

Mediafy Magazines AS
Pb 317 Skøyen

0213 OSLO

Deres ref.
Kristine Thoresen

Vår ref.
Sak nr: 09/2664-85
Saksbehandler: Sverre Åril
Dir.tlf: 45 49 00 58

Dato:
25.11.2009

Varsel om foreleggelse av sak for Markedsrådet med påstand om vedtak om overtredelsesgebyr - markedsføringsloven § 15 jf. §§38 og 43

Vi viser til tidligere korrespondanse i saken, senest deres brev av 3. november 2009 angående brudd på markedsføringslovens § 15.

Som dere ble informert om i Forbrukerombudets brev av 28.10.09, vil det være i strid med forbudet i markedsføringslovens § 15 å sende markedsføring til fysiske personer på e-post uten mottakerens samtykke. Markedsrådet behandler saker som forelegges dem av Forbrukerombudet jf. mfl. § 38. Markedsrådets hjemmel for å treffe vedtak om forbudsvedtak og om gebyr for brudd på loven (overtredelsesgebyr) finnes i § 38, jf. § 43.

Forbrukerombudet har i denne saken mottatt et betydelig antall henvendelser fra forbrukere som hevder å ha mottatt markedsføring fra dere på e-post uten å ha gitt sitt samtykke til å motta slik markedsføring, verken til dere eller deres samarbeidspartnere. Nye klager vi har mottatt etter vår siste henvendelse til dere følger vedlagt.

Dere opplyser i brev av 3. november 2009 at dere har sendt markedsføring for nettstedet Bladkongen.no på e-post til ca 100.000 forbrukere. E-postadressene har dere kjøpt fra selskapet Amicora AB, som har garantert at samtlige mottakere hadde godkjent å motta reklame fra dere på e-post. Klagene til Forbrukerombudet tyder imidlertid på at det ikke foreligger noe samtykke fra forbrukerne i dette tilfellet. Dere har også informert om at verken Amicora eller deres samarbeidspartner Quimblo HB har kunnet dokumentere at kundene har samtykket til å motta markedsføringen.

Forbrukerombudet kan på bakgrunn av klagene i saken og deres svarbrev ikke se at dere har hatt samtykke til å rette markedsføring til fysiske personer på e-post i dette tilfellet, og at dere derfor har utført en handling som er i strid med lovens § 15.

Dersom Forbrukerombudet finner at en handling er i strid med markedsføringsloven, skal ombudet i utgangspunktet søke å få den næringsdrivende til frivillig å opphøre

med praksisen, jf. § 35 andre ledd. Denne overtredelsen er imidlertid av en slik art at det ikke er nødvendig for Forbrukerombudet å søke å oppnå en frivillig ordning med dere, jf. § 36.

Vi varsler med dette om at Forbrukerombudet vil forelegge saken for Markedsrådet. Vi vil legge ned påstand om at Markedsrådet fatter vedtak om overtredelsesgebyr i saken, jf §§ 38 og 43.

Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 15, som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatt, kan Markedsrådet fastsette et overtredelsesgebyr etter mfl. § 43. I denne saken vil det etter Forbrukerombudets vurdering være aktuelt å fatte vedtak om overtredelsesgebyr mot Mediafy Magazines AS.

Det er Forbrukerombudets vurdering at Mediafy Magazines ved utsendelsen har overtrådt mfl. § 15 på en måte som er å anse som vesentlig.

I denne vurderingen har Forbrukerombudet blant annet lagt vekt på antall klager vi har mottatt i saken. Forbrukerombudet har mottatt ca 90 klager siden 22.10.09 i sakens anledning. Dette antallet må anses som svært høyt i sammenligning med andre tilsvarende saker for Forbrukerombudet. Dere opplyser i deres svarbrev til Forbrukerombudet at markedsføringshenvendelsen ble sendt til ca 100.000 mottakere den 22. oktober 2009. Antallet forbrukere som er rammet av den ulovlige markedsføringen må således regnes for å være svært høyt, da det ut fra opplysningene i saken må legges til grunn at ingen av disse hadde gitt et samtykke som ga dere rett til å sende ut reklamen.

Man har i markedsføringslovens § 15 gitt særlige bestemmelser om begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder i markedsføring. Bakgrunnen for de særlige vilkårene for å kunne rette markedsføringshenvendelser på e-post til fysiske personer, er at denne typen markedsføring ofte oppleves som særlig belastende da den er særlig målrettet og griper inn i forbrukerens private sfære. I dette tilfellet har Mediafy Magazines AS, til tross for de særlige bestemmelsene om samtykke i mfl. § 15 sendt en markedsføringshenvendelse direkte til ca 100.000 forbrukere som ikke har samtykket i å motta slik markedsføring.

Et slikt lovbrudd vil etter Forbrukerombudets vurdering derfor være å anse som vesentlig.

Det er i tillegg et vilkår for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr at overtredelsen har skjedd forsettlig eller uaktsomt.

I deres svarbrev anføres det at dere har utvist "normal god aktsomhet" i forhold til markedsføringen.

Næringsdrivende som markedsfører seg ovenfor forbrukere har en forpliktelse til å påse at markedsføringen skjer i henhold til gjeldende bestemmelser. Markedsføringshenvendelser på e-post krever et særlig samtykke av kunden, og det påhviler den som sender ut slik markedsføring å gjøre de nødvendige undersøkelsene av om tilstrekkelig samtykke foreligger.

Forbrukerombudet har nærmere redegjort for hva som ligger i kravet til samtykke i Forbrukerombudets veiledning om regelverket for markedsføring via e-post, sms o.l. - markedsføringsloven § 15, som vi også informerte om i vårt brev av 28.10.09 brev til dere.

Det følger av veiledningens pkt. 2.7.1 at samtykket som avgis av forbrukeren skal være en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring. I tillegg stilles det nærmere krav til selve prosessen rundt innhenting og videre bruk av samtykker.

I kravet til at forbrukeren må ha gitt et informert samtykke ligger det blant annet at det ved innhenting av samtykket må angis klart hvem samtykket gis til. Det er i tillegg et krav om at samtykket gis uttrykkelig. Samtykket må derfor avgis ved at det foretas en aktiv handling. Dette medfører at et forhåndsavkrysset felt eller et vilkår i en kontrakt ikke er tilstrekkelig til at skal kunne sies å foreligge et gyldig samtykke.

Kravene for å kunne sende markedsføringshenvendelser på e-post til fysiske personer er således strenge. Næringsdrivende som markedsfører seg ved bruk av e-post har derfor en oppfordring til å nøye sette seg inn i det regelverket som gjelder ved denne typen markedsføring. Når § 15 stiller så strenge krav for å kunne sende markedsføring til på e-post til forbrukere, vil man også kunne stille strengere krav til graden av aktsomhet de næringsdrivende må utvises ved denne typen markedsføring.

Det fremgår av opplysningene i deres svarbrev at Mediafy Marketing AS ikke har gjort selvstendige undersøkelser for å se om vilkårene for utsendelse forelå, utover å stole på opplysninger fra Amicora AB. Det vil, etter Forbrukerombudets vurdering, være uaktsomt å sende ut markedsføring på e-post uten å foreta grundigere undersøkelser av om samtykke fra forbrukeren i det hele tatt eksisterte, og av om et slikt samtykke var hentet inn på en måte som tilfredsstiller kravene etter mfl. § 15. Det vil også være et viktig moment i denne vurderingen at markedsføringen har blitt sendt til hele 100.000 personer uten at det på en tilstrekkelig måte var undersøkt om tilstrekkelig samtykke forelå.

Forbrukerombudet finner det på denne bakgrunn sannsynliggjort at overtredelsene har vært gjort uaktsomt.

Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger, jf. § 43 andre ledd. Overtredelsen må etter Forbrukerombudets mening karakteriseres som grov.

Bruddene på § 15 fremstår for Forbrukerombudet som uomtvistede og klare. Dersom dere likevel skulle mene at forbrukerne har samtykket til å motta markedsføring på e-post og at dokumentasjonen på dette kan fremskaffes, ber vi om at slik dokumentasjon forelegges Forbrukerombudet snarest.

Med hensyn til omfang og virkning legger Forbrukerombudet til grunn at svært mange forbrukere har blitt rammet av den ulovlige markedsføringen. Dere har selv opplyst at det er sendt ut e-post til ca 100.000 adresser. Forbrukerombudet har mottatt ca 90 klager på forholdet, et antall som regnes som svært høyt. I 2008 behandlet Forbrukerombudet ca 200 saker om uanmodet markedsføring på e-post. Ingen av disse sakene hadde like høyt klageantall som i denne saken.

Overtredelsesgebyret skal settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå

lovbrudd. Det skal ses hen til både allmenn- og individualpreventive hensyn. Den næringsdrivendes økonomiske situasjon er også relevant å se hen til.

Den aktuelle markedsføringen inneholder tilbud om abonnement på flere ulike blader. Markedsføringen inneholder linker der man på en enkel måte kan klikke seg inn og bestille de ulike bladene som er markedsført. Produktene er også markedsført med relativt store rabatter, samt et tilbud om en DVD til de 50 første som bestiller abonnement. Det er således en sterk kjøpsoppfordring i markedsføringen. Forbrukere som bestiller tilbudet vil bli abonnenter, og det er derfor snakk om relativt stort potensial for inntjening på en slik type markedsføring. Det vil også være et viktig moment i denne vurderingen at markedsføringen er sendt til så mange 100.000 potensielle kunder.

Dersom man legger til grunn at 5 % av de som mottar markedsføringen bestiller et av de markedsførte produktene til gjennomsnittsprisen på abonnementene, vil det her være snakk om 5000 kunder og en gjennomsnittspris på produktene på kr 187 kr. Et slikt tenkt regnestykke vil gi en potensiell omsetning på kr 935.000 som følge av markedsføringen. Utgiftene ved markedsføring på e-post er minimale. Hensynet til at overtredelsesgebyret skal settes så høyt at det ikke skal lønne seg å begå lovbrudd taler derfor for å sette overtredelsesgebyret relativt høyt i denne saken.

Problemstillinger rundt kjøp og salg av såkalte "samtykke-databaser" er noe Forbrukerombudet ser stadig oftere. Næringsdrivende bygger opp databaser med kunder som skal ha "samtykket" til å bli kontaktet i markedsføringshensikt. Samtykket blir ofte hentet inn gjennom deltakelse i konkurranser og undersøkelser på Internett. Forbrukerombudet har sett flere eksempler på at samtykke som er innhentet på denne måten ikke kan anses å tilfredsstille kravene til å bli kontaktet etter markedsføringsloven. Det er således svært viktig at firmaer som benytter seg av slike "samtykke-databaser" også vurderer kvaliteten på disse på eget grunnlag. Det er derfor viktige allmennpreventive hensyn som taler for å ilegge et overtredelsesgebyr i denne saken.

Samtidig er også individualpreventive hensyn av betydning ved fastsettelsen av gebyret i denne saken. Det er her snakk om et vesentlig brudd (jf. ovenfor) på mfl. § 15 mot en rekke forbrukere. Forbrukere opplever det som et besværlig inngrep i deres private sfære å motta markedsføring til sin private e-post adresse.

Ved utmålingen av gebyret skal det også ses hen til den næringsdrivendes økonomiske situasjon. Inntekter i Madafy Magazines AS var på 1.926.000 kr i 2008. Driftsresultatet i 2008 var på – 1.173.000 kr.

Forbrukerombudet vil nå forelegge saken for Markedsrådet jf, mfl § 38. På bakgrunn av informasjonen som foreligger vil Forbrukerombudet legge ned påstand om at det må fattes et vedtak om overtredelsesgebyr på kr 80.000,- jf. mfl § 43.

Dersom dere har ytterlig dokumentasjon, kommentarer til klagene eller andre merknader i saken, ber vi om at dere sender dette til Forbrukerombudet innen **15. desember 2009**.

Med vennlig hilsen
for Forbrukerombudet

Gry Nergård
Avdelingsdirektør

Vedlegg: Nye klager i saken
Kopi: Klagerne