

Sak nr.: 2020000013

Dato: 17.02.2020

Klager: Imperial Tobacco Norway AS, PB 10 Manglerud, 0612 Oslo
Prosessfullmektig: Jan Morten Evertsen, Bull & Co Advokatfirma AS, PB 2583 Solli, 0203 Oslo

Innklaget: Helsedirektoratet

Markedsrådets sammensetning:

1. Professor Tore Lunde
2. Sørenskriver Liv Synnøve Taraldsrud
3. Advokat Jens-Henrik Lien

1. SAKENS BAKGRUNN

Saken gjelder Imperial Tobacco Norway AS' (heretter «Imperial») klage på Helsedirektoratets vedtak av 11. november 2019 om retting og tvangsmulkt for brudd på merkereglene for tobakksvarer.

Under Helsedirektoratets tilsyn med tobakksprodukter høsten 2018 ble det avdekket at Imperials snusprodukt Skruf har tegnet # som en del av variantnavnet på snusboksen. Helsedirektoratet tilskrev Imperial 15. februar 2019 og gjorde dem oppmerksom på at dette var i strid med forskrift om innhold i og merking og utforming av tobakksvarer § 29 første ledd bokstav a) (merkeforskriften), jf. tobakksskadeloven § 30.

Av tobakksskadeloven § 30 følger det at:

"det er forbudt å føre inn i Norge eller selge tobakbspakninger og tobakksvarer som ikke har standardisert utforming etter nærmere bestemmelser fastsatt av departementet i forskrift. Standardiseringen kan for eksempel gjelde farge, form, utseende, materiale og merking, herunder bruk av varemerke, logo og andre elementer knyttet til merkevarebygging."

Videre følger det av merkeforskriften § 29 første ledd bokstav a) at

"ytte pakninger og enkeltpakninger med tobakksvarer kan merkes med merkenavn og variantnavn gitt at følgende krav er oppfylt:

a) Skriften må kun bestå av karakterer som er alfabetiske, numeriske eller tegnet «&»."

Direktoratet fattet 11. november 2019 følgende vedtak:

1. Imperial Tobacco Norway AS plikter senest 2. desember 2019 å sørge for at produksjonen av snusprodukter med tegnet # opphører.
2. Det fastsettes etter dette en tvangsmulkt i form av en dagmulkt pålydende kr 120 000 – etthundre og tjuetusen – som begynner å løpe fra det tidspunktet fristen for retting utløper. Dagmulkten løper inntil forholdet er rettet.

Imperial klaget den 25. november 2019 og ba om at rettefristen ble satt til 12 uker og at vedtaket ble gitt utsatt iverksettelse inntil klagen var avgjort. Direktoratet ga avslag på anmodningen om utsatt iverksettelse i brev av 27. november 2019 og presiserte samtidig at pålegget i vedtak av 11. november 2019 om å «sørge for» at produksjonen av snusbokser med tegnet # opphører innebærer at «Imperial, innen 2. desember 2019, må påbegynne endringer i produksjonsprosessen». Både Helsedirektoratet og Imperial har gitt uttrykk for at det ikke ble fastsatt noen endelig/absolutt rettefrist i vedtaket. Samtidig ba direktoratet om en begrunnelse for hvorfor fristen skulle være så lang som 12 uker.

I brev av 3. desember 2019 skrev Helsedirektoratet at de hadde vurdert mottatt informasjon og kommet til at:

«Imperial pålegges derfor å ikke ha snusprodukter med tegnet #, med produksjonsdato etter 31. desember 2019, tilgjengelig på markedet. Vi presiserer at vi ikke har bedt Imperial om å trekke snusproduktene fra markedet. Produkter med tegnet # vil derfor kunne selges av detaljist også etter dette tidspunktet, så lenge oppgitt produksjonsdato er før 1. januar 2020. Vi ber om en snarlig tilbakemelding på om Imperial retter seg etter dette. I motsatt fall vil fastsatt tvangsmulkt begynne å løpe fra 2. desember»

Direktoratet ga i e-post av 5. desember 2019 ytterligere utsettelse til 15. januar 2020, og Imperial bekreftet i e-post 6. desember 2019 at vil innrette seg etter den forlengede fristen, slik at det ikke vil bli produsert bokser med tegnet # etter 15. januar 2020.

Klagen ble oversendt til Markedsrådet den 20. desember 2019 sammen med Helsedirektoratets kommentarer. Imperial innga tilsvarende til Markedsrådet den 16. januar 2020. Saken ble behandlet skriftlig. Møte i Markedsrådet ble avholdt 12. februar 2020.

2. KLAGERENS ANFØRSLER

2.1. Merkeforskriften – bruk av tegnet #

Imperial gjør gjeldende at «numerisk» i merkeforskriften betyr «som gjelder tall», og oppfatter at også Helsedirektoratet er enig i dette. Tegnet # er opprinnelig et nummertegn, til tross for den senere bruken som en emneknagg. Imperials bruk av tegnet # er nettopp for å angi hvilket nummer de ulike variantene av Skruf snus har. Tegnet #, i betydning nummertegn, omfattes av definisjonen «som gjelder tall».

Merkeforskriften holder et høyt presisjonsnivå, og det anføres at det ikke er grunnlag for å tolke forskriften innskrenkende. Dersom forskriftsbestemmelsen bare var ment å omfatte tallene 0-9 ville det etter Imperials oppfatning vært naturlig å angi dette ved å skrive nettopp «tallene 0-9», «tall» eller «siffer».

Helsedirektoratet henviser videre til at tegnet & er særskilt angitt i forskriftsteksten. Det er ikke klart hvorfor dette tegnet er særskilt tillatt, men trolig skyldes dette at tegnet benyttes en del i foretaksnavn. Uansett hva som er begrunnelsen for å tillate tegnet &, er dette tegnet verken alfabetisk eller numerisk, og måtte således inntas særskilt dersom det skulle tillates. Dette kan ikke tas til inntekt for at et tegn som vitterlig omfattes av begrepet numerisk også måtte vært angitt særskilt.

Bruken av tegnet # som nummertegn og i nøytral typografisk utforming har heller ingen særlig reklameeffekt og bruken av dette kan ikke sies å komme i konflikt med regelverkets formål.

2.2. Tvangsmulkens løpetid

Vedtaket av 11. november 2019 med presiseringen av 3. desember 2019 fastsetter at tvangsmulkt vil begynne å løpe fra 2. desember 2019 dersom Imperial ikke innretter seg etter rettefristen som i vedtaket og senere e-post er satt til 15. januar.

Imperial anfører at denne delen av vedtaket strider mot tobakksskadeloven § 36 (2) som bestemmer at tvangsmulkten løper fra oversittelsen av rettefristen. Da fristen 2. desember ikke var en rettefrist, men en frist for å påbegynne arbeidet med rettingen, vil det være i strid med tobakksskadeloven § 36 (2) å la tvangsmulkten begynne å løpe fra dette tidspunktet. Imperial gjør gjeldende at vedtaket må endres slik at tvangsmulkten først begynner å løpe ved oversittelsen av den fastsatte rettefristen 15. januar 2020.

2.3. Tvangsmulktens størrelse

Det er etter Imperials syn uklart om bruken av tegnet # er lovlig. Dersom Helsedirektoratet har rett i sin tolkning av merkeforskriften, og bruken av tegnet # er ulovlig, er dette uansett et mindre brudd på merkeforskriften, og Imperial har utvist ingen eller svært liten skyld.

Tvangsmulkten på kr 120 000 fremstår uproporsjonal og altfor høy sammenliknet med Helsedirektoratets interne retningslinjer og tidligere praksis.

Det vises til at Helsedirektoratet tidligere har gitt uttrykk for at størrelsen skal fastsettes skjønnsmessig på bakgrunn av en helhetsvurdering, og fastsatt dagmulkten til å utgjøre opp mot 4 % av omsetningen. Dette skulle tilsi at bare de groveste tilfellene av brudd på forskriften kan rettferdiggjøre en så høy bot som 4 % av omsetningen. Når rettstilstanden er så vidt uklar, overtredelsen (hvis noen) er liten, og det er gitt svært kort rettefrist, fremstår dagsmulkten på kr 120 000 eksepsjonelt høy, og helt uproporsjonal. Faktisk utgjør ikke dagsmulkten ikke bare 4 % av omsetningen, den utgjør mer enn 4 % av omsetningen.

Imperial har avsluttet sitt brev av 16. januar 2019 til Markedsrådet slik:

«Markedsrådet bes prinsipalt om å oppheve vedtaket om pålegg om retting og tvangsmulkt, etter en vurdering av lovligheten av bruken av tegnet # på snusbokser i henhold til merkeforskriften § 29.

Subsidiært ber Imperial om at Markedsrådet endrer vedtaket slik at tvangsmulkten først begynner å løpe fra oversittelsen av rettefristen 15. januar 2020, og at Markedsrådet setter ned størrelsen på boten til et proporsjonalt nivå beregnet etter Markedsrådets skjønn.»

3. INNKLAGDES ANFØRSLER

Helsedirektoratet opprettholder sitt vedtak av 11. november 2019.

Helsedirektoratet fastholder at begrepet numerisk kun innbefatter tallene 0-9 og at en naturlig språklig forståelse tilsier at tegnet # ikke vil være omfattet. Tegnet & er særskilt nevnt og tegnet # måtte også være nevnt særskilt for at dette skal kunne benyttes. Vurderingen støttes også av Språkrådet.

Formålet med regelverket, å begrense emballasjens reklameeffekt ved å standardisere pakningsutførelsen, støtter også en slik forståelse. Tegnet er dessuten hyppig brukt i sosiale medier og er et attraktivt og effektivt markedsføringsverktøy, som forsterker Skruf sitt merkenavn og er med på å skape et blikkfang.

Helsedirektoratet fastholder videre at den fastsatte tvangsmulkt er riktig. Helsedirektoratet kan fastsette tvangsmulkt i form av engangsmulkt eller dagmulkt, jf. merkeforskriften § 38. Mulkten løper fra oversittelse av fristen for retting. I dette tilfelle er det ilagt dagmulkt.

Tvangsmulktenes størrelse fastsettes skjønnsmessig på bakgrunn av en helhetsvurdering. Momenter i denne vurderingen vil være overtredelsens art, herunder om overtredelsen er gjort for å fremme foretakets interesser og om foretaket kunne ha forhindret eller stoppet overtredelsen. Økonomiske forhold hos virksomheten og viktigheten av at regelverket overholdes er også av betydning. Videre vil det ved fastsettelsen særlig vektlegges at mulkten skal fungere som et incitament for etterlevelse av regelverket. Andre momenter i vurderingen er antatt gevinst ved overtredelsen og kostnadene ved retting.

Helsedirektoratet har lagt vesentlig vekt på overtredelsens art ved at Imperial benytter tegnet # for å fremme selskapets interesser. Gevinsten av dette og at tvangsmulkten skal virke som et incitament for etterlevelse av regelverket, taler for at tvangsmulkten settes høyt. Det er også lagt vekt på at kostnadene ved retting er minimale, all den tid det er tale om å endre utformingen av variantnavnet på fremtidige snusprodukter.

I Imperial sitt årsregnskap for 2018 er driftsinntektene oppgitt å være kr. 1 080 323 000. De svært høye omsetningstallene og hensynet til at mulkten skal være et incitament for etterlevelse av regelverket tilsier at tvangsmulkten settes høyt.

4. MARKEDSRÅDETS BEMERKNINGER

Saken gjelder utforming av tekst på snusbokser importert av Imperial Tobacco Norway AS. Markedsrådet skal vurdere om det i utformingen av tekst på snusboksene foreligger brudd på tobakksskadeloven § 30 jf. merkeforskriften § 29 første ledd bokstav a og om et eventuelt brudd kan gi grunnlag for tvangsmulkt etter merkeforskriften § 38.

Det omstridte spørsmålet er om teksten på snusboksene kan inneholde tegnet #. Markedsrådet har delt seg i et flertall og et mindretall.

Markedsrådets flertall (Taraldsrud og Lien) viser til at utgangspunktet for å vurdere utforming av snusbokser er merkeforskriften § 29. Denne bestemmelsen gir i første ledd bokstav a til g krav til hvordan innpakning av tobakk, herunder snusbokser, skal være.

Av bokstav a fremgår følgende:

«Skriften må kun bestå av karakterer som er alfabetiske, numeriske eller tegnet «&».

Spørsmålet som Markedsrådet skal ta stilling, er om # er å anse som et numerisk tegn.

Det fremgår av Store norske leksikon at uttrykket «numerisk» betyr «tallmessig, som angår tall». Spørsmålet blir om dette kan forstås slik at det inkluderer alle tegn som logisk kan forekomme sammen med tall eller er knyttet til tall, eller om «numerisk» begrenses til selve tallene fra 0 til 9. Ut fra slik Store norske leksikon har definert «numerisk», mener Markedsrådets flertall at en fortolkning i utgangspunktet tilsier at «numerisk» benyttes som betegnelse på tallene 0 til 9.

Om tegnet # uttrykker Store norske leksikon at dette blant annet har vært bruk som forkortelse for ordet «nummer». Det er vist til at «hus #4» betyr «hus nummer 4». I annen halvdel av 1900-tallet ble betydningen utvidet til å gjelde andre typer verdier, for eksempel forhåndsdefinerte navn og statiske tallverdier i programmeringsspråk og maskinkode. Markedsrådets flertall viser til at tall og nummer ofte er benyttet sammen. På denne måten vil nummer eller nummertegn ofte være knyttet til et tall. Likevel er tall en kategori tegn med en bestemt betydning mens nummer er noe annet og kan ha en annen betydning enn selve tallene. Markedsrådets flertall mener at i stedet for # vil produsenten av snusbokser kunne bruke betegnelsen «nr» eller «no» som begge er betegnelser for «nummer». Det samme ville etter flertallets oppfatning eventuelt måtte gjelde for andre tegn som brukes sammen med tall, for eksempel §-tegnet, + og %. Det er flertallets syn at heller ikke andre tegn som brukes i tilknytning til tallverdier, kan benyttes på tobakksinnpakninger.

Markedsrådets flertall mener at denne fortolkningen støttes ytterligere av to forhold.

For det første må forskriften § 29 bokstav a leses i sammenheng med de øvrige bokstavene b til g. Disse gir meget detaljerte krav til utforming av innpakning av tobakksvarer. Innholdet av bokstav a sammenholdt med de øvrige kravene i bokstav b til g tilsier at handlingsrommet er meget snevert. Dette taler også for at antall tegn som kan brukes i samsvar med bokstav a, er begrenset til rene tall og bokstaver i tillegg til tegnet & som er spesielt nevnt. Ingen øvrige tegn er nevnt i denne sammenheng enn tegnet &. Dette taler etter Markedsrådets flertall for en streng tolkning.

For det annet viser Markedsrådets flertall til at tegnet # i de senere år har fått en utvidet betydning. Tegnet # er knyttet til uttrykket «emneknagg» som fra 2007 ble introdusert i meldingstjenesten Twitter. Etter dette har # blitt et viktig middel for å søke på bilder, innlegg og annen informasjon på nettet generelt og i sosiale medier spesielt. Store norske leksikon uttrykker følgende:

«Det å ha en emneknagg knyttet opp mot en virksomhet kan bidra til økt synlighet og tilgjengelighet.»

Markedsrådets flertall mener at denne nye betydningen av tegnet taler mot at # omfattes av den strenge reguleringen i forskriften § 29 bokstav a til g.

Markedsrådets flertall viser til at det kreves en klar hjemmel for å sette de begrensninger som følger av forskriften § 29. Markedsrådets flertall er kommet til at loven og forskriften er tilstrekkelig klar slik at det kan legges ned et forbudsvedtak som kan medføre tvangsmulkt etter forskriften § 38 jf. tobaksskadeloven § 8.

Helsedirektoratet har lagt ned forbudsvedtak med virkning for varer produsert etter 15. januar 2020. Helsedirektoratet har satt størrelsen på tvangsmulkten til kr 120 000 pr. dag. Helsedirektoratet har vist til at momenter ved vurderingen vil være overtredelsens art, herunder en vurdering av om overtredelsen er gjort for å fremme foretakets interesser og om foretaket kunne ha forhindret eller stoppet overtredelsen. De økonomiske forhold hos virksomheten og viktigheten av at regelverket overholdes er også av betydning for vurderingen. Videre vil det ved fastsettelsen særlig vektlegges at mulkten skal fungere som et incitament for etterlevelsen av regelverket. Andre momenter i vurderingen er antatt gevinst ved overtredelsen og kostnadene ved retting.

Markedsrådets flertall viser til at selskapet har stor omsetning og at det er viktig med en tvangsmulkt som kan få selskapet til å endre praksis. Dette taler for at tvangsmulkten har en ikke ubetydelig størrelse. Samtidig vises til at det vil medføre en kostnad for selskapet å endre utformingen på snusboksene og at det kan være behov for å trekke bokser tilbake fra markedet etter at vedtaket endelig er truffet av Markedsrådet fordi ikrafttreddelsen av vedtaket vil være 15. januar 2020.

Ut fra en helhetsvurdering finner Markedsrådets flertall at en riktig tvangsmulkt etter dette vil være på kr 75 000 pr. dag.

Mindretallet (Lunde) legger i likhet med flertallet til grunn at «numerisk» betyr «som gjelder tall». I lys av den historiske og fortsatt gjeldende betydningen av tegnet #, har mindretallet kommet til at tegnet #, brukt som forkortelse for nummer, må anses dekket av ordlyden «numerisk».

Mindretallet har i denne vurderingen lagt vekt på legalitetsprinsippets krav til klar hjemmel for tyngende forvaltningsvedtak. Ordlyden «numerisk» gir etter mindretallets vurdering ikke tilstrekkelig klar støtte til at tegnet # faller utenfor de karakterer som lovlig kan benyttes i merke- og variantnavn.

At tegnet # i de senere år har fått utvidet betydning knyttet til uttrykket «emneknagg», innebærer ikke at tegnet har mistet sin betydning som forkortelse for nummer. Mindretallet er ikke enig i at en slik utvidet betydning tilsier en streng fortolkning av ordlyden, så lenge betydningen som forkortelse for nummer fortsatt er en realitet. Tegnet som er benyttet i den omtvistede merkingen kan heller ikke ses å være benyttet som emneknagg, men inngår som en nummerangivelse, synonymt med «nr» eller «no», umiddelbart foran tallet. Tegnets blikkfangeffekt, som element i variantnavnet, fremstår derfor som svært beskjeden. Mindretallet kan derfor ikke se at formålsbetraktninger eller de øvrige bestemmelsene i forskriften § 29 bokstavene b) til g), tilsier at tegnet # faller utenfor begrepet «numerisk». At tegnet & er uttrykkelig nevnt i § 29 bokstav a, gir etter mindretallets vurdering heller ikke grunnlag for en antitetisk slutning, slik innklagede argumenterer for.

Mindretallet har ikke bemerkninger til spørsmålet om tvangsmulkt og utmålingen av denne.

Vedtak:

1. Imperial Tobacco Norway AS plikter senest 15. januar 2020 å sørge for at produksjonen av snusprodukter med tegnet # opphører.
2. Det fastsettes en tvangsmulkt i form av en dagmulkt på kr 75 000 som begynner å løpe fra det tidspunktet fristen for retting utløper. Dagmulkten løper inntil forholdet er rettet.

Tore Lunde (sign.)

Liv Synnøve Taraldsrud
(sign.)

Jens-Henrik Lien
(sign.)

Rett utskrift:

Anne Helene Bentzen Kværne- saksbehandler