



Markedsrådet

Markedsrådets avgjørelse 28. april 2021 i sak 2021/349

Sak: 2021/349
Klager: Sports Nutrition AS
Innklaget: Forbrukertilsynet

Markedsrådets medlemmer: Professor Tore Lunde, sorenskriver Liv Synnøve Taraldsrud og advokat Jens-Henrik Lien

Sakens bakgrunn:

- (1) Saken gjelder klage over Forbrukertilsynets vedtak mot Sports Nutrition AS (heretter «klager», «selskapet» eller Sports Nutrition) av 26. november 2020. Klager ble ilagt tvangsmulkt på 80 000 kroner for brudd på tilsynets forbudsvedtak som ble fattet 25. juni 2020, jf. markedsføringsloven § 3, smh. §§ 8 og 6.
- (2) Klager ble i brev 7. februar 2019 orientert om at Forbrukertilsynet hadde avdekket flere innlegg på Instagram som var postet av personer som benevnes som selskapets ambassadører, og som ble funnet problematiske i relasjon til forbudet mot skjult markedsføring. Betegnelsen «ambassadører» benyttes ofte synonymt med andre betegnelser, blant annet «påvirkere» eller «influensere». I brevet ble det gjort rede for regelverket og ansvaret for annonsører som bruker påvirkere til markedsføring av selskapets varer. Klager ble også bedt om å redegjøre for hvordan selskapet sikrer at forbudet mot skjult reklame overholdes, i tilfeller hvor det brukes påvirkere i sosiale medier.
- (3) Klager ga tilbakemelding til Forbrukertilsynet 29. mars 2019. Det ble da forklart at samtlige ambassadører tilknyttet selskapet «nå [har] fått klare retningslinjer på hvordan man skal merke samtlige annonser enten med #annonse og / eller #Reklame». Det ble også vist til dokumentasjon, hvor det fremgikk at ambassadørene var bedt om å følge følgende forhåndsregler ved promotering av selskapets produkter på Instragram:

«- Implementer alltid #Annonse fremst i bioen ved posting

- Bruk også #Annonse i samtlige storys dere poster, men husk å ta forbehold om at fonten er synlig nok.»

- (4) Forbrukertilsynet tok igjen kontakt med klager 10. mai 2019. Klager ble da underrettet om at det på nytt var oppdaget at påvirkere hadde markedsført klagers produkter på Instagram, og at reklamemerkingen enten var fraværende eller mangelfull. Klager ble igjen bedt om å kommentere forholdet, og ble orientert om at tilsynet har kompetanse til å fatte et vedtak med en økonomisk sanksjon.
- (5) Forbrukertilsynet tok igjen kontakt med klager 31. januar 2020. Klager ble orientert om at en ny gjennomgang av reklameinnlegg på Instagram viste at påvirkere fremdeles ikke merket klagers produkter i henhold til regelverket. Tilsynet ba på denne bakgrunn om nærmere opplysninger vedrørende klagers ambassadører og samarbeidet med disse. Det pågikk etter dette en løpende korrespondanse mellom tilsynet og klager om ambassadørsamarbeidet.
- (6) Klager ble i forhåndsvarsel 26. mai 2020 varslet om at Forbrukertilsynet ville fatte et forbudsvedtak med tvangsmulkt for gjentatte brudd på forbudet mot skjult reklame, jf. forvaltningsloven § 16.
- (7) Forbrukertilsynet fattet 25. juni 2020 et vedtak mot klager, med følgende ordlyd:
- «1. Forbrukertilsynet forbyr Sports Nutrition å markedsføre på sosiale medier ved bruk av påvirkere på samme eller tilsvarende måte som i Bilag 1 og 3, uten at det tydelig fremgår at innleggene er markedsføring, i strid med mfl. § 3 sml. §§ 8 og 6.*
- 2. Dersom Sports Nutrition overtrer eller medvirker til overtredelse av dette vedtaket skal selskapet betale tvangsmulkt på 20 000– tjuetusen – kroner per innlegg som er i strid med vedtaket.»*
- (8) Dette vedtaket ble ikke påklaget.
- (9) Ved tre anledninger, i perioden mellom 2. juli 2020 og 5. oktober 2020, varslet tilsynet om til sammen fem nye innlegg på Instagram, hvor markedsføringen enten var skjult eller utydelig. Klager ble bedt om å ta umiddelbare grep for å overholde regelverket.
- (10) I e-post 6. oktober 2020 ble klager gjort oppmerksom på følgende:
- «Hva gjelder deres rutiner overfor ambassadørene gjør vi oppmerksom på at [forbuds]vedtaket ikke bare gjelder manglende merking, men også utydelig merking. [Klager] må derfor iverksette nødvendige tiltak også i tilfeller hvor merkingen f.eks. er i en liten tekst, i samme farge som bakgrunnen eller der plasseringen gjør at den er lite synlig. Det er dette som har vist seg å være problemet med noen av de siste innleggene som er postet, og som deretter er videredtelt av dere. Som annonsør er dere hovedansvarlig for at lovens krav overholdes, og dere må derfor sørge for at lovstridige innlegg fjernes eller endres slik at de er i tråd med loven.» (kursivert i original).*
- (11) Forbrukertilsynet fattet 26. november 2020 vedtak om betaling av tvangsmulkt på 80 000 kroner, etter å ha observert fire nye innlegg på Instagram, hvor to ambassadører hadde markedsført klagers produkter i strid med forbudsvedtaket av 25. juni 2020.
- (12) Klager påklaget vedtaket om å betale tvangsmulkt 16. desember 2020. Forbrukertilsynet har vurdert klagen, men opprettholdt vedtaket. Klagen ble oversendt Markedsrådet for behandling ved ekspedisjon 16. februar 2021, og partene ble deretter gitt frist for eventuelle ytterligere bemerkninger i saken.

- (13) Klager oversendte sine merknader til Markedsrådet 17. mars 2021.
- (14) Muntlige forhandlinger i Markedsrådet i form av et videomøte på Teams ble gjennomført 15. april 2021. For klager, Sports Nutrition AS, møtte daglig leder Arild Svensson, som også er styreleder og aksjonær med 75 % eierandel. For Forbrukertilsynet møtte seksjonssjef Nina Elise Dietzel, juridisk seniorrådgiver Christine Hartveit Eriksrød og juridisk rådgiver Jennifer Parmlind. Forbrukertilsynets direktør, Trond Rønningen, deltok som observatør i første del av møtet.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) De fire innleggene på Instagram som vedtaket om tvangsmulkt bygger på, gir ikke grunnlag for illeggelse av tvangsmulkt. Tre av innleggene er faktisk merket som reklame, men hvor merkingen har blitt delvis skjult på grunn av at ambassadørens kontonavn har havnet over teksten på Instagram-posten. Ambassadøren har handlet i god tro, og trodd at merkingen var synlig for følgerne. Under enhver omstendighet er det kun ett av de fire innleggene som kan anses å bryte med Forbrukertilsynets forbudsvedtak. Det vises for øvrig til at de to aktuelle ambassadørene har handlet i god tro, og at de uansett er å anse som uprofesjonelle aktører.
- (16) Forbrukertilsynet har ikke overholdt sin veiledningsplikt, ettersom den enkelte ambassadør kun har fått veiledning via selskapet, og ikke direkte fra tilsynet. Det vises for øvrig til at tilsynet ikke har gitt veiledning etter at vedkommende som postet tre av innleggene som tvangsmulkten gjelder, startet i sin rolle som ambassadør. Dersom det er selskapet selv som har ansvar for å veilede sine ambassadører om regelverket, burde man hatt krav på å bli varslet om dette.

Forbrukertilsynet har i det vesentlige anført:

- (17) Det er på det rene at den aktuelle markedsføringen bryter med forbudet mot skjult markedsføring, og at de fire innleggene som det er ilagt tvangsmulkt for, er i strid med forbudsvedtaket. Det understrekes at det er klager som er ansvarlig for at selskapets ambassadører markedsfører deres produkter i tråd med markedsføringsloven.
- (18) I denne saken er det ikke tale om et særlig tilfelle som kan medføre reduksjon eller frafall av mulkten, jf. mfl. § 41 femte ledd. Det kan ikke tillegges vekt at den ene ambassadøren nylig ble tilknyttet klagers virksomhet som ambassadør, og at hun har et lavt antall følgere på Instagram. At de aktuelle innleggene utgjør en lav prosent av alle innlegg som har blitt postet av klagers ambassadører siden forbudsvedtaket ble fattet, er ikke et tungtveiende argument. Klager har dessuten fått omfattende veiledning både i forkant og i etterkant av forbudsvedtaket. Det er et skjerpene moment at selskapet har delt de aktuelle innleggene videre på egne kontoer. For å sikre tilstrekkelig etterlevelse av regelverket av hensyn til forbrukerne, er det nødvendig og formålstjenlig at tvangsmulkten nå utløses. Tvangsmulkten skal derfor stadfestes.

Markedsrådets vurdering:

- (19) Markedsrådet skal ta stilling til gyldigheten av Forbrukertilsynets vedtak om betaling av tvangsmulkt datert 26. november 2020. Vedtaket om betaling av tvangsmulkt er betinget av at Sports Nutrition har handlet eller medvirket til å handle i strid med forbudsvedtaket av 25. juni 2020.

- (20) Det første spørsmålet er derfor om den omtvistede markedsføringen er å anse som markedsføring «på samme eller tilsvarende måte» som forbudsvedtaket retter seg mot, og om selskapet i så tilfelle kan holdes ansvarlig. I tilfelle ansvar foreligger, er det for det andre spørsmål om det foreligger «særlige tilfeller» som gjør at tvangsmulkten skal reduseres eller frafalles.
- (21) Markedsrådet legger til grunn at sakens faktiske bakgrunn som det er redegjort for innledningsvis, og i sakssammendraget utarbeidet av Forbrukertilsynet, ikke er omtvistet. Markedsrådet har fått seg forelagt skjermdumper fra Instagram Stories som dokumenterer den omtvistede markedsføringen. Det er i tillegg fremlagt skjermdumper som viser en rekke andre forutgående reklameinnlegg som ligger til grunn for selve forbudsvedtaket, og liknende markedsføring foretatt etter at forbudsvedtaket ble truffet, men som ikke er påberopt som grunnlag for utløsning av tvangsmulkten.
- (22) Ut fra bevisførselen finner Markedsrådet det klart at de fire tilfellene av markedsføring som Forbrukertilsynet har anført utgjør brudd på forbudsvedtaket, ikke oppfyller markedsføringsloven krav til identifikasjon av reklame, jf. mfl. § 3, sammenholdt med §§ 8 og 6. Innlegget postet av Henrik Sakshaug var ikke merket som reklame, og oppfyller ikke lovens krav til reklameidentifikasjon. De tre innleggene som var postet av Siril Helle med markedsføring av produktet Rush PWO og/eller en proteinbar fra Maxim, var alle merket med «reklame» plassert øverst i venstre hjørne, under brukernavnet, på en slik måte at merkingen var skjult eller utydelig for forbrukerne. Merkingen er så skjult eller utydelig for forbrukerne at den ikke oppfyller de krav til reklameidentifikasjon som kan utledes av mfl. § 3, sammenholdt med §§ 8 og 6. Hensynet til tydelig merking av reklamen gjør seg særlig gjeldende ved bruk av sosiale medier som i denne saken, hvor reklamen er synlig i bare 5-6 sekunder. At også andre privatpersoner poster liknende innlegg uten å ha status som ambassadører, er også et forhold som tilsier et krav om særlig tydelig merking av reklamen, for å tydeliggjøre innlegg som har et kommersielt formål.
- (23) Markedsrådet har heller ikke funnet det tvilsomt at Sports Nutrition som annonsør kan holdes ansvarlig for de nevnte markedsføringshandlingene, idet annonsøransvaret er uavhengig av hvilket medium som benyttes. For det første ble alle fire innleggene delt videre på selskapets egen Instagram-konto, uten at det ble foretatt ytterligere merking eller korreksjoner. Denne videredelingen skjedde på et stadium i sakens utvikling hvor selskapet hadde mottatt omfattende veiledning fra Forbrukertilsynet.
- (24) For det andre må selskapet identifiseres med de markedsføringshandlingene som utføres av selskapets «ambassadører» eller påvirkere. Selskapets argumenter om at det skjer menneskelige feil, innebærer ikke at selskapet ikke hefter for slike feil. Ordningen med «ambassadører», som ikke er særskilt regulert i formelle avtaler, er initiert og styrt av selskapet, som har hovedansvaret for å påse at reglene i markedsføringsloven overholdes. Dette ansvaret innebærer plikt til å kjenne til hvilke regler som gjelder for markedsføring, og plikt til å etablere gode nok rutiner for opplæring, oppfølging og kontroll til å sikre at også ambassadørene opptrer i samsvar med loven, og å iverksette tiltak dersom det dukker opp umerkede eller utilstrekkelig merkede reklameinnlegg. Ambassadørene er unge privatpersoner, som ikke mottar vederlag utover selve produktene som markedsføres, og kan ikke forutsettes å ha kjennskap til markedsføringslovgivningen. Ambassadørene må derfor gis tilstrekkelig veiledning og instruksjon om hvilke regler som skal følges. Markedsrådet kan ikke se at Forbrukertilsynets veiledningsplikt etter forvaltningsloven innebærer en plikt til å

veilede den enkelte ambassadør, men at denne veiledningsplikten er oppfylt gjennom den informasjon som er gitt til selskapet. Med mellom 11 og 13 ambassadører, ville det for et selskap av denne størrelse være en overkommelig oppgave å sikre tilstrekkelig kontroll med ambassadørens markedsføring.

- (25) Markedsrådet kan heller ikke følge klagers argumenter om at saken ikke er egnet som konkretisering av en norm for krav til merking av reklame i sosiale medier. Markedsrådet bemerker i denne forbindelse at klagebehandlingen er begrenset til å ta stilling til om den omtvistede markedsføringen strider mot forbudsvedtaket, og om tvangsmulkten som i så fall utløses skal reduseres eller frafalles.
- (26) Markedsrådet konkluderer på denne bakgrunn med at de omtvistede markedsføringshandlingene er på samme eller tilsvarende måte som det er nedlagt forbud mot, og at selskapet kan holdes ansvarlig, med den følge at betalingsplikten fastsatt i forbudsvedtaket utløses.
- (27) Markedsrådet skal deretter ta stilling til klagers anførsel om at den påløpte tvangsmulkten må frafalles eller reduseres, som det «i særlige tilfeller» er adgang til etter mfl. § 41 femte ledd. Bestemmelsen er en lempningsregel som er ment å være en sikkerhetsventil i særlige tilfeller, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 213 og Lunde/Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer* (2019) s. 436. Det fremgår av kommentarutgaven at «det vanskelig [vil] kunne bli tale om å redusere eller frafalle påløpet tvangsmulkt med mindre det har inntrådt vesentlige endringer i det faktiske grunnlaget som lå til grunn for vedtaket om tvangsmulkt».
- (28) Etter Markedsrådets vurdering foreligger det ikke endringer i det faktiske grunnlaget for vedtaket om tvangsmulkt.
- (29) At de fire innleggene utgjør en lav prosentandel av det totale antallet innlegg postet etter forbudsvedtaket, slik klager har påberopt, gir heller ikke grunn til å frafalle eller redusere tvangsmulkten. Markedsrådet viser her særlig til at de fire overtredelsene inngår i en forutgående rekke av gjentatte brudd på plikten til reklameidentifikasjon, og at det må ses alvorlig på gjentatte overtredelser.
- (30) Heller ikke argumentet om at tre av postene skrev seg fra et nytt ambassadørforhold, med relativt få følgere, gir grunnlag for reduksjon eller frafall, fordi selskapet allerede på dette tidspunktet hadde mottatt omfattende veiledning fra Forbrukertilsynet. Det er en kjensgjerning at også såkalte mikroinfluensere er populære blant sine respektive følgere, og vil derfor kunne ha en relativt stor påvirkningskraft sammenlignet med påvirkere med flere følgere, og også potensial til å nå mange forbrukere.
- (31) Markedsrådet er videre enig i Forbrukertilsynets anførsel om at hensynet til å sikre etterlevelse av regelverket, av hensyn til forbrukerne, taler mot frafall eller reduksjon, og det samme gjelder det faktum at klager gjennom en relativt lang tidsperiode har fått omfattende veiledning fra Forbrukertilsynets side.
- (32) Markedsrådet finner heller ikke grunnlag for klagers anførsler om at kravene til merking og gjeldende retningslinjer for merking er for uklare og upresise. Prinsippet om at reklame ikke skal skjules, er et vel etablert og innarbeidet markedsføringsrettslig prinsipp. Selv om kravene til merking ikke er eksakte, tilsier den korte tiden som reklamen vises på Instagram at merkingen må være desto tydeligere. Det taler også mot

reduksjon eller frafall av tvangsmulkten at selskapet enkelt kunne ha fulgt opp nye og mindre erfarne ambassadører på en tettere måte, for eksempel ved å stille krav om å få seg tilsendt forslag til poster på forhånd. Et slikt kontrolltiltak ville ikke være særlig byrdefullt, i lys av det relativt begrensede antallet poster ambassadørene var forpliktet til å poste per uke. Markedsrådet kan heller ikke se at en opprettholdelse av tvangsmulkten fratrar selskapet grunnlaget for å drive virksomheten, slik klager har anført.

- (33) Markedsrådets konklusjon er etter dette at klagen ikke fører fram. Forbrukertilsynets vedtak blir å stadfeste.
- (34) Vedtaket er enstemmig.

Vedtak:

Markedsrådet fatter etter dette følgende vedtak:

Klagen tas ikke til følge. Forbrukertilsynets vedtak av 26. november 2020 stadfestes.

Dokumentet er godkjent elektronisk