

Sak nr.: 2020000687

Dato: 22.10.2020

Klager: Vitability AS

Innklaget: Forbrukertilsynet

Markedsrådets sammensetning:

1. Professor Tore Lunde
2. Sorenskriver Liv Synnøve Taraldsrud
3. Nemndsleder Selma Ilyas

1. SAKENS BAKGRUNN

Saken gjelder klage over Forbrukertilsynets (heretter «Forbrukertilsynet» eller «tilsynet») vedtak mot Vitability AS (heretter «Vitability» eller «selskapet») av 26.05.2020. Vitability ble ilagt overtredelsesgebyr på kr 250 000 for brudd på markedsføringsloven § 6 første ledd, jf. fjerde ledd, jf. §§ 7 og 9, ved å ha utnyttet frykt for koronasmitte i befolkningen og villedet forbrukere om produktets effekt ved markedsføringen av helsekostprodukter.

Vedtaket gjelder Vitabilitys markedsføring av forskjellige kosttilskudd markedsført via Facebook, Instagram og i nyhetsbrev. I markedsføringen anbefalte Vitability blant annet stoffer som bidro til «cellens evne til å beskytte seg mot coronavirus».

Etter flere tips i mars 2020 om Vitabilitys markedsføring, registrerte Forbrukertilsynet at det var publisert flere innlegg om koronaviruset. Forbrukertilsynet mente markedsføringen var egnet til å villedde forbrukere med hensyn til produktets effekt, og aggressiv ved at forbrukerens frykt for å bli smittet og syk av coronavirus ble utnyttet. Markedsføringen ble derfor funnet å være i strid med mfl. § 6 første ledd, jf. fjerde ledd, jf. §§ 7 og 9. Det ble varslet vedtak om overtredelsesgebyr 02.04.2020.

I e-post av 02.04.2020 og tilsvarende 24.04.2020 svarte selskapet at det ikke var klar over at markedsføringen var i strid med markedsføringsloven, men at selskapet ønsket å hjelpe flere til å holde seg trygge og opprettholde god helse. Selskapet bekreftet at innleggene på Facebook og Instagram var fjernet, at nyhetsbrevet var slettet, og at selskapet ville passe på at det ikke ble sendt ut liknende markedsføring. Selskapet hadde også publisert en tekst der det fremgikk at «informasjon på Vitability AS sine nettsider og markedsføring er IKKE ment som medisinsk rådgivning, og våre produkter er IKKE ment å erstatte medisiner».

Vitability opplyste videre at nyhetsbrevet var sendt ut per e-post tre ganger, henholdsvis tirsdag 10.03.2020, torsdag 12.03.2020 og tirsdag 17.03.2020, til ca. 13 300 mottakere. Antall mottakere/personer som klikket på annonsene var ifølge selskapet antagelig betydelig mindre. Utsendelsene skal ha ført til en samlet omsetning på kr 23 992.

Vitability påklaget på den bakgrunn vedtaket 16.06.2020. Selskapet anførte at markedsføringsloven ikke var brutt, at overtredelsesgebyr uansett ikke burde vært ilagt dersom det forelå overtredelse, og at gebyret i alle tilfeller var satt for høyt.

Forbrukertilsynet oversendte sammendrag med saksdokumenter til Markedsrådet 15.09.2020. Vitability ønsket ikke muntlige forhandlinger i saken. Forbrukertilsynets anmodning om muntlige forhandlinger ble ikke tatt til følge, idet Markedsrådet anså saken tilstrekkelig opplyst til å kunne behandles skriftlig. Saken ble behandlet i møte i Markedsrådet 13.10.2020 via Teams, uten partene til stede.

2. FORBRUKERTILSYNETS ANFØRSLER

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

Forbrukertilsynet gjør gjeldende at Vitabilitys markedsføring er villedende, i strid med mfl. § 7 første ledd bokstav b, jf. § 6. Vitabilitys påstander i markedsføringen er ikke dokumentert. For at en dokumentasjon skal anses å ha tilstrekkelig beviskraft, kreves det normalt at påstandene kan underbygges av uttalelser eller undersøkelser utført av nøytrale instanser med anerkjent faglig kompetanse, jf. MR-2009-969 (Nuform) om strenge krav til dokumentasjon og sannhetsinnhold.

Markedsføringen i innlegg på Facebook og nyhetsbrev gir uttrykk for at produktene som er listet opp har en positiv effekt på immunforsvaret og bekjempelse av virus. Det oppfordres til å styrke «immunforsvaret med Gurkemeie, Vitamin C, Matcha, Blåbær og andre naturlige goder». Det gis uttrykk for at produktene skal ha en forebyggende effekt mot koronaviruset, i tillegg til at «corona», «korona», «koronavirus», «COVID» og «COVID19» er hashtagget. Det er videre i annonsen skrevet at «med hjelp fra noen dyktige leger har vi satt opp noen tips for hvordan styrke immunforsvaret mot virus og sykdomsfremkallende mikroorganismer. Det anbefales stoffer som nøytraliserer 3CL-enzymet og beskytter dermed cellens evne til å beskytte seg mot coronavirus.»

Forbrukertilsynet legger til grunn at gjennomsnittsforkbrukere vil kunne oppfatte dette som at produktene kan hjelpe til å beskytte dem mot koronasmitte, og mener at Vitability ikke har fremlagt dokumentasjon som underbygger at produktene vil ha en slik effekt.

Henvisningene til informasjon fra Dr. Gabriel Cousens endrer ikke dette. Forbrukertilsynet mener derfor at markedsføringen gir et klart villedende inntrykk av ytelsens hovedegenskaper.

Tilsvarende overtredelse foreligger etter tilsynets syn på grunnlag av innlegg på Instagram med lignende ordlyd og hastagger. Det bemerkes at innlegget ble publisert 12.03.2020, samme dag som regjeringen innførte tiltak mot koronaviruset, som i mediene blir omtalt som «de mest inngripende den norske befolkning har opplevd i fredstid». Forbrukertilsynet legger til grunn at forbrukerne var ekstra sårbare for markedsføring av produkter som kunne oppfattes som beskyttelse mot koronavirus, og at markedsføringen er «egnet til å påvirke forbrukeren til å treffe en økonomisk beslutning som de ellers ikke ville ha truffet», jf. mfl. § 7 andre ledd.

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

Forbrukertilsynet anfører også at markedsføringen er aggressiv, i strid med mfl. § 9, jf. § 6 første ledd, jf. fjerde ledd. Tilsynet gjør gjeldende at markedsføringsinnleggene er publisert i en tid hvor koronaviruset opptok samfunnet og nyhetsbildet i svært høy grad. Vitability utnyttet dette i sin markedsføring med utsagn om at produkter selskapet selger skal «styrke immunforsvaret mot virus og sykdomsfremkallende mikroorganismer» og gjøre at forbrukere kan «beskytte seg mot coronavirus». At markedsføringen også ble rettet direkte til forbrukere via e-post, gjør den særlig egnet til å påvirke forbrukerne til å treffe en økonomisk beslutning de ellers ikke ville ha truffet.

2.3 Overtredelsesgebyr

Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av mfl. § 6, som enten anses vesentlig eller har skjedd gjentatte ganger, kan Forbrukertilsynet fastsette et overtredelsesgebyr etter mfl. § 43. Etter lovendring fra 01.07.2020 er hjemmel for overtredelsesgebyr flyttet til mfl. § 42, men § 43 var

grunnlag for vedtaket og benyttes i den videre fremstillingen. Forbrukertilsynet viser til at Vitability har overtrådt markedsføringsloven § 6, jf. §§ 7 og 9. Overtredelsen er vesentlig, idet markedsføringen ble delt i flere kanaler og rettet til mange forbrukere. Forbrukertilsynet anser det også som sannsynlig at flere er blitt eksponert i og med at det ble benyttet hastager med «corona», «korona», «koronavirus», «COVID» og «COVID19».

Forbrukertilsynet anfører videre at Vitability har spilt på forbrukerens sårbarhet i forbindelse med frykt for å bli syke, for å øke egen omsetning. Selskapets anførsel om at de «ikke var klar over at slike uttalelser gikk mot markedsføringsloven» og at de «på ingen måte hadde til intensjon å handle i strid med loven», frifinner ikke selskapet. Tallet på publiseringer, i lys av tidspunktet for publisering, tilsier at overtredelsen er forsettlig.

Når det gjelder selskapets anførsel om at det «[...] er en gründerbedrift i en tidlig fase», gjør Forbrukertilsynet gjeldende at slike forhold ikke kan vektlegges i vurderingen av skyldkravet i § 43, jf. Lunde og Michaelsen, Markedsføringsloven med kommentarer, 3. utgave 2019, s. 446:

«I dette ligger også et krav til at den næringsdrivende, før virksomheten starter opp, må sette seg inn i hvilken lovgivning som gjelder på området, og på forhånd innrette virksomheten i samsvar med de rettslige rammer som gjelder, jf. MR-2014-439.

[...]

At foretaket er en ny aktør i markedet, og av den grunn kan oppleve oppstartsproblemer, er følgelig ikke forhold som gir grunnlag for å anvende en mildere aktsomhetsnorm enn ellers.»

Vedrørende overtredelsesgebyrets størrelse anfører Forbrukertilsynet at det er tale om grove brudd på markedsføringsloven, og at det er skjerpende at Vitability bevisst har utnyttet frykt blant befolkningen for å øke salget. Det vises videre til antall forbrukere eksponert for markedsføringen, og at allmennpreventive hensyn taler for at gebyret ikke bør settes for lavt. Det vises i den forbindelse også til MR-2020-563 datert 23.09.2020, hvor Markedsrådet fant markedsføring for kosttilskudd som var «virushemmende» og «viktig i disse tider» fremsatt i mars 2020, villedende og aggressivt, og det ble ilagt overtredelsesgebyr på kr 250 000.

2.4 Påstand

Forbrukertilsynet legger ned påstand om at Markedsrådet fatter følgende vedtak:

Klagen tas ikke til følge. Forbrukertilsynets vedtak av 26. mai 2020 om overtredelsesgebyr på kr 250 000 mot Vitability AS stadfestes.

3. VITABILITYS ANFØRSLER

3.1 Markedsføringen er ikke villedende

Vitability anfører at markedsføringen ikke er villedende, og at påstandene gitt er dokumentert, jf. mfl. § 3 andre ledd. Selskapet viser til at de ikke har hevdet at produktene kurerer Covid-19, men at de styrker det generelle immunforsvaret for å hjelpe kroppen bedre til å (?) kunne motstå en infeksjon. I media ble grupper med svekket immunforsvar omtalt som spesielt utsatte risikogrupper, og det styrket selskapets oppfatning om at det var viktig å hjelpe med innspill som kunne styrke immunforsvaret. Selskapet gjør videre gjeldende at deres råd var i tråd med mange andre råd som ble gitt, for eksempel om beskyttelse, for eksempel bruk av munnbind.

Vitability anfører videre at tilsynets henvisninger til Folkehelseinstituttet gjelder hvordan smitten sprer seg, og hvordan man fysisk skal forholde seg for å unngå å spre smitte, og at det ikke finnes vaksine eller behandling. Immunforsvaret er derimot ikke behandlet. Vitability anfører at et riktig kosthold med vitaminer, blir omtalt positivt for immunforsvaret av Folkehelseinstituttet i andre sammenhenger.

Vedrørende den faktiske dokumentasjonen, viser Vitability til at selskapet videreformidlet informasjon fra dr. Gabriel Cousens om hvordan man kunne styrke immunforsvaret for å hjelpe kroppen motstå effekten fra virus, herunder også koronavirus. I tilsvar av 29.09.2020 forklarer Vitability at:

«Dr. Cousens og hans organisasjon har etter hvert blitt en mye benyttet ekspertise innen kosthold og livsstil, og har publisert 8 bøker omkring temaet. Vi har over tid funnet et høyt faglig nivå i det han har publisert. Denne informasjonen var også i tråd med annen lignende informasjon omkring immunforsvaret og sammenhengen med vitaminer og antioksidanter, og vi anså at denne informasjonen var dokumentert av uavhengig fagekspertise. De leverer ingen produkter til oss.»

Det vises også til en rekke studier og relaterte kilder som Markedsrådet har mottatt lenker til. Vitabilitys oppfatning er på den bakgrunn at påstandene var tilstrekkelig dokumentert ved publisering av innleggene.

3.2 Markedsføringen påvirket ikke en beslutning forbrukerne ellers ikke ville truffet

Vitability bestrider at kampanjen påvirket kundene til å treffe en beslutning de ellers ikke ville tatt. Salget av de omtalte produktene økte fra kr 12 946 i februar til kr 29 914 i mars. Denne økningen var i tråd med det mange netthandlere opplevde. Vanligvis oppnår de bedre effekt på den type fokus.

3.3 Markedsføringen var ikke aggressiv

Selskapet bestrider at markedsføringen var aggressiv. Selskapet henvendte seg til sin vanlige kundegruppe, en gruppe de ikke betrakter som en spesielt sårbar gruppe. Dersom hele befolkningen anses som en sårbar gruppe på grunn av Covid-19, vil det medføre store begrensninger i markedsføring som skal fremme bedre helse. Korona var viktig i nyhetsbildet, og Vitability ønsket å gi informasjon som kunne være relevant. Selskapet bestrider at dette kan tolkes som en aggressiv handling overfor en sårbar gruppe.

3.4 Vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er ikke oppfylt

Vitability bestrider at en eventuell overtredelse er forsettlig, slik Forbrukertilsynet legger til grunn. Selskapet viser i den forbindelse til at det er i vekstfase med bare én ansatt, som står for daglig drift og gjennomfører markedstiltak. Dersom det konkluderes med at det var handlet i strid med loven, var dette ikke forsettlig, men heller at det forekom ugjennomtenkte handlinger i en hektisk hverdag. De presiserer også at det vil utvises større aktsomhet på området i ettertid.

3.5 Gebyrets størrelse er satt for høyt

Dersom Markedsrådet kommer til at det skal ilegges et overtredelsesgebyr, anfører Vitability at beløpet på kr 250 000 bør reduseres. De anser beløpet helt ut av proporsjon i forhold til gevinsten markedsføringstiltaket skapte. Salget for hele 2019 var på kr 4,6 millioner, mens salget på kr 29 919 for de omtalte produktene den aktuelle måneden bare utgjorde 4,7 % av omsetningen den måneden. Selskapets går også kun marginalt i pluss. Bedriften er i en sårbar oppstartsfase og det høye gebyret kan skape utfordringer med å betjene bedriftens forpliktelser.

Det vises også til at gebyret er for høyt sett opp mot intensjonen for markedsføringen. De handlet i god tro når de formidlet budskapet, og mente påstandene kunne underbygges. Det anføres at gebyret bør settes til kr 0, og maksimalt fastsettes til meromsetningen de direkte klikkene førte til, dvs. kr 23 993.

4. MARKEDSRÅDETS BEMERKNINGER

Markedsrådet skal ta stilling til gyldigheten av Forbrukertilsynets vedtak av 26. mai 2020 mot Vitability AS, hvor selskapet ble ilagt et overtredelsesgebyr på kr 250 000 for brudd på mfl. § 6, jf. §§ 7 og 9.

Hjemmelen for illeggelse av overtredelsesgebyr var på tidspunktet for Forbrukertilsynets vedtak mfl. § 43. Endringene ved lov 42/2020 medførte en viss omnummerering, slik at den tidligere § 43 ble endret til § 42, med virkning fra 1. juli 2020. I det følgende vises det til paragrafnummereringen som var gjeldende på vedtakstidspunktet.

I faktisk henseende legger Markedsrådet til grunn som uomtvistet at Vitability i perioden 10.–17. mars 2020 markedsførte ulike kosttilskudd i innlegg på Facebook, Instagram og i tre nyhetsbrev sendt på e-post til selskapets kunder. Innleggene på Facebook og Instagram henholdsvis 17. mars og 12. mars 2020 inneholdt linker til nyhetsbrevet. Selskapet hadde på det aktuelle tidspunktet 6155 følgere på Facebook og 514 følgere på Instagram. Nyhetsbrevet ble sendt ut 10., 12. og 20. mars 2020, til cirka 13 300 mottakere hver gang.

Etter en innledende tekst eller overskrift med ordlyden «Styrk immunforsvaret med Gurkemeie, Vitamin C, Matcha, Blåbær og andre naturlige goder [...]», inneholdt markedsføringen blant annet følgende budskap:

«Med hjelp fra noen dyktige leger har vi satt opp noen tips for hvordan styrke immunforsvaret mot virus og sykdomsfremkallende mikroorganismer.

Det anbefales stoffer som nøytraliserer 3CL-enzymet og beskytter dermed cellens evne til å beskytte seg mot coronavirus. [...]»

#corona #korona #coronavirus #koronavirus #COVID #COVID19 #virus»

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.

4.1 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 i likhet med Forbrukertilsynet at markedsføringen gir inntrykk av at de markedsførte kosttilskuddene skal virke inn på 3CL-enzymet, og at man «beskytter dermed cellens evne til å beskytte seg mot coronavirus». Den samlede effekten av denne enkeltstående uttalelsen med bruken av ordet «beskytte», de øvrige formuleringene som gjengitt foran, og de mange hashtaggene knyttet til ulike uttrykk for koronaviruset, vil etter Markedsrådets vurdering etterlate et inntrykk hos gjennomsnittsforbrukeren om at produktene har konkret virkning mot koronaviruset. Dette inntrykket forsterkes særlig av at tidspunktet for markedsføringen var sammenfallende med den omfattende nedstengingen av det norske samfunnet fra 12. mars 2020.

Koronaviruset 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 villede gjennomsnittsforbrukeren med hensyn til produktenes egenskaper ved å gi et inntrykk av at kosttilskuddene har positiv effekt eller forebyggende effekt mot Koronaviruset.

Markedsrådet finner det klart at disse påstandene om effekt ikke er tilstrekkelig dokumentert, idet de påberopte uttalelsene fra dr. Cousens ikke oppfyller de strenge kravene til vitenskapelig dokumentasjon og sannhetsinnhold som etter praksis stilles for faktiske påstander om medisinsk virkning. Markedsrådet viser i denne forbindelse til at det på markedsføringstidspunktet ikke eksisterte noen spesifikk behandling eller vaksine mot sykdommen, og at dette fortsatt er situasjonen.

Markedsrådet kan heller ikke se at den fremlagte dokumentasjonen og linker til informasjon relatert til sammenhengen mellom immunforsvaret og vitamin C eller øvrige produkter, oppfyller kravene til dokumentasjon for de påstander som er fremsatt i den aktuelle markedsføringen.

Ettersom påstandene ikke er dokumentert, jf. mfl. § 3 annet ledd, finner Markedsrådet det klart at markedsføringen var villedende, jf. mfl. § 7 første ledd bokstav b.

4.2 Forbudet mot aggressiv handelspraksis

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 utnytting 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 «utnytting av en maktposisjon i forhold til forbrukere for å utøve press, ...». Markedsrådet tok i sak MR-2020-563 som et utgangspunkt 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, [...]».

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 utnytting 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, inneholdt markedsføringen påstander som gav inntrykk av at kosttilskuddene har positiv eller forebyggende effekt mot koronaviruset.

Markedsrådet la i MR-2020-563 til grunn at det 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 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. Denne betraktningen gjør seg gjeldende også i den foreliggende sak. 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 koronaviruset er etter Markedsrådets vurdering av en slik alvorlighetsgrad at den er egnet til å nedsette forbrukernes dømmekraft overfor helsekostprodukter som markedsføres med at de har beskyttende virkning mot koronaviruset. 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.

4.3 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. Markedsrådet kan ikke se at selskapets argumentasjon om salgstall og klikkrate innebærer at påvirkningsvilkåret ikke er oppfylt. Det avgjørende for Markedsrådet er at markedsføringen skapte tilstrekkelige assosiasjoner til koronaviruset til at gjennomsnittsforbrukeren – forbrukere som fryktet å bli syke av Covid-19 – lett ville kunne klikke videre fra de markedsførte produktene i nyhetsbrevet til bestillingstjenesten i nettbutikken, for deretter å vurdere og eventuelt bestille, eller avstå fra å bestille, produktet. Det er også på det rene at Vitability hadde en markant økning av salget av de aktuelle produkter fra februar til mars, fra hhv kr 12 946 til kr 29 914. Denne økte omsetningen tyder i seg selv på at forbrukere rent faktisk har blitt påvirket av markedsføringen, som klart underbygger at markedsføringen var egnet til å påvirke forbrukernes beslutning.

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.

4.4 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. Bestemmelsene i §§ 7 og 9 dekker ulike kritikkverdige elementer i en urimelig handelspraksis. At det foreligger brudd på begge, og brudd på dokumentasjonsprinsippet, jf. mfl. 3 annet ledd, forsterker kritikkverdigheten. Markedsføringen ble også eksponert overfor et ikke ubetydelig antall forbrukere, og har søkt å utnytte forbrukernes sårbarhet i en helt spesiell og bekymringsfull tid, med formål å øke egen omsetning.

Markedsrådet finner videre at overtredelsen er gjort forsettlig. Markedsføringen er utført av selskapets ene ansatte, som har vært kjent med de spesielle utfordringene knyttet til spredningen av koronaviruset. Valg av formuleringer om at produktet kan beskytte mot koronaviruset, og valg av tidspunkt for markedsføringen, gir under disse omstendighetene klar støtte for at overtredelsene er gjort forsettlig. I den grad overtredelsen skyldes manglende kunnskaper om reglene for markedsføring, eller kapasitetsproblemer slik selskapet har vist til, kan foretaket bebreides for ikke å ha etablert gode nok rutiner og kapasitet for å unngå villedende og aggressiv markedsføring.

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

4.5 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, skjerpende omstendigheter ved lovbruddet og allmennpreventive hensyn.

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 koronaviruset. Markedsføringen hadde videre et ikke ubetydelig omfang, målt i antall forbrukere som har mottatt markedsføringsbudskapet.

Markedsrådet har også sett hen til omsetningstallene. Om aktiviteten går med overskudd eller ikke, har imidlertid mindre betydning, ut fra rent allmennpreventive vurderinger. Selskapets

årsregnskap viser en omsetning på ca. kr 4,6 millioner i tråd med estimatet som lå til grunn ved Forbrukertilsynets vedtak, og med et negativt driftsresultat på ca. kr 420 000, noe høyere enn det estimerte underskuddet på kr 390 000 på vedtakstidspunktet. Markedsrådet deler Forbrukertilsynets oppfatning om at både arten og omfanget av overtredelsen taler for at gebyret settes relativt høyt. 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. Også likhetshensyn taler mot å redusere det utmålte gebyret, jf. MR-2020-563, som opprettholdt et overtredelsesgebyr på kr 250 000 for et liknende tilfelle, men hvor selskapets omsetning var vesentlig lavere, ca. kr 1,8 millioner.

Markedsrådet kan på denne bakgrunn ikke se at gebyrets størrelse er uforholdsmessig, slik Vitability har anført, og konkluderer med at det ilagte overtredelsesgebyret fastholdes.

Klagen tas etter dette ikke til følge.

Vedtaket er enstemmig.

Vedtak:

Klagen tas ikke til følge. Forbrukertilsynets vedtak av 26. mai 2020 om overtredelsesgebyr på kr 250 000 mot Vitability AS stadfestes.

Tore Lunde (sign.)

Liv Synnøve Taraldsrud (sign.)

Selma Ilyas (sign.)

Rett utskrift:

Martin Tonning- saksbehandler