

Sak nr.: 20/319

Dato: 13.05.2020

Klager: Nordic Cigars AS

Innklaget: Helsedirektoratet

Markedsrådets sammensetning:

1. Professor Tore Lunde
2. Nemndsleder Selma Ilyas
3. Advokat Jens-Henrik Lien

1. SAKENS BAKGRUNN

Saken gjelder klage over Helsedirektoratets (heretter Helsedirektoratet eller Direktoratet) vedtak om retting og tvangsmulkt for brudd på reklameforbud etter tobakksskadeloven av 17.12.2019, på bakgrunn av Nordic Cigars AS (heretter «Nordic Cigars» eller «selskapet») sine avbildninger av tobakksrelaterte produkter på deres hjemmeside og andre sosiale medier, samt utsendelse av nyhetsbrev.

Nordic Cigars driver med import og salg av sigarer og sigarutstyr, og selger produkter via nettsiden nordiccigars.com. Forut for tilsyn fra Helsedirektoratet inneholdt nettsiden bilder av tobakksvarer og røykeutstyr som var til salgs via nettsiden. Det var også bilder av tobakksvarer og røykeutstyr på selskapets kontoer på Instagram og Facebook, samt innlegg med illustrasjoner.

Selskapet tilbød nyhetsbrev via påmelding, med produktinformasjon. Nyhetsbrevet inneholdt ifølge Nordic Cigars ikke produktbilder eller priser. Nordic Cigars har forklart at de forsøkte å unngå positiv omtale i brevet, men det er noe subjektivt hva som ligger i «positiv omtale».

Nordic Cigars ble i brev av 25.06.2019 informert om at Helsedirektoratet gjennomførte tilsyn med flere nettsider hvor det selges tobakksvarer og røykeutstyr, og at store deler av Nordic Cigars hjemmeside var i strid med reklameforbudet i tobakksskadeloven og forskrift om forbud mot tobakksreklame (reklameforskriften), herunder at nettsiden inneholdt bilder av tobakksvarer og røykeutstyr. Videre påpekte Helsedirektoratet at det var bilder på selskapets Instagram- og Facebook-kontoer, som også var et brudd på reklameforbudet. Det ble samtidig varslet mulig tvangsmulkt dersom retting ble pålagt.

Nordic Cigars besvarte henvendelsen per e-post 01.08.2019, og anførte blant annet at Helsedirektoratets synspunkter var generelle og ikke spesifikke, med henvisning til at Direktoratet mente store deler av siden var ulovlig. Det var tungt å endre nettsidene, når det var uklart hva som var innenfor.

Helsedirektoratet ga per e-post den 05.08.2019 følgende informasjon om tobakkslovgivningen:

«Alle former for reklame for tobakksvarer er forbudt etter tobakksskadeloven § 22. Sigarer er en tobakksvare og det er ikke gitt noen særskilte unntak for disse produktene. Dette innebærer at alle bilder og bruk av logo som fremkommer på nettsiden og i sosiale medier må fjernes. Dere kan ha informasjon om hvilke tobakksprodukter som tilbys, og prisene på disse, forutsatt at typografi og layout er nøytralt utformet. Hvis du vil lese mer om hvor dette fremkommer i regelverket, viser vi til disse forarbeidene side 15. Se også våre nettsider her for mer informasjon.»

Nordic Cigars fjernet etter forhåndsvarselet alle bilder av tobakksvarer og tobakksutstyr fra nettsidene og fra kontoene på Facebook og Instagram. Selskapet fortsatte imidlertid å benytte illustrasjoner av tobakksvarer og tobakksutstyr, og omtalte etter Direktoratets syn produktene

på en positiv måte. Illustrasjonene var utformet som tegneserier med snakkebobler og humoristisk preg. Helsedirektoratet anså også dette for å være i strid med reklameforbudet.

I e-post av 01.11.2019 minnet Helsedirektoratet om saken, og stilte spørsmål ved Nordic Cigars nyhetsbrev og kundeinnlogging.

Nordic Cigars opplyste per e-post 06.11.2019 at de fremstod som de eneste som hadde fulgt Direktoratets pålegg, og at de hadde opplevd nedgang i salget.

Helsedirektoratet fattet den 17.12.2019 vedtak om pålegg om retting og tvangsmulkt for brudd på forbudet mot tobakksreklame, med følgende slutning:

- «1. Nordic Cigars plikter senest 20. januar 2020 å fjerne alle illustrasjoner og positiv produktomtale av tobakksvarer og tobakksutstyr på Facebook og Instagram*
 - 2. Nordic Cigars plikter senest 20. januar 2020 å stoppe utsendingen av nyhetsbrev*
 - 3. Det fastsettes etter dette en tvangsmulkt i form av en dagmulkt pålydende kr 5 000 - femtusen - som begynner å løpe fra det tidspunktet fristen for retting utløper.*
- Dagmulkten løper inntil forholdet er rettet.»*

Det var etter vedtaket en dialog mellom Nordic Cigars AS om hvilke bilder og innhold som Helsedirektoratet mente var ulovlig.

Nordic Cigars har fulgt Helsedirektoratets pålegg, men påklaget vedtaket rettidig den 08.01.2020. Saken ble oversendt Markedsrådet den 12.03.2020.

Saken ble behandlet skriftlig. Møte i Markedsrådet ble avholdt 11.05.2020.

2. HELSEDIREKTORATETS ANFØRSLER

Etter tobaksskadeloven § 22 og reklameforskriften § 5 er alle former for reklame for tobakksvarer forbudt. Reklameforbudet gjelder også tobakksutstyr, tobakksimitasjoner og tobakksurrogater.

Reklame er definert som massekommunikasjon i markedsføringsøyemed, herunder avbildninger av tobakksvarer, tobakksutstyr, tobakksimitasjoner og tobakksurrogater, avbildninger av varemerker (logo, symbol, navn, e.l.), plakater, skilt og lignende innretninger, utstillinger, lavprisannonsering, samt distribusjon til forbrukere av trykksaker, vareprøver mv., jf. reklameforskriften § 4. Bestemmelsen er ikke uttømmende, og også andre former for reklame vil kunne være omfattet. Reklameforbudet er videre medienøytralt, og vil derfor ramme tobakksreklame i alle typer medier (aviser, radio, TV, internett mv.), og inkluderer nettsider og sosiale medier.

Helsedirektoratet anfører på denne bakgrunn at bildene av tobakksvarer og tobakksutstyr på selskapets nettside og sosiale medier var i strid med reklameforbudet.

Direktoratet gjør gjeldende at flere kundeforhenvendelser og reklamasjoner som følge av manglende bilder på nettsidene, som anført av Nordic Cigars, ikke kan tillegges særlig vekt. Det samme gjelder

for anførselene om virksomhetens plikt til å informere kunder om hvilke produkter som selges, og at kundene vil trekkes mot kjøp fra utenlandske nettsider, med tap av inntekter for staten som konsekvens.

Helsedirektoratet bemerker at tobakksvarer er en særskilt gjennomregulert vare, hvor det er lovgivers ønske å ha et strengt reklameforbud. Formålet med tobakksskadeloven er å begrense de helseskader som bruk av tobakksvarer medfører, gjennom å redusere forbruket og på sikt bidra til å oppnå et tobakksfritt samfunn, jf. tobakksskadeloven § 1. En slik særskilt lovgivning for en varegruppe vil gå foran generell forbrukerlovgivning og opplysningsplikten overfor kunder, jf. lex specialis-prinsippet. Regelverket er ikke til hinder for at virksomheten kan ha nøytrale beskrivelser av produktene som selges på nettsidene.

Til anførselen om at kunder vil gå over til kjøp fra utenlandske tilbydere, minner Helsedirektoratet om de strenge merkebestemmelsene som gjelder for tobakksvarer. Tobakksvarer som ikke er merket i samsvar med norske merkekrav, vil kunne bli stoppet ved innførsel til Norge, og bli returnert eller destruert. Kjøp fra utlandet skjer derfor så langt Helsedirektoratet er kjent med, i svært begrenset omfang.

Når det gjelder illustrasjonene av tobakksvarer og tobakksutstyr som Nordic Cigars benyttet en periode etter at selskapet hadde fjernet bilder av tobakksvarer og tobakksutstyr, gjør Helsedirektoratet gjeldende at hensikten med disse er å skape blest og oppmerksomhet rundt virksomheten, og at de ikke har et rent opplysningsformål. Direktoratet viser til klagers egne opplysninger om positive tilbakemeldinger på at illustrasjonene er morsomme. Reklame med opplysningsformål (social marketing) er anerkjent som å være reklame på lik linje med annen type markedsføring. Budskapet om å kjøpe fra autoriserte forhandlere kunne vært uttrykt i ren tekst.

Helsedirektoratet legger til grunn at positiv produktomtale og utstrakt bruk av illustrasjoner har til formål å skape oppmerksomhet og derved fremme salg av produktene. Internetthandel av tobakksvarer og tobakksutstyr er særskilt omtalt i Ot.prp.nr. 18 (2008-2009) side 15. Her fremgår det at *«avbildning av tobakksmerker (logo, symboler, navn etc.) på internettsider er i strid med reklameforbudet dersom det skjer i markedsføringsøyemed. Nettsteder kan imidlertid inneholde lister med informasjon om hvilke tobakksprodukter som tilbys, og om prisene på disse, forutsatt at typografi og layout er nøytralt utformet»*. Videre fremgår det samme sted at *«det foreslåtte forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer og røykeutstyr på utsalgssteder innebærer ingen endring i rettsstillingen når det gjelder forbudet mot reklame for tobakksvarer på internett»*. Avbildning av tobakksmerker (logo, symboler, navn etc.) på nettsider er altså i strid med reklameforbudet dersom det skjer i markedsføringsøyemed. Helsedirektoratet anfører at typografi og layout i Nordic Cigars kontoer i sosiale medier ikke var nøytralt utformet.

Vedrørende nyhetsbrevet bemerker Helsedirektoratet at det i brevene blant annet ble gitt informasjon om tobakksprodukter og kurs. Utsendelse av nyhetsbrev anses for å være i strid med reklameforbudet i tobakksskadeloven § 22. Det vises til at informasjonen er enveisstyrt og potensielt kan nå ut til et ubestemt antall personer. I de tilfellene hvor nyhetsbrevet inneholder informasjon om og/eller bilder av produkter, legges det til grunn at formålet med nyhetsbrevene er å fremme salget av disse produktene. Det bemerkes at selv om nyhetsbrevene ikke inneholder informasjon om produkter, men derimot mer generell informasjon om virksomheten, finner Direktoratet at nyhetsbrevene også i disse tilfellene vil ha en markedsførende effekt for virksomheten. Det er videre ikke avgjørende at mottakerne av nyhetsbrevet på et tidspunkt har valgt å motta slike e-poster.

Direktoratet er av den oppfatning at informasjonen nyhetsbrevet inneholder kan legges ut på nettsiden, forutsatt at layout og typografi er nøytralt utformet. De kan dermed ikke se at det er nødvendig med utsendelse av et nyhetsbrev med denne type informasjon, og at dette fremstår som et forsøk på å omgå reklameforbudet. Når det gjelder Nordic Cigars anførsler knyttet til bruk av nyhetsbrev, endrer ikke det direktoratets synspunkt.

Når det gjelder anførselen om at tvangsmulkten er satt for høy, bemerker Direktoratet at bakgrunnen for at de ved utmåling av tvangsmulkt har tatt utgangspunkt i virksomhetens årsomsetning, og ikke i virksomhetens årsresultat, er at selskap kan organisere seg slik at omsetning tas ut som utbytte eller flyttes over i søsterselskaper. Tvangsmulkten kan dermed bli satt for lavt og medføre at virksomheten kan spekulere i om det er vil være lønnsomt å ikke rette seg etter pålegg om retting. Tvangsmulktens hensikt er som nevnt i vedtaksbrevet å virke som et incitament for etterlevelse av pålegg om retting. De viser i den forbindelse til at det også etter andre lovverk tas utgangspunkt i årsomsetningen ved beregning av tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr, som for eksempel forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 11.12.2013 som regulerer overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.

Helsedirektoratet har på bakgrunn av dette nedlagt påstand om at vedtaket av 17.12.2019 i sak 19/17985 stadfestes.

3. NORDIC CIGARS ANFØRSLER

Nordic Cigars har anført at bilder av produktene er nødvendig for at kundene skal kunne vite hva de kjøper. Uten bilder vil virksomheten bruke mye ressurser på å besvare henvendelser fra kunder om produktene, og de frykter mange reklamasjoner på varer fordi kundene har kjøpt feil som følge av manglende informasjon. Ved å stenge for informasjon til kundene mener Nordic Cigars at en handel på norske nettsider blir et kjøp i blinde. Nordic Cigars anfører også at manglende informasjon om produktene vil utgjøre brudd på forbrukerkjøpsloven.

Videre anfører Nordic Cigars at manglende bilder på nettsiden vil medføre at kundene heller handler fra utenlandske nettsider, som igjen fører til at staten vil gå glipp av skatter og avgifter fra omsetningen i en norsk bedrift.

Nordic Cigars fremholder at regelverket om sigarsalg innebærer at deres største konkurrent er ulovlig privatimport, fordi prisene blir for høye i Norge. Norske politikere oppfordrer indirekte til at nordmenn ikke skal handle i Norge, og det er veldig enkelt for privatpersoner å bestille varene fra utlandet til lavere pris. Selskapet stiller spørsmål ved om Helsedirektoratets fokus er helseforebygging eller slutt på salg av sigarer i Norge.

Hva gjelder bruk av illustrasjoner, anfører Nordic Cigars at hensikten med disse ikke har vært å øke omsetningen, men at disse derimot har hatt en informerende funksjon, og vært ment som et humoristisk innslag. I klagen er det som eksempel vist til en illustrasjon hvor hensikten hevdes å være en oppfordring til å kjøpe sigarer fra en autorisert forhandler. I illustrasjonen er virksomhetens navn skrevet inn på butikken som fremstilles som den autoriserte forhandleren.

Vedrørende nyhetsbrevene anfører Nordic Cigars at disse ikke skal anses som reklame. Nyhetsbrevene inneholder ikke bilder eller priser, men informasjon om nyheter som legges ut i nettbutikken. Virksomheten har et behov for å informere kundene om nyheter og endringer på nettsiden, slik at de lett kan lese om dette og finne igjen dette på nettsiden. Nordic Cigars får ofte

henvendelser om innkomne produkter eller om de tar inn visse produkter, og et felles infoskriv letter arbeidet med å informere kunder. Videre viser virksomheten til at kundene selv har valgt å motta slike nyhetsbrev.

Nordic Cigars har subsidiært anført at tvangsmulkten er satt for høyt, og viser til at virksomheten hadde et negativt resultat i det regnskapsåret Helsedirektoratet har tatt utgangspunkt i.

Nordic Cigars har nedlagt påstand om at Helsedirektoratets vedtak av 17.12.2019 i sak 19/17985 oppheves.

4. MARKEDSRÅDETS BEMERKNINGER

Markedsrådet skal ta stilling til gyldigheten av Helsedirektoratets vedtak av 17.12.2019 om retting og tvangsmulkt for brudd på reklameforbud etter tobakksskadeloven. Markedsrådet har full prøvingskompetanse i saken.

Markedsrådet tar utgangspunkt i at reklameforbudet for tobakksvarer og tobakksutstyr etter tobakksskadeloven § 22 og reklameforskriften § 5, jf. § 4, er svært vidtrekkende.

Markedsrådet finner det på denne bakgrunn klart, slik Helsedirektoratet har lagt til grunn, at bildene av tobakksvarer og tobakksutstyr på selskapets nettside og sosiale medier var i strid med reklameforbudet. Klagers innvendinger knyttet til konsekvensene av et bildeforbud synliggjør at salg av tobakksprodukter gjennom nettbutikk er særlig krevende, sammenlignet andre produkter som ikke er underlagt et tilsvarende strengt reklameforbud. Etter Markedsrådets oppfatning er klagers innvendinger på dette punkt reelt sett innvendinger mot regelverket og reklameforbudets rekkevidde som sådan, og kan derfor ikke tillegges vekt.

Likeledes finner Markedsrådet det klart at illustrasjonene av tobakksvarer og tobakksutstyr som Nordic Cigars benyttet en periode etter at selskapet hadde fjernet bilder av tobakksvarer og tobakksutstyr, hadde til formål å skape oppmerksomhet om Nordic Cigars og produktene som tilbys, og var derfor i strid med reklameforbudet. Markedsrådet slutter seg til Helsedirektoratets påpekning av at budskapet om å kjøpe fra autoriserte forhandlere kunne ha vært kommunisert i ren tekst, uten illustrasjoner. Markedsrådet finner det videre klart at Nordic Cigars markedsføring av tobakksvarer og tobakksutstyr på egne nettsider og i sosiale medier var i strid med reklameforbudet, idet typografi og layout ikke var nøytralt utformet. Det vises til Ot.prp.nr. 18 (2008-2009) side 15.

Når det gjelder utsendelse av nyhetsbrev, finner Markedsrådet, slik Helsedirektoratet har anført, at slik utsendelse er i strid med reklameforbudet for tobakksvarer m.v. Klarest er dette dersom det gis informasjon om tobakksprodukter og kurs, eventuelt illustrert med bilder. Men også mer generell informasjon om virksomhet innenfor salg av tobakksvarer og tobakksutstyr vil normalt ha til formål å markedsføre virksomheten og produktene som omsettes der. At mottakere av slike nyhetsbrev har valgt å motta slik informasjon, fratar ikke denne typen informasjon dens karakter av markedsføring av tobakksvarer og tobakksutstyr. Informasjonsbehovet som klager anfører at nyhetsbrev skal ivareta, kan, som anført av Direktoratet, kommuniseres på selskapets nettside, under forutsetning av nøytral utforming av layout og typografi.

Markedsrådet finner på denne bakgrunn at Helsedirektoratets forbudsvedtak er basert på et korrekt faktisk og rettslig grunnlag, og at vedtaket er gyldig.

Når det gjelder klagers subsidiære anførsler knyttet til at tvangsmulkten er utmålt for høyt, bemerkes at vedtaket bygger på et riktig rettslig utgangspunkt, og Markedsrådet finner ikke grunn til å overprøve Helsedirektoratets skjønnsmessige fastsettelse av tvangsmulktens størrelse.

Klagen tas etter dette ikke til følge.

Vedtak:

Klagen tas ikke til følge. Helsedirektoratets vedtak av 17.12.2019 i sak 19/17985 stadfestes.

Tore Lunde (sign.)

Selma Ilyas (sign.)

Jens-Henrik Lien (sign.)

Rett utskrift:

for 
Martin Tonning- saksbehandler

MARKEDSRÅDET
Postboks 4596 Nydalen
0404 OSLO