtredelsesgebyr og vedtak med tvangsmulkt mot selskapet for brudd på markedsføringslovens bestemmelser om villedende markedsføring. Vedtaket var formulert slik:
- «1. Blivakker.no AS ilegges et overtredelsesgebyr på 4 000 000 – fire millioner – kroner for brudd på markedsføringsloven § 6 jf. § 7.
2. Blivakker.no AS forbys å markedsføre produkter med prisfordeler sammenlignet med egen førpris, dersom selskapet ikke kan fremlegge dokumentasjon på at førprisen er reell, jf. markedsføringsloven § 6, jf. § 7.
3. Blivakker.no AS skal betale 5 000 000 – fem millioner – kroner i tvangsmulkt for hver gang selskapet overtrer eller medvirker til overtredelse av forbudet i punkt 2.»
- (8) Blivakker.no AS (heretter også «klager») påklaget vedtaket 19. august 2022. Klagen var begrenset til størrelsen på utmålingen av overtredelsesgebyret og tvangsmulkten. Forbrukertilsynet har vurdert klagen, men opprettholdt vedtaket. Klagen ble oversendt Markedsrådet for behandling ved ekspedisjon 6. oktober 2022, og partene ble deretter gitt frist for eventuelle ytterligere bemerkninger i saken.
- (9) Muntlig behandling i Markedsrådet ble gjennomført 19. januar 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Overtredelsesgebyret og tvangsmulkten er satt for høyt. Grunnlaget Forbrukertilsynet har oppgitt med hensyn til selskapets omsetning og resultat er uriktig. Uansett er utmålingen for høy, sett hen til gjeldende praksis og overtredelsens karakter. Moderniseringsdirektivet, som ikke har trådt i kraft, kan ikke brukes som et argument for å oppjustere størrelsen på overtredelsesgebyret og tvangsmulkten. Det må videre tillegges vekt at regelverket er uklart med hensyn til bruk av reelle førpriser.

Forbrukertilsynet har i det vesentlige anført:

- (11) Det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at klager med hensikt benyttet førpriser som ikke var reelle under salgskampanjen. I alle tilfeller har selskapet opptrådt grovt uaktsomt.
- (12) Lovbruddet har medført et stort inntjeningspotensial for selskapet, da villedende førpriser er særlig egnet til å påvirke forbrukerne. Sett også hen til at tidligere vedtak på både på prisfeltet og knyttet til brudd på markedsføringsloven generelt, ikke har hatt en tilstrekkelig allmennpreventiv effekt, bør overtredelsesgebyret settes høyt i saken. Det understrekes at man har adgang til å skjerpe utmålingen i forhold til tidligere praksis.

Markedsrådets vurdering:

- (13) Markedsrådet skal ta stilling til delvis klage over Forbrukertilsynets vedtak av 28. juni 2022 om illeggelse av overtredelsesgebyr og forbudsvedtak med tvangsmulkt mot Blivakker.no AS. Selskapet ble ilagt overtredelsesgebyr på fire millioner kroner for brudd på markedsføringsloven § 6 jf. § 7 og forbudsvedtak med tvangsmulkt på fem millioner kroner for fremtidige brudd på forbudsvedtaket, hjemlet i markedsføringsloven § 6 jf. § 7. Klagen gjelder utmåling av overtredelsesgebyr og tvangsmulkt.
- (14) Markedsrådet legger til grunn at de materielle vilkår for brudd på regler om villedende prismarkedsføring i markedsføringsloven § 7 første ledd bokstav d, jf. andre ledd er oppfylt og at handlingen dermed er urimelig og forbudt etter § 6 første jf. fjerde ledd. Selskapet har markedsført produkter med prisfordeler sammenlignet med egen førpris, uten å fremlegge dokumentasjon på at førprisen er reell. Selskapet bestrider heller ikke at vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr i markedsføringsloven § 42 første ledd er oppfylt. Markedsrådet legger til grunn at overtredelsen erkjennes å være vesentlig og utført med forsett eller uaktsomhet.
- (15) Selskapet anfører at overtredelsesgebyret er satt for høyt, sett hen til gjeldende praksis og overtredelsens karakter. Markedsrådet skal først ta stilling til utmålingen av overtredelsesgebyret, jf. markedsføringsloven § 42 andre ledd.
- (16) Overtredelsesgebyret skal utmåles etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges særlig vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger, jf. markedsføringsloven § 42 andre ledd. Det skal ikke lønne seg økonomisk å bryte loven, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 213.
- (17) Graden av utvist skyld vil være ett av flere momenter som kan trekkes inn i vurderingen av gebyrets størrelse. Selskapet har erkjent at overtredelsen i det minste er uaktsom. Forbrukertilsynet har i sin vurdering av gebyrets størrelse lagt til grunn utvist forsett.
- (18) Selskapet viser i tillegg til en form for unnskyldelig rettsvillfarelse grunnet uklare regler. Markedsrådet er imidlertid enig med Forbrukertilsynet i at selv om det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle om det foreligger brudd på forbudet mot villedende markedsføring, betyr ikke dette at regelverket er uklart. I Forbrukertilsynets brev fra januar 2021 ble selskapet også oppfordret til å ta kontakt dersom det var ønskelig med ytterligere opplysninger. Markedsrådet påpeker at næringsdrivende må innrette sin virksomhet slik at denne drives i samsvar med gjeldende lover, og iverksette nødvendige og tilstrekkelige rutiner. Markedsrådet mener at dersom selskapet ikke forstod de aktuelle reglene i markedsføringsloven, herunder kravet til reelle førpriser, er dette i seg selv uaktsomt. Eventuell rettsvillfarelse tillegges ikke vekt i vurderingen av gebyrets størrelse.
- (19) Markedsrådet mener at kravet til forsett er oppfylt ved at selskapet i det minste holdt det for overveiende sannsynlig at de aktuelle varene ble markedsført med førpriser som ikke var reelle. Prishistorikken som forelå for de aktuelle produktene tilsa at de markedsførte førprisene ville være egnet til å villedde forbrukerne med hensyn til hvilken prisfordel de kunne oppnå på Black Friday. Dette tilsier at gebyret settes høyt.
- (20) Når det gjelder anførselen om avvik fra gjeldende praksis påpeker Markedsrådet at det hittidige sanksjonsnivået ikke er retningsgivende alene, og at allmenn- og individualpreventive hensyn så vel som de hensyn den overtrådte bestemmelsen skal ivareta, kan tilsi et høyere nivå. Markedsrådet legger videre til grunn at overtredelsen gjelder vesentlige brudd på sentrale regler for forbrukerbeskyttelsen. I tillegg kommer at

selskapet har en stor kundemasse og at villedende prismarkedsføring har stort skadepotensiale. Selskapets økonomiske evne, med en høy årlig omsetning på i overkant av 705 millioner kroner tilsier også et høyt overtredelsesgebyr. Markedsrådet er videre enig med Forbrukertilsynet i at det generelt er behov for å øke størrelsen på overtredelsesgebyrene og at dette kan skje før implementeringen av det såkalte moderniseringsdirektivet (EU) 2019/2161. Etter en konkret vurdering av overtredelsens grovhet, omfang og virkninger mener Markedsrådet at overtredelsesgebyret bør settes høyt.

- (21) Hensynet til forutsigbarhet for de næringsdrivende må imidlertid, etter Markedsrådets vurdering, tillegges vekt ved utmålingen av gebyrets størrelse. Av denne grunn bør en tilsiktet skjerping av praksis ved utmåling av overtredelsesgebyr skje noe mer gradvis enn tilfellet er i denne saken. Frem til en øvre ramme for overtredelsesgebyr blir fastsatt med hjemmel i markedsføringsloven, tilsier rettssikkerhetsbetraktninger at muligheten til å skjerpe praksis er noe begrenset, jf. MR-2022-1386 (Blush AS). En mer glidende overgang til strengere praksis tilsier at overtredelsesgebyret reduseres i denne saken. Gebyrets størrelse må imidlertid også ses i sammenheng med selskapets høye omsetning. Markedsrådet har kommet til at gebyret nedsettes skjønnsmessig til tre millioner kroner.
- (22) Markedsrådet skal så ta stilling til utmålingen av tvangsmulkten. Selskapet anfører at tvangsmulkten er satt for høyt og at dette avviker fra tidligere praksis. Vilklårene for ileggelse av forbudsvedtak og tvangsmulkt følger av markedsføringsloven § 40 og § 41, jf. § 39 første ledd og anses ikke bestridt. Ved fastsettelse av tvangsmulktens størrelse skal det legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre vedtaket, jf. markedsføringsloven § 41 annet ledd.
- (23) Markedsrådet mener at tvangsmulkten bør settes høyt for å sikre tilstrekkelig preventiv effekt. Dette understrekes av at selskapet ved en tidligere anledning både var blitt gjort oppmerksom på reglene for bruk av førpriser, og at det opptrådte i strid med dem, men likevel begikk samme type lovbrudd under tilsvarende omstendigheter året etter. Etter Markedsrådets vurdering vil det være forholdsvis enkelt for selskapet å unngå fremtidige brudd ved å innføre rutiner som sikrer at førpriser er reelle. Ileggelse av tvangsmulkt og mulktens størrelse anses som et effektivt virkemiddel for å hindre brudd på forbudsvedtaket. Hensynet til forutsigbarhet og rettssikkerhet tilsier imidlertid også når det gjelder utmålingen av tvangsmulkten at en tilsiktet skjerping av praksis bør skje noe mer gradvis. Markedsrådet har kommet til tvangsmulktens nedsettes skjønnsmessig til fire millioner kroner.
- (24) Når det gjelder selskapets anførsel om at ileggelse av både overtredelsesgebyr og tvangsmulkt ikke har skjedd før, viser Markedsrådet til at overtredelsesgebyr og tvangsmulkt har ulike formål og at det ikke er noe veien for å ilegge begge reaksjoner i samme vedtak, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 167. Det påpekes for øvrig at Markedsrådet i senere saker har stadfestet en endring i Forbrukertilsynets praksis der begge reaksjoner er ilagt.

Konklusjon

- (25) Markedsrådet har etter dette kommet til at klagen tas delvis til følge for utmåling av overtredelsesgebyr ved at dette nedsettes skjønnsmessig til tre millioner kroner og for utmåling av tvangsmulkt ved at denne nedsettes skjønnsmessig til fire millioner kroner.

(26) Vedtaket er enstemmig.

Vedtak:

Markedsrådet fatter etter dette følgende vedtak:

Klagen tas delvis til følge.

Blivakker.no AS ilegges overtredelsesgebyr på 3 000 000 – tre millioner – kroner for brudd på markedsføringsloven § 6, jf. § 7.

Blivakker.no AS ilegges tvangsmulkt på 4 000 000 - fire millioner - kroner for fremtidige brudd på forbudsvedtaket, hjemlet i markedsføringsloven § 6 jf. § 7.

Dokumentet er godkjent elektronisk