

Sak nr.: 2020000563

Dato: 23.09.2020

Klager: Visjon TV & Webshop AS
Prosessfullmektig: Advokat Nicolas Weiss-Andersen

Innklaget: Forbrukertilsynet
Prosessfullmektig:

Markedsrådets sammensetning:

1. Professor Tore Lunde
2. Lagdommer Henriette Nazarian
3. Advokat Jens-Henrik Lien

1. SAKENS BAKGRUNN

Saken gjelder klage over Forbrukertilsynets (heretter Forbrukertilsynet eller tilsynet) vedtak mot Visjon TV & Webshop AS (heretter «Visjon» eller «selskapet») av 27.04.2020. Visjon ble ilagt overtredelsesgebyr på kr 250 000 for brudd på markedsføringsloven (mfl.) § 6 første ledd, jf. fjerde ledd, jf. §§ 7 og 9, ved å ha utnyttet frykt for coronasmitte i befolkningen og villedet forbrukere om produktets effekt ved markedsføring av helsekostprodukter.

Vedtaket gjelder Visjons markedsføring av kosttilskuddet Chaga på TV Visjon Norges Facebook-side og gjennom en betalt annonse på Facebook. I markedsføringen ble produktet beskrevet som «virushemmende» og «viktig i disse tider».

19. mars 2020 mottok Forbrukertilsynet en henvendelse fra en forbruker angående Visjons markedsføring av produktet Chaga. Klagen omhandlet markedsføring gjennom et innlegg på Facebook som var delt på Visjons egen Facebook-side. Visjon Norge har informert om at innlegget først ble publisert i 2018, men ble delt på nytt i mars 2020. I innlegget skrev Visjon at Chaga «styrker immunforsvaret, er betennelses og virushemmende! Viktig i disse tider», og lenket til selskapets webshop hvor forbrukere kunne bestille produktet.

Forbrukertilsynet ble på dette tidspunktet også oppmerksom på at Visjon hadde en lignende betalt annonse på Facebook hvor produktet ble beskrevet som «virushemmende» med lenke til webshopen. I denne annonsen fremgikk det ikke at dette var «viktig i disse tider» slik som i innlegget. Annonsen ble publisert 12. mars 2020.

Forbrukertilsynet mente at markedsføringen var egnet til å villedde forbrukere med hensyn til produktets effekt, og aggressiv ved at forbrukernes frykt for å bli smittet og syk av coronaviruset utnyttet, og at markedsføringen var i strid med mfl. § 6, jf. §§ 7 og 9, samt at vilkårene for å ilagge overtredelsesgebyr var oppfylt. Forbrukertilsynet varslet 25. mars 2020 et overtredelsesgebyr på kr 250 000. Forbrukertilsynet instruerte samtidig om at markedsføringen ble avsluttet og etterspurte ytterligere informasjon om omfanget av markedsføringen, herunder om det var brukt andre kanaler enn Facebook, hvor mange visninger den aktuelle markedsføringen hadde hatt og hvor mange som hadde bestilt produktet.

Visjon bekreftet i e-post av 27. mars 2020 at all annonsering av produktet på Facebook var fjernet.

I e-post av 7. april 2020 gjorde Visjon nærmere rede for sin side av saken. Selskapet viste til at det aktuelle innlegget som brukte formuleringen «viktig i disse tider» opprinnelig var publisert i 2018 og var en henvisning til influensaseson, ikke Covid-19. I e-posten viste Visjon også til dokumentasjon som skulle underbygge at produktet Chaga er virushemmende for blant annet herpes, hepatitt og HIV.

Forbrukertilsynet ba 14. april 2020 om ytterligere dokumentasjon knyttet til antall visninger av den aktuelle markedsføringen, samt når innlegget ble delt på nytt og hvilke endringer som ble gjort i teksten da dette ble gjort. Visjon informerte i denne forbindelse om at de ikke kunne finne eksakte tall på hvor mange visninger innlegget hadde hatt i mars 2020, men at det siden

2018 hadde 1 500 visninger. De kunne heller ikke si sikkert om det var gjort endringer i teksten da den ble delt på nytt, eller på hvilket eksakt tidspunkt dette skjedde, men det er på det rene at det ble delt på nytt i mars 2020. Den betalte Facebookannonsen hadde hatt 839 visninger.

Etter å ha vurdert kommentarene til varselet, fattet Forbrukertilsynet vedtak den 27. april 2020 om overtredelsesgebyr på kr 250 000,- mot Visjon for brudd på markedsføringsloven § 6, jf. §§ 7 og 9. I e-post til Forbrukertilsynet 12. mai 2020 ba Visjon om svar på enkelte spørsmål knyttet til saken og saksbehandlingen, som ble besvart i e-post av samme dato.

Visjon påklaget vedtaket til Markedsrådet 16. mai 2020.

Muntlige forhandlinger i Markedsrådet i form av videomøte på Zoom ble gjennomført 28. august 2020. Visjon var representert ved advokat Nicolas Weiss-Andersen og regnskapsmedarbeider Lewi Hansen, sistnevnte med fullmakt fra styret. I tillegg deltok Anne Karin Ekman, som har bistått selskapet med bl.a. markedsføring. Forbrukertilsynet var representert ved juridisk direktør Frode Elton Haug.

2. FORBRUKERTILSYNETS ANFØRSLER

2.1 Villedende markedsføring – mfl. § 7, jf. § 6 og § 3

Forbrukertilsynet gjør gjeldende at Visjons markedsføring er villedende, i strid med mfl. § 7 første ledd bokstav b, jf. § 6 fjerde ledd og § 3. Markedsføringen inneholder uriktige opplysninger, og er dermed usannferdig eller på annen måte egnet til å villedde forbrukerne med hensyn til blant annet ytelsens hovedegenskaper, herunder «bruk eller egnethet for et formål» og «resultater som kan forventes ved bruk», jf. § 7 første ledd bokstav b.

Markedsføringen i saken gir etter Forbrukertilsynets syn et sterkt inntrykk av at produktet har en positiv effekt på immunforsvaret og bekjempelsen av blant annet virus. Både i innlegget på Facebook, annonsen på Facebook og på webshopen som markedsføringen leder til, ble det opplyst at Chaga «styrker immunforsvaret, er betennelses- og virushemmende». I innlegget på Facebook stod det også opplyst at dette er «viktig i disse tider», som gir sterke assosiasjoner til coronavirus eller Covid-19, selv om markedsføringen ikke eksplisitt omtaler dette. Det avgjørende er hvordan markedsføringen oppfattes av den gjennomsnittlige forbruker.

Det er coronaviruset som i stor grad preger samfunnet og nyhetsbildet om dagen, og det er dette befolkningen nå særlig ønsker å beskytte seg mot. I lys av tidspunktet for publiseringene, sammenholdt med bruken av ordet «virushemmende» og formuleringen «viktig i disse tider», anfører Forbrukertilsynet at markedsføringen gir inntrykk av produktet har effekt mot coronaviruset. Visjon har ikke fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon for at de markedsførte produktene har slik effekt som markedsføringen gir inntrykk av. Markedsføringen gir et klart villedende inntrykk av ytelsens hovedegenskaper.

2.2 Aggressiv markedsføring – mfl. § 9, jf. § 6

Forbrukertilsynet fastholder at markedsføringen også er aggressiv, i strid med mfl. § 9, jf. § 6 første ledd, jf. fjerde ledd. Forbrukertilsynet gjør gjeldende at det aktuelle innlegget, opprinnelig publisert i 2018, og delt på ny på Facebook i mars 2020, skapte klare assosiasjoner til coronasituasjonen ved

at formuleringen «viktig i disse tider» ble brukt. Tidspunktet for publiseringen, herunder en betalt annonse på Facebook 12. mars 2020, hvor coronaviruset var høyst aktuelt i samfunnet og nyhetsbildet, innebærer at gjennomsnittsforbrukeren vil forstå budskapet som en referanse til coronaviruset. Klager kan ikke høres med at formuleringen er ment å knytte seg til influensaseson, og ikke til coronaviruset. Forbrukertilsynet hevder at markedsføringen spilte aktivt på den alvorlige situasjonen med spredning av coronaviruset og forbrukernes frykt for smitte i befolkningen. Forbrukernes bekymring for å bli syke selv, og for at deres kjære skal bli syke, vil kunne gi nedsatt dømmekraft, som markedsføringen utnytter.

2.3 Påvirkningsvilkåret

Forbrukertilsynet gjør gjeldende at markedsføringen var «egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville truffet», og at påvirkningsvilkåret i mfl. § 7 andre ledd og § 9 tredje ledd derfor er oppfylt. For oppfyllelse av vilkåret økonomisk beslutning, som har samme betydning som begrepet «transaksjonsbeslutning» i direktivet om urimelig handelspraksis, er det tilstrekkelig at markedsføringen er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 195–196. At det rent faktisk er solgt få produkter, kan skyldes andre faktorer, og utelukker ikke at markedsføringen er egnet til å påvirke forbrukerne til å klikke seg videre fra annonsen, inn i nettbutikken og eventuelt også bestille produktet.

2.4 Overtredelsesgebyr

Forbrukertilsynet fastholder at vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr foreligger. Vesentlighetskriteriet er oppfylt. Vilket er ikke betinget av skadevirkninger eller skadepotensial for forbrukerne, eller at det må foreligge forbrukerklager for at vilkåret kan være oppfylt, jf. MR-2013-207 (Norsk Tipping). Det kreves heller ikke at villedningen faktisk leder til en kjøpsbeslutning for å være lovstridig.

Forbrukertilsynet gjør gjeldende at Visjon har spilt på forbrukeres sårbarhet i en vanskelig og bekymringsfull tid, for å øke egen omsetning. Selskapet har anvendt påstander i markedsføringen som det ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon for, noe som er et brudd på det sentrale dokumentasjonsprinsippet, jf. mfl. § 3, og som tilsynet anser som et grovt brudd på loven. At markedsføringen er funnet både villedende og aggressiv, understreker alvorligheten av lovbruddet, og taler også for at overtredelsen er vesentlig.

Det kan i denne sammenheng, slik Visjon anfører, ikke tillegges vekt at mfl. § 7 og § 9, ikke er angitt som egne bestemmelser i mfl. § 43. En slik begrensning i hva som kan vektlegges i vurderingen av om det foreligger et vesentlig lovbrudd, fremgår hverken av lovens ordlyd eller øvrige kilder.

Forbrukertilsynet anfører at skyldkravet i mfl. § 43 er oppfylt, idet overtredelsen er forsettlig. Visjon har publisert markedsføringen på et tidspunkt hvor det vil gi forbrukere inntrykk av at produktet kan beskytte forbrukere mot coronaviruset. Selskapet har bevisst forsøkt å utnytte frykten blant befolkningen for å bli smittet av coronaviruset med det formål å øke salget av Chaga. Overtredelsen er under enhver omstendighet uaktsom, som også gir grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

Forbrukertilsynet fastholder at 250 000 kroner er et passende nivå for overtredelsesgebyret, og understreker at markedsføringen gjelder både et Facebook-innlegg og en betalt Facebook-annonse, som samlet har nådd ut til mange forbrukere. I utmålingen er det lagt vekt på at

overtredelsen er forsettlig, skjerpende omstendigheter tilknyttet lovbruddet, samt allmennpreventive hensyn. At selskapet har gått med underskudd, og først nylig hatt overskudd, har etter praksis fra Markedsrådet liten vekt i utmålingen, jf. MR-2017-275. Forbrukertilsynet har tatt hensyn til at selskapet hadde driftsinntekter på totalt 1 804 450 kroner i 2018, og at regnskapstall for mars 2020 viser driftsinntekter på 223 172 kroner.

Forbrukertilsynet har for øvrig tatt hensyn til at det synes å være generert få salg som følge av markedsføringen. Gebyret må likevel settes forholdsvis høyt, i lys av lovbruddets art og omfang, selv om selskapet ikke ser ut til å ha oppnådd noen vesentlig inntjening ved lovbruddet.

2.5 Anførsler om saksbehandlingsfeil

Forbrukertilsynet bestrider at det er tatt utenforliggende hensyn i behandlingen av saken. Det medfører ikke riktighet at muligheten for medieomtale er blitt vektlagt i Forbrukertilsynets vurdering av saken. Saken har riktignok fått omtale i media, men slik publisering av nettmeldinger og omtale av Forbrukertilsynets virksomhet i media er en del av tilsynets ordinære oppgaver, jf. forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling § 1 første ledd. At det er lagt vekt på allmennpreventive hensyn i den foreliggende saken er i samsvar med lovens forarbeider og forvaltningspraksis, og utgjør ikke en saksbehandlingsfeil. Vedtaket er heller ikke utslag av en usaklig forskjellsbehandling. Forbrukertilsynet har fattet vedtak i to andre lignende saker, og har ikke kapasitet til å følge opp alle tips de får.

2.4 Påstand

Forbrukertilsynet legger ned påstand om at Markedsrådet fatter følgende vedtak:

påstand:

Klagen tas ikke til følge. Forbrukertilsynets vedtak av 27. april 2020 om overtredelsesgebyr på kr 250 000 mot Visjon TV og Webshop AS stadfestes.

3. KLAGERENS ANFØRSLER

3.1 Markedsføringen er ikke villedende, jf. § 7

Visjon bestrider at markedsføringen rettet seg mot coronavirus eller Covid-19. Visjon antar at Forbrukertilsynet ikke skiller mellom Covid-19 eller andre typer coronavirus, og legger derfor til grunn at det er Covid-19 tilsynet viser til.

Visjon bestrider at markedsføringen gir «inntrykk av at produktet har effekt mot Coronaviruset [Covid-19]». Det ble ikke benyttet spesifisering av virus eller illustrasjoner som gir grunnlag for dette. Innlegget ble re-publisert i en tid på året hvor influensa ofte forekommer.

3.2 Påvirkningsvilkåret er ikke oppfylt

Visjon bestrider videre at påvirkningsvilkåret er oppfylt, jf. mfl. § 7 annet ledd. Visjon bestrider at markedsføringen har vært egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet. Klageren mener det må legges vekt på samfunnsutviklingen i

vurderingen av hvorvidt dette vilkåret er oppfylt; ettersom forbrukere er svært opplyst i forhold til for bare noen få år siden. Salget av Chaga har ikke økt som følge av markedsføringen, som dokumentert med annonsebesøks- og salgstall.

Det er på det rene at over 800 mennesker har sett annonsen. I hele mars måned ble det solgt syv enheter av produktet som annonsen viser til. Tilsynet har lagt til grunn at det ble betalt for en annonse den 12. mars. I perioden fra 12. mars og ut måneden, ble det solgt tre enheter av produktet. Totalt er det solgt 44 enheter av det aktuelle produktet i årets første fire måneder, mot 98 enheter for samme periode i fjor.

Salgsstatistikken viser at Visjon også selger et produkt som heter «Chaga 4 bokser». Totalt har Visjon solgt tre enheter av dette produktet i den aktuelle perioden.

Visjon håndterer også salg for sin leverandør (Bioform), som markedsfører sine produkter på TV-kanalen Visjon Norge. Av de totalt seks salgene i den aktuelle perioden (begge Chagaprodukter), er fem et resultat av «telefonsalg». Som «telefonsalg» menes salg per telefon (normalt relatert til leverandørens TV-reklame, eller eksisterende kunder) eller salg til ansatte, som ikke har bestilt via nettbutikken. Det er altså kun ett Chagasalg som har skjedd i nettbutikken i perioden. Det er for Visjon uvisst om denne personen har kommet til nettbutikken via Facebookinnlegget/annonsen. Det må etter Visjons syn, kunne legges til grunn at så godt som ingen har handlet produktet basert på annonsen.

Antall annonsevisninger sett opp mot salgstallene tilsier at markedsføringen ikke kan ha vært «egnet til å påvirke forbrukerne» på en måte som tilsier at «transaksjonsvilkåret» i andre ledd er tilfredsstilt. Det er i realiteten ingen som har kjøpt produktet som følge av markedsføringen. Ingen gjennomsnittlig forbruker ville trodd at produktet hindret smitte.

3.3 Markedsføringen er ikke aggressiv, jf. § 9

Klager bestrider at markedsføringen er aggressiv, i strid med forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 9, jf. § 6. Vedtaket bygger på at «i innlegget skapes det klare assosiasjoner til coronasituasjonen ved at formuleringen «viktig i disse tider» er brukt. Visjon anfører at denne formuleringen er ment å knytte seg til influensasesongen, og ikke til coronaviruset.

Forbrukertilsynets anførsel om at det skapes «klare assosiasjoner» til Covid-19 grunnet formuleringen «viktig i disse tider», fremstår etter Visjons mening som lite velfundert. Forbrukertilsynet har, som forvaltningsorgan, et selvstendig ansvar for å opplyse saken tilstrekkelig, og komme frem til riktige vedtak. Forbrukertilsynet synes her å ha konkludert først, for deretter å justere sak og vurdering. Noen faktisk drøftelse er etter Visjons syn knapt synlig.

Visjon anfører at Forbrukertilsynet selv har lagt til grunn at formuleringen er uendret fra det opprinnelige innlegget i 2018. Covid-19 eksisterte ikke på dette tidspunktet. Vedtaket gir ingen vurdering av hvorvidt annonsen kunne være rettet mot influensasesongen, eller om det var grunn til å tro at man befant seg i en influensasesong, slik Visjon har anført.

Visjon bestrider at markedsføringen har vært egnet til å villedde forbrukerne med hensyn til produktets effekt, og aggressiv ved at forbrukernes frykt for å bli smittet av coronavirus utnyttes. Selv om Covid-19 i stor grad preger samfunnet og nyhetsbildet, peker Visjon på at nyhetsbildet var preget av et farlig virus som det ikke finnes noen kur mot, og at det er det som har skapt frykten

for Covid-19; et virus uten kur. Forbrukertilsynet trekker en forhastet slutning om at markedsføringen kan gi inntrykk av at Chaga kan ha en effekt på viruset som det ikke finnes en kur mot. Alternativt anfører Visjon at Forbrukertilsynet undervurderer befolkningen.

Heller ikke påvirkningsvilkåret etter mfl. § 9 tredje ledd er oppfylt. Visjon anfører at ingen har trodd at produktet kan ha noen som helst effekt på Covid-19, i alle fall ikke tilstrekkelig til å treffe en annen økonomisk beslutning enn man ellers ville ha gjort. Visjon bestrider derfor at markedsføringen «utnytter en konkret uheldig hendelse eller omstendighet som er så alvorlig at den kan nedsette dømmekraft og derved å påvirke forbrukerens adferd», slik vedtaket bygger på.

3.4 Overtredelsesgebyr

Visjon har *prinsipalt* gjort gjeldende at grunnvilkåret i mfl. § 43 om at det må foreligge en overtredelse av markedsføringsloven, ikke er til stede.

Subsidiært, for det tilfelle Markedsrådet skulle komme til at det foreligger overtredelse av markedsføringsloven, er det anført at de øvrige vilkår for å legge overtredelsesgebyr ikke er til stede.

Visjon har *for det første* anført at vesentlighetsvilkåret ikke er oppfylt. Det fremkommer av mfl. § 43 første ledd at det kun er overtredelse av § 6, § 10, § 11, § 12, § 13, § 13 a, § 14 første ledd, § 15, § 16, § 16 a første ledd bokstav a, § 17, § 18, § 20 andre ledd eller av forskrift i medhold av § 6 femte ledd eller § 10, som kan medføre overtredelsesgebyr. Av bestemmelsene som er opplistet i § 43, har Forbrukertilsynet selv bare konkludert med at § 6 er overtrådt. Saken dreier seg om bare ett forhold, selv om Forbrukertilsynet legger vekt på at markedsføringen er i strid med flere bestemmelser i markedsføringsloven. Bestemmelsene i §§ 7 og 9 kan imidlertid ikke kumuleres med § 6 i vurderingen av om det kan ilegges gebyr etter § 43.

Det foreligger ikke gjentakelser, og Forbrukertilsynet skulle ha lagt vekt på at Visjon justerte markedsføringen straks vedtak ble varslet, og gikk straks i dialog med Forbrukertilsynet for å forsikre seg om at markedsføringen nå var i tråd med regelverket.

Forbrukertilsynet synes å legge vekt på antallet forbrukere som har sett annonsen; 839 personer, av 10 824 følgere. «Vesentlighetskravet» innebærer en høy terskel, som ikke er overskredet. Visjon avviser at de har spilt på forbrukernes sårbarhet for å øke egen omsetning. Det er uansett ingen forbrukere som har lidt under slik sårbarhet, ettersom ingen har kjøpt produktet basert på markedsføringen.

Visjon anfører *for det andre* at skyldkravet ikke er oppfylt. En eventuell overtredelse er ikke forsettlig, i høyden uaktsom. Forbrukertilsynets konklusjon på dette punktet har i høyeste grad har preget utmålingen. Visjon bestrider at markedsføringen bevisst er publisert på et tidspunkt hvor det vil gi forbrukere inntrykk av at produktet kan beskytte forbrukere mot coronaviruset, og bevisst forsøkt å utnytte frykten blant befolkningen for å bli smittet av coronaviruset for å øke salget av Chaga. Det er ikke mulig å få tak på hvilke drøftelser som ligger bak tilsynets konklusjon på dette punkt. Markedsføringen antyder ikke på noen måte at den reduserer smitte av Covid-19 eller noe annet virus.

Dialogen mellom Forbrukertilsynet og Visjon viser at Visjon faktisk har trodd at Chaga kan markedsføres som styrkende for immunforsvaret samt at det er betennelses- og virushemmende. En rekke virksomheter markedsfører Chaga-baserte produkter med tilsvarende helsepåstander.

Atter subsidiært anføres at overtredelsesgebyret må reduseres vesentlig. Forbrukertilsynets syn på sakens alvorlighet fremstår som sterkt overdrevet, og er preget av skyldgraden, som bestrides. Vedtaket og utmålingen bærer preg av utenforliggende hensyn, og at det er lagt for mye vekt på allmennpreventive hensyn. Momentene overtredelsens grovhet, omfang og virkninger tilsier et lavt gebyr, hvis noe i det hele.

3.5 Utenforliggende hensyn

Visjon gjør gjeldende at Forbrukertilsynet i for stor grad har vektlagt allmennpreventive hensyn, og fokusert på å nå ut med et budskap om at det slås hardt ned på markedsføring knyttet til corona. Det vises til Forbrukertilsynets artikkel titulert «flere gebyr for ulovlig corona-markedsføring», til tross for at det så langt Visjon var kjent med kun var truffet ett annet vedtak relatert til Covid-19 på vedtakstidspunktet. Da klagen på vedtaket ble skrevet, lå det tre artikler på Forbrukertilsynets nettsider, hvorav to omhandlet Visjon, samt at Forbrukertilsynet orienterte minst én avis om varsel forut for vedtak, før Visjon fikk det tilsendt per e-post.

Visjon antar at Forbrukertilsynet har «valgt ut» Visjon, som datterselskap av den mye omtalte TV kanalen Visjon Norge, nettopp fordi de har ønsket å oppnå massiv medieomtale. Det må trekkes en grense mellom allmennpreventive hensyn, og utenforliggende hensyn, som selv å oppnå omtale. Denne grensen er etter Visjons oppfatning overskredet.

På bakgrunn av at Chaga aktivt markedsføres av andre selskaper, for eksempel Sunkost, mener Visjon også det kan ha skjedd en usaklig forskjellsbehandling når tilsynet valgte å føre sak mot Visjon.

3.6 Påstand

Visjon har nedlagt slik påstand:

Prinsipalt:

1. Forbrukertilsynets vedtak av 27. april 2020 om overtredelsesgebyr på kr 250 000 mot Visjon oppheves.

Subsidiært:

2. Forbrukertilsynets vedtak av 27. april 2020 om overtredelsesgebyr mot Visjon reduseres etter Markedsrådets skjønn.

3 MARKEDSRÅDETS BEMERKNINGER

Markedsrådet skal ta stilling til gyldigheten av Forbrukertilsynets vedtak av 27. april 2020 om illeggelse av overtredelsesgebyr mot Visjon TV og Webshop AS.

Markedsrådet tar først stilling til om den omtvistede markedsføringen er villedende i strid med mfl. § 7 og/eller aggressiv etter mfl. 9, jf. § 43 første ledd. Markedsrådet drøfter deretter påvirkningsvilkåret felles for de to bestemmelsene.

3.1 Forbudet mot villedende handelspraksis

En handelspraksis er villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger og dermed er usannferdig, eller på annen måte er egnet til å villedde forbrukerne med hensyn til blant annet ytelsens hovedegenskaper, herunder «bruk eller egnethet for et formål» og «resultater som kan forventes ved bruk», jf. § 7 første ledd bokstav b.

Markedsrådet finner det utvilsomt at Visjons markedsføring av Chaga, både i innlegget på Facebook, annonsen på Facebook, og på webshopen som markedsføringen leder til, skapte et sterkt inntrykk av at produktet har en positiv effekt på immunforsvaret og bekjempelsen av blant annet virus. Opplysningene om at Chaga «styrker immunforsvaret, er betennelses- og virushemmende», i kombinasjon med ordlyden «viktig i disse tider», skaper hos gjennomsnittsforbrukeren et inntrykk av å ha positive virkninger mot betennelser og virus. Særlig teksten «viktig i disse tider» henleder oppmerksomheten mot coronaviruset.

Markedsrådet finner det ikke sannsynlig at gjennomsnittsforbrukeren vil oppfatte markedsføringen som en henvisning til influensaseson, slik Visjon har anført. At det aktuelle innlegget på Facebook opprinnelig var publisert i 2018, før utbruddet av coronaviruset, er etter Markedsrådets syn uvesentlig. Det sentrale er at tidspunktet for den nye markedsføringen, med teksten «virushemmende» og «viktig i disse tider», var sammenfallende med den omfattende nedstengningen av det norske samfunnet fra 12. mars 2020. Coronaviruset var på dette tidspunktet det altoverskyggende tema i samfunnslivet og nyhetsbildet, med fokus på hvordan befolkningen skulle unngå smitte og sykdom. I den aktuelle konteksten var markedsføringen egnet til å villedde gjennomsnittsforbrukeren med hensyn til produktets egenskaper ved å gi et inntrykk av at Chaga har eller kan ha en positiv effekt også mot coronaviruset.

Markedsrådet legger til grunn at slike påstander om effekt ikke er tilstrekkelig underbygget. Dokumentasjonen som ble oversendt i Visjons merknader til varselet av 7. mars 2020, knytter seg til studier som hovedsakelig er gjennomført in vitro, eller på dyr, og som viser at Chaga har en mulig effekt på virusene HIV, herpes og heptaitt C, men ikke corona. Visjon har følgelig ikke oppfylt dokumentasjonsplikten etter mfl. § 3 andre ledd, noe som ytterligere underbygger at markedsføringen er villedende, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) side 189.

Markedsrådet konkluderer på denne bakgrunn med at markedsføringen inneholdt uriktige opplysninger som var egnet til å villedde forbrukerne med hensyn til blant annet ytelsens hovedegenskaper, herunder «bruk eller egnethet for et formål» og «resultater som kan forventes ved bruk», jf. § 7 første ledd bokstav b.

3.2 Forbudet mot aggressiv handelspraksis

Når det gjelder spørsmålet om den aktuelle markedsføringen også er i strid med forbudet mot aggressiv handelspraksis, har Markedsrådet vært noe i tvil.

Etter mfl. § 9 første ledd er en handelspraksis aggressiv «dersom den, i sin konkrete sammenheng og etter en helhetsvurdering, ved trakassering, tvang, herunder bruk av fysisk makt, eller utilbørlig påvirkning er egnet til vesentlig å begrense forbrukernes valgmuligheter eller atferd i forbindelse med en ytelse. Med utilbørlig påvirkning menes utnyttning av en maktposisjon i forhold til forbrukere for å utøve press, også når det ikke trues med eller brukes fysisk makt, på en måte som vesentlig reduserer forbrukernes evne til å treffe en informert beslutning».

Spørsmålet er om den konkrete markedsføringen rammes av alternativet «utilbørlig påvirkning». En problemstilling er om den aktuelle markedsføringen kan sies å innebære en «utnyttning av en maktposisjon i forhold til forbrukere for å utøve press, ...». Utgangspunktet må etter Markedsrådets vurdering være at en næringsdrivende som markedsfører varer og tjenester, normalt ikke kan sies å stå i en maktposisjon i relasjon til de forbrukere som er adressater for markedsføringen.

Hvorvidt det foreligger eller etableres en slik maktposisjon som loven angir, må bero på en nærmere konkret vurdering, blant annet på grunnlag av vurderingstemaene i mfl. § 9 annet ledd, hvor det i denne saken særlig er alternativene i bokstavene a og c som er relevante. Markedsrådet bemerker i denne forbindelse at Visjon ikke kan høres med at overtredelse av mfl. § 9 første ledd er en forutsetning for å kunne trekke inn momentene i andre ledd. Det følger av direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 8 og 9, som er gjennomført i mfl. § 9, at andre ledd inngår i tolkningen av om vilkårene i første ledd er oppfylt, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 198.

Etter mfl. § 9 bokstav a skal det i vurderingen av om en handelspraksis er aggressiv tas hensyn til «tidspunkt, sted, art og varighet». Etter bokstav c skal det tas hensyn til «den næringsdrivendes utnyttning av en konkret uheldig hendelse eller omstendighet som er så alvorlig at den kan nedsette forbrukerens dømmekraft, som den næringsdrivende er klar over, til å påvirke forbrukerens beslutning i forbindelse med produktet».

Som Markedsrådet har konkludert med foran, skapte markedsføringen et sterkt inntrykk av at Chaga kan ha positive virkninger mot betennelser og virus, og hvor særlig teksten «viktig i disse tider» gir assosiasjoner til coronaviruset. I en tid hvor spredningen av et dødelig virus var ute av kontroll, med tilhørende bekymringer i befolkningen for sykdom og smitte både hos seg selv og pårørende, skal det etter Markedsrådets vurdering lite til for at det oppstår en maktubalanse mellom næringsdrivende som markedsfører produkter relatert til den aktuelle situasjonen, og de enkelte forbrukere som har berettigede bekymringer for smitte, sykdom og død. Den nedsatte dømmekraften som kan oppstå hos forbrukerne under slike omstendigheter, er etter Markedsrådets vurdering tilstrekkelig til at det oppstår en maktposisjon hos den næringsdrivende overfor forbrukerne, som kan innebære en utilbørlig påvirkning når den utnyttes i markedsføring av helsekostprodukter.

Etter Markedsrådets vurdering innebar den konkrete markedsføringen en utnyttelse av en alvorlig situasjon i samfunnet. Frykten for smitte, sykdom og død som følge av coronaviruset er etter Markedsrådets vurdering av en slik alvorlighetsgrad at den er egnet til å nedsette forbrukernes dømmekraft overfor helsekostprodukter som markedsføres som «virushemmende» og «viktig i

disse tider». En slik utnyttelse utgjør etter Markedsrådets vurdering en utilbørlig påvirkning, som vesentlig reduserer forbrukernes evne til å treffe en informert beslutning.

Markedsrådet finner på dette grunnlag at markedsføringen var aggressiv etter mfl. § 9 første ledd, jf. andre ledd.

3.3 Påvirkningsvilkåret

Avgjørende for om handelspraksisen er i strid med §§ 7 og 9 er om det såkalte påvirkningsvilkåret i mfl. 7 andre ledd og § 9 tredje ledd er oppfylt. Praksisen er bare villedende eller aggressiv dersom den er egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet. Begrepet «økonomisk beslutning» har samme innhold som direktivets begrep «transaksjonsbeslutning». Påvirkningsvilkåret innebærer ikke et krav om at forbrukerne faktisk treffer en økonomisk beslutning – spørsmålet er om handelspraksisen er egnet til å treffe en økonomisk beslutning som ellers ikke ville ha blitt truffet, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 195–196. Terskelen for at påvirkningsvilkåret er oppfylt, er lav. En økonomisk beslutning i lovens forstand vil foreligge blant annet ved beslutning om å kjøpe en vare, en beslutning om å avstå fra å kjøpe en vare, eller en beslutning om å gå inn i en fysisk butikk eller navigere til en nettbutikk, eller å avstå fra å gjøre dette.

Markedsrådet har kommet til at den aktuelle markedsføringen var egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning de ellers ikke ville ha truffet. At selskapet knapt har solgt noen produkter som følge av markedsføringen, kan ikke tillegges nevneverdig vekt. Det avgjørende for Markedsrådet er at markedsføringen skapte tilstrekkelige assosiasjoner til coronaviruset til at gjennomsnittsforbrukeren lett ville kunne klikke videre fra annonsen til nettbutikken, for deretter å vurdere og eventuelt bestille, eller avstå fra å bestille, produktet. Fraværet av omsetning kan, som anført av Forbrukertilsynet, ha andre årsaker, særlig at det var tale om en kort markedsføringsperiode.

Markedsrådet finner etter dette at markedsføringen var egnet til påvirke forbrukerne til å treffe andre økonomiske valg enn de ellers ville ha gjort når man tenker markedsføringen borte.

Markedsrådet konkluderer på dette grunnlag med at markedsføringen både er villedende med hensyn til ytelsens hovedegenskaper hva gjelder «egnethet for et formål» og «resultater som kan forventes ved bruk», jf. mfl. § 7 første ledd bokstav b, og i strid med forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6 første ledd, jf. fjerde ledd.

Vurderingen av påvirkningsvilkåret blir den samme under alternativet aggressiv handelspraksis etter § 9. Markedsrådet har derfor kommet til at det også foreligger aggressiv handelspraksis, jf. mfl. § 9, i strid med forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6 første ledd, jf. fjerde ledd.

3.4 Overtredelsesgebyr

Markedsrådet har kommet til at vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt. Som det fremgår foran har Markedsrådet konkludert med at det foreligger overtredelse av forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6, jf. § 43 første ledd.

Etter Markedsrådets vurdering er overtredelsen av § 6 å anse som vesentlig. Markedsrådet har i denne vurderingen lagt vekt på at markedsføringen var både villedende og aggressiv. At det – som

anført av Visjon – bare foreligger brudd på én av bestemmelsene som er oppregnet i § 43 første ledd, gir i dette perspektivet en noe skjev tilnærming. Bestemmelsene i §§ 7 og 9 dekker ulike kritikkverdige elementer i en urimelig handelspraksis. At det foreligger brudd på begge, forsterker kritikkverdivheten.

Markedsrådet kan heller ikke se at antall påvirkede forbrukere er for lite til at vesentlighetsvilkåret er oppfylt, slik Visjon anfører. Kravet til vesentlighet er etter praksis ikke betinget av skadevirkninger eller skadepotensial for forbrukerne, eller at det må foreligge forbrukerklager. I vurderingen av om vesentlighetskravet er oppfylt har Markedsrådet lagt særlig vekt på at markedsføringen har søkt å utnytte forbrukernes sårbarhet i en helt spesiell og bekymringsfull tid, med formål å øke egen omsetning. At markedsføringen rent faktisk ikke resulterte i økt omsetning, har i denne sammenheng liten betydning. Videre er det i favør av at kravet til vesentlighet er oppfylt, lagt vekt på at markedsføringen innebærer et brudd på dokumentasjonsprinsippet, jf. mfl. § 3 andre ledd.

Markedsrådet finner videre at skyldkravet er oppfylt, idet markedsføringen finnes å være utført forsettlig. Markedsføringsbudskapet er utformet av selskapets representanter, som har vært kjent med de spesielle utfordringene knyttet til spredningen av coronaviruset. Valg av formuleringer om at produktet er «virushekkende» og «viktig i disse tider», og valg av tidspunkt for markedsføringen, gir under disse omstendighetene klar støtte for at overtredelsene er gjort forsettlig.

Etter Markedsrådets vurdering kan det ikke legges vekt på hvilke oppfatninger og forestillinger den ansatte hos Visjon som utformet markedsføringsbudskapet eventuelt har hatt om produktets styrkende/hekkende egenskaper. I den grad overtredelsen skyldes manglende kunnskaper om reglene for markedsføring, kan foretaket bebreides for ikke å ha etablert gode nok rutiner for å unngå villedende og aggressiv markedsføring.

Markedsrådet finner etter dette at vilkårene for å illegge overtredelsesgebyr er til stede.

3.4 Utmåling

Utmåling av overtredelsesgebyr skal foretas på grunnlag av overtredelsens grovhet, omfang og virkninger, jf. mfl. § 43 annet ledd. Markedsrådet tar utgangspunkt i at Forbrukertilsynets utmåling bygger på et korrekt rettslig grunnlag og relevante skjønnsmomenter, herunder at det er tale om en forsettlig overtredelse, skjerpene omstendigheter ved lovbruddet og allmennpreventive hensyn.

Markedsrådet kan ikke tiltre Visjons anførsler om at Forbrukertilsynets syn på sakens alvorlighet, er sterkt overdrevet. Etter Markedsrådets vurdering er saken grov, fordi det er tale om markedsføring av helsekostprodukter ved utnyttelse av forbrukernes sårbarhet og bekymringer knyttet til spredningen av coronaviruset. Markedsføringen hadde videre et ikke ubetydelig omfang, målt i antall forbrukere som har mottatt markedsføringsbudskapet.

Markedsrådet har også sett hen til omsetningstallene, og legger ut fra opplysningene til grunn at selskapet nå i det siste har gått med overskudd. Om aktiviteten går med overskudd eller ikke, har imidlertid mindre betydning, ut fra rent allmennpreventive vurderinger. Markedsrådet deler Forbrukertilsynets oppfatning om at både arten og omfanget av overtredelsen taler for at gebyret

settes relativt høyt, selv om det ikke synes å være oppnådd noen nevneverdig inntjening som følge av overtredelsen.

Heller ikke Visjons anførsler om at Forbrukertilsynets vedtak bygger på utenforliggende hensyn, kan føre frem. Vektleggingen av allmennpreventive hensyn er et klart legitimt hensyn, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 214. Hensynet til allmennprevensjon tilsier utmåling av relativt høye gebyrer ved tilfeller av villedende og aggressiv markedsføring av helsekostprodukter som utnytter forbrukernes frykt for å bli smittet av et dødelig virus.

Når det gjelder Forbrukertilsynets omtale av saker om «coronamarkedsføring» i media, bemerkes at tilsynets håndhevingsoppgaver også omfatter det å gjøre virksomheten kjent blant publikum, og å informere forbrukere og næringsdrivende om regelverkene som det føres tilsyn med, jf. forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling mv. § 1 første ledd. Det vil derved kunne oppstå situasjoner med parallell behandling av konkrete saker, og omtale av virksomheten og de aktuelle saker før endelig vedtak foreligger. Selv om en parallell utøvelse av disse to funksjonene kan være utfordrende, kan Markedsrådet ikke se at vedtaket i denne saken bygger på utenforliggende hensyn.

Markedsrådet finner det videre klart at selskapets anførsel om forskjellsbehandling ikke kan føre frem. Som opplyst av Forbrukertilsynet er det truffet vedtak i to andre saker som gjelder markedsføring relatert til coronaviruset. For øvrig er kapasitetsbegrensninger legitim grunn til å prioritere blant mange tips om ulovlig markedsføring.

Markedsrådet finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for å ta til følge Visjons anførsler om at gebyret må reduseres vesentlig.

Klagen tas etter dette ikke til følge.

Vedtaket er enstemmig.

Vedtak:

Klagen tas ikke til følge. Forbrukertilsynets vedtak av 27. april 2020 om overtredelsesgebyr på kr 250 000 mot Visjon TV og Webshop AS stadfestes.

Tore Lunde (sign.)

Jens-Henrik Lien (sign.)

Henriette Nazarian (sign.)

Rett utskrift:

Martin Tonning- saksbehandler