

ÚRSKURÐUR ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 4/2024

Kæra Gryfjunnar ehf. á ákvörðun Neytendastofu 19. júní 2024 í máli nr. 16/2024.

- Þann 5. mars 2025 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 4/2024: Kæra Gryfjunnar ehf. á ákvörðun Neytendastofu 19. júní 2024. Í málinu úrskurða Halldóra Þorsteinsdóttir, Áslaug Árnadóttir og Gunnar Páll Baldvinsson.
- Með kæru, dags. 11. júlí 2024, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála þá ákvörðun Neytendastofu að kærandi hafi brotið gegn 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 um nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir rafrettur og 1. mgr. 13. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu með því að auglýsa nikótínvörur á samfélagsmiðlum sínum. Þá var jafnframt komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn sömu lagaákvæðum með því að birta jákvætt hlaðnar lýsingar á nikótínvörum, rafrettum og áfyllingum fyrir þær á vefsíðunni gryfjan.is. Með vísan til 2. mgr. 21. gr. c. laga nr. 57/2005 var kæranda bannað að viðhafa umrædda viðskiptahætti. Með vísan til a. liðar 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005 var kæranda gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 400.000 krónur. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.
- Kæruheimild er í 2. mgr. 4. gr. laga nr. 62/2005 um Neytendastofu, sbr. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 og 4. mgr. 4. gr. laga nr. 57/2005.

MÁLAVEXTIR

- Kærandi er rekstraraðili Gryfjunnar Vape Shop og vefsíðunnar gryfjan.is. Í hinni kærðu ákvörðun er rakið að í kjölfar úttektar Neytendastofu hafi stofnunin sent kæranda bréf, dags. 27. desember 2023, þar sem gerðar voru athugasemdir við markaðsefni félagsins. Vísað var til 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 um nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir rafrettur og nánar tilgreindra ákvæða laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Bent var á að á samfélagsmiðlum félagsins, með áherslu á Facebook og Instagram, mætti finna myndir sem sýndu nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir þær. Stofnunin teldi koma til skoðunar hvort færslurnar fælu í sér brot gegn 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018. Vísaði stofnunin einnig til þess að lýsingar á ýmsum vörum á vefsíðu félagsins, gryfjan.is, gengju lengra en að teljast hlutlaus lýsing á einkennum og bragði varanna. Vísað var til þess að kærandi notaði jákvætt hlaðin lýsingarorð, oft í formi langra lýsinga á bragðupplifun neytandans. Taldi

stofnunin að 1. mgr. 11. gr. laganna kæmi til skoðunar við mat á því hvort lýsingarnar kynnu að fela í sér brot. Óskaði stofnunin eftir skýringum eða athugasemdum félagsins við erindið. Ekkert svar barst stofnuninni þrátt fyrir ítrekun, dags. 2. febrúar 2024. Í ljósi þess lýsti stofnunin gagnaöflun lokið í málinu með bréfi til félagsins, dags. 21. febrúar 2024 og tilkynnt að málið yrði tekið til ákvörðunar á grundvelli fyrirbyggjandi gagna.

ÁKVÖRDUN NEYTENDASTOFU

5. Í niðurstöðukafla ákvörðunarinnar eru rakin ákvæði 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 um nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir rafrettur og 5. gr. og 1. mgr. 13. gr., sbr. 5. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Vísað er til þess að færslur félagsins á samfélagsmiðlum feli í sér myndbirtingar, á formi almennra myndbirtinga og í gegnum svokallaðar sögur (e. stories). Kærandi sýni með beinum hætti nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir þær, eða óbeint, t.a.m. í bakgrunni auglýsingarinnar. Færslurnar séu birtar í mismunandi tilgangi, ýmist til að auglýsa gjafaleiki, verðlækkanir, endurvinnslu, opnunartíma eða til að kynna sjálfa vöruna. Engum vafa sé undirorpið að myndbirtingar með þessum hætti séu til þess að auka sölu á téðum vörum, enda vandséð að sérsverslun með nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir þær birti myndir af vöruúrvali sínu í öðrum tilgangi en að kynna vörurnar fyrir neytendum til að auka sölu þeirra. Samkvæmt skilgreiningu 1. tölul. 3. gr. laga nr. 87/2018 væri því um auglýsingu að ræða í skilningi laganna. Ekki skipti máli hvort nikótínvörur, rafrettur eða áfyllingar fyrir þær væru í forgrunni auglýsingar eða sæjust í bakgrunni hennar. Allar auglýsingar á slíkum vörum væru bannaðar á grundvelli 1. mgr. 11. gr. laganna. Með hliðsjón af framangreindu væru umræddar myndbirtingar á samfélagsmiðlum félagsins auglýsingar á nikótínvörum og rafrettum sem brytu gegn 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018.
6. Varðandi lýsingar á vörum félagsins á vefsíðunni gryfjan.is yrði að mati stofnunarinnar almennt að setja takmörk fyrir því hvað fyrirtæki gæti birt í lýsingum við þær vörur sem bannað væri að auglýsa á grundvelli laga nr. 87/2018. Kæmi ákvæði 1. mgr. 11. gr. ekki í veg fyrir að fyrirtæki birti hlutlausar upplýsingar um nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir þær á vefverslun sinni sem skylt væri að veita á grundvelli annarra laga. T.a.m. hvíldi skylda á seljendum að birta upplýsingar um helstu eiginleika vöru eða þjónustu, sbr. t.d. a. lið 1. mgr. 5. gr. laga nr. 16/2016, um neytendasamninga. Væri hins vegar gengið lengra við gerð slíkra lýsinga með jákvætt hlöðnum lýsingarorðum um vöruna eða eiginleika hennar kynnu þær að fela í sér auglýsingu í skilningi 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018.
7. Dæmi um lýsingar sem Gryfjan birtir um vörur sínar á vefsíðunni eru eftirfarandi: „[...]is a berry fruit blend featuring a sharp citrus twist. A combination of sweet raspberry and zesty lemon collide throughout for a balanced vape“; „Nasty Juice have taken inspiration dating back to the Mongol empire with their Shisha series, light and crisp, this blend of green and white grapes is the refreshing fruity e-liquid you've been looking for.“; „If you love the nutty notes in a great flue-cured tobacco leaf, Gold Blend by Nasty Juice is the e-liquid for you. This juice

features a base flavour of bold cigar tobacco. On the exhale, though, you'll taste the seductive flavour of sweet almond.“; „a dessert blend with sharp and rich notes. On inhale, a buttery pastry mixed with a light meringue is present, combined with a sweet, citrus-laced lemon curd flavour for a rich yet authentic taste.“; „An intoxicating candy blend, this vibrant coupling of sweet and colourful fruit come alive with every puff. Brimming with mind-blowing rainbow candy, this delectable treat is the golden ticket to relive those fond childhood memories“ og „Summer Blaze blasts your tongue with a refreshing, sparkling hit of Sicilian lemonade with a punchy twist of fresh mixed fruits. Take it from us; you'll be fooled into thinking you're soaking up the sun on the coast of Sicily sipping freshly squeezed lemonade infused with the brightest, ripest fruits! It really is that good!“

8. Þá væri jafnframt að finna fjölda annarra lýsinga á rafrettum og áfyllingum fyrir þær á vefsíðu félagsins þar sem notaðar eru lýsingar á borð við „refreshing“, „juicy“, „bold“, „seductive“ o.s.frv. Með hliðsjón af framangreindu væri ljóst að upplýsingum um einkenni og bragð væri ofaukið með lýsingum sem innihéldu eins jákvætt hlaðin lýsingarorð og um ræddi, til viðbótar við hlutlausar upplýsingar um heiti bragðs eða eiginleika vörunnar. Væru þær til þess fallnar og settar fram með það að markmiði að auka sölu vörunnar og gera hana meira aðlaðandi fyrir neytendur. Gengju framangreindar lýsingar lengra en hlutlaus og einföld kynning á eiginleikum vöru og/eða vörumerkis og því einungis til þess fallnar að ýta undir að neytendur versluðu umrædda vöru.
9. Á þessum grundvelli teldi stofnunin að á vefsíðu félagsins, gryfjan.is, væri ítrekað brotið gegn bannákvæði 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 í lýsingum fyrir nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir þær. Með hliðsjón af framsetningu allra framangreindra auglýsinga teldi stofnunin jafnframt að félagið hefði með birtingu þeirra viðhaft viðskiptahætti sem væru óhæfilegir gagnvart neytendum, enda um að ræða auglýsingar á vörum sem væru ávanabindandi, hefðu áhrif á heilsu notenda og væri bannað að auglýsa. Hefði félagið því með áðurgreindum viðskiptaháttum jafnframt brotið gegn 1. mgr. 13. gr. laga nr. 57/2005.
10. Með vísan til 2. mgr. 21. gr. c. laga nr. 57/2005 sbr. 3. málsl. 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 taldi Neytendastofa rétt að banna kæranda að viðhafa framangreinda viðskiptahætti. Kæranda var veittur frestur í fjórar vikur frá dagsetningu ákvörðunarinnar til að fjarlægja markaðsefni sem ákvörðunin laut að.
11. Með vísan til a. lið 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005 og alls þess sem fram hefði komið og eðli þeirra auglýsinga sem um ræddi taldi Neytendastofa rétt að leggja á sekt í samræmi við heimildir laganna. Með vísan til framangreindra sjónarmiða taldi stofnunin brot kæranda alvarlegt auk þess að stríða gegn góðum viðskiptaháttum sem varða ávanabindandi vörur og kunna að hafa áhrif á heilsu notenda. Að teknu tilliti til þessa, umfangs brotsins og jafnræðis- og meðalhófsreglu stjórnsýslulaga var talið hæfilegt að leggja á kæranda stjórnvaldssekt að fjárhæð 400.000 krónur.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

12. Í kæru, dags. 11. júlí 2024, er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.
13. Kærandi vísar til þess að fyrirtækið hafi ekkert aðhafst sem teljist til óhæfilegra viðskiptahátta eða sem réttlæti bann það sem Neytendastofa hafi lagt á fyrirtækið. Kærandi hafnar því sérstaklega að háttsemin hafi brotið í bága við 1. mgr. 13. gr. laga nr. 57/2005.
14. Kærandi hafi birt ljósmyndir af vörum sínum á þeim vettvangi sem um ræði. Ljósmyndum hafi fylgt verðupplýsingar og í sumum tilvikum lýsing á þeirri vöru sem um ræðir hverju sinni m.a. um bragð, afsláttarkóða og þess háttar. Framsetningin sé sambærileg markaðssetningu Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins á heimasíðu fyrirtækisins. Kærandi vísar í þessu samhengi til lýsingar á heimasíðunni um tiltekið rauðvín sem sagt er „dimmkirsuberjarautt“ og „ósætt“. Þá er eftirfarandi tiltekið um vínið: „Þétt fylling“, „fersk sýra“ og „mikil tannín“. Bragði vínsins einnig lýst með orðunum „sólber“, „kirsuber“, „ristuð eik“, „vanilla“, „kókos“. Þá segir: „Hér er vín með kraftmiklu berjabragði, oftast en ekki eikarþroskuð, alkóhólrík og stundum nokkuð tannísk“. Um sé að ræða „kröftug vín, með þéttu berjabragði og oft nokkuð tannísk“. Það henti vel með tilteknum matartegundum, geymist í nokkur ár og best borið fram við tiltekið hitastig og hafi ákveðinn styrkleika.
15. Af framangreindu leiði að Neytendastofa geti ekki lagt bann á kæranda og ákvarðað félaginu sekt fyrir háttsemi sem tíðkuð sé af íslenska ríkinu sjálfu. Þetta sé grundvallaratriði sem áfrýjunarnefndin hljóti að viðurkenna en ella rökstyðja sérstaklega hvað réttlæti að ríkinu leyfist háttsemi sem kæranda eigi að teljast bönnuð.
16. Kærandi bendir á að í réttarríki gildi það grunnviðmið að allir séu jafnir fyrir lögunum eins og kveðið sé á um í 65. gr. stjórnarskrárinnar. Í framkvæmd þýði það að lögin taki jafnt til allra, bæði hárra sem lágra, og að handhafar ríkisvalds lúti sömu lögum og aðrir. Af þessum grunnreglum leiði að íslenska ríkið geti ekki undir merkjum Neytendastofu lagt bann og sektir á kæranda vegna háttsemi sem það viðhafi sjálft undir merkjum Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins. Með þessu kynningarefni brjóti íslenska ríkið gegn ákvæðum áfengislaga nr. 75/1998. Af jafnræðisreglu íslensks réttar leiði að ríkið geti ekki bannað kæranda að viðhafa sambærilega háttsemi og þaðan af síður lagt á kæranda sektir vegna kynningarefnis á vörum sem teljast síður ávanabindandi og minna skaðlegar en áfengi.
17. Kærandi vísar til þess að tjáningarfrelsið verði að njóta vafans. Bannákvæði 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 feli í sér frávík frá tjáningarfrelsinu og beri að skýra þröngt í ljósi alls framanritaðs en einnig með hliðsjón af stöðu kæranda sem reki löglega sérsverslun og eigi að geta kynnt vörur sínar með sama hætti og ríkið geri með neysluvörur sem það bjóði almenningi til kaups í sérsverslunum á sínum vegum. Í þessu samhengi verði ekki framhjá því litið að Hæstiréttur Íslands hafi komist að þeirri niðurstöðu að tjáningarfrelsi stjórnarskrár taki til kynningarefnis á löglegum vörum sbr. dóm réttarins 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005. Í dóminum hafi verið

komist að þeirri niðurstöðu að algjört bann við sýnileika tóbakssölu hefði farið út fyrir þau mörk sem 73. og 75. gr. settu þegar kæmi að sérvæslunum með tóbak. Kærandi seldi löglegar vörur sem viðurkennt væri að væru minna skaðlegar en tóbak.

18. Fyrir liggi að íslenska ríkið hafi sjálft sett fram auglýsingaefni til kynningar á áfengi. Með margvíslegum gögnum megi sýna fram á að áfengi valdi mun meira samfélagslegu tjóni og heilsufarsskaða en þær vörur sem kærandi hafi til löglegrar meðferðar. Framsetning íslenska ríkisins og kynningarefni á áfengum drykkjum hafi ekki verið talið brjóta í bága við góða viðskiptahætti í skilningi 13. gr. laga nr. 57/2005. Með vísan til framanritaðs og þeirra lagalegu sjónarmiða sem kærandi byggir á sé þess krafist að sú framsetning kæranda sem hin kærða ákvörðun lúti að verði ekki talin varða við þeim viðurlögum sem þar greinir og Neytendastofa ákvarðaði kæranda.
19. Með bréfi áfrýjunarnefndarinnar, dags. 20. júlí 2024, var Neytendastofu gefinn kostur á að gera athugasemdir við kærana. Stofnunin gerði það með greinargerð sem barst áfrýjunarnefndinni með bréfi, dags. 12. ágúst 2024. Í greinargerðinni er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.
20. Að því er varðar tilvísanir kæranda til starfshátta Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins og 65. gr. stjórnarskrárinnar bendir Neytendastofa á að ljóst sé að um eðlisólíkar aðstæður sé að ræða. Fyrst og fremst gildi um áfengi önnur og eðlisólík ákvæði sem séu nákvæmari en ákvæði 11. gr. laga nr. 87/2018. Þá séu nikótínvörur annars vegar og áfengi hins vegar eðli máls samkvæmt gjörólíkar vörutegundir. Að lögum sé því um ósambærilega hluti að ræða og verði ekki séð hvaða þýðingu tilvísanir í auglýsingar Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins hafi fyrir túlkun 11. gr. laga nr. 87/2018.
21. Vegna tilvísana kæranda til 73. gr. stjórnarskrárinnar um vernd tjáningarfrelsis vísar Neytendastofa til umfjöllunar í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 29. desember 2023 (2/2023). Með vísan til þessa og rökstuðnings hinnar kærðu ákvörðunar er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.
22. Með bréfi áfrýjunarnefndarinnar, dags. 10. september 2024, var kæranda gefið tækifæri til að gera athugasemdir við greinargerð Neytendastofu. Svar barst með bréfi dags. 14. október 2024.
23. Í bréfinu er vísað til þess að Neytendastofa telji að aðstæður Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins séu eðlisólíkar aðstæðum kæranda. Kærandi bendir á að í 2. gr. laga nr. 86/2011 sé kveðið á um að markmið laganna séu að skilgreina umgjörð um smásölu áfengis og heildsölu tóbaks sem byggist á bættri lýðheilsu og samfélagslegri ábyrgð. Þá sá það markmið laganna að takmarka og stýra aðgengi að áfengi og tóbaki og draga þannig úr skaðlegum áhrifum áfengis og tóbaksneyslu. Loks sé það markmið laganna að vernda ungt fólk gegn neyslu áfengis og tóbaks og takmarka framboð á óæskilegum vörum. Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 86/2011 sé nánar fjallað um þessi markmið og tekið fram að mismunandi sjónarmið

vegist á. Annars vegar að fylgja aðhaldsstefnu stjórnvalda og hins vegar að veita viðskiptavinum góða og vandaða þjónustu. Í þessu samhengi sé í greinargerðinni vísað til þess að eðlilegt sé að markmiðin í 2. gr. séu skýr og að löggjafinn taki af skarið um það hvaða sjónarmið eigi að leggja til grundvallar ákvörðunum sem byggðar séu á lögnum. Umgjörð laga um smásölu áfengis og heildsölu tóbaks skuli byggjast á bættri lýðheilsu og samfélagslegri ábyrgð. Rannsóknir hafi sýnt fram á að mikil og skaðleg neysla áfengis og reykingar hafi neikvæð áhrif á lýðheilsu almennings og auki kostnað fyrir samfélagið. Eitt af markmiðum laganna sé því að bæta lýðheilsu með áframhaldandi aðhaldi í verslun með áfengi og tóbak.

24. Kærandi vísar til þess að af þessu megi ráða að löggjafinn hafi álitid að fara skuli með áfengi og tóbak sem sambærilega vöru. Skírskotun Neytendastofu til þess að samanburður sé þýðingarlaus og að um eðlisólíkar aðstæður sé að ræða falli því um sig sjálfar. Sett hafi verið sameiginleg lög um sölu þessara vörutegunda og tilteknar skyldur lagðar á herðar Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins. Hvorki Neytendastofa né áfrýjunarnefndin geti litið alfarið framhjá þessum skyldum við úrlausn máls kæranda. Verði litið svo á að kærandi hafi brotið gegn lagaskyldum sínum eigi hið sama við um þá háttsemi Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins sem lýst sé í kæru.
25. Kærandi áréttar að þótt heimilt sé samkvæmt 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar að setja tjáningarfrelsi skorður til verndar heilsu þá verði að líta til þess að söluvara kæranda sé mun skaðminni heilsufari almennings en áfengir drykki sem Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins auglýsi og raunar minna skaðleg en hefðbundnar tóbaksvörur. Kærandi minnir á að nikótín hafi áður verið flokkað sem lyf. Sú staðreynd að svo sé ekki nú bendi til þess að mat löggjafans á skaðsemi nikótíns hafi mildast. Af þessu leiði að stjórnvöld geti ekki gert meiri kröfur til söluaðila nikótínvara en til Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins sem söluaðila áfengis og tóbaks. Tilvísun Neytendastofu til meðalhófs beri að skoða í þessu ljósi, sbr. m.a. jafnræðisreglu stjórnsýsluréttar.
26. Kærandi bendir á að í réttarríki verði lagareglur að taka jafnt til allra. Af því leiði að ef ríkisvaldið ætli einstaklingum og lögaðilum að sitja við annað borð en ríkið sjálft séu grunnviðmið réttarríkisins í uppnámi. Við taki ný tegund stjórnarfars sem einkennist af geðþóttu, gerræði og misbeitingu valds. Erindi kæranda sé ritað í trausti þess að áfrýjunarnefndin vilji ekki stuðla að því að lög og réttur spillist með þessum hætti. Íslenskur réttur eigi að verja frjáls viðskipti og frjáls vöruviðskipti séu meginregla á EES svæðinu. Hömlur á markaðssetningu og vöruviðskiptum beri að skoða og skýra í þessu ljósi.
27. Í ljósi þessa andmæli kærandi því að háttsemi fyrirtækisins sé á nokkurn hátt frábrugðin háttsemi sem ríkið sjálft viðhafi á markaðssetningu á vörum sem telja megi hættulegri lýðheilsu en vörur kæranda. Við mat á því hvað telja megi brot gegn góðum viðskiptaháttum í skilningi 1. mgr. 13. gr. laga nr. 57/2005 eða óhæfileg háttsemi gagnvart hagsmunum neytenda beri áfrýjunarnefndinni að líta til þess sem almennt sé iðkað af hálfu seljenda á sambærilegum markaði, þ.m.t. íslenska ríkisins sem seljanda ávanabindandi vörutegunda. Í þeim samanburði

telji kærandi sig ekkert hafa aðhafst sem íslenska ríkið hafi ekki sjálft aðhafst. Því hafi kærandi ekki brotið gegn góðum viðskiptaháttum eða viðhaft óhæfilega háttsemi gegn hagsmunum neytenda. Öllum staðhæfingum um annað sé vísað á bug með vísan til þeirra staðreynda sem fyrir liggi um háttsemi Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins.

NIÐURSTAÐA

28. Eins og að framan greinir var með hinni kærðu ákvörðun komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 um nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir rafrettur og 1. mgr. 13. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu með því að auglýsa nikótínvörur á samfélagsmiðlum sínum. Þá var jafnframt komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn sömu lagaákvæðum með því að birta jákvætt hlaðnar lýsingar á nikótínvörum, rafrettum og áfyllingum fyrir þær á vefsíðunni gryfjan.is. Kærandi leitar endurskoðunar á hinni kærðu ákvörðun og krefst þess að hún verði felld úr gildi.
29. Samkvæmt 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 eru hvers konar auglýsingar á nikótínvörum, rafrettum eða áfyllingum fyrir þær bannaðar. Þá er bannað að sýna neyslu eða hvers konar meðferð nikótínvara, rafrettna eða áfyllinga í auglýsingum. Í 2. mgr. 11. gr. kemur fram að nikótínvörum, rafrettum og áfyllingum skuli komið þannig fyrir á sölustöðum að varan sé ekki sýnileg viðskiptavinum. Sérverslunum með nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir þær er þó heimilt að hafa vöruna sýnilega þegar inn í verslun er komið. Auglýsingar eru skilgreindar í 3. gr. laganna. Þar kemur fram að auglýsing sé það þegar vöru eða vörumerki er komið á framfæri við almenning í því skyni að auka sölu vörunnar, m.a. með vörukynningum á hvaða formi sem er, útstillingum í verslunum eða annars staðar, umfjöllun í fjölmiðlum, vefmiðlum eða samfélagsmiðlum eða dreifingu vörusýna til neytenda.
30. Við skýringu á 11. gr. laga nr. 87/2018 ber að líta til þess að ákvæðið felur í sér takmörkun á tjáningar- og atvinnufrelsi sem nýtur verndar 73. og 75. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944, sbr. dóma Hæstaréttar Íslands 25. febrúar 1999 í máli nr. 415/1998 og 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005. Samkvæmt 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar má setja tjáningarfrelsi skorður með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist takmarkanir nauðsynlegar og samrýmast lýðræðishefðum. Þá má samkvæmt 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar segja atvinnufrelsi skorður með lögum, enda krefjist almannahagsmunir þess. Af frumvarpi því er varð að lögum nr. 87/2018 er ljóst að markmið laganna er öðrum þræði að vernda heilsu almennings og er sérstaklega tekið fram að lýðheilsa almennings, ekki síst barna og ungmenna, krefjist þess að settar séu reglur um nikótínvörur, rafréttur og áfyllingar fyrir þær í auglýsingum. Takmarkanir þær sem um ræðir í máli þessu eru bundnar í lög og stefna að áðurgreindum markmiðum. Þá verður ekki fram hjá því litið að tjáning sú er mál þetta lýtur að er viðskiptalegs eðlis og ekki standa jafn sterk rök til verndar slíkri tjáningu og á sumum öðrum sviðum, t.a.m. að því er varðar stjórnsmálalega tjáningu. Samkvæmt framangreindu gátu umrædd ákvæði stjórnarskrárinnar ekki staðið í vegi fyrir hinni kærðu ákvörðun.

31. Óumdeilt er í málinu að kærandi selur nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar í þær. Kærandi hefur ekki dregið í efa að það efni sem hann hefur dreift á samfélagsmiðlum og á heimasíðu sinni lúti að slíkum vörum. Á hinn bóginn verður ráðið af málatilbúnaði fyrirtækisins að kærandi telji að sér sé heimilt að tjá sig með þessum hætti þrátt fyrir framangreind ákvæði laga nr. 87/2018 og 57/2005.
32. Mál þetta varðar annars vegar markaðssetningu kæranda á samfélagsmiðlum þar sem vakinn er athygli á starfsemi fyrirtækisins. Í gögnum málsins er að finna skjáskot af slíkri markaðsetningu á ótilgreindum samfélagsmiðlum þar sem meðal annars er að finna tilvísanir til tiltekinna vörutegunda sem kærandi býður til sölu auk mynda af vöruúrvali verslunarinnar. Í 3. gr. laga nr. 87/2018 er sérstaklega tekið fram að umfjöllun á samfélagsmiðlum um vöru eða vörumerki í því skyni að auka sölu vörunnar teljist auglýsing samkvæmt lögunum. Af þessu leiðir að framsetning kæranda á vöruúrvali verslunarinnar á samfélagsmiðlum telst vera auglýsing. Hvers kyns auglýsingar á nikótínvörum, rafrettum og áfyllingum er bönnuð samkvæmt 11. gr. og verður því staðfest sú niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að þessi háttsemi kæranda hafi brotið gegn ákvæðinu.
33. Í hinni kærðu ákvörðun var einnig komist að þeirri niðurstöðu að framangreind háttsemi teldist brjóta gegn 13. gr. laga nr. 57/2005 en ákvæðið leggur bann við háttsemi sem brýtur í bága við góða viðskiptahætti í atvinnustarfsemi eins og þeir eru tíðkaðir eða eitthvað það sem óhæfilegt er gagnvart hagsmunum neytenda. Með umræddum brotum auglýsti kærandi ávanabindandi vöru sem hefur neikvæð áhrif á heilsu neytenda og í bága við ákvæði sérлага. Með vísan til rökstuðnings í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar 29. desember 2023 (2/2023) verður litið svo á auglýsingar kæranda á samfélagsmiðlum sem mál þetta lýtur að hafi brotið í bága við 13. gr. laga nr. 57/2005.
34. Málið varðar hins vegar markaðssetningu kæranda á heimasíðu fyrirtækisins. Eins og að framan greinir var í hinni kærðu ákvörðun komist að þeirri niðurstöðu að lýsingar á heimasíðunni á nikótínvörum, rafrettum og áfyllingum hefðu ekki aðeins falið í sér hlutlausar upplýsingar um heiti bragðs eða eiginleika vörunnar. Lýsingar á einkennum og bragðtegundum hefðu gengið lengra en svo. Í þessu tilliti vísaði Neytendastofa til þess að notuð hefðu verið jákvætt hlaðin lýsingarorð. Hvað svo sem líður þeirri afstöðu Neytendastofu, að 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 komi ekki í veg fyrir að fyrirtæki birti hlutlausar upplýsingar um nikótínvörur, rafrettur og áfyllingar fyrir þær á vefverslun sinni, er ljóst að lýsingar kæranda gengu lengra en svo að einungis slíkar upplýsingar væru veittar. Notuð voru gildishlaðin og óþörf lýsingarorð eins og „sharp“, „zesty“, „balanced“, „light“, „crisp“, „refreshing“, „great“, „bold“, „seductive“, „rich“, „authentic“, „intoxicating“, „vibrant“, „brimming“, „mindblowing“, „delectable“, „sparkling“ og „punchy“. Þá voru notuð jákvætt hlaðin nafnorð eins og „treat“, „golden ticket“ og „twist“ sem samlíkingar til að lýsa þeim vörum sem kærandi býður til sölu.
35. Loks voru lýsingar sem lutu að jákvæðum væntingum sem neytendur máttu hafa af því að neyta umræddrar vöru í stað þess að tilgreina einfaldlega bragðtegund hennar. Þannig var eftirfarandi

tiltekið: „If you love the nutty notes in a great flue-cured tobacco leaf, Gold Blend by Nasty Juice is the e-liquid for you“. Einnig: „On the exhale, though, you’ll taste the seductive flavour of sweet almond“ og tekið fram að tiltekin bragðtegund myndi „come alive with every puff“. Þá var tekið fram að notkun vöru myndi láta neytandann „relive those fond childhood memories“ og að tiltekin vörutegund „blasts your tongue with a refreshing, sparkling hit of Sicilian lemonade with a punchy twist of fresh mixed fruits“. Loks var sagt að „you’ll be fooled into thinking you’re soaking up the sun on the coast of Sicily sipping freshly squeezed lemonade infused with the brightest ripest fruits! It really is that good“.

36. Framangreindar lýsingar gengu lengra en að veita upplýsingar um helstu eiginleika þeirrar vöru sem kærandi bauð til sölu. Með því var vörunni komið á framfæri í því skyni að auka sölu hennar í bága við 1. mgr. 11. gr., sbr. 1. tölulið 3. gr. laga nr. 87/2018. Umræddir viðskiptahættir fólu jafnframt í sér brot gegn 1. mgr. 13. gr. laga nr. 57/2005.
37. Kæranda telur að lýsingar hans séu sambærilegar því sem fram kemur á heimasíðu Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins. Í þessu tilliti er til þess að líta að þótt fallist yrði á að starfshættir þess fyrirtækis stönguðust á við 20. gr. áfengislaga nr. 75/1998, þar sem lagt er bann við hvers konar auglýsingum á áfengi og einstökum áfengistegundum, gæti slík niðurstaða ekki leitt til þess að öðrum fyrirtækjum væri heimilt að brjóta gegn ákvæðum annarra laga sem fela í sér auglýsingabann. Þá er ekki að sjá að þau dæmi sem kærandi tekur í málatilbúnaði sínum af heimasíðu Áfengis- og tóbaksverslunar ríkisins feli í sér jafn gildishlaðnar lýsingar á tilteknum áfengistegundum eins og þær lýsingar kæranda sem hin kærða ákvörðun lýtur að. Með vísan til þessa verður ekki talið að sjónarmið um jafnræði eða jafnræðisregla 65. gr. stjórnarskrárinnar leiði til þess að fella beri hina kærðu ákvörðun úr gildi.
38. Með vísan til alls framangreinds verður staðfest sú niðurstaða hennar kærðu ákvörðunar að kærandi hafi brotið gegn 1. mgr. 11. gr. laga nr. 87/2018 og 1. mgr. 13. gr. laga nr. 57/2005. Með hinni kærðu ákvörðun var kæranda bannað að viðhafa umrædda viðskiptahætti og einnig gerð sekt að fjárhæð 400.000 krónur. Með vísan til eðlis brotsins sér áfrýjunarnefndin ekki ástæðu til að gera ástæðu við þá niðurstöðu. Í ljósi alls framangreinds verður hin kærða ákvörðun því staðfest.

ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun er staðfest.

Halldóra Þorsteinsdóttir

Áslaug Árnadóttir

Gunnar Páll Baldvinsson