



FORBRUKERTILSYNET

1.1.2018

**Forbrukertilsynets
veiledning om
markedsføring via e-post,
SMS o.l. -
markedsføringsloven § 15**

Innhold

1. Innledning	3
2. Markedsføringsloven § 15 – Ordlyd og avgrensninger	4
2.1 Ordlyden	4
2.2 § 15 første ledd – Forbud mot markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder	4
2.3 "... næringsvirksomhet..." – Hvilke avsendere omfattes?	5
2.4 "... fysiske personer..." – Hvilke mottakere omfattes?	6
2.5 "... markedsføringshenvendelse..." – Hvilke henvendelser omfattes?	6
2.7 "... forutgående samtykke..." – Hva er et samtykke?	7
3. Unntak fra hovedregelen om samtykke og øvrige krav	13
3.1 Hvilke unntak foreligger?	13
3.2 § 15 annet ledd – "... kontaktes muntlig ved hjelp av telefon."	13
3.3 § 15 tredje ledd – "... eksisterende kundeforhold..."	13
3.4. § 15 femte ledd – Ehandelslovens bestemmelser	18
4. Vedtak og sanksjoner	19
4.1 Generelt	19
4.2 Tvangsmulkt (§ 42)	19
4.3 Overtredelsesgebyr (§ 43).....	19
Forbrukertilsynet kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved overtredelse av blant annet forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6, direktemarkedsføring i strid med reglene i mfl. kapittel 3 og ved brudd på forskrift om urimelig handelspraksis (§ 43). Overtredelsesgebyr kan også ilegges ved visse brudd på angrerettloven (angrl. § 42). Vilkår for at overtredelsesgebyr kan ilegges, er at overtredelsen er forsettlig eller uaktsom og at den enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatte ganger.....	19
Vedtak om overtredelsesgebyr kan treffes på selvstendig grunnlag, men det kan også treffes samtidig med vedtak om tvangsmulkt etter § 42.	19
Overtredelsesgebyr skal, i likhet med tvangsmulkt, utmåles etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Et overordnet prinsipp er at overtredelsesgebyr bør settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det blant annet legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger (§ 43 andre ledd).....	19
4.4 Opplysningsplikt og granskning	20
Enhver plikter å gi Forbrukertilsynet de opplysninger som tilsynet krever, og Forbrukertilsynet kan også foreta granskning og kreve utlevert dokumenter mv. (§ 34).....	20
For å sikre at pålegg om å gi opplysninger etterkommes, kan Forbrukertilsynet fastsette en tvangsmulkt (løpende eller engangsbeløp) som den som pålegget retter seg mot, skal betale dersom pålegget ikke etterkommes (§ 42 tredje ledd).	20
4.5 Tidligere saker.....	20
Oversikt over oppdateringer:	22

1. Innledning

Denne veiledningen inneholder en nærmere redegjørelse for hvilke regler som gjelder for markedsføringshenvendelser ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmetoder som e-post, SMS, faks o.l. Veiledningen bygger på ordlyden i markedsføringsloven (mfl.) § 15 og forarbeidene til bestemmelsen. Standpunktene som ikke kommer direkte til uttrykk i disse rettskildene, er hentet fra praksis fra Markedsrådet og Forbrukertilsynet.

Markedsføringsloven § 15 forbyr, som hovedregel, utsendelse av elektroniske markedsføringshenvendelser til fysiske personer som ikke har samtykket til å motta slik markedsføring.

Begrunnelsen for forbudet er at denne form for markedsføring anses for å være særlig påtrengende, og at den utgjør en uønsket belastning for kommunikasjonsnettene. Samtidig er det ved anvendelse av elektroniske kommunikasjonsmetoder mulighet for å "spamme" (masseutsendelse av markedsføringsmateriale) svært mange mottakere, uten at det er nevneverdige omkostninger eller besvær forbundet med det for den næringsdrivende.

Veiledningen er utarbeidet i henhold til markedsføringsloven av 9. januar 2009 med ikrafttredelse 1. juni 2009, og erstatter Forbrukertilsynet retningslinjer for markedsføringsloven § 2b (spam) som bygget på markedsføringsloven av 26. juni 1972. Den nye loven gjennomfører blant annet rådsdirektivet om urimelig handelspraksis.¹

Markedsføringsloven § 15 er en videreføring av den tidligere mfl. § 2b. Det er kun foretatt mindre språklige justeringer, og endringene tar ikke sikte på å endre det materielle innholdet i gamle § 2b.² Dette innebærer også at tidligere praksis og forarbeidene³ til bestemmelsen er relevante ved tolkningen av § 15.

Markedsføringsloven § 2b trådte i kraft 1. mars 2001, og ble endret 1. februar 2005 som en følge av Norges implementering av EUs kommunikasjonsvernndirektiv (2002/58/EF).

Næringsdrivende som er i tvil om utsendelse av markedsføring vil være i samsvar med kravene i mfl. § 15 etter å ha lest denne veiledningen, kan kontakte Forbrukertilsynet for å få veiledning. Forbrukertilsynet kan ikke forhåndsgodkjenne markedsføring, men kan gi nærmere informasjon om praksis og tolkning av bestemmelsen.

¹ Rdir. 2005/29/EF

² Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 201 i spesialmerknaden til § 15.

³ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) og Ot.prp. nr. 92 (2003-2004)

2. Markedsføringsloven § 15 – Ordlyd og avgrensninger

2.1 Ordlyden

Markedsføringsloven § 15 om begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder i markedsføring lyder:

"I næringsvirksomhet er det forbudt, uten mottakerens forutgående samtykke, å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel elektronisk post, telefaks eller automatisert oppringningssystem (talemaskin).

Krav om forhåndssamtykke etter første ledd gjelder likevel ikke for markedsføring der den fysiske personen kontaktes muntlig ved hjelp av telefon.

Krav om forhåndssamtykke etter første ledd gjelder heller ikke markedsføring ved elektronisk post i eksisterende kundeforhold der den næringsdrivende avtaleparten har mottatt kundens elektroniske adresse i forbindelse med salg. Markedsføringen kan bare gjelde den næringsdrivendes egne varer, tjenester eller andre ytelser tilsvarende dem som kundeforholdet bygger på. Når den elektroniske adressen samles inn, og eventuelt ved hver enkelt senere markedsføringshenvendelse, skal kunden enkelt og gebyrfritt gis anledning til å reservere seg mot slike henvendelser.

Med elektronisk post menes i denne bestemmelse enhver henvendelse i form av tekst, tale, lyd eller bilde som sendes via et elektronisk kommunikasjonsnett, og som kan lagres i nettet eller i mottakerens terminalutstyr inntil mottakeren henter den. Herunder omfattes tekst- og multimedie- meldinger til mobiltelefon.

Ehandelslovens bestemmelser, herunder § 9 om elektronisk markedsføring, gjelder i tillegg til bestemmelsen her."

2.2 § 15 første ledd – Forbud mot markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder

Bestemmelsen inneholder et forbud mot å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, uten at det er innhentet samtykke på forhånd.

Det er nødvendig å avgrense rekkevidden av forbudet i forhold til hvilke avsendere og hvilke mottakere som omfattes av bestemmelsen. I tillegg er det nødvendig å presisere hvilke typer henvendelser man må ha innhentet samtykke for å kunne sende ut, og dessuten hvilke krav som stilles for at det skal kunne sies å foreligge et gyldig samtykke.

Eksempler på elektroniske kommunikasjonsmetoder som omfattes av bestemmelsen, er elektronisk post, herunder SMS/MMS, telefaks og automatisert oppringningssystem (talemaskin). Med automatisk oppringningssystem menes automatisk oppringning til telefonabonnenter med automatisk avspilling av et innspilt markedsføringsbudskap når telefonen tas. Listen med eksempler på elektroniske kommunikasjonsmetoder er ikke uttømmende.

Begrepet "elektronisk post" svarer til direktivet om personvern og elektronisk kommunikasjon artikkel 2 bokstav h.⁴ I tillegg til "vanlig" e-post blir tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon (SMS og MMS) omfattet.

Det er bare kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon som omfattes av bestemmelsen. Dette innebærer at kommunikasjonsformer der avsenderen ikke har innflytelse på hvem som mottar meddelelser, eksempelvis radio og fjernsyn, ikke er omfattet. Vanlige telefonsalgshenvendelser er dessuten også spesifikt unntatt, jf. mfl. § 15 annet ledd.

Når det gjelder markedsføring via sosiale medier som Facebook og Twitter, er det Forbrukertilsynets vurdering at de samme hensynene i like stor grad gjør seg gjeldende som for de formene for kommunikasjon som listes opp i § 15. De nordiske forbrukerombudene har utviklet et felles nordisk standpunkt til markedsføring i sosiale medier.⁵

Det samme gjelder markedsføring via *blåtann*, hvor NORDMA, ANFO, INMA og IKT-Norge har utviklet retningslinjer for bruk av blåtann i markedsføring i samarbeid med Forbrukerombudet.⁶

2.3 "… næringsvirksomhet…" – Hvilke avsendere omfattes?

Forbudet gjelder kun i tilfelle hvor avsenderen driver næringsvirksomhet. Med næringsvirksomhet menes enhver vedvarende virksomhet som hovedsakelig har økonomisk vinning som formål. Næringsvirksomhet omfatter imidlertid ikke bare privat sektor. Også virksomhet der inntektene går til et allmenntilgjort formål, såkalte "non-profit"-virksomheter, og offentlige virksomheter kan etter omstendighetene måtte anses som næringsvirksomhet.⁷

Veldedige organisasjoner, idrettslag eller andre organisasjoner som ikke har økonomisk vinning som hovedformål, må sies å drive næringsvirksomhet i de tilfeller hvor de driver markedsføring som i hovedsak tar sikte på å

⁴ Rdir. 2002/58/EF

⁶ Retningslinjene finnes på: <http://www.nordma.no/sammen-om-retningslinjer-for-bruk-av-blaatann-i-markedsfoering.4799130-77026.html>

⁷ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 30

skaffe inntekter for organisasjonen gjennom f.eks. salg av lodd eller andre produkter.

Forbrukertilsynet har lagt til grunn og det følger også forutsetningsvis av forarbeidene til § 15 at rene innsamlingsaksjoner ikke faller under næringsvirksomhetsbegrepet, f.eks. henvendelser til forbrukere der organisasjonen kun ber om pengestøtte.⁸

Markeds- og opinionsundersøkelser faller også utenfor begrepet næringsvirksomhet, og omfattes således ikke av virkeområdet til mfl. § 15. Se likevel punkt 2.6.4.

2.4 "... fysiske personer..." – Hvilke mottakere omfattes?

Forbudet i § 15 gjelder ved utsendelse til alle fysiske personer.⁹

Henvendelser som sendes til en fysisk persons private e-postadresse, mobiltelefon eller faksmaskin vil være omfattet. Det samme gjelder henvendelser som sendes til en fysisk persons individuelle e-postadresse på jobben, for eksempel til e-postadressen ola.nordmann@firmaX.no, uansett om e-posten inneholder tilbud til virksomheten. Forbudet gjelder også selv om en fysisk persons e-postadresse er registrert som kontaktadresse til et foretak i Brønnøysundregisteret eller i et annet firmaregister.

Det er imidlertid tillatt å sende markedsføring til e-postadresser som ikke tilhører en bestemt fysisk person, f.eks. post@firmaX.no.

Det kan oppstå tvilstilfeller, fordi det f.eks. ikke fremgår klart av e-postadressen om den tilhører en fysisk person eller ikke. I slike tilfeller vil det bli konstatert brudd på regelverket dersom det er sendt reklame til adresser som rent faktisk tilhører fysiske personer. Den næringsdrivende må derfor forsikre seg om at dette ikke skjer.

2.5 "... markedsføringshenvendelse..." – Hvilke henvendelser omfattes?

2.5.1 Generelt

En markedsføringshenvendelse vil i første rekke være en henvendelse hvor formålet med henvendelsen er å påvirke til kjøp av en vare eller tjeneste. I tillegg til det som tradisjonelt kan betegnes som markedsføring eller annonser, vil også det som etter vanlig språkbruk betegnes som informasjon eller nyhetsbrev, i visse tilfelle kunne sies å være markedsføring. Etter Forbrukertilsynets vurdering er det ikke avgjørende hva en henvendelse kalles eller utgir seg for å være, så lenge en vurdering av henvendelsens innhold viser at formålet med henvendelsen er markedsføring.

⁸ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 30

⁹ Ved implementeringen av EUs kommunikasjonsvernssdirektiv i 2005 ble tidligere mfl. § 2b endret. Endringen medførte blant annet at den næringsdrivende må innhente samtykke fra enhver "fysisk person" og ikke bare fra "forbrukere".

Henvendelser som inneholder en kombinasjon av nyheter/brukerinformasjon og markedsføring omfattes også av ordlyden i § 15. Det kreves derfor på samme måte som for andre markedsføringshenvendelser, at forbrukerne på forhånd må ha gitt samtykke til å motta denne typen henvendelser.

2.5.2 Utsendelse av forespørsel om samtykke

Utsendelse av forespørsel om man ønsker å gi samtykke, skal regnes som en markedsføringshenvendelse. Slike forespørsler kan derfor ikke sendes ut ved hjelp av de elektroniske kommunikasjonsmetodene som mfl. § 15 omfatter.¹⁰

2.5.3 Tilbud om deltagelse i konkurranser

Utsendelse av uanmodet e-post e.l. fra en næringsdrivende med tilbud om deltagelse i en konkurranse er etter Forbrukertilsynets vurdering i strid med § 15. Det skyldes at konkurranser avholdes for å skape oppmerksomhet om produktene til avsenderen eller dennes samarbeidspartnere, og derfor må anses som markedsføring i markedsføringslovens forstand.

2.5.4 Nyhetsbrev og markedsundersøkelser

Næringsdrivendes elektroniske nyhetsbrev vil være omfattet av forbudet, hvis innholdet i nyhetsbrevet markedsfører egne eller andres produkter. Henvendelser som reelt sett er markedsføring bør betegnes som dette og ikke som nyhetsbrev. Det skal normalt lite til før en henvendelse er å regne som markedsføring i lovens forstand.¹¹

En elektronisk markedsundersøkelse som reelt sett er markedsføring for avsenderen eller dennes samarbeidspartnere, vil også være omfattet av forbudet.

2.7 "... forutgående samtykke..." – Hva er et samtykke?

2.7.1 Generelt om samtykke

Samtykket som avgis av forbrukeren skal være en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring.¹² I tillegg må det stilles nærmere krav til selve prosessen rundt innhenting og videre bruk av samtykker. Følgende krav gjelder:

Frivillig:

Samtykket må avgis frivillig. Dette innebærer at samtykke til å motta markedsføring ikke kan stilles som vilkår for å f.eks. handle i en nettbutikk, jf. punkt 2.7.4. Forbrukeren skal også kunne kalle samtykket tilbake når som helst.

Uttrykkelig:

Samtykket må avgis ved at det foretas en aktiv handling. Forbrukeren kan ikke bindes ved passivitet. Dette medfører at et forhåndsavkrysset felt eller et vilkår i en kontrakt ikke er tilstrekkelig til at det skal kunne sies å

¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33

¹¹ Dette følger av lang praksis fra Markedsrådet, og er bl.a. uttalt i MR-sak 18/96 (Telenor).

¹² Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 22-24 og s. 33 flg. og NOU 1997:19 Et bedre personvern kap. 21. Samtykke er definert i personopplysningsloven § 2 første ledd nummer 7.

foreligge et gyldig samtykke. Det er ingen formelle formkrav¹³, men Forbrukertilsynet anbefaler at den næringsdrivende legger det opp slik at forbrukeren må huke av i en egen boks eller lignende for å bekrefte at samtykket gis.

Informert:

Når den næringsdrivende henter inn samtykke fra forbrukeren, for eksempel ved registrering på en internettside, må forbrukeren i samme skjermbilde som spørsmålet om han vil gi samtykke, gis informasjon om hva vedkommende samtykker til (samtykkeerklæring). Forbrukeren må i denne forbindelse informeres tydelig om hva det innebærer å avgi et samtykke, blant annet om hvor ofte vedkommende vil motta markedsføring og om hvilke typer produkter som vil bli markedsført.¹⁴

Det må også angis klart hvem samtykket gis til. Innhentes samtykke til å sende ut markedsføring på vegne av "samarbeidspartnere" må det for det første opplyses tydelig om dette. For det andre må en oppdatert liste med navn på "samarbeidspartnerne" finnes i samtykkeerklæringen sammen med en beskrivelse av hva slags markedsføring disse vil sende og i hvilket omfang. Denne informasjonen skal vises i samme skjermbilde¹⁵ som spørsmålet om forbrukeren vil avgi samtykke.

Er det snakk om å innhente samtykke til å sende ut henvendelser med kombinert innhold av nyheter/brukerinformasjon og markedsføring, må det gjøres klart for forbrukeren at han eller hun samtykker til å motta henvendelser med et slikt kombinert innhold.

Samtykkets form:

Samtykket kan gis både muntlig og skriftlig. Det er den næringsdrivende som skal bevise at mottakeren har gitt samtykke, og virksomhetene må derfor oppbevare dokumentasjonen for samtykket. Forbrukertilsynet har rett til å be om å få se denne dokumentasjonen.¹⁶

Samtykkets varighet:

En tolkning av samtykket og omstendighetene rundt innhenting av dette vil kunne medføre at samtykket har en bestemt varighet. Eksempelvis vil samtykkets varighet være begrenset dersom forbrukeren samtykker til å motta markedsføring for en bestemt kampanje og denne er avsluttet.

Passivitet fra den næringsdrivende vil kunne medføre at samtykket opphører slik at dette ikke lenger kan brukes som grunnlag for utsending av markedsføring. Har den næringsdrivende ikke sendt ut markedsføring på

¹³ Jf. NOU 2003: 21 Kriminalitetsbekjempelse og personvern s. 149

¹⁴ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 23

¹⁵ Se: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf s. 20:

«Accessibility and visibility of information - information must be given directly to individuals. It is not enough for information to be "available" somewhere. (...) The information must be clearly visible (type and size of fonts), prominent and comprehensive.»

¹⁶ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 22

grunnlag av et samtykke på lengre tid, kan dette medføre at samtykket ikke lenger kan brukes til utsending av markedsføring.¹⁷

Øvrig om innhenting av samtykke:

Samtykket kan, som nevnt i punkt 2.6.2, ikke innhentes ved at man ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmetoder som omfattes av mfl. § 15 (for eksempel e-post eller SMS) henvender seg til forbrukeren og spør om han eller hun ønsker å gi samtykke.¹⁸

Det følger av dom av Oslo tingrett¹⁹ og praksis fra Forbrukertilsynet og Markedsrådet²⁰ at næringsdrivende bør bruke en dobbel opt-in-modell²¹ for å sikre klarhet rundt innhenting av samtykke og unngå "sjikanepåmelding" og andre misforståelser. Det vil si at mottakeren f.eks. i etterkant av registrering får tilsendt en e-post av den næringsdrivende, hvor han skal bekrefte påmeldingen. Først når en lenke i e-posten er aktivert av mottakeren, er samtykket gitt. En slik løsning vil sørge for at det genereres god dokumentasjon for den næringsdrivende.

I den nevnte dommen fra Oslo tingrett uttaler retten om dette:

«[...]Ved dobbelt opt-in-løsningen ville saksøkerne [Mobile Marketing AS] være sikre på at informert samtykke forelå og at samtykkene (i relasjon til Forbrukerombudet) også med tilstrekkelig grad av sikkerhet kunne dokumenteres. At dette ikke ble ansett som en lukrativ løsning fordi dobbelt opt-in var en mer kostnadsnivende og tidkrevende løsning og som medførte en ekstrainnsats for forbrukeren, kan ikke sees å være et relevant hensyn etter markedsføringsloven, dersom dette medførte at forbrukere som ikke hadde samtykket, kom inn i basen. Det foreligger riktignok ikke noe krav om valg av dobbelt opt-in-modell. Retningslinjene åpnet dermed for at den næringsdrivende kunne bevise på annen måte at mottakeren hadde samtykket, men fortsatt slik at: "Det er (.....) den næringsdrivende som skal bevise at mottakeren har gitt samtykke, og virksomheten må derfor oppbevare dokumentasjon for samtykket". At det ikke forelå pålegg om å bruke dobbelt opt-in-modellen, betød ikke at anbefalingen var uten innhold. Tilstrekkelig bevis (dokumentasjon) måtte i tilfelle sikres på annen måte. Saksøkerne tok dermed ved sitt valg om ikke å følge Forbrukerombudets anbefaling, en risiko for så vidt gjaldt kvaliteten på samtykkebasen.»

2.7.2 Særlig om samtykkedatabaser

En del næringsdrivende bygger opp samtykkedatabaser hvor det innhentes samtykker til at en ikke nærmere angitt krets av næringsdrivende kan sende ut markedsføring, innenfor områder som forbrukerne tilkjenner sin interesse for.

¹⁷ Se også personopplysningsloven § 28 som slår fast at den behandlingsansvarlige ikke skal lagre personopplysninger lenger enn det som er nødvendig for å gjennomføre formålet med behandlingen.

¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33

¹⁹ Jf. dom av Oslo tingrett datert 14. mai 2012 - 11-090506TVI-OTIR/01 (Mobile Marketing AS mot Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet), se s. 35-36.

²⁰ Jf. MR-sak 11/1436 (M Quest AS) og MR-sak 11/75 (Hamelia AS).

²¹ I 2012 innførte mobiloperatørene en slik modell for å bestille innholdstjenester med mobiltelefonen etter forhandlinger med Forbrukertilsynet

Ved bruk av samtykkedatabaser må det legges vekt på at interesse-skjemaets utforming og innholdet av samtykkeerklæringen sikrer at forbrukernes samtykke er tilstrekkelig informert, jf. pkt 2.7.1.

Kjøp av databaser

Det er i utgangspunktet²² mulig for en næringsdrivende å kjøpe en samtykkedatabase og sende markedsføring til forbrukerne som står oppført der. Forutsetningen for dette er at den næringsdrivende sender et varsel til forbrukerne om at han har kjøpt databasen, samt informasjon om hvordan forbrukeren kan trekke samtykket tilbake. Hvor ofte, og om hvilke typer produkter, den næringsdrivende som har kjøpt databasen kan sende ut markedsføring til forbrukeren, vil bero på det opprinnelige samtykket. Hvis det er nye typer produkter eller økt mengde utsendelser må det innhentes et nytt samtykke.

Der samtykkedatabasen ikke rent faktisk skifter hender, som ved et salg, men det like fullt skjer en endring i eierforholdet, for eksempel gjennom overdragelse av aksjer eller fusjon mellom to selskap, vil ikke varsel til forbrukeren alltid være nødvendig. For å være på den sikre siden vil Forbrukertilsynet allikevel anbefale at det sendes varsel, og informasjon om hvordan man kan trekke sitt samtykke tilbake, til forbrukeren også i disse situasjonene.

Kjøp av tilgang til databaser

Det er også mulig for næringsdrivende som ikke selv har innhentet samtykker å kjøpe tilgang til å sende ut elektroniske markedsføringshenvendelser til forbrukere som er registrert i en annen næringsdrivendes samtykkedatabase. Samtykkene må være innhentet i samsvar med kravene som det er redegjort for over i punkt 2.7.1. Det følger også av praksis fra Markedsrådet at kjøperen av slik tilgang til en database forut for utsendelse av markedsføring må sørge for å undersøke databasen nærmere for å forsikre seg om at samtykkene databasen består av er reelle og oppfyller kravene i mfl. § 15. En garanti fra selgeren er ikke tilstrekkelig.²³

MR-sak 10/235 (Mediafy Magazines AS) omhandler utsendelse av markedsføring per e-post til 100 000 personer uten at det kunne sannsynliggjøres at det var innhentet samtykke. Selskapet anførte at tilgang til databasen som ble brukt til utsendelsene var kjøpt fra Amicora AB som garanterte at mottakerne hadde samtykket til å motta markedsføring. Markedsrådet fant at utsendelsene var i strid med mfl. § 15, og uttaler følgende om kjøp av samtykkedatabaser:

«Innklagede har som nevnt kjøpt e-postadressene fra selskapet Amicora AB. Ved kjøp av e-postadresser som skal brukes til utsendelse av markedsføringsmateriale har den som skal benytte e-postadressene i markedsføringsøyemed et selvstendig ansvar til å forsikre seg om at

²² Et unntak fra dette utgangspunkt kan være der tjeneste- eller produktkategoriene for databasen, som står registrert sammen med forbrukerens personalia og kontaktinformasjon, kan avsløre noe konfidensielt eller følsomt om den forbrukeren. I disse tilfellene er det ikke sikkert at databasen kan selges.

²³ Se MR-sak 10/235 (Mediafy Magazines AS) og 11/75 (Hamelia AS)

personene som innehar e-postadressene har gitt samtykke som tilfredsstillende kravene i mfl. § 15. En garanti fra selger om at så er tilfelle er ikke tilstrekkelig. En slik garanti har kun betydning for det kontraktuelle forholdet mellom partene i avtalen om kjøp av e-postadresser. Kjøper må gjennom dokumentasjon fra selger, eller på annen måte, få sannsynliggjort at innehaverne av e-postadressene har gitt samtykke som tilfredsstillende vilkårene i mfl. § 15.»

2.7.3 Samtykke fra barn og unge

Mindreårige under 15 år kan etter praksis fra Forbrukertilsynet og Datatilsynet ikke samtykke til å motta markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmidler. Næringsdrivende kan derfor ikke innhente personopplysninger fra mindreårige under 15 år til dette formål, uten at den næringsdrivende først innhenter samtykke fra foreldre. For mer informasjon om innhenting og bruk av barn og unges personopplysninger, se Forbrukertilsynets veiledning om dette.

For mindreårige under 15 år er det altså foreldrene som må gi samtykke til at den mindreårige skal motta elektroniske markedsføringshenvendelser. Når foreldrene har gitt samtykke til dette og det deretter sendes meldinger til barnet under 15 år, må Forbrukertilsynets veiledning om "Markedsføring overfor barn" følges. Det må også tas hensyn til denne veiledningen ved markedsføring overfor mindreårige mellom 15 og 18 år.

2.7.4 Særlig om krav om samtykke til markedsføring som vilkår for å kunne handle

Ved inngåelse av en avtale om kjøp av varer eller tjenester kan det ikke stilles vilkår om at forbrukeren må gi samtykke til at den næringsdrivende i ettertid kan rette markedsføringshenvendelser til ham eller henne.²⁶

2.7.5 Særlig om belønning/premiering for å gi samtykke til å motta markedsføring

Forbrukertilsynet har sett flere eksempler på at forbrukere tilbys fordeler for å gi samtykke til å motta markedsføring. Dette kan dreie seg om at forbrukeren vederlagsfritt kan sende SMS-meldinger via internett, kan laste ned innholdstjenester til mobiltelefon, får prøvetime på treningsstudio, muligheten til å delta i konkurranser eller særskilte rabatter på varer eller tjenester.

Etter Forbrukertilsynets vurdering er det grunn til å være varsom da markedsføringstiltak hvor det benyttes belønning/premiering kan bli ansett å være i strid med god markedsføringsskikk etter § 2, og også kan anses urimelige etter det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6.

Hvorvidt det er lovlig å tilby forbrukere betaling eller andre former for belønning for å motta markedsføring, beror på konkrete vurderinger av de ulike markedsføringstiltakene. I vurderingene vil det bli lagt vekt på om

²⁶ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33 (nest siste punktum i femte avsnitt under "Til § 2b") og Forbrukerombudets langvarige praksis etter tidligere mfl. §9a.

ordningen er gjennomskuelig for forbrukerne. De skal ha mulighet til å avveie fordeler og ulemper ved ordningen ved at betingelser og vilkår for å delta gjøres lett tilgjengelige. Det vil videre bli lagt vekt på omfanget av markedsføringen som de samtykker til å motta, og om dette er markedsføring bare fra den næringsdrivende som gir dem fordelene, eller om det er et mer generelt samtykke til å motta markedsføring fra flere næringsdrivende. Dette vil bli veid opp mot verdien av fordelene forbrukeren mottar. Det vil også bli sett hen til den gruppen konseptet er rettet til.

Er tiltaket særskilt rettet mot barn, skal det mindre til før tiltaket vil anses å være i strid med god markedsførings praksis eller urimelig jf. mfl. kap. 4 "Særlig om beskyttelse av barn".

Forbrukerne skal også til enhver tid kunne få hente ut belønningen, og de skal selvfølgelig fritt kunne tilbakekalle samtykket sitt når de ikke ønsker å delta i ordningen lenger.

2.7.6 Særlig om "Tips en venn"-funksjoner

Med en "tips en venn"-funksjon menes en funksjon hvor en næringsdrivende oppfordrer en forbruker til å sende ut markedsføringsmateriale for produkter eller tjenester eller en lenke til den næringsdrivendes hjemmeside ved bruk av e-post eller andre elektroniske kommunikasjonskanaler, til en person som ikke har anmodet om det. I noen tilfelle blir forbrukeren premiert for å benytte funksjonen, dvs. for å "tipse" sin venn.²⁷

I slike tilfeller er det forbrukeren, og ikke den næringsdrivende selv, som initierer og gjennomfører utsendelsen av markedsføringen. Dette rammes ikke av § 15. Spørsmålet blir imidlertid om tips en venn-funksjonen er ulovlig etter mfl. § 6 som forbyr urimelig handelspraksis.

Markedsrådet har vurdert problemstillingen i to tidligere saker.²⁸ I begge avgjørelsene har rådet foretatt en konkret vurdering av markedsførings tiltakene, og i vurderingen av om tidligere mfl. § 1 har vært overtrådt har det blitt lagt stor vekt på om den næringsdrivende har gitt tipseren mulighet til å oppnå en belønning for å sende ut tips. Markedsrådet har likevel uttalt at det ikke var grunnlag for et standpunkt om at enhver "tips-en-venn"-funksjon som belønner tipserne, var i strid med mfl. § 1.

Etter praksis fra Forbrukertilsynet og Markedsrådet, er det dermed lovlig å benytte "Tips-en-venn"-funksjoner dersom funksjonen kun stilles til rådighet, uten at forbrukeren premieres for å benytte den. Dette forutsetter imidlertid at den næringsdrivende ikke legger selvstendig markedsføringsmateriale inn i e-posten som sendes til tredjemann, men det kan aksepteres at den næringsdrivende legger inn en lenke i e-posten til den aktuelle hjemmesiden eller artikkelen det tipses om. Dersom det lokkes med en form for belønning eller påskjønnelse ved bruk av funksjonen, vil det måtte foretas en konkret vurdering for å avgjøre om markedsføringen er lovstridig.

²⁷ "Tips en venn"-funksjoner er behandlet i forarbeidene til tidligere mfl. § 2 b, se Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 29 flg.

²⁸ MR-sak 05/01 Co-shopper og MR-sak 24/05 Caliber Media

3. Unntak fra hovedregelen om samtykke og øvrige krav

3.1 Hvilke unntak foreligger?

Det er to unntak fra hovedregelen om at den næringsdrivende må ha mottakerens samtykke til å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon. Det første unntaket er der den fysiske personen kontaktes muntlig ved hjelp av telefon som følger av mfl. § 15 andre ledd, se punkt 3.2. Det andre unntaket er der det foreligger et eksisterende kundeforhold mellom den næringsdrivende og den fysiske personen, jf. mfl. § 15 tredje ledd, se nedenfor punkt 3.3.

3.2 § 15 annet ledd – "... kontaktes muntlig ved hjelp av telefon."

Henvendelser der forbrukeren kontaktes muntlig ved hjelp av telefon er etter bestemmelsens annet ledd spesifikt unntatt fra forbudet i § 15. Forbrukeren kan imidlertid reservere seg mot markedsføring ved telefon ved å registrere navn, adresser og telefonnumre i det sentrale reservasjonsregisteret for direktemarkedsføring ("Reservasjonsregisteret"), jf. mfl. § 12. Det følger av samme bestemmelse at reservasjon også kan kreves direkte hos den næringsdrivende.

Virkingen av en reservasjon er at den næringsdrivende ikke kan ta kontakt med forbrukeren med mindre oppringningen skyldes at det foreligger et eksisterende kundeforhold, jf. mfl. § 13.

3.3 § 15 tredje ledd – "... eksisterende kundeforhold..."

3.3.1 Hva skal til for at det skal foreligge et "kundeforhold"?

Krav om forhåndssamtykke er ikke nødvendig hvis det foreligger et eksisterende kundeforhold der den næringsdrivende har mottatt kundens elektroniske adresse i forbindelse med salg.

Formålet med mfl. § 15 er å sikre retten til privatlivets fred for fysiske personer, og hensynet til kundene veier derfor tyngst ved vurderingen av om et kundeforhold er opprettet eller ikke. For at forbudet ikke skal uthules, må unntaksregelen tolkes snevert.²⁹

Et engangskjøp vil som hovedregel ikke være nok til at det kan sies å foreligge et kundeforhold. Det sentrale vurderingstemaet er om handelen gjør at det er naturlig med videre kontakt mellom den næringsdrivende og kunden. Hvis så ikke er tilfelle, vil det ikke kunne sies å foreligge et "eksisterende kundeforhold". For at kundeforholdet ikke skal regnes som

²⁹ Forarbeidene til tidligere mfl. § 2 b tredje ledd som er videreført i mfl. § 15 tredje ledd er Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) punkt 3.2.3.

avsluttet, må markedsføringshenvendelsen i tillegg skje innen rimelig tid etter salget.

Ett eller flere enkeltkjøp av billige forbruksartikler vil aldri være tilstrekkelig til at det kan sies å foreligge et kundeforhold. Ved kjøp av en kapitalvare, f.eks. en ny bil, er det imidlertid mer naturlig med kundeoppfølging.³⁰

Eksempler på situasjoner der det opprettes kundeforhold er følgende:

- Løpende avtaleforhold hvor det er nødvendig for kundepleien med en viss kommunikasjon partene imellom, for eksempel abonnementer, kontoavtaler, forsikringsavtaler, serviceavtaler, avtale om fast bidrag til ideelle organisasjoner/fast giveravtale, medlemskap og bonuskort-ordninger.
- Kjøp av større gjenstander, typisk kapitalvarer hvor det gjerne følger med serviceavtaler.

Kundeforhold opphører i det øyeblikk en løpende avtale eller et medlemskap opphører. Det samme gjelder dersom en serviceavtale løper ut eller det har gått så lenge siden kunden gjorde sitt siste enkeltkjøp at det ikke lenger er naturlig med kontakt mellom kjøper og selger. Det følger i tillegg av lovens forarbeider at markedsføring må sendes ut innen «rimelig tid» fra opprettelsen av kundeforholdet.³¹

Unntaket for "eksisterende kundeforhold" har vært nærmere behandlet i Markedsrådet i MR-sak 11/865 hvor møbelkjeden Living AS ble ilagt overtredelsesgebyr for brudd på mfl. § 15. Markedsrådet finner i utgangspunktet at unntaket ikke kommer til anvendelse fordi Living ikke oppfylte opplysningsplikten ved innhenting av e-postadressene om at selskapet ville sende ut markedsføring til kundene. Markedsrådet gir likevel enkelte generelle kommentarer knyttet til forståelsen av «eksisterende kundeforhold»:

«For de fleste enkeltstående kjøp av ordinære produkter eller tjenester vil det etter Markedsrådets oppfatning ikke være naturlig å tale om eksisterende kundeforhold. For de fleste slike kjøp vil nok kundeforholdet måtte betraktes som avsluttet idet hver av partene har utvekslet sine respektive ytelser. I andre tilfelle vil det kunne være mer naturlig å anse forholdet som et eksisterende kundeforhold, typisk i situasjoner hvor det er naturlig med en viss kontakt for service eller vedlikehold, kjøp av reservedeler o.l., uten at det derved kan sies å foreligge et løpende kundeforhold. Uansett er det nok, som nevnt i forarbeidene, i praksis ikke store forskjeller mellom et løpende kundeforhold og et eksisterende kundeforhold. For møbler, som i dette tilfelle, vil det normalt ikke være behov for eller naturlig med en slik kontakt. Forbrukernes reaksjoner i saken gir også en viss indikasjon på det heller ikke blant forbrukerne oppfattes som naturlig med slik kontakt.»

Når det gjelder momentet «innen rimelig tid etter salget», indikerer fremlagt oversikt over tidsintervall for kjøp at en vesentlig del av mottakerne av både Kampanje 1 og Kampanje 2 gjaldt kunder som hadde kjøpt varer i tidsintervallet mellom noen få uker og opp til 2 år. Markedsrådet kan imidlertid vanskelig se at tidsmoment kan tillegges nevneverdig vekt i denne

³⁰ Jf. Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 23.

³¹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 86.

konkrete vurderingen, i lys av at produktets art gjør det mindre naturlig med kontakt. Forutsetningen om «innen rimelig tid» tilsier under enhver omstendighet at det ikke kan være tale om en særlig lang periode etter kjøpet.»

3.3.2 Innhenting av kundens elektronisk adresse

Kunden skal selv ha gitt fra seg sin elektroniske adresse (e-postadresse eller mobiltelefonnummer til bruk for utsendelse av SMS- og MMS-beskjeder mv.) til den næringsdrivende i forbindelse med kjøp av vare eller tjeneste. Kunden kan f.eks. ha gitt fra seg opplysningene på den næringsdrivendes hjemmeside eller ved å fylle ut en fysisk blankett i den næringsdrivendes butikk i forbindelse med et kjøp.³²

Adresser gitt i forbindelse med mottakelse av en gratis gave, gratis rådgivning, deltagelse i konkurranser eller lignende kan ikke danne grunnlag for markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmetoder etter § 15 tredje ledd. I disse tilfellene må den næringsdrivende i stedet innhente et aktivt samtykke, jf. punkt 2.7.5.

Den næringsdrivende kan ikke:

- innhente forbrukerens e-postadresse eller mobiltelefonnummer fra andre enn kunden i etterkant av kjøp av varer eller tjenester, eller
- benytte elektroniske adresser og mobiltelefonnumre som er opplyst av andre, eller som den næringsdrivende har innhentet fra kunden på et tidligere tidspunkt.³³

3.3.3 Ytterligere krav til den næringsdrivende ved avtaleinngåelsen

3.3.3.1 Generelt

I tillegg til ovennevnte stilles det flere krav i § 15 tredje ledd i forbindelse med kjøpet. I forbindelse med at et kundeforhold opprettes, må følgende krav overholdes:

- Før markedsføringshenvendelsen sendes ut skal mottakeren ha fått opplyst at den næringsdrivende vil sende ut markedsføring ved hjelp av elektroniske kommunikasjonskanaler (e-post, SMS o.l.). Se punkt 3.3.3.2.
- Før markedsføringshenvendelsen sendes ut skal mottakeren ha hatt mulighet til å si "nei takk" til slike henvendelser. Se punkt 3.3.3.3.
- Mottakeren skal ha en enkel og gebyrfri adgang til å si "nei takk" ved hver eneste etterfølgende utsendt markedsføringshenvendelse. Se punkt 3.3.3.4.

3.3.3.2 Krav til informasjon om at e-postadresse eller telefonnummer vil bli benyttet til markedsføring

Den næringsdrivende kan kun sende ut markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder hvis kunden før den første markedsføringshenvendelsen sendes ut klart og utvetydig har blitt opplyst om at e-

³² Selv om det er innhentet e-postadresser i forbindelse med gjennomføring av salg, må forbruker ha gitt direkte uttrykk for at han ønsker e-postreklame ved å avgi samtykke eller unnlate å frabe seg dette når han blir informert om at den næringsdrivende kommer til å sende slik markedsføring (i tilfellene hvor det kan sies å foreligge et kundeforhold)

³³ Se

http://www.datatilsynet.no/Global/04_veiledere/Adressemekling_feb2012_2.pdf.

postadressen eller telefonnummeret han har gitt fra seg vil bli benyttet til dette formålet.

3.3.3.3 Opplysning om muligheten til å frabe seg markedsføring

Når forbrukeren gir fra seg den elektroniske adressen skal han gis mulighet til å takke nei til markedsføringen.

Det skal være mulig for kunden å meddele med det samme kundeforholdet opprettes at vedkommende ikke ønsker å motta markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmetoder. Muligheten for å si "nei takk" kan f.eks. fremgå av hjemmesiden eller bestillingsskjemaet hvor kunden opplyser e-postadresse eller telefonnummer.

Etter Forbrukertilsynets langvarige praksis kan det ikke stilles som en betingelse for inngåelse av en avtale at kunden aksepterer å motta markedsføring via elektronisk post, jf. punkt. 2.7.4.

3.3.3.4 Enkel og gebyrfri adgang til å frabe seg markedsføring

Kunder som ikke sier "nei takk" i forbindelse med at det opprettes kundeforhold skal ha en enkel og gebyrfri adgang til å frabe seg slike henvendelser, og det skal opplyses om denne muligheten hver gang kunden mottar markedsføring.

Ved utsendelse av markedsføring via e-post, skal det f.eks. være mulighet for å si "nei takk" ved hjelp av en lenke i hver enkelt e-post. Ved markedsføring via SMS bør det være mulighet for å melde fra via SMS, samt via den næringsdrivendes hjemmeside.³⁴ Forbrukertilsynet anbefaler at det ikke kreves innlogging for å melde seg av på den næringsdrivendes hjemmeside.

Den næringsdrivende kan ikke ta et gebyr for en kundes "nei takk" til markedsføring. Eksempelvis kan avmelding ikke skje via overtakserte SMS- beskjeder eller telefonnumre forbrukeren må betale for å ringe til.

3.3.4 Kun egne og tilsvarende produkter eller tjenester

Næringsdrivende kan kun markedsføre egne produkter eller tjenester som er tilsvarende det forbrukeren tidligere har kjøpt på bakgrunn av at det foreligger et kundeforhold.³⁵

Kundens elektroniske adresse kan ikke benyttes til å markedsføre andre næringsdrivendes produkter eller tjenesteytelser. I den forbindelse er det avgjørende om det er snakk om samme juridiske person. Eksempelvis kan et datterselskap til den næringsdrivende som kunden har handlet med, ikke bruke den elektroniske adressen til markedsføring. Den næringsdrivende som kunden har handlet med, kan heller ikke markedsføre et datterselskaps produkter.³⁶

³⁴ Jf. Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 24 flg.

³⁵ Vilkåret ble inntatt i den tidligere mfl. § 2b ved implementeringen av EUs kommunikasjonsvern direktiv (2002/58/EF) i norsk rett i 2005.

³⁶ Jf. Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 23.

Det følger av forarbeidene at unntaket skal tolkes snevert, og de næringsdrivende må ta hensyn til dette i vurderingen av om markedsføringshenvendelser skal sendes ut. Tilsvarende produkter eller tjenesteytelser skal dog ikke nødvendigvis forstås som fullstendig identiske produkter eller tjenesteytelser.³⁷

Utgangspunktet for vurderingen skal være den faktiske likheten mellom produktene. De forventningene kunden har er også et sentralt moment, som må gå foran den næringsdrivendes egne oppfatninger av hva det er naturlig å markedsføre.³⁸

Regelen må tolkes teknologinøytralt. Ved kjøp av en bok i en nettbokhandel, kan også bokverk i digital form (f.eks. på CD) markedsføres. I det følgende gis noen eksempler på hva som etter Forbrukertilsynets vurdering vil være tilsvarende produkter eller tjenester:

- Ved kjøp av en PC, kan andre PCer markedsføres, men ikke program- vare og mobiltelefoner.³⁹
- Ved kjøp av et par bukser, kan andre klær markedsføres.
- Ved kjøp av en musikk-CD, kan annen musikk markedsføres (på CD, DVD, MP3 eller lignende), men ikke CD-spillere.
- Ved kjøp av leker, kan andre leker markedsføres, men ikke andre produkter til barn.

Også en vare som er sammensatt av forskjellige næringsdrivendes produkter vil kunne betraktes som "egne" varer. En pakkereise som typisk er sammensatt av ytelser fra forskjellige næringsdrivende må f.eks. anses å være reisebyråets eget produkt.

Den næringsdrivende skal kunne dokumentere at betingelsene for utsendelse av markedsføring i medhold av unntaket i § 15 tredje ledd er overholdt.

Annen kundekommunikasjon enn markedsføring kan likevel sendes uten hinder av mfl. § 15. Dette vil typisk være henvendelser som er nødvendige for å oppfylle forpliktelser i henhold til lovgivning, henvendelser som ledd i oppfyllelsen av et kontraktsforhold, samt henvendelser knyttet til mislighold og praktiske servicemeldinger som f.eks. endringer i adresseforhold og omlegginger/endringer i avtaleforhold.

3.3.5 Forskjellen mellom et samtykke etter første ledd og eksisterende kundeforhold i tredje ledd

Et samtykke etter første ledd kan enkelt forklares med at man sier "ja takk" til å motta markedsføring, mens det etter tredje ledd kan kreves et aktivt "nei takk" fra en kunde i de tilfellene som faller inn under bestemmelsen.

En annen forskjell går ut på at det er begrenset hva en næringsdrivende kan markedsføre i kraft av unntaket i tredje ledd, idet det kun er egne

³⁷ Jf. Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 23.

³⁸ Jf. Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 23 (siste avsnitt på siden).

³⁹ Eksemplet er også benyttet i forarbeidene til tidligere mfl. § 2 b, se Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 24.

tilsvarende produkter eller tjenesteytelser som kan markedsføres. Innhenter den næringsdrivende i stedet et positivt samtykke fra kunden etter første ledd, begrenses den næringsdrivende kun av samtykkets innhold som også kan omfatte andre produkter og tjenesteytelser.

Forbrukertilsynet anbefaler alle næringsdrivende å innhente et frivillig, uttrykkelig og informert samtykke fra forbrukere i stedet for å basere utsendelse av markedsføring på at det foreligger et kundeforhold.

3.4. § 15 femte ledd – Ehandelslovens bestemmelser

Det følger av mfl. § 15 femte ledd at bestemmelsene i ehandelsloven⁴⁰, blant annet § 9 om elektronisk markedsføring, gjelder i tillegg til § 15.

Ehandelslovens § 9 om tjenesteyterens opplysningsplikt ved elektronisk markedsføring lyder:

”Ved elektronisk markedsføring skal det fremgå klart hvem markedsføringen skjer på vegne av. Sendes uanmodet markedsføring ved hjelp av elektronisk post, skal det fremgå at meldingene inneholder markedsføring idet meldingene mottas.

Hvis det angis priser i forbindelse med en informasjonssamfunnstjeneste, skal det opplyses om avgifter og leveringsomkostninger. I forbrukerforhold skal det opplyses om totalkostnadene forbrukeren skal betale, medregnet alle avgifter og leveringskostnader, med mindre opplysninger om prisen for tjenesten er regulert i annen lovgivning.

Reklametilbud, som for eksempel rabatter, premier og gaver, skal lett kunne identifiseres. Opplysninger om vilkår for å benytte seg av tilbudene skal være klare og lett tilgjengelige.

Salgsfremmende konkurranser eller spill skal lett kunne identifiseres. Opplysninger om vilkår for å delta i konkurransene eller spillene skal være klare og lett tilgjengelige.

Markedsføringslovens bestemmelser gjelder i tillegg til bestemmelsene i paragrafen her.”

Dette innebærer at den næringsdrivende må angi hvem markedsføringen skjer på vegne av, og at meldingen inneholder markedsføring. I tillegg til dette settes ytterligere krav til at reklametilbud som rabatter, premier, gaver og salgsfremmende konkurranser og spill lett skal kunne identifiseres som det de er, samt krav til god informasjon om priser, vilkår og betingelser knyttet til det aktuelle tilbudet.

⁴⁰ Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven).

4. Vedtak og sanksjoner

4.1 Generelt

Forbrukertilsynet skal søke å påvirke næringsdrivende til å innrette seg etter markedsføringsloven (mfl.) og annet regelverk som Forbrukertilsynet fører tilsyn med (§ 35).

Ved brudd på markedsføringsloven, angrerettloven, finansavtaleloven eller annen lovgivning som vi håndhever, kan Forbrukertilsynet fatte vedtak om forbud (§ 40), påbud (§ 41), tvangsmulkt (§ 42) og i visse tilfeller overtredelsesgebyr (§ 43), jf. mfl. § 39. Forbrukertilsynets vedtak kan klages inn for Markedsrådet (§ 37).

Vedtak kan også rettes mot de som medvirker til lovbrudd (§ 39 tredje ledd). Medvirkningsansvaret omfatter fysiske personer, for eksempel daglig leder, styreleder eller styremedlemmer i et selskap. Det omfatter også andre selskaper som har medvirket til lovbruddene, for eksempel reklamebyråer som har bistått ved utformingen av den ulovlige markedsføringen og medier eller plattformer som har formidlet denne.

4.2 Tvangsmulkt (§ 42)

For å sikre at vedtak etter §§ 40 og 41 overholdes, skal det fastsettes en tvangsmulkt som den som vedtaket retter seg mot, skal betale dersom vedkommende overtrer vedtaket (§ 42). Fastsettelse av tvangsmulkt kan unnlates dersom særlige grunner tilsier det.

Tvangsmulkten kan fastsettes som et engangsbeløp, et beløp pr. overtredelse eller som en løpende mulkt (f. eks. pr. dag eller uke inntil den næringsdrivende slutter å bryte vedtaket).

Tvangsmulktens størrelse skal fastsettes etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Det skal legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre vedtaket (§ 42 andre ledd siste setning). Andre relevante vurderingsmomenter er sakens art og innklagedes økonomiske forhold.

4.3 Overtredelsesgebyr (§ 43)

Forbrukertilsynet kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved overtredelse av blant annet forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6, direktemarkedsføring i strid med reglene i mfl. kapittel 3 og ved brudd på forskrift om urimelig handelspraksis (§ 43). Overtredelsesgebyr kan også ilegges ved visse brudd på angrerettloven (angrl. § 42). Vilkår for at overtredelsesgebyr kan ilegges, er at overtredelsen er forsettlig eller uaktsom og at den enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatte ganger.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan treffes på selvstendig grunnlag, men det kan også treffes samtidig med vedtak om tvangsmulkt etter § 42.

Overtredelsesgebyr skal, i likhet med tvangsmulkt, utmåles etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Et overordnet prinsipp er at overtredelsesgebyr bør settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det blant annet legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger (§ 43 andre ledd).

4.4 **Opplysningsplikt og granskning**

Enhver plikter å gi Forbrukertilsynet de opplysninger som tilsynet krever, og Forbrukertilsynet kan også foreta granskning og kreve utlevert dokumenter mv. (§ 34).

For å sikre at pålegg om å gi opplysninger etterkommes, kan Forbrukertilsynet fastsette en tvangsmulkt (løpende eller engangsbeløp) som den som pålegget retter seg mot, skal betale dersom pålegget ikke etterkommes (§ 42 tredje ledd).

4.5 **Tidligere saker**

Forbrukertilsynet har fattet vedtak i en rekke saker for brudd på tidligere mfl. § 2b. Da den nye mfl. § 15 i sin helhet viderefører § 2b, vil praksis etter den sistnevnte bestemmelsen fortsatt være relevant.

Et viktig fellestrekk i vedtakene er at Forbrukertilsynet har sett det som nødvendig å fatte vedtak også mot styreleder eller daglig leder i firmaene for å få en mest mulig effektiv håndhevelse av loven. Videre er det i alle sakene fastsatt et løpende tvangsgebyr pr overtredelse, jf. tidligere mfl. § 16.

Det har også blitt fattet flere vedtak om overtredelsesgebyr etter mfl. § 43 for overtredelse av mfl. § 15 etter at den nye loven trådte i kraft:

MR-vedtak av 08.09.10 (MR-sak 10/235) mot Mediafy Magazines AS
Mediafy Magazines ble ilagt et overtredelsesgebyr på kr 50 000 for brudd på mfl. § 15. Det hadde vært sendt ut ca. 100 000 e-poster uten at selskapet kunne dokumentere at det hadde vært hentet inn tilstrekkelig samtykke fra mottakerne.

FO-vedtak av 12.11.10 (FO-sak 09/3227) mot Jan Morten Bringsverd
Forbrukerombudet fattet vedtak om overtredelsesgebyr på kr 50 000 for utsendelse av SMS-reklame til 100 000 forbrukere i strid med mfl. § 15.

MR-vedtak av 24.06.11 (MR-sak 11/75) mot Hamelia AS
Markedsrådet fattet vedtak om overtredelsesgebyr på totalt kr 150 000 for utsendelse av 11 370 SMS i strid med mfl. §§ 11 og 15 (kr 100 000 til selskapet og kr 50 000 til daglig leder). Meldingene var i tillegg til å være uanmodet markedsføring også overtaksert slik at mottakerne ble belastet med 29 kr på telefonregningen for å motta meldingen.

FO-vedtak av 02.09.11 (FO-sak 11/714) mot Tornerose Helge Johansen (Vipklubben)
Forbrukerombudet fattet vedtak om overtredelsesgebyr på kr 80 000 for utsendelse av 2300 overtakserte tekstmeldinger til 35 kr i strid med mfl. §§ 11 og 15.

MR-vedtak av 03.10.11 (MR-sak 11/865) mot Living AS
Living AS sendte ut SMS-markedsføring i to omganger, først til 152 000 mottakere og deretter til 86 000 av de samme mottakerne. Selskapet hevdet at de forelå kundeforhold til mottakerne, men Markedsrådet fant at utsendelsene var i strid med mfl. § 15 og fattet vedtak om overtredelsesgebyr på 200 000 kr.

MR-vedtak av 28.03.12 (MR-sak 11/1436) mot M Quest AS

Markedsrådet fattet vedtak om overtredelsesgebyr på totalt 650 000 kr mot M Quest AS (kr 500 000) og styreleder (kr 150 000) for overtredelse av mfl.

§§ 11 og 15. Selskapet hadde sendt ut totalt 11 000 overtakserte SMS-meldinger uten etter avtale med mottakerne, og 12 000 ikke-takserte SMS-meldinger med markedsføring av tjenesten Tulletelefon.no. De overtakserte meldingene kostet 200 kr per melding å motta.

MR-vedtak av 27.08.10 (MR-sak 10/389) mot Mobile Marketing.

Markedsrådet opphevet Forbrukerombudets forbudsvedtak av 09.07.09 mot Mobile Marketing AS og daglig leder. Rådet var, i motsetning til Forbrukerombudet, av den oppfatning at firmaet hadde lagt fram tilstrekkelig dokumentasjon for at det var innhentet samtykke til å sende ut e-postreklame. Saken ble senere gjenstand for domstolsbehandling i Oslo tingrett, i en erstatningssak mellom Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet og Mobile Marketing. Tingretten var uenig i Markedsrådets bevisvurdering, og kom til at Forbrukerombudets opprinnelige vedtak i saken hadde bygd på en riktig vurdering av fakta. Retten gikk dessuten nærmere inn i vurderingen om hva som skal til for å bevise at det er innhentet samtykke etter § 15, jf. punkt 2.7.2.⁴¹

⁴¹ Dom av 14.05.12 - domsreferanse 11-090506TVI-OTIR/01 (Mobile Marketing AS mot Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet).

Oversikt over oppdateringer:

Første gang publisert på Forbrukerombudet.no **27.05.09**

3. desember 2009: Endringer under punkt 3.3.1

21. januar 2013: Fullstendig gjennomgang av veiledningen. Endringer hovedsakelig under punkt 2.3, 2.7, 3.

1.januar 2018: Gjennomgang i forbindelse med overgang til navnet Forbrukertilsynet

