

ÚRSKURÐUR
ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 3/2017

Kæra Makklands ehf. á ákvörðun Neytendastofu frá 6. febrúar 2017.

1. Þann 3. júlí 2017 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 3/2017: Kæra Makklands ehf. á ákvörðun Neytendastofu frá 6. febrúar 2017. Í málinu úrskurða Halldóra Þorsteinsdóttir, Áslaug Árnadóttir og Egill Heiðar Gíslason.
2. Með kæru, dags. 5. mars 2017, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu frá 6. febrúar 2017 um að banna kæranda að birta tiltekna auglýsingu þar sem börn eru sýnd halda á sínum sem springa. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.
3. Kæruheimild er í a. lið 2. mgr. 4. gr. laga nr. 62/2005, sbr. 4. mgr. 4. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

MÁLAVEXTIR

4. Með bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 21. desember 2016, var kæranda tilkynnt að Neytendastofu hefðu borist ábendingar vegna jólaauglýsingar kæranda. Í umræddri auglýsingu, sem beindist að markaðssetningu síma af gerðinni iPhone, var sýnd teiknimynd af tveimur börnum fá síma í jólagjöf sem sprungu síðan í höndum barnanna. Í lok auglýsingarinnar opnaði barn hins vegar síma af gerðinni iPhone, sem ekki sprakk, og viðhafði þá orðin „Vá iPhone. Takk mamma og pabbi. Takk fyrir að elska mig.“ Í bréfi Neytendastofu kemur fram að í 7. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu sé m.a. fjallað um að sýna skuli varkárni í auglýsingum gagnvart trúgirni barna og unglunga og ekki misbjóða börnum við auglýsingamiðlun. Þá sé samkvæmt 13. gr. laganna óheimilt sé að brjóta í bága við góða viðskiptahætti í atvinnustarfsemi. Neytendastofa telji umrædda auglýsingu geta falið í sér brot gegn fyrrgreindum ákvæðum og sé óskað eftir skýringum eða athugasemdum kæranda í tilefni af því.
5. Svar barst með tölvubréfi kæranda, dags. 5. janúar 2017. Þar er tekið fram að undanfarin ár hafi kærandi gert grín að neysluvæðingu í samfélaginu. Með því að segja að fólk elski ekki börnin sín nema þau fái síma af gerðinni iPhone sé verið að vísa til fáránleika þess þegar foreldrar gefi börnum sínum slíka síma í skóinn. Hafi auglýsingin ekki verið hugsuð á þann hátt að hún ætti að höfða til barna eða að hún hafi átt að niðurlægja eða misbjóða einhverjum.

6. Með öðru bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 10. janúar 2017, kom fram að athugasemdir Neytendastofu lúti að því að í umræddri auglýsingu hafi börn verið sýnd opna jólagjafir sem spryngju. Í lok auglýsingarinnar sé sýnt barn sem opni jólagjöf með iPhone síma sem ekki springi. Telji Neytendastofa auglýsinguna til þess fallna að vekja þau hughrif að símar af annarri tegund springi með þeim afleiðingum að höfuð barnanna verði að engu öðru en beinagrind. Ummæli barnsins í lok auglýsingarinnar, þar sem það þakki foreldrum sínum fyrir að elska sig, geti þannig að mati stofnunarinnar vakið þau hughrif að foreldrum fyrri tveggja barnanna í auglýsingunni hafi mátt vera ljóst að síminn kæmi til með að springa með fyrrgreindum afleiðingum.
7. Neytendastofa árétti að samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laga nr. 57/2005 skuli auglýsingar miðast við að börn sjái þær og heyri. Þótt tilgangur auglýsenda sé ekki að beina auglýsingum að börnum beri að virða umrætt ákvæði. Á hinn bóginn telji stofnunin skýringar með tilvísun til skógjafa ekki fá staðist, enda þakki barnið í auglýsingunni foreldrum sínum auk þess sem öll börnin standi við jólatré og taki upp gjafir. Ekkert í auglýsingunni gefi tilefni til að ætla að um skógjafir sé að ræða. Var kæranda gefið að nýju færi á að koma á framfæri athugasemdum vegna málsins. Ekkert svar barst frá kæranda.

HIN KÆRÐA ÁKVÖRDUN

8. Hin kærða ákvörðun var kynnt kæranda með bréfi, dags. 6. febrúar 2017. Var þar vísað til fyrri samskipta og tekið fram að það sé mat Neytendastofu að auglýsing kæranda sé til þess fallin að vekja þau hughrif hjá börnum að aðrir símar en iPhone geti sprungið með þeim afleiðingum að höfuð þeirra verði að beinagrind og að foreldrar sem gefi börnum sínum aðra síma megi vera ljóst að slíkar afleiðingar geti orðið. Með vísan til 2. mgr. 21. gr. b. laga nr. 57/2005 var kæranda bannað að viðhafa umrædda viðskiptahætti og bönnuð frekari birting auglýsingarinnar. Kom fram að kærandi skyldi fjarlægja auglýsinguna þar sem hún hefði verið birt á samskiptamiðlum verslunar kæranda, s.s. Facebook-síðu hennar, Youtube-rás o.fl. Bannið tæki gildi fjórum vikum frá móttöku ákvörðunarinnar. Yrði ekki farið að banninu mætti búast við að tekin yrði ákvörðun um sektir á grundvelli IX. kafla laga nr. 57/2005.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRENDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

9. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Í kæru hans kemur fram að mótmælt sé þeim fullyrðingum Neytendastofu að umrædd auglýsing sé til þess fallin að vekja þau hughrif hjá börnum og foreldrum þeirra að þau megi óttast að höfuð þeirra verði að beinagrind eigi þau tiltekna síma. Í fyrsta lagi sé ekki sé augljóst á umræddum auglýsingum að höfuð barnanna breytist í beinagrindur. Sé auglýsingin skoðuð megi sjá að ekkert breytist við líkama barnanna þegar þau opna fyrstu tvo símana annað en að andlit þeirra verði hvít. Megi allt eins ætla að börnin fái yfir sig hveiti eða annað sem geri andlit þeirra hvítt. Augljóslega sé ekki um beinagrind að ræða, enda sé líkami barnanna hinn sami og fyrir hvellinn.

10. Í öðru lagi sé um að ræða verk eftir listamanninn Huggleik Dagsson, sem sé vel þekktur fyrir kaldhæðni í verkum sínum. Hann sé teiknimyndahönnuður og þekktur fyrir að gera grín að samtímanum með ýmsum verkum sem oftast en ekki séu á gráu svæði kaldhæðinnar eða teljist svartur húmor. Gangi verk hans gjarnan út á að „sjokkera“ þá sem á þau líti og hafi hann notið fádæma vinsælda fyrir vikið. Af meðfylgjandi dæmum af verkum Huggleiks megi t.a.m. sjá verk sem gangi mun lengra en auglýsing kæranda. Engir símar aðrir en iPhone hafi verið nefndir í auglýsingunni og því sé ekki hægt að ætla kæranda að hafa verið að veða að öðrum vörumerkjum. Tilvísun Neytendastofu til 13. gr. laga nr. 57/2005 sé því mótmælt. Þá sé ekki hægt að segja að augljóst sé hvað gerist í auglýsingunni. Fullorðnir neytendur gætu mögulega ímyndað sér að eitthvað gerist með síma, í ljósi fréttáflutnings undanfarna mánuði, en ljóst sé að börn eigi enga möguleika á slíkum hugrenningartengslum. Telji kærandi því langsótt að ætla börnum að ímynda sér það sem Neytendastofa telji að gerst hafi í auglýsingunni. Á engan hátt sé hægt að ætla að barn hafi slíkt ímyndunarafli. Því sé röksemdum Neytendastofu mótmælt með vísan til 1. og 2. mgr. 7. gr. laga nr. 57/2005.
11. Í þriðja lagi sé vert að geta þess að í auglýsingum sé iðulega ekki um fullkominn sannleika að ræða sem neytendur geti treyst heldur sé þeim ætlað að vekja athygli og skemmta áhorfendum. Með í því sambandi nefna önnur dæmi þar sem auglýsendur hafi komið fram með staðhæfingar á borð við að fá megi „kraft úr kókómjólk“, „Íslendingum þyki skemmtilegast að versla í Hagkaupum“ og að „jólin byrji í IKEA“. Í slíkum tilvikum treysti auglýsendur á ímyndunarafli neytenda og að foreldrar útskýri fyrir börnum að ekki megi skilja slíkar staðhæfingar bókstaflega. Loks telji kærandi mikilvægt að tjáningarfrelsi kæranda, og þess listamanns sem hann hafi fengið til þess að gera verkið, sé ekki skert, sbr. 73. gr. stjórnarskrárinnar. Víst sé að ekkert réttlæti það að kærandi þurfi að fjarlægja auglýsingu sem birt hafi verið fyrir jólin 2016 af netinu, en ljóst sé að gömul jólaauglýsing muni ekki halda áfram í birtingu á ljósvakamiðlum.
12. Með bréfi áfrýjunarnefndarinnar til Neytendastofu, dags. 13. mars 2017, var óskað eftir athugasemdum stofnunarinnar vegna fram kominnar kærðu. Svar barst með greinargerð, dags. 31. mars 2017, þar sem þess er krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Í greinargerðinni kemur fram að ekki hafi verið gengið lengra en nauðsynlegt hafi verið við takmörkun tjáningarfrelsis kæranda. Þótt listamaður sé þekktur fyrir kaldhæðni og verk þar sem gengið sé langt sé umrædd auglýsing notuð í markaðslegum tilgangi og falli því undir þær skorður sem lög nr. 57/2005 setji markaðssetningu. Gera verði greinarmun á almennri listrænni tjáningu og notkun listaverka í markaðslegum tilgangi. Lög nr. 57/2005 geti sett notkun listaverka sem notuð séu í markaðssetningu tilteknar skorður þrátt fyrir að engar skorður séu settar við birtingu þeirra í öðru samhengi. Að því sögðu hafi samanburður á umræddri auglýsingu við önnur verk listamannsins enga þýðingu við úrlausn málsins. Stofnunin taki jafnframt fram að hin kærða ákvörðun feli ekki með nokkrum hætti í sér að kæranda verði almennt bannað að notast við verk Huggleiks í auglýsingum sínum. Skilyrðið sé þó að auglýsingarnar samrýmist ákvæðum laga nr. 57/2005. Sem dæmi megi nefna að einungis hafi verið gerð athugasemd við eina af nokkrum auglýsingum kæranda í desember 2016.

13. Samkvæmt lögum nr. 57/2005 og margstaðfestri framkvæmd neytendayfirvalda hér á landi og á Norðurlöndunum gildi strangari sjónarmið við mat á markaðssetningu þegar hún beinist að börnum eða sýni börn í markaðslegum tilgangi. Slík sjónarmið hafi verið í lögum um allan skeið eða frá gildistöku samkeppnislaga nr. 8/1993. Stofnunin bendi jafnframt á að sambærileg sjónarmið séu viðhöfð til að mynda í siðareglum Alþjóðaverslunarráðsins um auglýsingastarfsemi og siðareglum sambands íslenskra auglýsingastofa.
14. Neytendastofa bendi á að ákvæði laga nr. 57/2005 einskorðist ekki við háttsemi milli fyrirtækja. Tilvísun kæranda til þess að ekki sé vegið að keppinautum í auglýsingunni hafi því enga þýðingu, enda byggji hin kærða ákvörðun ekki á slíkum sjónarmiðum. Þá sé því hafnað að ekki sé augljóst hvað komi fyrir börnin í auglýsingunni og að mögulegt sé að þau fái yfir sig hveiti. Augljóst sé að um sprengingu sé að ræða og ekki þurfi hugrenningartengsl við tilteknar fréttir til þess að sjá það. Enginn vafi leiki á að börn kunni almennt að sjá höfuðkúpu eftir sprenginguna. Varðandi tilvísanir kæranda til auglýsingar annarra fyrirtækja bendi Neytendastofa á að í einu þeirra tilvika hafi umræddu fyrirtæki verið gert að færa sönnur á umrædda staðhæfingu gagnvart Neytendastofu en önnur tilvik hafi ekki komið til meðferðar stofnunarinnar, enda hafi þær auglýsingar ekki falið í sér brot á lögum nr. 57/2005. Staðhæfingar kæranda um að ekki sé gerð krafa um að réttar og sannar upplýsingar komi fram í auglýsingum, séu því rangar og lýsi vanþekkingu á ákvæðum laga nr. 57/2005.
15. Með bréfi áfrýjunarnefndarinnar til kæranda, dags. 4. apríl 2017, var kæranda gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum við greinargerð Neytendastofu. Ekkert svar barst frá kæranda.

NIÐURSTAÐA

16. Í máli þessu er deilt um þá ákvörðun Neytendastofu að banna kæranda frekari birtingu fyrrgreindrar auglýsingar á þeim forsendum að auglýsingin sé til þess fallin að vekja þau hughrif hjá börnum að aðrir símar en iPhone geti sprungið með þeim afleiðingum sem fyrr greinir.
17. Áfrýjunarnefndin hefur kynnt sér efni umræddrar auglýsingar. Um er að ræða teiknimynd sem er 20 sekúndur að lengd. Hefst auglýsingin á heimili þar sem barn hefur opnar jólagjöf við jólatré. Barnið heldur á hlut og segir: „Vá æðisleg gjöf, sími frá Sam...“ Áður en barnið nær að ljúka setningunni glymur við sprenging og eldlogar og reykur birtast þar sem barnið stóð áður. Stendur barnið síðan eftir og rýkur úr höfði þess en andlit þess orðið hvítt að lit svo líkist höfuðkúpu. Er þá sýnt frá öðru heimili þar sem annað barn hefur opnað jólagjöf við svipaðar aðstæður. Það barn segir: „Vá, Sam...“, og sams konar sprenging verður með sömu afleiðingum og í fyrra skiptið. Loks er sýnt frá þriðja barninu sem hefur opnað jólagjöf, en ólíkt fyrri tilvikunum tveimur á sér ekki stað nein sprenging. Það barn segir: „Vá, iPhone. Takk mamma og pabbi. Takk fyrir að elska mig.“ Að lokum er síðan sýnd teiknuð mynd af verslun kæranda og þulur segir: „Macland. Besta jólaland í heimi.“

18. Kærandi selur síma af gerðinni iPhone. Ljóst er að tvö þeirra barna sem fram koma í auglýsingunni fá síma sem ekki eru af þeirri gerð og að þeir símar springa. Hvellir, eldlogar, reykur og breyting á andlitum barnanna gefa til kynna að umræddar sprengingar séu hættulegar og verður vart dregin sú ályktun að afleiðingar sprenginganna hafi einungis verið að andlit barnanna yrðu þakin hveiti svo sem kærandi heldur fram. Þótt auglýsingin sé afar ýkjukennnd og í formi teiknimyndar er hún ekki svo skýrlega úr öllum tengslum við raunveruleikann að börnum sé augljóst að slík atvik geti ekki átt sér stað. Auglýsing kæranda var hvoru tveggja til þess fallin að telja börnum trú um að foreldrar sem gæfu börnum sínum síma af gerðinni iPhone elskuðu þau fremur en aðrir foreldrar elskuðu sín börn og að hætta væri á að símar af annarri gerð en iPhone gætu sprungið með hættulegum afleiðingum fyrir börn. Verður því að fallast á það með Neytendastofu að kærandi hafi misboðið börnum með auglýsingunni og ekki sýnt sérstaka varkárni vegna trúgirnri þeirra. Braut auglýsingin þar af leiðandi í bága við 1. og 2. mgr. 7. gr. laga nr. 57/2005. Skiptir í því samhengi ekki máli þótt sá listamaður sem kærandi fékk til að gera fyrir sig auglýsinguna sé þekktur fyrir að ganga lengra í sínum eigin listaverkum, enda kærandi allt að einu bundinn af ákvæðum laga nr. 57/2005 í markaðssetningu sinni.
19. Kærandi vísar til þess að 73. gr. stjórnarkrárinnar standi því í vegi að tjáningarfrelsi hans verði skert með þeim hætti sem gert var í hinni kærðu ákvörðun. Ótvírætt er að umræddar auglýsingar njóta verndar 2. málsl. 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar og verður hin kærða ákvörðun því að uppfylla skilyrði 3. mgr. 73. gr. Þar er mælt fyrir um að tjáningarfrelsi megi aðeins setja skorður með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum. Þá er þess að geta að í 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar segir að börnum skuli tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefjist. Í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi til stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995 kemur m.a. fram að í því felist heimild til undantekninga frá öðrum reglum mannréttindakafla stjórnarskrárinnar ef slíkar undantekningar eru nauðsynlegar til verndar börnum. Er nefnt í dæmaskyni að á grundvelli ákvæðisins verði unnt að skýra undantekningarákvæði 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar á þann veg að heimilt sé að lögfesta reglur um að banna börnum aðgang að kvikmyndum og öðru myndefni sem sýni ofbeldi þótt tjáningarfrelsi væru settar skorður á þann hátt.
20. Með því að lögfesta 7. gr. laga nr. 57/2005 hefur löggjafinn metið það svo að nauðsynlegt sé að skerða tjáningarfrelsi þeirra sem stunda markaðssetningu í því skyni að vernda börn. Í ljósi framangreinds er ljóst að stoð fyrir slíkum takmörkunum er að finna í 3. mgr. 73. gr. og 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar. Verður ekki talið að með því að leggja bann við að auglýsingar sýni börn í hættulegum aðstæðum svo sem kveðið er á um í 1. og 2. mgr. 7. gr. laga nr. 57/2005 sé gengið lengra en nauðsynlegt er til að vernda hagsmuni barna svo ósamrýmanlegt sé lýðræðishefðum. Er í því sambandi m.a. til þess að líta að um er að ræða svonefnda viðskiptalega tjáningu, en dómaframkvæmd Hæstaréttar og mannréttindadómstóls Evrópu ber með sér fremur rúmt svigrúm til mats á nauðsyn takmörkunar slíkrar tjáningar. Raunar hvíla lög nr. 57/2005 að verulegu leyti á samevrópskum reglum um bann við óréttmætum

viðskiptaháttum, sem fela í sér margvíslegar takmarkanir á auglýsingum, til samræmis við hið rúma svigrúm sem 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu veitir til takmörkunar á viðskiptalegri tjáningu, sbr. m.a. *úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 28. desember 2011 (21/2911)*.

21. Með vísan til alls framangreinds verður hins kærða ákvörðun staðfest með vísan til 1. og 2. mgr. 7. gr. laga nr. 57/2005. Er því ekki ástæða til að taka afstöðu til þess hvort auglýsing kæranda samrýmist 13. gr., sbr. 5. gr., laganna.

ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun er staðfest.

Halldóra Þorsteinsdóttir

Áslaug Árnadóttir

Egill Heiðar Gíslason