

Jens Barland (red.),
Tor Bang, Arne Krokan, Monica Viken

Innholdsmarkedsføring

Konsept, forretningsmodeller, juss, etikk og praksis

CAPPELEN DAMM
AKADEMISK

© Jens Barland, Tor Bang, Arne Krokan og Monica Viken 2016

Dette verket omfattes av bestemmelsene i *Lov om opphavsretten til åndsverk m.v.* av 1961. Verket utgis Open Access under betingelsene i Creative Commons-lisensen CC-BY 4.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>). Denne tillater tredjepart å kopiere, distribuere og spre verket i hvilket som helst medium eller format, og å remixe, endre, og bygge videre på materialet til et hvilket som helst formål, inkludert kommersielle, under betingelse av at korrekt kreditering og en lenke til lisensen er oppgitt, og at man indikerer om endringer er blitt gjort. Tredjepart kan gjøre dette på enhver rimelig måte, men uten at det kan forstås slik at lisensgiver bifaller tredjepart eller tredjeparts bruk av verket.

Boka er utgitt med støtte fra NTNU, Handelshøyskolen BI og Pressens Faglitteraturfond (PFF).

ISBN: 978-82-02-53049-5 E-PDF

Typesetting: Datapage India (Pvt.) Ltd.

Cover Design: Kristin Berg Johnsen

Cappelen Damm Akademisk/NOASP

noasp@cappelendamm.no

Innhold

Innhold	5
Forord.....	9
Kapittel 1 Innholdsmarkedsføring - trend, konsept og kontekst	13
<i>Jens Barland</i>	
Digitale muligheter	17
Digitalisering gjør at alle kan publisere.....	18
Sosiale medier gjør at alle kan skaffe seg et stort publikum	19
Digitale kunderelasjoner åpner for datahøsting og kundeinnsikt.....	21
«Innholdet» skiller ut innholdsmarkedsføringen.....	22
For å være til stede i en endret mediebruk	26
Ny forretning vokser frem	29
Konflikter	31
Historiske røtter.....	33
Definisjon og litteratur	37
Innholdsmarkedsføring og andre buzzword	44
Om boken	46
Litteratur.....	50
Kapittel 2 Innholdsmarkedsføring og forretningsmodeller.....	53
<i>Arne Krokan</i>	
Forretningsmodeller og forretningsutvikling	55
Avisenes økonomi	56
Annonsene endrer karakter	58
Uærlig markedsføring.....	60
Aviser, nye konkurrenter.....	61

INNHold

Bloggernes nye forretningsmodeller	62
Facebook gjør alle til kuratorer og sine egne «aviser»	64
Kuratorene får økt betydning	68
Den nye digitale konkurransesituasjonen	73
Mediebransjens produkter debundles	75
Nye algoritmer og kunstig intelligens skaper økt kompleksitet	78
Innholdsmarkedsføringens forretningskontekst.....	82
Aviser som tosidige markeder	84
Sosiale medier og innholdsmarkedsføring.....	88
Konklusjon.....	90
Litteratur	93

Kapittel 3 Juridiske og etiske rammer for innholdsmarkedsføring

98

Monica Viken

Oversikt over rammeverket	99
Håndheving.....	105
Det juridiske markedsføringsbegrepet.....	106
Forbudet mot skjult markedsføring	110
Markedsføring skal fremstå som markedsføring	110
Hva er skjult markedsføring?.....	118
Nærmere om identifikasjonskravet (merking)	122
Juridiske rammer for innholdsmarkedsføring	127
Forbudet mot urimelig handelspraksis	127
Innholdsmarkedsføring må ikke være villedende.....	130
Dokumentasjonsplikt	134
Markedsføring må ikke stride mot god markedsføringsskikk.....	136
Andre særlige begrensinger	138
Særlig om innholdsmarkedsføring overfor barn.....	139
Hvem har det juridiske ansvaret?.....	146
Sanksjoner	148

Kapittel 4 Konflikter mellom journalistikk og innholdsmarkedsføring

152

Jens Barland

Presseetiske regler	152
---------------------------	-----

Derfor satser mediene på innovasjon innen innholdsmarkedsføring	158
Ideologisk konflikt fordi journalistikken er en samfunnsinstitusjon	162
Presseetikk og tekstreklame	166
Ulike perspektiver på konfliktene	171
Fem utvalgte konflikter	173
Konflikt 1: Merking og «klart skille» mellom journalistikk og reklame	174
Konflikt 2: Kommersielle elementer i journalistiske tekster og bilder	182
Konflikt 3: Journalister, frilansere, redaktører og dobbeltroller	191
Konflikt 4: Partnerskap og sponing – med media på laget	196
Konflikt 5: Felles idealer og ideelle interesser	198
Oppsummering	200
Litteratur	202

Kapittel 5 Innholdsmarkedsføring i praksis 205

Tor Bang

Bakgrunn og avgrensning	206
Metode, datainnsamling og avgrensninger	209
En semiotisk kommunikasjonsmodell	210
Resepsjonsstudier	211
Publikums perspektiv	212
Andre litteraturstudier	214
Markedskommunikasjonsfeltet som konsept	215
Strategiske verktøy i intensjonell kommunikasjon	217
Punkt 1: Forundersøkelser	218
Punkt 2: Strategi	219
Punkt 3: Taktikk og iverksettelse	221
Punkt 4: Evaluering	222
Hybridtekster	224
Case: Lofotkrafta	225
Case: Bølgen	228
Sivilsamfunnet, deloffentligheter og i privatsfæren	230
Andre nettsteder	232
Betalingsformer	233

INNHold

Klikkmodell	234
Andre betalingsmodeller	236
Kulturnæringer	237
Bokbransjen	240
Filmbransjen	241
Mat og drikke	242
Oppsummering	244
Litteratur	245
Presentasjon av forfatterne	247

Forord

Fenomenet *innholdsmarkedsføring* er blitt et hett tema på dagsordenen de siste årene. Det handler om alt fra små bloggere til store banker som opptrer som mediehus. Det handler om alt fra å få gode søk på nettet når man leter etter noe, til å koble av med godt medieinnhold, og over til journalister som opplever konflikter der redaksjonen trekkes inn i kommersielle aktiviteter. Det handler også om ytringsfrihet for kommersiell kommunikasjon og om juss og etikk så folk skal vite at det er reklame de er utsatt for.

Som forskere har vi nysgjerrig blitt dratt inn i dette nye, som egentlig ikke er nytt i det hele tatt. Det er gamle teknikker om å bruke medieinnhold som engasjerer folk fremfor skrikende reklame. Men trenden vi snakker om nå, er en voldsom boost som følge av digitaliseringen og sosiale medier. Derfor foregår innholdsmarkedsføring nå på helt nye måter enn tidligere.

Denne utviklingen har vi hatt lyst til å utforske, dokumentere og formidle. Vi har funnet sammen fordi vi har felles interesse for fenomenet. Men vi er forskere som kommer inn med helt ulike innfallsvinkler fordi vi representerer vitenskapelige retninger innen mediefag, markedsføring, sosiologi og juss. Arbeidet med boken har beriket oss med både dybdeinnsikt og tverrfaglighet. Vårt mål er å formidle dette også til leserne.

Det skrives mange bøker om innholdsmarkedsføring. Dette er likevel den første på norsk som er vitenskapelig forankret. Medier er sterkt bundet til kulturen de står i. Samtidig er alle medier sterkt

påvirket av globale trender og teknologier. Publisering i sosiale medier av innhold som er superlokalt eller rettet mot spisse nisjer, er vel beste eksempel på dette. Det er globalt og lokalt på samme tid. Derfor har vi hatt behov for å skrive om fenomenet på norsk, basert mest på norsk empiri og praksis. Studier av engelskspråklig forskning og litteratur om temaet viser også at vi gjør ting ganske likt her i Norge, men ikke helt likt. For vi har vår egen mediepraksis, våre egne paragrafer og vår egen etikk, samt ganske små forhold sammenlignet med det store utland. Derfor mener vi det har verdi å utforske hvordan denne internasjonale trenden utvikler seg hos oss i Norge. Videre har vi sett at debattene om innholdsmarkedsføring preges av mange store ord, skråsikkerhet, nærmest dogmatisk opp mot bestemte måter å gjøre det på, og med uklare referanserammer. En av de ledende fagpersonene vi hadde forskningsintervju med, kalte feltet «umodent».

Med en vitenskapelig tilnærming har vårt mål vært å studere temaet med kritisk distanse uten å høre til i noen bestemt leir, og vi har ønsket å bidra med presiseringer, kategoriseringer, nyanseringer og drøftinger som kan bidra positivt til debattene videre. Kanskje vi rett og slett kan bidra til å gjøre feltet mer modent?

Stor takk rettes til våre sponsorer som har gjort prosjektet mulig å gjennomføre. Våre økonomiske støttespillere er Pressens Faglitteraturfond, Fritt Ord, NTNUs publiseringsfond og Handelshøyskolen BI. Vi takker også Cappelen Damm Akademisk for solid støtte underveis fra deres forlagsredaktør Ragnhild Hjorth.

Referansestilen i boken er APA6 slik den er beskrevet på «Søk og skriv».¹ For henvisning til kilder som er fra nyheter, løpende offentlig debatt, muntlige kilder eller lignende, er det brukt fotnoter. Øvrige kilder er referert og tatt inn i litteraturlisten i slutten av hvert kapittel. Kapittel 3 anvender juridisk metode og

¹ Lenke: www.sokogskriv.no

bruker derfor en referansestil som er tilpasset det feltet, beskrevet i Universitetsforlagets «Veiledning om henvisninger m.m. i juridiske tekster».²

Jens Barland
redaktør for bokprosjektet
Oslo, april 2016

2 Lenke: http://universitetsforlaget.no/content/download/26323/191340/version/1/file/Forfatterveiledning_for_juridiske_tekster.pdf

KAPITTEL 3

Juridiske og etiske rammer for innholdsmarkedsføring

*Monica Viken*¹

This chapter investigates the legal and ethical framework for content marketing. The use of content marketing necessitates special considerations due to its legal implications for the marketer. In addition, legal rules should be interpreted in accordance with ethical standards for advertising and marketing communication practice. The general provision that all marketing should be designed and presented in such a way that its marketing purpose is clear, serves as a starting point for this legal analysis. As surreptitious advertising is prohibited, the marketer must identify advertising as such. Furthermore, principal rules on marketing practice also apply to content marketing. Thus, legal and ethical analyses include discussions regarding good marketing practice, misleading and unfair advertising, special concerns regarding content marketing directed toward children, evidential rules and law enforcement.

I dette kapitlet rettes søkelyset mot de juridiske og etiske rammer for innholdsmarkedsføring. Formålet er å analysere regler som

¹ Monica Viken er førsteamanuensis ved Institutt for rettsvitenskap, Handelshøyskolen BI.

har spesiell betydning for innholdsmarkedsføring, men også sette denne formen for markedskommunikasjon inn i en større juridisk sammenheng. I en slik analyse vil i tillegg etiske retningslinjer ha betydning, både ved fortolkningen av de ulike regler, og som selvstendige kilder for vurdering av innholdsmarkedsføring.

All regulering av markedsføring må settes inn i en kontekst av den generelle ytringsfrihet og vurderes på bakgrunn av i hvilken grad kommersielle ytringer overhodet kan begrenses gjennom lovregulering. I den grad innholdsmarkedsføring kan reguleres, vil de juridiske rammer omfatte både presentasjon og innhold. De typiske kjennetegn for innholdsmarkedsføring vil dermed kunne ha innvirkning både på hvordan denne markedsføringen skal presenteres og hvilke krav som stilles til innholdet.

Reguleringen vil i tillegg måtte ta høyde for svært ulike situasjoner, fra den ferske bloggerens omtale av produkter som han eller hun har fått tilsendt fra ulike virksomheter, til profesjonell omtale av produkter og tjenester på virksomhetens hjemmeside eller via andre kanaler. Videre krever fremveksten av de nye mediehusene spesiell oppmerksomhet. Ulike konstellasjoner kan gjøre det vanskelig å finne frem til den egentlige ansvarlige for innholdsmarkedsføring. Er det virksomheten som betaler for markedsføringen, bloggeren, mediehuset eller samtlige av de nevnte som er juridisk ansvarlig for presentasjon og innhold?

Til slutt må det vurderes hvilke konsekvenser ulike regelbrudd vil få for den ansvarlige. Det vil være ulike sanksjoner for de forskjellige regelbrudd, der konsekvensen for den ansvarlige vil variere.

Oversikt over rammeverket

Markedsføringsrettens primære formål er å sikre at konkurransen mellom næringsdrivende skjer på en lojal måte, slik at kundene kan treffe rasjonelle valg på bakgrunn av kunnskap om pris, kvalitet

og service.² Regulering av innholdsmarkedsføringen vil åpenbart falle inn under dette generelle formålet. Det kan derfor først slås fast at regler som gjelder markedsføring generelt, vil få betydning for regulering av innholdsmarkedsføring.

Redegjørelsen i dette kapitlet vil imidlertid fokusere på noen utvalgte regler som vil ha spesiell betydning for innholdsmarkedsføring. For å få en oversikt over rettsområdet foretas her en kort gjennomgang av slike aktuelle lover.

Den mest sentrale loven på området er markedsføringsloven (mfl.).³ Markedsføringsloven gjelder uavhengig av medium og regulerer alle former for markedsføring og alle plattformer.⁴ Vilkåret er imidlertid at det dreier seg om markedsføring som foretas i næringsvirksomhet.⁵

Den norske markedsføringsloven har ingen egen formålsbestemmelse, men en overordnet bestemmelse som angir lovens virkeområde.⁶ Det følger da av mfl. § 1 at loven gjelder «kontroll med markedsføring, handelspraksis og avtalevilkår i forbrukerforhold og stiller krav til god forretningsskikk mellom næringsdrivende». I dette kapitlet drøftes i hovedsak innholdsmarkedsføring rettet mot forbrukere, regulert i lovens kap. 1–5.

Markedsføringsloven bygger i stor grad på EU-direktiver, og et av de mest sentrale direktiver omhandler regler for urimelig handelspraksis når denne skader forbrukerens økonomiske interesser

2 Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis og Jan Trzaskowski, *Markedsføringsretten*, København 2011 s. 19. I samme retning Paul Krüger Andersen *Markedsføringsret Gad* 1978 s. 9 f., Per Jonas Nordell, *Marknadsrätten: en introduktion* Stockholm 2013 s. 13 og Tore Lunde, Ingvild Mestad og Terje Michaelsen, *Markedsføringsloven Kommentartutgave*, Oslo 2015 s. 21.

3 Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

4 For en samlet fremstilling av markedsføringslovens bestemmelser i norsk rett, se Tore Lunde, Ingvild Mestad og Terje Lundby Michaelsen, *Markedsføringsloven Kommentartutgave* Oslo 2015.

5 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 29.

6 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 25.

(Handelspraksisdirektivet).⁷ Implementeringen av dette direktivet i den norske markedsføringsloven har ført til større rettsenhet med forbrukerbeskyttelsen i andre EU/EØS-land.⁸ For norsk retts vedkommende vil det for eksempel være naturlig å se hen til reguleringen i Sverige og Danmark når markedsføringsloven skal tolkes. I handelspraksisdirektivet defineres også visse handlinger som alltid skal anses urimelige og dermed forbudt.⁹ Denne såkalte «svarteliste» på 31 punkter er innført i norsk rett gjennom en forskrift om urimelig handelspraksis.¹⁰ Forskriften vil få stor betydning ved regulering av innholdsmarkedsføring, og to punkter regulerer nettopp hvordan slik markedsføring skal presenteres.

Ved siden av disse reglene vil e-handelsloven (e-hl.) kunne ha betydning ved innholdsmarkedsføring.¹¹ Formålet med e-handelsloven er å sikre fri bevegelighet for informasjonssamfunnstjenester mellom EU/EØS-statene og er basert på et EU-direktiv.¹² Informasjonssamfunnstjenester er tjenester som «vanligvis ytes mot vederlag, og som formidles elektronisk, over avstand og på individu-

7 Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet). Også Direktiv 2006/114/EF (Direktiv om villedende og sammenlignende reklame) har betydning ved tolkningen av markedsføringsloven.

8 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 13. Se også Jan Trzaskowski «*Om den unionsrettlige markedsføringsret*» *Ugeskrift for Retsvæsen* 2010 s. 148. Se også Antonina Bakardjieva Engelbrekt, «EG-direktivet om utillbørlige afførsmetoder: en stundande omdaning av svensk marknadsrätt?», *Europarättslig tidskrift* 2005 s. 242. Behovet for full harmonisering er presisert i handelspraksisdirektivets forord, se spesielt pkt. 5, 12 og 13. Fullharmonisering av direktivet er også påpekt av EU-domstolen, blant annet i de forenede saker C-261/07 og C-299/07 *VTB-VAB NV v Total Belgium og Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV*.

9 Bilag 1 til Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet).

10 Forskrift om urimelig handelspraksis av 1. juni 2009 nr. 565. Andre sentrale forskrifter som regulerer markedsføring, vil ikke omtales nærmere i dette kapitlet.

11 Lov av 23. mai nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (e-handelsloven).

12 Direktiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter av informasjonssamfunnstjenester, spesielt elektronisk handel, i det indre marked (e-handelsdirektivet). Se for en oversikt over regelverket Kim Østergaard, *Elektronisk handel og international proces- og privatret*, København 2003.

ell anmodning fra en tjenestemottaker», jf. e-hl. § 1 andre ledd bokstav a.¹³ Kjøp av varer og tjenester der avtaleinngåelse skjer ved hjelp av elektronisk kommunikasjon, vil omfattes av loven. Det typiske nedslagsfelt er kjøp via nettleser, TV, apper, sosiale medier og e-post, samt overføring av informasjon over elektronisk kommunikasjonsnett og tilgang til elektroniske kommunikasjonsnett. For norske brukere innebærer det at e-handelsloven regulerer kjøp av transporttjenester (fly-, tog- og fergebilletter), pakkereiser, hotellopphold, billetter til sports- eller kulturbegivenheter med mer. Markedsføring av disse varer og tjenester vil dermed omfattes av både markedsføringsloven og e-handelsloven, jf. e-hl. § 9 femte ledd.

Videre vil kringkastingsloven (kringkgl.) og kringkastingsforskriften ha betydning for den juridiske vurdering av innholdsmarkedsføring.¹⁴ Kringkastingsloven er de senere år endret på bakgrunn av blant annet EU-direktiv om audiovisuelle medietjenester (AMT-direktivet) og omfatter i utgangspunktet alle former for tv- og nettsendinger, samt alle former for audiovisuelle medietjenester.¹⁵ Hensikten med AMT-direktivet var en oppfølging av den tekniske og markedsmessige utvikling ved fremveksten av audiovisuelle bestillingstjenester (Video On Demand, Catch Up TV, klikkefilm, nett-TV etc.).¹⁶ Ifølge kringgl. § 1-1 bokstav a defineres kringkasting som «utsending av tale, musikk og liknende via elektroniske kommunikasjonsnett, ment eller egnet til å ses eller høres direkte og samtidig av allmennheten». Audiovisuelle bestillingstjenester defineres som «tjeneste som tilbys av en tjenestetilbyder hvor hovedformålet er å

13 Ot.prp. nr. 31 (2002-2003) s. 56.

14 Lov 4. desember nr. 127 om kringkasting og audiovisuelle tjenester (kringkastingsloven) og forskrift 28. februar 1997 nr. 153 om kringkasting.

15 Direktiv 2010/13/EU (AMT-direktivet). Tidligere direktiver er 98/552/EØF og 2007/65/EF. Se også Prop.9 L (2012-2013) Endringer i kringkastingsloven, åndsverkloven og film- og videogramlova (gjennomføring av direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester mv.).

16 Prop.9 L (2012-2013) s. 15.

tilby bildeprogrammer som kan ses på et tidspunkt seeren selv velger og på dennes bestilling fra en programkatalog og som distribueres til allmennheten via elektroniske kommunikasjonsnett», jf. kringkl. § 1-1 bokstav d. Det har altså ingen betydning om tilgangen blir gitt via nettleseren på datamaskinen, gjennom en tv-boks, på mobiltelefonen eller annen teknologi. Eksempler på audiovisuelle bestillingstjenester er *TV 2 Sumo*, *VGTV* og *Aftenposten TV*. Innholdsmarkedsføring som presenteres i disse kanaler, reguleres dermed av både markedsføringslov og kringkastingslov.

Egne regler for markedsføring gjenfinnes også i andre lover. For eksempel er det i lov om legemidler krav om at reklame for legemidler skal være nøktern og sann etter lovens § 19.¹⁷ Ved utforming av innholdsmarkedsføring må det videre tas høyde for de generelle reklameforbudene. Innholdsmarkedsføring kan for eksempel ikke inneholde reklame for tobakk, jf. forbudet mot tobakksreklame i tobakksskadeloven § 4 og § 22.¹⁸ Innholdsmarkedsføring kan heller ikke inneholde reklame for alkohol, regulert i alkoholloven § 9-2 første ledd.¹⁹ I tillegg vil åndsverklovens (åvl.) bestemmelser om opphavsrett til utgitt materiale kunne få betydning ved innholdsmarkedsføring.²⁰ Dette gjelder for eksempel bruk av sitater, regulert i åvl. § 22 og bruk av bilder etter regler i åvl. § 1 og § 43a. Ingen av disse reglene vil imidlertid behandles ytterligere i denne fremstillingen.

En fortolkning av regler for markedsføring er foretatt av Forbrukerombudet, i egne veiledninger.²¹ Disse vil kunne ha betydning ved vurdering av regler for innholdsmarkedsføring.

17 Lov 4. desember nr. 132 om legemidler mv. (legemiddeloven). Krav til nøktern og saklig reklame følger også av forskrift 18. desember 2009 nr. 1839 om legemidler § 13-1. Se ellers forskriftens kap. 13.

18 Lov 9. mars nr. 14 om vern mot tobakksskader (tobakksskadeloven).

19 Lov 2. juni nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk mv. (alkoholloven).

20 Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven). Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) er sendt på høring, med høringsfrist 8. august 2016.

21 Forbrukerombudets hjemmeside; <http://www.forbrukerombudet.no/>

Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at disse veiledningene ikke er å forstå som vedtatte regler, men som uttrykk for forbrukermyndighetens forståelse av reglene.

I tillegg er det utviklet ulike etiske retningslinjer for markedsføring, med reklamekodeksen til The International Chamber of Commerce (ICC) som det mest kjente eksemplet.²² Disse etiske retningslinjene kan trekkes inn, både for å sammenligne dem med de norske reglene og ved tolkningen av dem.²³ ICC reklamekodeks artikkel 9 og 10 og kapittel D om markedsføring over Internett vil for eksempel ha spesiell betydning for innholdsmarkedsføring.

Med utgangspunkt i det redaksjonelle ansvaret er det også utviklet etiske retningslinjer gjennom Vær Varsom-plakaten (VVP). Flere av bestemmelsene der tar eksplisitt sikte på å regulere innholdsmarkedsføring og vil kunne ha betydning for forståelsen av det juridiske rammeverket. Vær Varsom-plakaten vil drøftes mer inngående i kapittel 4, men trekkes også inn i de juridiske vurderinger i dette kapitlet. I kapittel 4 er også deler av Vær Varsom-plakaten gjengitt.

Redaktørforeningens fokus på problemstillinger knyttet til innholdsmarkedsføring har resultert i en egen veiledning om forholdet mellom journalistikk og reklame.²⁴ Veiledningen er ment å skulle oppdateres jevnlig og vil være en fin innfallsvinkel for vurdering av innholdsmarkedsføring, også ut fra markedsførers ståsted. Veilederen inneholder helt konkret ti gode råd om innholdsmarkedsføring. Disse er også gjengitt i kapittel 4.

22 The International Chamber of Commerce (ICC): Advertising and Marketing Communication Practice Consolidated ICC Code 2011, se <http://www.codescentre.com/media/2043/Danish-icc.pdf>

23 Det er i Danmark utarbeidet en oversettelse av ICC reklamekodeks, se *ICC's kodeks for reklame og markedskommunikasjon 2011*, oversatt av Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis, Jan Trzaskowski og Marie Pade Andersen; <http://www.codescentre.com/media/2043/Danish-icc.pdf>

24 Se veileder fra Norsk redaktørforening, *Slik skiller du journalistikk og reklame*; <http://www.nored.no/NR-dokumentasjon/Rapporter/Slik-skiller-du-journalistikk-og-reklame>

Håndheving

Det vil være ulike organer, avhengig av hvilken lov innholdsmarkedsføringen vurderes opp mot, som håndhever reglene.

De mest sentrale organer er Forbrukerombudet og Markedsrådet, jf. mfl. § 32.²⁵ For den enkelte næringsdrivende vil det være Forbrukerombudet som er mest synlig.

Forbrukerombudet er et forvaltningsorgan som kan gripe inn mot markedsføring dersom det er nødvendig av «hensyn til forbrukerne», jf. mfl. § 34 annet ledd. Tilsynsområde er i første rekke markedsføringslovens materielle regler i lovens kap. 1-5, jf. mfl. § 34. Forbrukerombudet skal dessuten føre slikt tilsyn som ombudet er tillagt etter annet regelverk, blant annet tilsyn med bestemmelser som gjelder reklame rettet mot barn i kringkastingsregelverket. En stor del av Forbrukerombudets oppgaver er knyttet til forhandlinger med de enkelte næringsdrivende for å få til en frivillig ordning (forhandlingsmodellen), jf. mfl. § 35 annet ledd.²⁶ Markedsrådet er på sin side et domstollignende forvaltningsorgan som får saker forelagt av Forbrukerombudet og fungerer i tillegg som klageorgan for vedtak fattet av Forbrukerombudet, jf. mfl. § 38. Markedsrådet avsier bindende vedtak overfor en næringsdrivende som bryter markedsføringslovens bestemmelser.

E-handelsloven inneholder ingen tilsynsbestemmelser, men dersom markedsføring gjøres gjennom nettbasert handel og dette kan skade forbrukernes interesser, har Forbrukerombudet og Markedsrådet kompetanse til å gripe inn.

Kringkastingslovens regler for kringkasting forvaltes i utgangspunktet av Medietilsynet, jf. kringkl. § 2-1 fjerde ledd, med Klagenemnda for mediasaker (Medieklagenemnda) som klageorgan.

25 Saksbehandlingen i disse organer reguleres av forskrift 5. juni 2009 nr. 588 om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv.

26 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 145.

Forbrukerombudet er imidlertid tilsynsorgan for forbudet mot TV-reklame rettet mot barn, jf. mfl. § 34 første ledd og forskrift om kringkasting § 1-8.²⁷ Forbrukerombudet og Markedsrådet har dermed i sine avgjørelser trukket opp grensene for reklameforbudets virkeområde.²⁸

Brudd på forbudet mot reklame for alkohol og tobakk håndheves av Helsedirektoratet.²⁹ Brudd på bestemmelser om markedsføring av legemidler, blant annet forbudet mot å markedsføre reseptpliktige legemidler, håndheves av Statens legemiddelverk.³⁰

For det redaksjonelle ansvar og etiske rammer for innholds- markedsføring vil det sentrale organ være Pressens Faglige Utvalg (PFU), administrert av Norsk Presseforbund. Ståstedet vil her være journalistikk, men når PFU vurderer forhold i grenseland mellom markedsføring og journalistikk, kan de fortolkninger som gjøres, ha betydning for forståelsen av markedsføringslovens bestemmelser. Dersom journalister eller mediehus begir seg inn på markedsføringsens felt, vil også Forbrukerombudet kunne gripe inn. Inntil videre har imidlertid Forbrukerombudet holdt seg litt i bakgrunnen overfor mediehus og redaktører.

Det juridiske markedsføringsbegrepet

Når innholdsmarkedsføring skal vurderes ut fra en juridisk kontekst, må det tas utgangspunkt i at begrepet innholdsmarkedsføring i seg selv kan defineres inn under et *juridisk markedsføringsbegrep*.³¹

27 Forskrift 28. februar 1997 nr. 153 om kringkasting.

28 Se for eksempel MR 13/93 (Maling), MR 17/93 (Kellogg's), MR 2/94 (Litago) og MR 1/99 (Wasa).

29 Alkoholloven § 9-3 og tobakksskadeloven § 35.

30 Forskrift 18. desember 2009 nr. 1839 om legemidler § 13-10.

31 Se nærmere om vurdering av dette begrepet i Caroline Heide-Jørgensen *Reklameret – Konkurranceret og kommerciel ytringsfrihet*, København 2008 s. 58 f.

Innholdsmarkedsføring vil være en av flere ulike markedsføringsmetoder, og er i denne boken definert som «å utføre eller bidra til en strategisk markedsføringsmetode som skal skape og distribuere attraktivt medieinnhold som når ut til og engasjerer en definert målgruppe i den hensikt å utvikle gjensidige og gode relasjoner».

Det må da først slås fast at det juridiske markedsføringsbegrepet ikke kan skille seg vesentlig fra forståelsen av markedsføring i markedsøkonomi og markedskommunikasjon. Ved en endring av markedsføringsbegrepet fra en praktisk og operativ orientering til å poengtere det strategiske er det naturlig at også den juridiske forståelsen følger i samme retning.³² For innholdsmarkedsføring vil det nettopp være *metoden* for markedsføringen som er i fokus.

Markedsføringsloven definerer imidlertid ikke begrepet «markedsføring». Derimot defineres begrepet «handelspraksis» i mfl. § 5 bokstav d som «enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere en ytelse til forbrukerne».³³ Både «reklame» og «markedsføring» nevnes her som del av handelspraksisbegrepet. Handlingen vil omfattes av markedsføringslovens bestemmelser dersom den er «direkte knyttet til å fremme» salg eller levering. Det er ikke noe krav om at handlingen foretas mot et vederlag eller annen godtgjøring. Hvorvidt den subjektive hensikt bak praksisen har noen betydning for forståelsen av begrepet, avklares ikke.

32 Se bokens kapittel 1, avsnittene som drøfter definisjonen av *innholdsmarkedsføring*, om prosessen fra «markedsførings- og forretningsprosess» til «strategisk markedsføringsmetode».

33 Definisjonen tilsvarer handelspraksisdirektivets definisjon i artikkel 2 bokstav d og legger opp til skjønsmessige vurderinger.

Hva som nærmere ligger i begrepet «markedsføring», følger av omfattende praksis. Markedsrådet har blant annet uttalt at all virksomhet som den næringsdrivende foretar overfor kunden, i utgangspunktet er markedsføring.³⁴ Det er således en vid forståelse av begrepet som er lagt til grunn. Hvordan den næringsdrivende selv oppfatter henvendelsen, er for eksempel ikke avgjørende. Den næringsdrivendes indre foranstaltninger er derimot ikke omfattet.

Markedsføringsbegrepet ble også drøftet i forbindelse med innføring av e-handelsloven. Departementet la da til grunn at begrepet «markedsføring» i e-handelsloven skulle forstås på samme måte som markedsføringsbegrepet etter markedsføringsloven.³⁵

Forståelsen av markedsføringsbegrepet kan også søkes gjennom definisjonen av «reklame» i kringkastingsloven. Reklame defineres der som «enhver form for markedsføring av en vare, tjeneste, sak eller idé mot betaling eller annen form for godtgjøring. Med reklame menes også innslag i fjernsyn eller audiovisuelle bestillingstjenester som har til formål å fremme tjenestetilbyderens egen virksomhet», jf. kringkl. § 1-1 bokstav g. I reklamebegrepet legges det her inn et vilkår om betaling eller annen form for godtgjøring, som ikke gjenfinnes i markedsføringsloven.

Ved en endring av kringkastingsloven, basert på AMT-direktivet, og implementering av audiovisuell kommunikasjon i loven, ble også begrepet «audiovisuell kommersiell kommunikasjon» drøftet.³⁶ Begrepet audiovisuell kommersiell kommunikasjon er angitt som et samlebegrep som omfatter fjernsynsreklame, sponning, telekjøp og produktplassering, jf. AMT-direktivet artikkel 1 nr. 1 bokstav h. Grunnforutsetningen for at det skal dreie seg om audiovisuell kommersiell kommunikasjon er at det foreligger en markedsføringshensikt og betaling av vederlag, eller at markedsføringen skjer

34 MR 18/96 (Telenor).

35 Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 26–27.

36 Prop.9 L (2012–2013) s. 16

av selvfremmende formål. EU-domstolen har imidlertid presisert at det ikke stilles *krav* om vederlag dersom det kan påvises at markedsføringen er gjort bevisst.³⁷

Både sponing og produktplassering omfattes av den videre definisjonen av audiovisuell kommersiell kommunikasjon. Forholdet mellom hva som defineres som markedsføring og hva som er sponing og produktplassering, trenger dermed en nærmere avklaring. Slik sponing er definert i kringkl. § 3-4 annet ledd, vil det være «ethvert bidrag til produksjon eller sending av program fra en fysisk eller juridisk person som selv ikke tilbyr programmet eller er engasjert i produksjonen, med sikte på å fremme sponsors navn, varemerke, omdømme, virksomhet, produkt eller tjeneste». Ved sponing skal ikke den aktuelle virksomhet ha noen innflytelse på programinnholdet. Dette skiller seg fra definisjonen av innholdsmarkedsføring. Produktplassering vil på sin side være tilfeller hvor enten en «vare, tjeneste eller et varemerke inngår i eller vises til i et program mot betaling», jf. kringkl. § 3-6 annet ledd.³⁸ Dersom bidraget ikke innebærer at en vare, tjeneste eller varemerke eksponeres i programmet, vil regelverket for sponing gjelde.³⁹ Ut fra disse definisjonene vil ikke sponing eller produktplassering omfattes av begrepet innholdsmarkedsføring og holdes utenfor de videre drøftelser i dette kapitlet.

Til sammenligning er kommersiell kommunikasjon i ICC reklamekodeks definert som «reklame og andre teknikker såsom promotering, sponing og direkte markedsføring; begrebet skal forstås i bred forstand som enhver form for kommunikation, der er produceret direkte af eller på vegne af annoncører med det primære formål at promovere produkter eller påvirke forbrugernes adfærd».⁴⁰

37 C-52/10 (Alter Channel).

38 Prop.9 L (2012–2013) s. 61–62.

39 Hvordan begrepene «vare, tjeneste eller varemerke» skal forstås, må fastlegges gjennom Medietilsynets praksis.

40 ICC kodeks for reklame og markedskommunikasjon 2011 i dansk oversettelse s. 20.

I en slik vid definisjon av begrepet kommersiell kommunikasjon er det avgjørende hva som er det primære formål med kommunikasjonen; promotere produktet eller påvirke forbrukerne.

Gjennomgangen ovenfor viser imidlertid at det ikke er noen klar avgrensning mellom begrepene reklame, markedsføring og kommersiell kommunikasjon. Markedsføringsbegrepet ser ut til å dekke mer enn reklame, og kommersiell kommunikasjon ser ut til å dekke mer enn markedsføring. Når handelspraksisbegrepet omfatter både reklame og markedsføring, får vi et komplisert bilde. I de aller fleste tilfeller vil ikke dette skillet få noen betydning for vurdering av innholdsmarkedsføring, men begrepsbruken drøftes nærmere nedenfor når det gjelder spørsmålet om skjult markedsføring.

Forbudet mot skjult markedsføring

Markedsføring skal fremstå som markedsføring

Det grunnleggende prinsippet for alle former for markedsføring fremgår av mfl. § 3 første ledd: «Markedsføring skal utformes og presenteres slik at den tydelig framstår som markedsføring.»

Prinsippet er internasjonalt anerkjent og er ikke noe særnorsk fenomen.⁴¹ Bestemmelsen stiller krav som skal gjøre forbrukerne i stand til umiddelbart å identifisere markedsføring som markedsføring.⁴² Dette innebærer i realiteten et *forbud* mot skjult

⁴¹ Heide-Jørgensen s. 344.

⁴² Bestemmelsen ble tilføyd ved lov 21. desember 2000 nr. 106, som en del av implementeringen av fjernsalgsdirektivet, Direktiv 1997/7/EF, jf. Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 32. Se også Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 25–26. Prinsippet om at reklame klart skal fremstå som sådan fulgte av praksis også før innføring av denne bestemmelsen i loven, se for eksempel MR 6/86 (Direkte Reklame) og MR 9/01 (Petter Manley). Den første saken etter innføring av bestemmelsen er MR 5/03 (PlussTid).

reklame eller skjult markedsføring og omtales gjerne som nettopp det – et forbud.⁴³

Dette forbudet, og generelt markedsføringslovens anvendelse som begrensning på kommersielle ytringer, må avklares i forhold til den næringsdrivendes ytringsfrihet, jf. den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10 nr. 1 og den norske grunnloven (grl.) § 100.⁴⁴ Ytringsfriheten bygger på internasjonale og nasjonale demokratiske prinsipper og menneskerettigheter.⁴⁵ Behovet for å beskytte ytringer er viktig for å sikre mediernes redaksjonelle frihet.⁴⁶ Den redaksjonelle ytringsfrihet følger av egen lovgivning⁴⁷ og er også fremhevet i Vær Varsom-plakaten pkt. 1.1.

Forholdet mellom lovgivers regulering av kommersielle ytringer og prinsippet om ytringsfrihet er et sentralt tema. Høyesterett har vurdert dette forholdet og har i konkrete tilfeller kommet frem til at regulering av kommersielle ytringer i markedsføringsloven ikke har vært i strid med grl. § 100.⁴⁸ Praksis i Den europeiske menneskerettighetskommissjonen (EMK) og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har også vist at kommersielle ytringer er vernet av ytringsfriheten, men at vernet er svakere enn for andre

43 Se for eksempel Forbrukerombudets veiledning for reklame i sosiale medier, juni 2014 s. 4.

44 Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter og Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

45 Temaet behandles utførlig i Heide-Jørgensen s. 119 f. For en samlet fremstilling av ytringsfriheten i norsk rett, se Kyrre Eggen *Ytringsfrihet* Oslo 2002, spesielt om forholdet til skjult reklame s. 559 f.

46 NOU 2011:12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag (Medieansvarsutvalget).

47 Lov 13. juni 2008 nr. 41 om redaksjonell fridom i media.

48 Se for eksempel Rt 1987 s. 1191, Rt 2000 s. 46 og Rt 2004 s. 1737. Sistnevnte avgjørelse ble imidlertid klaget inn til EMD, som konkluderte med at det ikke var tilstrekkelig proporsjonalitet mellom lovens formål og virkemiddel og at Norge hadde krenket den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10 om ytringsfrihet, jf. EMDs dom 11. desember 2008 *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti mot Norge*.

ytringer i samfunnet.⁴⁹ Ytringsfrihetskommisjonen, som utredet endring av grl. § 100, la til grunn at ytringsfriheten skulle omfatte kommersielle ytringer, men terskelen for inngrep ville være lavere enn for ytringer av mer allmenn interesse.⁵⁰ Under stortingsbehandlingen ble det fremmet et forslag om uttrykkelig å *utelukke* kommersielle ytringer fra virkeområdet til ytringsfriheten, men dette førte ikke frem.⁵¹

Vi har dermed en situasjon der kommersielle ytringer i utgangspunktet har et grunnlovsværn, men vernet er svakt. I lovforarbeidene til forbudet mot skjult markedsføring presiseres det at ved praktiseringen av bestemmelsen må det utvises forsiktighet med tanke på den grunnlovfestede ytringsfriheten, samtidig som at bestemmelsen ikke skal kunne omgås ved å kalle rene markedsføringstiltak for artikler, innlegg eller lignende.⁵²

Forbudet mot skjult markedsføring i mfl. § 3 første ledd forutsetter et identifikasjonskrav.⁵³ Med fremveksten og omfanget av innholdsmarkedsføring har behovet for identifikasjon økt. Markedsføring som i dag utformes med virkemidler som tradisjonelt har vært forbeholdt redaksjonelt innhold, krever spesielle forholdsregler for å unngå at forbrukerne villedes med hensyn til opprinnelsen av innholdet.⁵⁴ Forbrukerombudet har blant annet kommentert at reklame forkledd som redaksjonelt stoff er et særlig problem fordi den da vil fremstå som mer troverdig.⁵⁵ Poenget er at mottakere av markedsføring ikke skal villedes med hensyn til formålet med den næringsdrivendes handlinger. Bestemmelsen regu-

49 Se for eksempel EMDs dom 20. november 1989 *Markt Intern Verlag mot Tyskland*, EMK 7805/77 (Scientologikirken) og EMK 9664/82 (Liljenberg).

50 NOU 1999: 27 Ytringsfrihet bør finne sted (Ytringsfrihetskommisjonens. 155–156.

51 Innst. S. nr. 270 (2003–2004) pkt. 8.4 og St.meld. nr. 26 (2003–2004) s. 81–86.

52 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 43 og Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 23–24.

53 Heide-Jørgensen s. 344 f.

54 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 43.

55 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 37.

lerer altså ikke innholdet i reklamen, men skal sikre at forbrukerne forstår at de er utsatt for reklame. Påvirkningen av innholdet skal baseres på kunnskap om at det er reklame.

Dansk markedsføringslov har regler som ligner den norske bestemmelsen, kalt «Reklameidentifikasjon».⁵⁶ En egen veiledning om reklameidentifikasjon er utarbeidet av de danske forbrukermyndigheter.⁵⁷ Danmark har også en egen medieansvarslov som eksplisitt regulerer identifikasjon av reklame.⁵⁸ I den svenske loven er forbudet mot skjult markedsføring angitt som «Reklamidentifisering».⁵⁹ Overskriften til den norske bestemmelsen er «Presentasjon og dokumentasjon».⁶⁰ Både danske og svenske regler har dermed noe større fokus på at dette dreier seg om reklameidentifikasjon, uten at dette trenger å ha noen betydning for fortolkningen av innholdet i disse bestemmelsene. I og med at det er opprettet et samarbeid mellom alle de nordiske landene om forholdet til skjult markedsføring, ser det tvert imot ut til at reglene skal forstås på samme måte.⁶¹

Forbudet mot skjult markedsføring kommer til uttrykk i handelspraksisdirektivet ved at det vil være en *villedende utelatelse* dersom den næringsdrivende unnlater å angi den kommersielle hensikten

56 Bekendtgørelse af lov om markedsføring, jf. lov nr. 1216 af 25. september 2013 om markedsføring (markedsføringslov). Reklameidentifikasjon er regulert i lovens § 4. Se for øvrig Forbrugerombudsmanden; <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Sager-og-praksis/Praksis/Markedsfoeringsloven-i-praksis/reklameidentifikatio>

57 Forbrugerombudsmandens vejledning, Reklameidentifikasjon – skjult reklame, juli 2006; <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/~media/Forbrugerombudsmanden/loveregler/retningslinjer/reklameid%2000%20pdf.pdf#>

58 Bekendtgørelse af medieansvarsloven, jf. lov nr. 914 af 11. august 2014 (medieansvarslov).

59 Marknadsföringslag (2008:486). Reklameidentifikasjon er regulert i lovens § 9. Se for øvrig Konsumentverket; <http://www.konsumentverket.se/Foretag/Marknadsforing/>

60 Mfl. § 3 har i annet ledd regler om dokumentasjon.

61 Se for eksempel De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012.

med en handelspraksis.⁶² En slik utelatelse vil være forbudt dersom den er egnet til å påvirke forbrukeren til å treffe beslutninger han eller hun ellers ikke ville ha truffet.⁶³ Manglende informasjon om at det er en kommersiell hensikt vil utvilsomt kunne påvirke den enkelte forbruker i sin beslutningsprosess. I veiledningen til implementeringen av handelspraksisdirektivet presiseres det i tillegg at innsikt i forbrukeres økonomiske adferd har vist at det ikke bare er *innholdet* i markedsføringen som skal vurderes, men at også *presentasjonen* kan ha stor innvirkning på hvordan markedsføringen mottas av forbrukerne.⁶⁴ Manglende informasjon om at det er reklame, manglende informasjon om identiteten til markedsfører og usikkerhet med hensyn til hvorvidt nettstedet får betalt av forhandlerne, nevnes som typiske utfordringer ved etterlevelsen av handelspraksisdirektivet i EU.⁶⁵ Helt konkret er forholdet til skjult markedsføring inntatt i bilag 1 pkt. 11 og 22 i handelspraksisdirektivet, se straks nedenfor.

Redaksjonell omtale av produkter vil ikke rammes av forbudet mot skjult markedsføring. Slik omtale av produkter er ikke markedsføring, og markedsføringsloven kommer dermed ikke til anvendelse. Dersom produkter på annen måte plasseres i en redaksjonell sammenheng, blir det et spørsmål om lovligheten av en slik produktplassering. Forbudet mot skjult markedsføring var for eksempel i sin tid også ment å omfatte produktplassering på TV.⁶⁶ Med den senere innføring av regler om produktplassering i kringkastingsloven må dette utgangspunktet modifiseres. I dag stilles det

62 Handelspraksisdirektivet artikkel 7 nr. 2.

63 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 25.

64 SEC (2009) 1666 Commission Staff Working Document – Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices s. 32.

65 COM (2013) 139 final pkt 3.4.2.

66 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 39.

krav til identifikasjon av produktplassering gjennom særregulering i kringkl. § 3-7.⁶⁷

Et forbud mot skjult reklame gjenfinnes også i andre regelsett. Disse er konsekvenser av dette prinsippet om at markedsføring skal fremstå som markedsføring.

For det første er det innført egne regler om forholdet mellom redaksjonelt stoff og reklame i forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 11 og 22.⁶⁸ Brudd på disse reglene vil være urimelig handelspraksis og dermed forbudt, jf. mfl. § 6 femte og første ledd. Reglene i forskriften står på egne ben, men må tolkes i sammenheng med mfl. § 3 første ledd.

Det følger av forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 11 at det alltid vil være urimelig «[å] bruke redaksjonelt innhold i medier til å fremme salg av en ytelse der en næringsdrivende har betalt for slik reklame uten å gjøre det klart i innholdet eller ved bilder eller lyder som er klart gjenkjennelige for forbrukeren (annonser i redaksjonell form).» Denne bestemmelsen forbyr sammenblanding av redaksjonelt innhold der det er gitt betaling uten å gjøre dette «klart» gjenkjennelig for forbruker. Bestemmelsen får dermed stor betydning for innholdsmarkedsføring og krav om identifikasjon.

Dernest følger det av forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 22 at det alltid vil være urimelig «[f]eilaktig å hevde eller gi inntrykk av at den næringsdrivende ikke opptrer for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, eller feilaktig å framstille seg som forbruker». Et eksempel som illustrerer disse reglene, kan hentes fra Markedsrådets praksis.⁶⁹ Saken gjaldt hvorvidt et «reklamestunt» på nettsiden *www.finn.no* i regi av Norsk Tipping var i strid med

67 Prop.9 L (2012–2013) s. 61.

68 Forskrift om urimelig handelspraksis av 1. juni 2009 nr. 565 implementerer bilag 1 til handelspraksisdirektivet.

69 MR 207/13 (Norsk Tipping).

forbudet mot skjult markedsføring i mfl. 3 første ledd jf. § 6 og forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 22. Norsk Tipping hadde gjennomført en markedsføringskampanje på nettsiden www.finn.no som gikk ut på at en fiktiv privatperson ble påstått å ha vunnet førstepremie i Lotto, og i den forbindelse ga bort eien- delene sine. Markedsføringen innebar at Norsk Tipping utga seg for å være forbruker, uten å opplyse om at annonsene var del av en markedsføringskampanje utført som ledd i Norsk Tippings næringsvirksomhet. Markedsrådet uttalte at Norsk Tipping gjennom markedsføringskampanjen ga inntrykk av at den næringsdrivende ikke opptrådte for formål som gjaldt selskapets forretningsvirksomhet, og handlet samtidig i strid med forbudet mot skjult reklame. At de annonserte gjenstandene rent faktisk ble gitt bort, var etter Markedsrådets vurdering av liten betydning for vurderingen av spørsmålet om brudd på disse bestemmelsene. Markedsføringen ble ansett å være et brudd på både lov og forskrift, og Norsk Tipping ble ilagt et overtredelsesgebyr.

Videre har innholdsmarkedsføring via sosiale medier fått spesiell oppmerksomhet de siste årene. Siden sosiale medier i utgangspunktet oppfattes som en plattform hvor privatpersoner kan utveksle opplysninger med hverandre, har forbrukermyn- dighetene rettet spesielt fokus mot markedsføring via sosiale medier. Dette har ført til at de nordiske forbrukerombudene har kommet med et felles standpunkt til markedsføring via sosiale medier.⁷⁰ Det presiseres der at dersom markedsføring vises på et sted som ikke er forbeholdt markedsføringsbudskap, stilles det strenge krav til tydeliggjøring av at det er markedsføring.⁷¹ Det norske Forbrukerombudet har også utarbeidet en egen veiledning

70 De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012.

71 De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012 pkt. 2.1.1.

for reklame i sosiale medier, der reklame via blogg, Facebook og Instagram gjennomgås nærmere.⁷²

Ved elektronisk markedsføring og nettbasert handel skal det «fremgå klart hvem markedsføringen skjer på vegne av», jf. e-hl. § 9 første ledd første punktum. Denne bestemmelsen skiller seg fra markedsføringsloven ved at det skal fremgå hvem som står bak markedsføringen. Et slikt krav fremgår ikke uttrykkelig av mfl. § 3 første ledd, men det kan vurderes om et slikt krav må innfortolkes i denne bestemmelsen.⁷³

Kringkastingslovens regulering av forbud mot skjult reklame og andre former for skjult markedsføring følger av kringkl. § 3-3: «Ingen former for skjult reklame eller andre former for skjult markedsføring skal forekomme i fjernsyn eller audiovisuelle bestillingstjenester.» Skjult audiovisuell kommersiell kommunikasjon er dermed forbudt.⁷⁴

Sentrale etiske retningslinjer finnes som nevnt i ICC reklamekodeks.⁷⁵ Det følger av ICC reklamekodeks artikkel 9 at markedsføring skal kunne identifiseres; «Marketing communications should be clearly distinguishable as such, whatever their form and whatever the medium used. When an advertisement appears in a medium containing news or editorial matter, it should be so presented that it is readily recognisable as an advertisement and the identity of the advertiser should be apparent (see also article 10) ». Disse etiske retningslinjer vil ha betydning når mfl. § 3 første ledd skal forstås, men skiller seg fra den norske bestemmelsen ved at identiteten til markedsfører også skal angis.

ICC reklamekodeks kap. D gjelder spesielt for bruk av digitale interaktive medier. Hvis en produktanmeldelse eller anbefaling er

72 Forbrukerombudets veiledning for merking av reklame i sosiale medier juni 2014.

73 Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 61. Se nærmere om dette temaet nedenfor.

74 Prop.9 L (2012–2013) s. 90.

75 The International Chamber of Commerce (ICC): Advertising and Marketing Communication Practice Consolidated ICC Code 2011.

av kommersiell karakter, skal dette fremgå tydelig, og avsenderen må ikke fremstå som en individuell forbruker eller en uavhengig instans.⁷⁶ Disse etiske retningslinjer samsvarer med forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 22. Markedsfører skal ta de nødvendige forholdsregler for å sikre at den kommersielle karakter eller det kommersielle innhold av en hjemmeside som er underlagt markedsførers kontroll eller innflytelse, fremstår tydelig som sådan.⁷⁷ Det presiseres at gjeldende regler og standarder for tillatt kommersiell adferd i slike nettverk skal respekteres.

I tillegg vil de etiske retningslinjer i Vær Varsom-plakaten ha betydning.⁷⁸ For skillet mellom redaksjonelt innhold og markedsføring er det VVP pkt. 2.6, pkt. 2.7 og pkt. 2.8 som er det sentrale. Det sies blant annet i VVP pkt. 2.6: «Svekk aldri det klare skillet mellom journalistikk og reklame. Det skal være åpenbart for publikum hva som er kommersielt innhold.» Hvordan Pressens Faglige Utvalg tolker disse retningslinjene, kan være veiledende ved vurderingen av de juridiske rammer. Spørsmålet om hva som er «åpenbart for publikum» i pkt. 2.6, kan blant annet i stor grad ha det samme meningsinnhold som kravet om at markedsføring skal fremstå som markedsføring i mfl. § 3 første ledd. En nærmere redegjørelse for og angivelse av Vær Varsom-plakatens sentrale punkter når det gjelder innholdsmarkedsføring finnes i bokens kapittel 4.

Hva er skjult markedsføring?

Diskusjonen ovenfor om definisjonen av de ulike begreper vil få betydning for vurderingen av hva som er skjult markedsføring. Siden mfl. § 3 første ledd selv opererer med begrepet «markedsføring»,

76 ICC's kodeks for reklame og markedskommunikasjon 2011 i dansk oversettelse s. 70.

77 ICC's kodeks for reklame og markedskommunikasjon 2011 i dansk oversettelse s. 70.

78 Se veileder fra Norsk redaktørforening, *Slik skiller du journalistikk og reklame*.

tas det utgangspunkt i dette begrepet ved vurdering av brudd på mfl. § 3 første ledd. Departementet påpeker da også at «markedsføring» vil omfatte mer enn «reklame», og viser til at utsendelse av falske fakturaer for eksempel vil omfattes.⁷⁹ Spørsmålet er hva som vil være skjult markedsføring når innholdsmarkedsføring opererer i grenseland mellom ulike typer ytringer.

Markedsføringsloven definerer ikke selv hva som kan være skjult markedsføring. En definisjon av skjult markedsføring finnes imidlertid i kringkl. § 3-3 annet ledd: «Med skjult markedsføring menes muntlig eller visuell presentasjon i programmer av en vareproducents eller en tjenesteleverandørs varer, tjenester, navn, varemerke eller virksomhet dersom presentasjonen skjer forsettlig for å tjene reklameformål og publikum kan villedes med hensyn til presentasjonens art. Slik presentasjon anses som forsettlig særlig dersom den skjer mot betaling eller lignende godtgjøring.»⁸⁰ Bestemmelsen oppstiller i realiteten tre kumulative vilkår for skjult markedsføring; presentasjonen må være gjort forsettlig, med reklameformål og kan villedde publikum.⁸¹ Denne definisjonen kan være nyttig som veiledning også for andre former for skjult markedsføring og danner utgangspunkt for drøftingen nedenfor.

Ved spørsmål om presentasjonen skjer forsettlig for å tjene reklameformål angir kringkl. § 3-3 annet ledd selv at dersom presentasjonen «skjer mot betaling eller lignende vederlag», tyder det på at det skjer forsettlig.⁸² EU-domstolen har imidlertid fremhevet at det kan være skjult markedsføring selv om det ikke er betalt et vederlag, dersom reklamen

79 Ot.prp.nr. 55 (2007–2008) s. 26.

80 Skjult audiovisuell kommersiell kommunikasjon er i AMT-direktivet angitt i artikkel 1 bokstav j.

81 Se også Heide-Jørgensen s. 349.

82 Prop.9 L (2012–2013) Endringer i kringkastingsloven, åndsverkloven og film- og videogramlova (gjennomføring av direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester mv.) pkt. 7.5.2 og pkt. 13.1.

er gjort bevisst.⁸³ Domstolen presiserte likevel at det har formodningen for seg at reklamen er bevisst dersom det er snakk om betaling, men det kan ikke tolkes så strengt at det er et *krav* om betaling.⁸⁴

I dansk rett er det innfortolket et krav om at det må være en «avtale» mellom annonsør og redaksjon for at det skal kunne være skjult markedsføring.⁸⁵ Det er altså underforstått at det må være et element av avtale for at det skal kunne være utført forsettlig med reklameformål.⁸⁶ I motsatt fall vil det ikke kunne være skjult markedsføring. Inngått avtale som et moment i vurderingen av om markedsføringen skjer forsettlig påpekes også i forarbeider til denne bestemmelsen i kringkastingsloven.⁸⁷ Avtale eller lignende som klart tilkjenner at programmet skal markedsføre bestemte varer eller tjenester, tyder på at det er markedsføringshensikt. Uten slike klare bevis vil «programmets fremtreden» bli det viktigste bevismiddel for å fastslå om hensikten er å fremme salget av en vare eller tjeneste, eller om programmet er begrunnet i redaksjonelle hensyn.⁸⁸

Ved denne vurderingen av om markedsføringen skjer forsettlig er det åpenbart at flere forhold vil kunne ligge i grenseland mellom markedsføring og annen type presentasjon. Når journalister for eksempel får tilsendt bøker eller konsertbilletter for å kunne skrive en anmeldelse, blir det spørsmål om det vil være markedsføring når anmeldelsen skrives i ettertid.⁸⁹ Problemet oppstår dersom det

83 C-52/10 (Alter Channel).

84 Se en kort omtale av dommen C-52/10 (Alter Channel) i Åsne Dingsør Haukvik *EuroRett* 2011 nr. 11.

85 Heide-Jørgensen s. 354 og Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski s. 432.

86 Erling Borch og Frank Bøggild *Markedsføringsloven* København 2006 s. 252.

87 Departementet slutter seg her til høringsuttalelse fra Statens medieforvaltning; se Ot.prp. nr. 76 (2004–2005) Om lov om endringer i lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting pkt. 3.4.

88 Ot.prp. nr. 76 (2004–2005) pkt. 3.4.

89 Problemet er omtalt i Norsk Redaktørforenings veileder om forholdet mellom journalistikk og reklame pkt. 3.

er underforstått at avsender ønsker at det skal skrives en omtale, uten at det avtales eksplisitt. Det norske Forbrukerombudet ser her ut til å ha gått langt i å la et slikt underforstått ønske få avgjørende betydning. I veiledningen til bruk av reklame i sosiale medier vises det til at det er nok å få tilsendt produkter for at markedsføringsloven skal komme til anvendelse ved en senere omtale av produktet.⁹⁰ Forbrukerombudet legger til grunn at det er nok at det er en *forventning* om at produktet blir omtalt. Ut fra en normal fortolkning av et avtaleforhold vil ikke en slik forventning være nok til at omtalen er å anse som markedsføring. En slik praksis vil i alle fall være for streng overfor journalister som får tilsendt konsertbilletter eller bøker med håp om en anmeldelse. Journalistens opplysning om at bøkene eller billettene var blitt tilsendt, skulle i så fall være en klargjøring av at omtalen er markedsføring. En så streng fortolkning overfor redaksjonelt innhold vil gjøre det svært vanskelig å anmelde bøker, filmer, konserter eller kulturbegivenheter generelt. En løsning kan være å skille mellom bloggere og journalister, men fremveksten av ulike konstellasjoner og uklare grenseflater mellom mediene gjør et slikt skille kunstig. Det er uansett mest naturlig å falle ned på at det kreves noe mer enn en løselig tilknytning for at en produktomtale anses å være forsettlig med reklameformål.

Til sist er det spørsmål om publikum kan *villedes* med hensyn til presentasjonen. Det må da kort kunne slås fast at manglende merking gjør at markedsføringen er skjult og dermed villedende. En slik villedning må ses i sammenheng med forbudet mot urimelig handelspraksis. Ifølge forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 11 vil det alltid være villedende å bruke redaksjonelt innhold i medier til å fremme salg av en ytelse der en næringsdrivende har betalt for slik reklame uten å gjøre det klart i innholdet eller ved bilder eller lyder som er klart gjenkjennelige for forbrukeren

90 Forbrukerombudets veiledning for merking av reklame i sosiale medier av juni 2014 pkt. 4.1.

(annonser i redaksjonell form). Det samme følger av § 1 pkt. 22, der det angis at det alltid vil være villedende feilaktig å hevde eller gi inntrykk av at den næringsdrivende ikke opptrer for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, eller feilaktig å fremstille seg som forbruker. Begge disse bestemmelsene må ses i sammenheng med det generelle forbudet mot skjult markedsføring i mfl. § 3 første ledd.

Ved spørsmål om det er skjult markedsføring må det foretas en samlet vurdering av om omtale og eksponering av virksomheten eller produktet går ut over det som er redaksjonelt berettiget i forhold til utsendelse og formål.⁹¹ Definisjonen i kringkl. § 3-3 annet ledd om at dersom presentasjonen er gjort forsettlig, med reklameformål og kan villedde publikum kan da gi god veiledning.

Nærmere om identifikasjonskravet (merking)

Det vil være skjult markedsføring og dermed lovstridig dersom markedsføringen ikke *identifiseres* som markedsføring. Spørsmålet blir hvilke krav som stilles til denne identifikasjonen. Mfl. § 3 første ledd oppstiller ikke selv noen krav til hva denne identifikasjonen skal være, så lenge markedsføringen fremstår som markedsføring.

Det må for det første være åpenbart at rene markedsføringskampanjer som nettopp fremstår som sådanne, ikke trenger å merkes med at det er reklame. Disse er allerede utformet slik at de er i tråd med mfl. § 3 første ledd. PFU har for eksempel, ved vurdering av brudd på VVP pkt. 2.6, lagt til grunn at dersom annonsen uttrykksmessig skiller seg tilstrekkelig fra øvrig redaksjonelt innhold, er det ikke behov for merking.⁹² I og med at det i disse tilfeller fremkommer tydelig at det er kommersiell kommunikasjon, er

91 I denne retning Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski. s. 433.

92 PFU 294/14 (iTromsø).

vi muligens utenfor selve definisjonen av innholdsmarkedsføring. Ved innholdsmarkedsføring, som per definisjon nærmer seg det redaksjonelle innhold i uttrykksform, vil det være større behov for å merke markedsføringen. I Markedsrådets avgjørelse i saken om reklamestuntet til Norsk Tipping ble det nettopp avgjørende at det ikke på noen måte var merket med at dette var reklame.⁹³

Det må dermed vurderes hvilke krav som stilles til identifikasjonen ved innholdsmarkedsføring. Spørsmålet er om det kreves bruk av ord som «annonse», «reklame», «markedsføring» eller om det på andre måter kan fremkomme at det er markedsføring. Det norske Forbrukerombudet har vist til at ord som «reklame» er best egnet til å identifisere markedsføringen.⁹⁴ De mener blant annet at «ad» eller «adlinks» ikke er tydelig nok. Til sammenligning har den danske Forbrukerombudsmanden lagt til grunn at «reklame», «annonce», «betalt innlæg» eller «sponsoreret innlæg» er godkjent merking.⁹⁵ Også den danske Forbrukerombudsmanden er skeptisk til bruk av engelske begreper som «advertorials» og lignende.

Ved spørsmål om merking kan det, som nevnt ovenfor, ha betydning hvordan PFU har vurdert kravet til identifikasjon etter VVP pkt. 2.6 når det gjelder hva som er «åpenbart for publikum». Ifølge PFU er det presseetisk avgjørende om leseren umiddelbart klarer å skille mellom journalistisk innhold og reklame.⁹⁶ Det kan ikke legges opp til en inngående vurdering av stoffet, det er det umiddelbare inntrykket som antas å være avgjørende. PFU har flere ganger vist til at ord som «annonse» og «reklame» vil være dekkende.⁹⁷

93 MR 207/13 (Norsk Tipping).

94 Forbrukerombudets veiledning for merking av reklame i sosiale medier, juni 2014 pkt. 5.1.

95 Se hjemmesiden <http://www.forbrug.dk/Artikler/Test-og-raad/Spam-og-reklamer/Skjult-reklame/Skjult-reklame-paa-blogs-og-sociale-medier?tc=305680BoB86B42D199689FBB2BAA3317>

96 PFU 168/15 (Bergensavisen).

97 Se for eksempel PFU 352/14 (Nettavisen).

Begrepet «sponset innhold» ble på et tidspunkt ansett å være egnet til å angi at det var markedsføring, men det ser ut til at PFU har gått bort fra dette i senere avgjørelser.⁹⁸ Bruk av «sponset» kan i tillegg være problematisk fordi sponning nettopp *ikke* skal være påvirket av en annonsør. Bruken av dette uttrykket kan dermed skape forvirring. PFU har også presisert det problematiske ved bruk av «sponset» når det er snakk om nyhetssendinger.⁹⁹

Merking ble drøftet forholdsvis inngående av PFU i VG Bølgen-saken.¹⁰⁰ PFU presiserte at det ikke er avgjørende hva reklamen kalles, men hvorvidt skillet mellom kommersielt og redaksjonelt innhold er så tydelig merket at det er åpenbart for publikum at det er reklame. De forutsatte at begreper som «sponset innhold» og «Partnerstudio» ikke umiddelbart er forståelig for den jevne leser, slik som reklame og annonse, men godtok det likevel. PFU vurderte deretter betydningen av selve innholdet og kom frem til at det var svært utydelig tilknytning til den kommersielle oppdragsgiver. Det ble vist til at man må være særlig varsom med hvordan slikt subtilt kommersielt finansiert innhold presenteres. Merkingen om at det er sponset innhold var ikke særlig iøynefallende, og det var ikke nevneverdig informasjon eller avvikende fremstilling av innholdet som gjorde leseren i stand til å oppdage det som skulle være åpenbart, nemlig at dette ikke var fri journalistikk. VG ble felt for brudd på VVP pkt. 2.6. Se for øvrig nærmere omtale av PFU-avgjørelser i kapittel 4.

Det kan også spørres om merkingen skal gjøres direkte i forbindelse med markedsføringen eller etterpå. Forbrukerombudet har for eksempel, for blogginnlegg, tolket det slik at merkingen må

98 PFU 352/14 (Nettavisen) ble sponset innhold nevnt som godkjent form for merking, men dette ble ikke ansett tydelig nok i en senere avgjørelse, se PFU 235/15 (VG Bølgen).

99 PFU 311/15 (VG).

100 PFU 235/15 (VG Bølgen).

fremkomme før eller samtidig med blogginnlegget.¹⁰¹ Det avgjørende er uansett om merkingen er tydelig nok.

Hvorvidt markedsfører selv skal identifiseres, er ikke regulert i den norske mfl. § 3 første ledd.¹⁰² Departementet valgte i sin tid ikke å lovfeste et konkret krav om at den som står bak markedsføringen, skal navngis, men anså at manglende informasjon om dette kunne være utilstrekkelig veiledning.¹⁰³ I hvilke tilfeller den næringsdrivendes navn må oppgis, ble overlatt til praksis. Det må altså avgjøres i det enkelte tilfelle om den som står bak markedsføringen, burde ha vært navngitt.¹⁰⁴ Et spesifikt krav om identifikasjon av markedsfører følger heller ikke av forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 11 eller pkt. 22. Heller ikke i dansk rett er det et angitt krav i loven om angivelse av hvem som står bak markedsføringen.¹⁰⁵ I den svenske bestemmelsen om reklameidentifikasjon angis det derimot at det også skal oppgis *hvem* som er markedsfører.¹⁰⁶ For elektronisk markedsføring følger det av e-hl. § 9 første ledd første punktum at det skal «fremgå klart hvem markedsføringen skjer på vegne av». I forarbeidene til denne bestemmelsen viser departementet til at et slikt krav også kan utledes av markedsføringsloven, uten at det er uttrykkelig lovfestet.¹⁰⁷ I praksis er ICC reklamekodeks artikkel 9 og 10 ansett å ha betydning for hvorvidt markedsfører selv skal oppgis. Det følger for eksempel direkte av artikkel 10 første ledd at: «The identity of the marketer should be apparent.» Det er etter dette nærliggende å si at et slikt

101 Forbrukerombudets veiledning for merking av reklame i sosiale medier av juni 2014 pkt. 5.1.

102 Lunde, Mestad og Michaelsen s. 53.

103 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 28–29.

104 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 29. Se også Lunde s. 53.

105 Den danske markedsføringsloven § 4. Se Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski s. 135.

106 Den svenske marknadsföringslagen § 9.

107 Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 62.

krav vil kunne innfortolkes i mfl. § 3 første ledd, men at det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle.

Ved spørsmål om identifikasjon av hvem som står bak markedsføringen, oppstår det et problem ved de såkalte teaser-annonser.¹⁰⁸ Der er det nettopp et poeng at verken produkt eller næringsdrivende nevnes i den første annonsen, som kun er ment å være en oppmerksomhetsvekker.¹⁰⁹ Det må likevel forutsettes at det legges opp til en avsløring i en senere fase av markedsføringskampanjen.¹¹⁰

Markedsrådet har vurdert spørsmålet om markedsførers identifikasjon og teaser-kampanjer i en avgjørelse der Kondomeriet hadde gjennomført en markedsføringskampanje på en nettside kalt *Skilldeg.no*.¹¹¹ På nettsiden ble det angitt at det var *Oppfordringskontoret for ekteskapsbrudd* som sto bak, og dette fremstod som et opplysningskontor for folk som ønsket å skille seg. Nettsiden ble markedsført gjennom TV-reklame, bannerannonser på VG.no og VG-mobil, samt på utendørsplakater i Oslo og Akershus. Det ble senere avslørt i en pressemelding at det var Kondomeriet som sto bak kampanjen. Spørsmålet var om kampanjen var i strid med mfl. § 3 første ledd og mfl § 6 jf. forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 22. Det ble da vist til at det ikke er et ubetinget krav etter forskriften pkt. 22 og mfl. § 3 første ledd å opplyse om hvem som står bak en annonse. Etter det grunnleggende prinsippet i mfl. § 3 første ledd om at «markedsføring skal fremstå som markedsføring» må det likevel være tydelig at det er markedsføring. Etter en gjennomgang av flere kilder, deriblant lovforarbeider og ICC reklamekodeks artikkel 9 og 10, kom Markedsrådet frem til at teaser-kampanjer ikke er i strid med forbudet mot skjult markedsføring. Flertallet kom videre frem til at kampanjen fra

108 Lunde, Mestad og Michaelsen s. 54 og 118.

109 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 29.

110 Forutsatt blant annet i MR 1141/13 (Kondomeriet).

111 MR 1141/13 (Kondomeriet).

Kondomeriet var en slik teaser-kampanje og dermed ikke i strid med forbudet mot skjult markedsføring.¹¹²

Det gjøres unntak for teaser-kampanjer fra kravet til identifikasjon av markedsfører i ICC reklamekodeks artikkel 10. Etter at kravet om identifikasjon av markedsfører er fastslått, fremgår det av artikkel 10 annet ledd at: «The above does not apply to communications with the sole purpose of attracting attention to communication activities to follow (e.g. so-called ‘teaser advertisements’).»

Hvilke krav som kan stilles til identifikasjon, vil altså måtte avgjøres gjennom praksis og kan ikke angis som generelle kriterier. Det vil uansett være publikums oppfatning og evne til å identifisere markedsføringen som er avgjørende.

Juridiske rammer for innholdsmarkedsføring

Forbudet mot urimelig handelspraksis

Forbudet mot skjult markedsføring gjennomgått ovenfor retter seg mot *identifikasjon* av markedsføring. Disse reglene sier imidlertid ingenting om hvilke krav som stilles til det materielle *innhold* i markedsføringen.

Innholdsmarkedsføring, slik det er definert i denne boken, må følge de generelle regler for markedsføring. Dette gjelder alle former for markedsføring, også informasjon som fremkommer på virksomhetens egen hjemmeside, ved blogginnlegg eller via ulike former for sosiale medier.

I mfl. § 6 første ledd er det en såkalt generalklausul for regulering av markedsføring rettet mot forbrukere som fastslår at «urimelig handelspraksis er forbudt». Dette er et skjønnsmessig begrep som krever nærmere redegjørelse. Det fremkommer da av mfl.

112 Dissens 6-3.

§ 6 annet ledd at en handelspraksis er urimelig dersom den «strider mot god forretningsskikk overfor forbrukere» og er «egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet».¹¹³

Denne standarden for «god forretningsskikk» skal være fleksibel og kunne tilpasses den generelle samfunnsutviklingen.¹¹⁴ Hvorvidt innholdsmarkedsføring er urimelig eller ikke, beror dermed på hva som er god skikk i den bransje markedsføringen foregår. Det må for eksempel være åpenbart at kravet til produktinformasjon ligger høyere ved markedsføring av legemidler enn for matvarer. Det kan dermed ikke gis noen generell veiledning for hva som er i strid med god forretningsskikk overfor forbrukere. De enkelte bransjer kan være med å lage gode rutiner for markedsføring. For matvarer er det blant annet laget egne retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn, håndhevet av Matvarebransjens Faglige Utvalg (MFU).¹¹⁵ Det er nærliggende å tro at brudd på slike retningslinjer også vil medføre at handlingen er urimelig handelspraksis og forbudt etter mfl. § 6 første ledd. Forbrukerombudet og Markedsrådet legger i alle fall stor vekt på bransjenormer i sin praksis.¹¹⁶

Når innholdsmarkedsføringen vurderes etter disse reglene, vil det videre være avgjørende hvordan *forbrukeren* oppfatter budskapet.¹¹⁷ Det må da ha betydning at den fortalte historie ligger i grenseland opp mot redaksjonelt innhold, og at leseren ikke alltid er i stand til å lese historien gjennom et «reklamefilter».¹¹⁸ Dersom det krever

113 Bestemmelsen viderefører handelspraksisdirektivet artikkel 5 nr. 2.

114 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 49.

115 <http://www.mfu.as/>

116 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 22.

117 Forbrukerens oppfatning av budskapet var avgjørende også i eldre praksis, se MR 3/75 (Rex)

118 Jens Barland og Ragnhild K. Olsen, *Innholdsmarkedsføring testet på lesere av nettaviser*, Gjøvik 2015 s. 10 og 36: <http://brage.bibsys.no/xmlui/handle/11250/2359010>

ekstra fokus for å oppdage at den fortalte historie er markedsføring, må det stilles særlige krav også til innholdet for å unngå at det blir urimelig. Dette må gjelde selv om innholdsmarkedsføringen er merket med at det er markedsføring. Her vil det også ha betydning hvem som er i målgruppen, ved at det skal tas hensyn til særlig sårbare grupper, jf. mfl. § 6 tredje ledd.

Forhold som faller inn under forskrift om urimelig handelspraksis, vil alltid være urimelig og dermed forbudt etter mfl. § 6 første ledd jf. femte ledd.¹¹⁹ I tillegg til de allerede nevnte punkter i forskriften som regulerer skjult markedsføring, er det listet opp en rekke tilfeller som alltid er urimelig, gjennom denne såkalte svartelisten. Bruk av ord som «gratis» vil for eksempel være urimelig dersom forbrukeren må betale for noe annet for å få varen eller tjenesten, jf. forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 20.¹²⁰ Departementet har poengtert at flere av bestemmelsene i denne svartelisten også vil rammes av enkeltbestemmelser i markedsføringsloven.¹²¹

Handelspraksisen vil imidlertid kun være urimelig dersom praksisen «er egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske adferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet», jf. mfl. § 6 annet ledd. Det avgjørende vil være om en handelspraksis merkbart reduserer forbrukernes evne til å treffe en informert beslutning og dermed foretar en handling de ellers ikke ville ha gjort. Formålet med markedsføringen er jo nettopp å påvirke forbrukerne, men i dette tilfellet er det snakk om at handlingen i utgangspunktet er i strid med god forretningsskikk. Det er denne lovstridige handlingen som har ført til endret adferd. I praksis skal det ikke svært mye til før dette vilkåret oppfylles. Både den måte

119 Forskrift om urimelig handelspraksis av 1. juni 2009 nr. 565. Se Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 52.

120 Se for øvrig gjennomgangen av denne forskriften i Lunde, Mestad og Michaelsen s. 108 f.

121 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 52.

innholdsmarkedsføring fremstilles på og selve innholdet kan være med å påvirke forbrukerens beslutningsevne.

Videre vil villedende handlinger og utelatelser alltid være urimelig handelspraksis og dermed forbudt, jf. mfl. § 6 fjerde ledd.¹²² Regler om villedende handlinger er i norsk lov angitt i mfl. § 7, mens villedende utelatelser er angitt i mfl. § 8. Disse formene for handelspraksis gjennomgås særskilt nedenfor.

Innholdsmarkedsføring må ikke være villedende

En handelspraksis er villedende dersom den inneholder «uriktige opplysninger» og dermed er usannferdig eller på annen måte er «egnet til å villede forbrukerne», jfr. mfl. § 7 første ledd.

Hvorvidt en handling er egnet til å villede, kan vurderes på bakgrunn av blant annet opplysninger om ytelsens eksistens eller art, ytelsens hovedegenskaper, prisen på ytelsen, hvordan prisen beregnes eller eksistensen av en prisfordel, jf. mfl. § 7 første ledd bokstav a-h.¹²³

Om en handelspraksis skal anses å være villedende, beror på det helhetsinntrykket som skapes hos mottakeren.¹²⁴ Markedsrådet har her lagt til grunn at et utsagn er villedende dersom det «er egnet til å bibringe den vanlige forbruker i den markedsituasjon han befinner seg i, en uriktig forståelse av reklamebudskapet, uansett hvordan dette etter en reflektert, objektiv språklig oppfatning måtte være å tolke».¹²⁵ Det innebærer at selv om en informasjon viser seg å være korrekt, kan den være egnet til å villede forbrukere i den enkelte situasjon. Ut fra definisjonen av innholdsmarkedsføring vil

¹²² Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 52.

¹²³ For en nærmere gjennomgang av disse momentene, se Lunde, Mestad og Michaelsen s. 96–107.

¹²⁴ Ot.prp. r. 55 (2007–2008) s. 53, jfr. s. 32 flg.

¹²⁵ MR 3/75 (Rex).

dette føre til at opplysninger som fremkommer i en fortelling, må vurderes ut fra hvordan forbrukeren oppfatter de ulike utsagn.

I praksis er vurderingen av om et utsagn er villedende, basert på oppfatningen hos en «gjennomsnittsforbruker». Begrepet er først og fremst utviklet gjennom praksis i EU-domstolen, og gjennomsnittsforbruker er i dag angitt til å være en som er «reasonably well informed and reasonably observant and circumspect».¹²⁶ Gjennomsnittsforbrukeren som målestokk ved vurdering av om en handelspraksis er urimelig er virkningen på en tenkt, typisk forbruker, jf. handelspraksisdirektivets fortale pkt. 18.¹²⁷ Denne antas å være rimelig opplyst og rimelig observant og kritisk, idet det tas hensyn til sosiale, kulturelle og språklige faktorer slik de er tolket av EU-domstolen. Dette fortolkningsgrunnlaget følges også opp ved vurdering av ulike markedsføringstiltak i de skandinaviske land.¹²⁸ I forarbeidene til den norske markedsføringsloven uttales det eksplisitt at det er påvirkningen på det gjennomsnittlige medlemmet av en gruppe forbrukere som skal være målestokken ved vurdering av lovstridig markedsføring.¹²⁹ I norsk rettspraksis er gjennomsnittsforbruker definert som en som antas å være «alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet».¹³⁰

I og med at innholdsmarkedsføring i utgangspunktet ligger i grenseland mellom ulike ytringer krever, det større oppmerksomhet fra gjennomsnittsforbrukeren enn det som normalt

126 Se for eksempel C-470/93 (Mars), C-251/95 (Sabel/Puma) og C-210/96 (Gut Springenheide).

127 Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet).

128 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 33–34 og de svenske forarbeidene Prop. 2007/08:115 s. 66–67. Se også Caroline Heide-Jørgensen *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2008) s. 30 og 224.

129 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 33–34.

130 Se for eksempel Rt 2002 s. 391 (God Morgon), Rt 2008 s. 1268 (Søtt + salt), Rt 2012 s. 1062 (Tripp Trapp), LB-2007-133644 (Lebara-kjennelse), RG 2008 s.161 (Borgarting, Mango), LB-2009-174551 (Companys), LF-2009-117966 (Galliano-kjennelse), LA-2010-35846 (Panorama-kjennelse) LB-2014-55091 (Prismatch – kjennelse), TOSLO 2007-10029 (Imperia) og TOSLO-2011-146279 (Pampers).

kreves ved tradisjonell markedsføring.¹³¹ En konstruksjon av en gjennomsnittlig forbruker vil ikke nødvendigvis ta høyde for at denne markedsføringen krever spesiell oppmerksomhet.¹³² Ved innholdsmarkedsføring kan det typisk bli vanskeligere å være kritisk overfor innholdet, og spørsmålet er om ikke listen for hva den gjennomsnittlige forbruker får med seg, bør legges noe lavere. Dersom markedsføringen er laget som innholdsmarkedsføring, vil den lettere kunne være å anse som villedende og dermed forbudt.

Et eksempel som kan illustrere dette, er Aftenposten Brand Studios artikkel utviklet for reisebyrået Berg-Hansen.¹³³ Annonsen hadde overskriften «Billetter på nett kan bli mye dyrere enn du tror. Slik kjøper du reisen trygt» med undertittel: «Et mylder av nettsider gir inntrykk av å tilby rimelige reiser med fly. Men så fort kundene er kommet inn i butikken, begynner jobben med å tjene penger.» Den løpende teksten handlet om et uoversiktlig nettmarked for flybilletter, med stigende priser underveis i kjøpsprosessen og med konkrete eksempler på at kunder som kjøpte billetter over Internett, risikerte å betale 20–60 prosent mer enn kjøp via et reisebyrå. Det ble også vist til at Forbrukerombudet oppfordrer forbrukere til å trekke seg fra kjøpsprosessen på nett dersom prisene stiger for mye før bestilling, med direkte sitater fra fagdirektøren i Forbrukerombudet. Annonsen ble ikke godt mottatt av Forbrukerombudet, som uttalte i et debattinnlegg i Aftenposten: «Vi låner ikke bort vår troverdighet.»¹³⁴ Hun viste til at sitatet i

131 Se nærmere om slike synspunkter i Monica Viken *Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett* 2012 s. 54.

132 Slik det fremkom i denne undersøkelsen: Jens Barland, og Ragnhild K. Olsen, *Innholdsmarkedsføring testet på lesere av nettaviser*, Gjøvik 2015: <http://brage.bibsys.no/xmlui/handle/11250/2359010>

133 Annonsen kan finnes her; http://www.aftenposten.no/brandStudio/Billetter-pa-nett-kan-bli-mye-dyrere-enn-du-tror-Slik-kjoper-du-reisen-trygt-628524_1.snd

134 Aftenposten 11. desember 2015. Artikkelen finnes her: <http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Vi-laner-ikke-bort-var-troverdighet--Gry-Nergard-8279731.html>

annonsen var hentet fra en redaksjonell artikkel i Aftenposten og kritiserte at Aftenposten Brand Studio benyttet dette til bruk i reklame i eget mediehus. Hun stilte spørsmål ved om myndigheters uttalelser til journalister i fremtiden vil kunne ende opp som reklamer og etterspurte Aftenpostens retningslinjer for slikt. Debatten ble fulgt opp av sjefredaktør i Aftenposten som hadde en viss sympati med Forbrukerombudet.¹³⁵ Han viste imidlertid til redaktøransvaret og ytringsfrihetens vide rammer og konkluderte med at redaktører ikke kan gi noen garantier for hvor sitater i redaksjonelle medier havner. Debatten raste videre også etter dette, uten at man kom nærmere en avklaring. Juridisk sett kan en slik bruk av sitater fra offentlige myndigheter, uten at det er gitt tillatelse, gi forbrukere som leser artikkelen, et feilaktig inntrykk. Dersom det gis inntrykk av at sitatet er en del av reklamebudskapet, når dette ikke er tilfelle, kan det vurderes som villedende etter mfl. § 7. I tillegg kan en slik sitering være brudd på ICC reklamekodeks artikkel 14 som sier at det i markedsføring ikke må refereres til personer uten tillatelse. Ifølge ICC reklamekodeks artikkel 15 skal det heller ikke dras utilbørlig nytte av andres goodwill i kommersiell kommunikasjon.

Det er videre et forbud mot villedende utelatelser i mfl. § 8 første ledd.¹³⁶ En handelspraksis er villedende dersom den, i sin konkrete sammenheng og etter en helhetsvurdering, utelater eller skjuler vesentlige opplysninger som forbrukerne ut fra sammenhengen trenger for å kunne ta en informert økonomisk beslutning. Det vil videre kunne være villedende å presentere opplysninger på en uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig måte. Den næringsdrivende pålegges altså indirekte å gi forbrukeren alle nødvendige opplysninger uten at det oppstilles en uttrykkelig opplysningsplikt. Bestemmelsen

135 Aftenposten 15. desember 2015. Artikkelen finnes her: <http://www.aftenposten.no/meninger/kommentarer/Troverdigheten-er-det-viktigste-vi-har--Sjefredaktør-Espen-Egil-Hansen-8284015.html>

136 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 54.

kan også være aktuell som en forlengelse av identifikasjonskravet i mfl. § 3 første ledd. Dersom markedsføringen ikke identifiseres som sådan, vil det kunne være en villedende utelatelse.

Handelspraksisen er kun villedende dersom den er egnet til å påvirke forbrukernes økonomiske beslutningsevne, jf. mfl. § 7 annet ledd og § 8 annet ledd.

Dokumentasjonsplikt

Det følger av mfl. § 3 annet ledd at den næringsdrivende må kunne dokumentere de påstander som fremsettes i markedsføringen.¹³⁷ Denne dokumentasjonsplikten gjelder påstander i markedsføring om faktiske forhold, herunder om ytelsers egenskaper eller virkning. Dersom innholdsmarkedsføringen baseres på faktainformasjon, oppstår det altså en plikt til å kunne fremlegge dokumentasjon for at de fremsatte påstander er korrekte.

Dersom markedsfører ikke kan dokumentere utsagnet, vil det kunne være villedende og urimelig etter mfl. § 7 jf. § 6 fjerde ledd.¹³⁸ Dokumentasjonsplikten vil dermed ha stor betydning ved vurdering av om en konkret markedsføringskampanje er i strid med reglene i markedsføringsloven.

Det vil typisk kreves dokumentasjon for påstander om at den næringsdrivende har de beste produktene, de billigste varene eller er størst innen sitt felt. Superlativer som «størst», «best», «billigst» må kunne dokumenteres.¹³⁹ Markedsrådet har blant annet krevd dokumentasjon for at påstander som «Lefdal alltid billigst» og «Garanti for lavest pris» er sanne.¹⁴⁰ Når den enkelte virksomhet

137 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 27.

138 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 189. Se for øvrig Lunde, Mestad og Michaelsen s. 56 flg.

139 Se for eksempel Forbrukerombudets veiledning om prismarkedsføring, juni 2009. http://www.forbrukerombudet.no/asset/3382/1/3382_1.pdf

140 MR 04/04 (Lefdal) og MR 787/08 (Ryanair).

ikke har klart å fremlegge slik dokumentasjon, er markedsføringen ansett villedende og dermed lovstridig. Videre må fremlagte tester og undersøkelser kunne gi dekning for de påstander som brukes. Det innebærer blant annet at tester og undersøkelser må være metodisk holdbare, objektive og representative.¹⁴¹ En henvisning til en test utført i en redaksjonell sammenheng, enten det er en test av en bil i et bilmagasin eller test av produkter på TV 2 Hjelper deg, vil ikke i seg selv være god nok dokumentasjon. Den utførte test det henvises til, må ha fulgt de metodiske kriterier for at dokumentasjonsplikten kan oppfylles.

Generelt er det et krav etter markedsføringsloven at den som påstår noe i markedsføringen, skal kunne føre bevis for at det er sant, enten det gjelder et produkts påståtte slankende effekt, eller at den veiledende pris er reell.¹⁴² Dokumentasjonen skal foreligge på annonsørens hånd når markedsføringen skjer.¹⁴³

Bevisbyrden for at påstander er sanne ligger hos den næringsdrivende. Når det gjelder innholdsmarkedsføring, blir det raskt et spørsmål om hvem som har denne bevisbyrden og dokumentasjonsplikten. I de ulike situasjoner kan det være reklamebyrået, redaktøren, bloggeren eller virksomheten som har betalt for markedsføringen. Dette drøftes nærmere nedenfor.

Dokumentasjonsplikten må ses i sammenheng med mfl. § 33 som pålegger næringsdrivende en opplysningsplikt. Videre følger det av mfl. § 36 annet ledd at Forbrukerombudet kan kreve dokumentasjon for påstander om konkrete virkninger innen 48 timer, og at det i visse tilfeller kan bli aktuelt å fatte vedtak etter en fremskyndet prosess i saker hvor det normalt vil kreves dokumentasjon.

141 Forskrift 19. desember 2000 nr. 1653 om sammenlignende reklame § 3 kan være veiledende for hvilke krav som stilles til slike undersøkelser.

142 Se for eksempel FO 521/07 (Bli-Slank), MR 11/98 (Herbal), MR 27/98 (Rimi), FO 121/04 (Det norske Naturhuset), MR 969/09 (Nuform) og MR 601/10 (Ryanair).

143 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 189.

Markedsføring må ikke stride mot god markedsføringskikk

Markedsføring må heller ikke stride mot «god markedsføringskikk», jf. mfl. § 2 første ledd.¹⁴⁴ Ved vurderingen «legges det vekt på om markedsføringen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, eller om det tas i bruk støtende virkemidler». Bestemmelsen vil kunne få betydning ved vurdering av de virkemidler som tas i bruk ved innholdsmarkedsføring.

Begrepet «god markedsføringskikk» er en rettslig standard, hvor det nærmere innholdet må fastlegges gjennom praksis.¹⁴⁵ Det er kun markedsføring som krenker «allmenne etikk- og moraloppfatninger» som rammes. Det er ikke tilstrekkelig at en del mennesker anser reklamen som uheldig, umoralsk, stillos eller lignende. Markedsføring som bruker virkemidler som anses «støtende» ut fra alminnelige, anerkjente og utbredte normer i samfunnet, vil falle inn under begrepet «strider mot god markedsføringskikk».

Et eksempel fra praksis som i dag vil vurderes etter mfl. § 2 første ledd, er Benetton's reklamekampanje med bilde av de blodige klærne til en avdød, bosnisk soldat.¹⁴⁶ Teksten på serbokroatisk henspilte på krigen i det tidligere Jugoslavia, og fra Benetton ble det opplyst at klærne hadde tilhørt en navngitt bosnisk soldat. Markedsrådet nedla forbud mot reklamen og uttalte blant annet at bruk av aktuelle hendelser med krig og vold vil bli oppfattet som «støtende» av det store flertall av dem som blir presentert for slik markedsføring.

Forbrukerne skal slippe å være mottaker av reklame som etter den alminnelige oppfatning må anses som støtende fordi den

144 Se forarbeider til endringer i markedsføringsloven; NOU 1995: 2, Ot.prp. nr. 70 (1995–96) og Innst. O.nr.30 (1996–97).

145 Ot.prp. nr. 70 (1995–96) s. 11–12.

146 MR 22/94 (Benetton)

krenker den menneskelige verdighet eller tar i bruk virkemidler som virker krenkende. Også markedsføringstiltak som oppfordrer til lovbrudd eller brudd på sikkerhetsnormer, kan være brudd på god markedsføringsskikk.¹⁴⁷ Markedsrådet har blant annet slått ned på markedsføring som ga inntrykk av at politiet ikke tok kjøring mot rødt lys alvorlig.¹⁴⁸

Det vil videre kunne være i strid med god markedsføringsskikk å diskriminere ut fra religion, rase og kjønn.¹⁴⁹ Bestemmelsen er imidlertid ikke et diskrimineringsvern for den enkelte, det er flertallets interesser av ikke å bli utsatt for støtende virkemidler som skal beskyttes.¹⁵⁰ Det er de mer graverende brudd på moral- og etikkoppfatninger som rammes. Markedsrådet har vurdert dette skillet i en sak der det var klaget inn en reklamefilm for en matvarekjede kalt «Svensk 17. mai».¹⁵¹ En av dialogene i reklamefilmen gikk ut på at butikksjefen spurte de ansatte om de visste hvordan de reddet en svenske fra å drukne. De ansatte svarte «Nei», hvorpå butikksjefen repliserte «Bra». Klageren hevdet at filmen krenket svensker som folkegruppe og at budskapet var sårende. Både Forbrukerombudet og Markedsrådet viste imidlertid til at filmen åpenbart var humoristisk ment og spilte på en folkelig tradisjon med svenskevitser i Norge, en godlynt form for erting mellom naboland. Filmen ble ikke ansett å være brudd på god markedsføringsskikk. Forbrukerombudet har imidlertid nedlagt forbud mot en reklamekampanje for Moccapudding, som sammenstilte sjokoladepudding med den hellige Kaba-stenen i pilegrimsbyen Mekka.¹⁵²

147 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 40.

148 MR 21/99 (Esso).

149 Ot.prp. nr. 70 (1995–96) s. 11.

150 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 42. Se også MR 12/02 (Asan), MR 16/06 (ICA) og MR 14/97 (Mack).

151 MR 16/06 (ICA).

152 FO 1271/97 (Norske Meierier).

Ved vurderingen av god markedsføringsskikk vil også etiske retningslinjer, deriblant ICC reklamekodeks, ha stor betydning.¹⁵³ ICC reklamekodeks artikkel 17 angir blant annet at markedsføring ikke må inneha avbildning eller beskrivelse av potensielt farlig aktivitet eller situasjoner som viser tilsidesettelse av nasjonale normer for sikkerhet og sunnhet.

Andre etiske bransjeregler som vil være relevante i fastleggingen av god markedsføringsskikk, er for eksempel matvarebransjens retningslinjer for markedsføring overfor barn.¹⁵⁴

Andre særlige begrensinger

I tillegg til reglene som er gjennomgått ovenfor, må det tas høyde for at også andre generelle regler kan få betydning for innholdsmarkedsføring. Noen av dem nevnes kort her.

Dersom det i innholdsmarkedsføring legges opp til premiering eller konkurranser, inntreer en særskilt opplysningsplikt etter mfl. § 18.¹⁵⁵ Dette følges opp i forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 31 som blant annet angir at det er urimelig, og dermed forbudt, å arrangere konkurranser uten at det foreligger en premie. Konkurransen vil også være urimelig dersom forbrukeren må betale noe for å kunne få ut premien.

Innholdsmarkedsføring som rettes direkte mot forbrukere via individuell elektronisk kommunikasjon, som e-post eller SMS, krever at den enkelte forbruker har avgitt et forhåndssamtykke til slik markedsføring, jf. mfl. § 15 første ledd.¹⁵⁶ Krav om

153 Ot.prp. nr. 70 (1995–96) s. 11.

154 Retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn, juni 2009; <http://www.mfu.as/36575-Retningslinjer-for-markedsforing>

155 Lunde, Mestad og Michaelsen s. 173.

156 Monica Viken *Beskyttelse mot «uønsket markedsføring» etter ny markedsføringslov* Magma nr. 4 2009 s. 24 f.

forhåndssamtykke gjelder imidlertid ikke dersom mottaker er i et eksisterende kundeforhold, jf. mfl. § 15 tredje ledd.

Sendes uanmodet markedsføring ved hjelp av elektronisk post, skal det også fremgå at meldingene inneholder markedsføring idet meldingene mottas, jf. e-hl. § 9 første ledd annet punktum. Det stilles krav om at det allerede ved mottakelsen av slik post skal fremgå at den inneholder markedsføring. Formålet med et slikt krav er å minske ulempene som er forbundet med uanmodet e-postreklame, idet mottakeren skal få mulighet til å vurdere om han vil lese meldingen uten å åpne den.¹⁵⁷

Ved markedsføring over telefon er det videre en eksplisitt opplysningsplikt i mfl. § 16 annet ledd. Mottaker skal opplyses om hvem som ringer og at henvendelsen skjer i markedsføringshensikt. I og med at den enkelte forbruker har anledning til å reservere seg mot markedsføring via telefon, skal det også opplyses om denne reservasjonsretten, jf. mfl. § 16 annet ledd fjerde setning og mfl. § 12 første ledd.

Særlig om innholdsmarkedsføring overfor barn

Barn og unges oppvekstmiljø er i stor grad preget av økt kommersialisering, og disse utgjør en viktig målgruppe for kommersielle budskap.¹⁵⁸ Hvordan Lego gjennom mange år har manøvrert spillefilmer, tegneserier, produkter, spill og markedsføring i et helhetlig konsept er et opplagt eksempel.¹⁵⁹ Markedsføring rettet mot barn reguleres derfor særskilt i markedsføringsloven kapittel 4. Barn

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 62.

¹⁵⁸ NOU 2001: 6 Oppvekst med prislapp? Om kommersialisering og kjøpepress mot barn og unge pkt. 1.1.

¹⁵⁹ Lego friends er ett eksempel på innholdsmarkedsføring; <http://www.lego.com/nb-no/friends>

og unge har også stadig større tilgang til ulike medier, og spesielt audiovisuelle medier må sies å være en integrert del av barn og unges liv.¹⁶⁰

Innholdsmarkedsføring, som nettopp kan ligge i grenseland mellom medier og markedsføring, må vurderes opp mot særskilte regler som gjelder barn og unge. Alle under 18 år regnes som barn, men i de konkrete vurderingene vil barnets alder og utvikling tillegges vekt. Formålet er å beskytte barn og unge mot uheldige budskap eller virkemidler som forekommer i markedsføringen, og ikke markedsføringen som sådan.

Ifølge mfl. § 19 første ledd skal det vises særlig aktsomhet når en handelspraksis er rettet til barn *eller* for øvrig kan ses eller høres av barn. Markedsføringsloven skal generelt tolkes strengere enn ellers når barn er målgruppen. Videre må det tas hensyn til at barn kan utsettes for markedsføring, selv om den ikke er spesielt rettet mot eller beregnet på dem, dersom den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen.

Når det gjelder forholdet til skjult markedsføring i mfl. § 3 første ledd, vil det for eksempel måtte tas høyde for at barn kan ha vanskelig for å identifisere markedsføring og at de ikke klarer å skille denne fra annen kommunikasjon.¹⁶¹ Ved markedsføringstiltak som er rettet mot barn eller kan ses eller høres av barn, er det derfor spesielt viktig at markedsføringen utformes slik at det er åpenbart at det er markedsføring, jf. mfl. § 19.¹⁶² Et vesentlig spørsmål er da hvor gamle barna er før de er i stand til å skille mellom reklame og programinnhold.¹⁶³ Forskning har for eksempel vist at de fleste

160 Rapport «Barn og medier», april 2014. Dette var en landsomfattende undersøkelse gjennomført av Ipsos MMI på oppdrag fra Medietilsynet. Til sammen 1950 barn og unge i alderen 9 til 16 svarte på undersøkelsen. Se også Medietilsynets hjemmeside for Barn og medier; <http://www.medietilsynet.no/barn-og-medier/>

161 Ot.prp. nr. 76 (2004–2005) pkt. 3.4.

162 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 60.

163 NOU 2001: 6 pkt. 6.3.

barn opp til syv års alder ser på TV-reklame som all annen informasjon og er ikke i stand til å identifisere reklamebudskapet.¹⁶⁴ Dersom reklamen nærmer seg realistiske programsjangre, får også barn helt opp til 11 års alder problemer med å skille ut reklamen. Det er derfor ikke sikkert at de generelle krav som stilles til identifikasjon av markedsføring, vil være nok overfor barn. Det skal høyst sannsynlig mer til for å oppfylle kravet om identifikasjon. *Hva* som skal til, er imidlertid ikke klarlagt, verken i lov eller praksis.

Forbrukerombudet har utarbeidet en egen veiledning for markedsføring overfor barn og unge og har blant annet lagt vekt på at markedsføring som er blandet sammen med ulike spill-, leke- og underholdningselementer, kan være skjult markedsføring.¹⁶⁵ Det er i denne forbindelse også av betydning om mediet som benyttes, åpner for interaktivitet, da dette vil forsterke barnets opplevelse av underholdning og lek. I disse tilfellene vil leke- og underholdningselementene fange og holde på barnas oppmerksomhet og barna engasjeres direkte gjennom egen deltakelse. Ifølge Forbrukerombudet vil dette gjøre markedsføringens effekt sterkere og mer påtrengende, samtidig som markedsføringen blir vanskeligere å identifisere og gjennomskue, og kravet til særlig varsomhet blir ytterligere forsterket.¹⁶⁶

Andre illustrerende eksempler er spill på mobil og nettbrett, der den næringsdrivende blander sammen markedsføring med lek og konkurranser. Ifølge Forbrukerombudet har slike spill en særlig appell til barn, og en del spill er også utformet med barn og unge

164 Se for eksempel Ragnhild T. Bjørnebekk, *Det kommersielle fjernsynets barnereklame*, 1992 s. 63 f. og Ann Kristin Larsen og Mette Vaagan Slåtten, *En bok om oppvekst*, Bergen 2010.

165 Forbrukerombudets veiledning om handelspraksis overfor barn og unge, november 2014 s. 8.

166 Forbrukerombudets veiledning om handelspraksis overfor barn og unge, november 2014 s. 8.

som målgruppe.¹⁶⁷ For å unngå at dette blir urimelig praksis eller i strid med forbudet mot skjult markedsføring, må det være lett å identifisere og gjenkjenne markedsføringen.

Virkningen av markedsføring som er særskilt rettet mot barn, skal vurderes ut fra barnets perspektiv, jf. mfl. § 20. Dette innebærer en skjerpelse av mfl. § 6 første ledd som forbyr urimelig handelspraksis. Ved vurderingen skal det legges særlig vekt på om markedsføringen utnytter barn og unges påvirkelighet, godtroenhet, tillit og manglende erfaring. Videre legges det vekt på om reklamen er særlig påtrengende og hvilket medium som benyttes.¹⁶⁸ Innholdsmarkedsføring via direktoreklame, TV- og kino-reklame, TV-programtrailere, Internett eller superboards kan for eksempel vurderes som særlig påtrengende.¹⁶⁹

Ifølge mfl. § 20 annet ledd er det videre forbudt med direkte kjøpsoppfordringer rettet mot barn. I innholdsmarkedsføring kan ikke barn direkte oppfordres til å kjøpe produkter. Forbudet gjelder også oppfordringer om å be andre om å kjøpe produkter til barna. Markedsrådet har vurdert direkte kjøpsoppfordringer i en sak der en konsertarrangør hadde markedsført konsertbilletter på Facebook med blant annet oppfordringen: «Beliebers – det finnes fortsatt RIMI-kodekort igjen i mange butikker. Løp, kast deg på sykkelen eller få noen til å kjøre deg til ...».¹⁷⁰ Markedsrådet kom imidlertid frem til at oppfordringene til kjøp ikke var av en slik «direkte og sterk karakter, vurdert ut fra den aktuelle kundegruppen», at de ble rammet av mfl. § 20 annet ledd.

Ved tolkningen av den generelle bestemmelsen i markedsføringsloven om «god markedsføringsskikk», drøftet ovenfor, må det

167 Forbrukerombudets veiledning om handelspraksis overfor barn og unge, november 2014 s. 8.

168 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 60.

169 Se for eksempel MR 9/01 (Slankeprodukt).

170 MR 1245/12 (Justin Bieber).

tas spesielle hensyn til barn, jf. mfl. § 21.¹⁷¹ Det presiseres i bestemmelsen at det skal legges vekt på om markedsføringen:

- a) oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd med vanlige sikkerhetsnormer,
- b) spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit,
- c) bruker skremmende virkemidler eller er egnet til å skape frykt eller angst, eller
- d) bruker aggressive virkemidler som vold, seksualitet eller rusmidler.

Markedsrådet har for eksempel i en tidligere avgjørelse vurdert en reklamefilm for maling, der en liten gutt demonstrerte «farvegledede» ved å håndmale farens Mercedes.¹⁷² Markedsrådet kom da frem til at situasjonen viste mangel på respekt for sikkerhetsnormer som gjelder for malingsprodukter, og fant at annonsøren hadde overtrådt aktsomhetsnormen. Et annet eksempel er Forbrukerombudets vurdering av en annonse i bladet Foreldre og Barn.¹⁷³ Annonsen viste tre smilende og lekende barn, mens et fjerde barn satt i vinduet og så på. Annonsen hadde følgende tekst:

Alle barna fikk være med å leke
unntatt Anne-Li
– hun hadde Cherrox-kopi.

Forbrukerombudet uttalte da at det måtte utvises forsiktighet med å spille på sosial usikkerhet og følelser mellom foreldre og barn i markedsføringen. I dag ville annonsen åpenbart blitt rammet av mfl. § 21 bokstav b.

¹⁷¹ Lunde, Mestad og Michaelsen s. 180 f.

¹⁷² MR 13/93 (Maling).

¹⁷³ FO 2073/92 (Cherrox).

Ved kringkasting og andre audiovisuelle tjenester er markedsføring direkte rettet mot barn forbudt. Kringkl § 3-1 annet ledd slår fast at det ikke kan sendes reklameinnslag i tilknytning til barneprogram eller reklameinnslag som særlig er rettet mot barn i fjernsyn eller audiovisuelle bestillingstjenester. Forbudet er todelt. For det første forbys enhver markedsføring som er særlig rettet mot barn. For det andre forbys all reklame i tilknytning til barneprogram. Lovens hovedregel om at det ikke skal sendes reklame som er særlig rettet mot barn, gjentas i forskrift om kringkasting § 3-6 tredje ledd. Forskriften slår videre fast at det må tas hensyn til at *all* reklame kan bli sett eller hørt av barn, og at det må vises særlig aktsomhet overfor barn og unges påvirkelighet og manglende erfaring, jf. forskrift om kringkasting § 3-6 første ledd. Denne presiseringen gjelder reklame der barn i utgangspunktet ikke er mottakergruppe og samsvarer med mfl. § 19 første ledd.

Markedsrådet innførte i sin tid det såkalte *vannskilleprinsippet* ved vurdering av TV-reklame. Prinsippet innebærer at reklame som sendes før kl. 21.00, vil kunne ses og høres av barn, og at det derfor må utvises særlig aktsomhet overfor barn. Prinsippet ble poengtert i en avgjørelse der Markedsrådet vurderte en reklamefilm som viste en regnvåt campingplass hvor flere familier kjempet om å få fyr på grillen.¹⁷⁴ Filmen viste en mann som helte et utall flasker med tennvæske på grillen, en annen rekvirerte en tankbil med bensin, andre forsøkte fikse løsninger med en flammekaster, og en kvinne satt i striregnet og forsøkte å varme en pølse med en elektrisk hårføner. Deretter ble Wasa knekkebrød presentert som en bedre løsning. Markedsrådet fant at flere av disse situasjonene kunne medføre alvorlige konsekvenser hvis barn skulle forsøke det samme. Reklamefilmen ble derfor ansett urimelig og i strid med god markedsføringskikk dersom den ble vist på et tidspunkt hvor

¹⁷⁴ MR 1/99 (Camping Wasa).

svært mange barn så på TV. Markedsrådet nedla derfor forbud mot at reklamefilmen ble vist før kl. 21.00.

Den samme tankegangen gjenfinnes i lov om beskyttelse av mindreårige mot skadelige bildeprogram.¹⁷⁵ Formålet med loven er å beskytte mindreårige mot skadelig påvirkning fra levende bilder. Loven er ment å være et effektivt virkemiddel for å motvirke eventuelle skadevirkninger av bildeprogram og skal være tilpasset dagens medievirkelighet.¹⁷⁶ Det følger blant annet av bildeprogramlovens § 9 første ledd at bildeprogram med alvorlig skadelig innhold ikke kan sendes på fjernsyn. Det skal videre iverksettes tiltak som sikrer at barn ikke får tilgang til bildeprogram med alvorlige skadelig innhold gjennom audiovisuelle bestillingstjenester, jf. bildeprogramlovens § 10 første ledd. Departementet påpekte i lovforarbeidene at slike innskrenkninger i ytringsfriheten i grl. § 100 kan begrunnes i hensynet til beskyttelse av barn og unge.¹⁷⁷ Internasjonalt er også de enkelte stater pålagt et ansvar for å beskytte barn mot informasjon og stoff som er skadelig for barns velferd.¹⁷⁸

ICC reklamekodeks har særlige regler om beskyttelse av barn, for eksempel artikkel 18 og 19, som i stor grad samsvarer med de norske reglene. Det slås blant annet fast at det skal tas særlig hensyn til barn og unge ved kommersiell kommunikasjon, og at barn og unges manglende erfaring og godtroenhet ikke må utnyttes.¹⁷⁹ Markedsføringen skal heller ikke legges opp slik at barn og unge får problemer med å skille mellom fantasi og virkelighet. ICC reklamekodeks har også

175 Lov 6. februar 2015 nr. 7 om beskyttelse av mindreårige mot skadelige bildeprogram mv. (Bildeprogramloven).

176 Prop.123 L (2013–2014) s. 26.

177 Prop.123 L (2013–2014) s. 26.

178 Se for eksempel FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 artikkel 17 bokstav e. Også AMT-direktivet artikkel 12 pålegger medlemsstatene å treffe tiltak for å unngå å skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling.

179 Kommentar til den danske ICC kodeks for reklame og markedskommunikasjon 2011 s. 31.

egne retningslinjer i artikkel D5 om særlig beskyttelse av barn og unge ved bruk av digitale interaktive medier.

Som nevnt har også matvarebransjen egne retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn. Det er også utarbeidet en egen veiledning til disse retningslinjene.¹⁸⁰

Hvem har det juridiske ansvaret?

Den som foretar en handling som bryter med regler for markedsføring, må stilles til ansvar. Den ansvarlige vil være den næringsdrivende som foretar handlingen, og vedtak om lovbrudd rettes mot den næringsdrivende. Spørsmålet er hvem som er ansvarlig for presentasjon og innhold når henvendelsen til markedet skjer gjennom innholdsmarkedsføring.

Nettopp ved innholdsmarkedsføring er det nærliggende at flere er involvert i prosess og presentasjon. Både den næringsdrivende som står bak det salgsfremmende tiltaket, redaksjonen, mediehuset som eksponerer markedsføringen og bloggeren som markedsfører gjennom sine blogginnlegg, vil kunne være ansvarlig.¹⁸¹ Når mediehusene etablerer egne avdelinger som i hovedsak driver med innholdsmarkedsføring, kan de bli juridisk ansvarlige for både innhold og presentasjon, på samme måte som reklamebyråer.

Usikkerhet knyttet til hvem som er ansvarlig for å merke markedsføringen, fremkom i forbindelse med blogg underlagt Nettavisen. Bloggeren hadde postet en historie om en mann som falt om på gaten, tilsynelatende med hjertestans.¹⁸² Historien ble

180 Veiledning til retningslinjer for markedsføring av mat og drikke rettet mot barn, <http://www.mfu.as/36576-Veiledning-til-retningslinjer>

181 Redaktørens medvirkningsansvar er for eksempel drøftet i Halvor Manshaus «Redaktøransvar på Internett» *Tidsskrift for forretningsjus* 2005 s. 260 f.

182 Saken ble omtalt i mediene, se for eksempel Dagbladet 1. november 2015; http://www.dagbladet.no/2015/11/01/nyheter/sophie_elise/sophie_elise_isachsen/norsk_folkehjelp/41763120/

fortalt som en reell hendelse, og det ble også lagt ved bilde av en mann som lå på bakken. Det viste seg senere at innlegget var betalt av Norsk Folkehjelp og var ment som en markedsføringskampanje knyttet til behovet for kunnskap om førstehjelp. Bloggeren hadde etter sigende fått kr 30 000 for innlegget. Det første innlegget var ikke merket som reklame, og bloggeren opplyste ikke om at hun hadde fått betalt for å være med på kampanjen. Siden innlegget ikke var identifisert som markedsføring, tok Forbrukerombudet kontakt med bloggeren, som på sin side hevdet at hun trodde Nettavisen hadde ansvar for å merke innlegget.

For alle som har hatt befatning med innholdsmarkedsføringen, kan det bli tale om et medvirkeransvar etter mfl. § 39 tredje ledd som sier at «[v]edtak kan også rettes mot medvirkere».¹⁸³ Det må da vurderes hvem som i realiteten står bak lovbruddet.¹⁸⁴ Bestemmelsen vil omfatte faktisk medvirkning i form av reell innflytelse når det gjelder den aktuelle markedsføring.¹⁸⁵ Medvirkningen kan gjelde innflytelse på både innhold og utforming. Det presiseres i forarbeider til bestemmelsen at også reklamebyråer, annonseorganer og andre medvirkende virksomheter har et selvstendig ansvar for å etterleve loven.¹⁸⁶ For innholdsmarkedsføring kan typisk redaksjonen være «medvirker» til brudd på markedsføringsloven.

Hensynet til en mest mulig effektiv håndhevelse av markedsføringsloven tilsier at det er nødvendig at også *personer* bak den ulovlige virksomheten bør kunne rammes av mfl. § 39 tredje ledd.¹⁸⁷ For medvirkende personer er det nok å dokumentere eller

183 Bestemmelsen kom inn i loven av 1972 i forbindelse med etablering av tvangsgebyrordningen, jf. Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) og ble videreført i loven av 2009, se Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 212. Se for eksempel anvendelse i disse reglene i MR 22/94 (Benetton).

184 Se nærmere om dette i Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 211–212.

185 Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) Om lov om endringer i lov av 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår pkt. 3.2.

186 Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) pkt. 3.2.3.

187 Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) pkt. 3.2.2.

sannsynliggjøre at den aktuelle personen har medvirket gjennom *sin rolle* i firmaet.¹⁸⁸ Det innebærer at den enkelte medarbeider i et mediehus har et ansvar for å sikre at markedsføring følger markedsføringslovens bestemmelser.

Redaktøransvaret vurderes også i forhold til Vær Varsom-plakaten. I og med at de etiske retningslinjer er utformet over samme lest når det gjelder forbudet mot skjult markedsføring, er det nærliggende å tro at brudd på Vær Varsom-plakaten også vil innebære brudd på mfl. § 3 første ledd.

Innholdsmarkedsføring kan føre til uklare ansvarsforhold om hvem som har ansvar for merking. Siden medvirkningsansvaret fører til at flere grupper og personer kan være ansvarlige for den samme markedsføringen, bør interne retningslinjer avklare slike ansvarsforhold.

Sanksjoner

Dersom det konstateres lovbrudd, blir det et spørsmål om hvilke sanksjoner som i så fall vil inntre overfor den næringsdrivende.

Både Forbrukerombudet og Markedsrådet kan treffe vedtak om forbud etter mfl. § 40 og påbud etter mfl. § 41. Forbrukerombudets vedtak kan påklages til Markedsrådet, jf. mfl. § 37 tredje ledd annet punktum. Sammen med vedtak ilegges det gjerne sanksjoner for å sikre at vedtaket overholdes.

For det første kan det ilegges en tvangsmulkt overfor en næringsdrivende som bryter markedsføringsloven. Dette gjelder for eksempel brudd på regler om villedende handelspraksis i mfl. § 7 og § 8, eller ved brudd på forbudet mot skjult markedsføring i mfl. § 3 første ledd. Forbrukerombudet og Markedsrådet skal som hovedregel fastsette tvangsmulkt som skal betales dersom

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 212. Se for eksempel MR 1053/11 (Garderobe-Mannen).

et forbuds- eller påbudsvedtak overtres, jf. mfl. § 42.¹⁸⁹ Det er altså ikke selve lovovertrедelsen som utløser tvangsmulkt, men brudd på det senere vedtaket. Ved utmåling av tvangsmulkten skal det legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre et vedtak ilagt av Forbrukerombudet eller Markedsrådet. Tvangsmulkten har i praksis ligget i størrelsesorden kr 500 000 til 1 million.¹⁹⁰

Også brudd på ulike regler i kringkastingsloven kan medføre illeggelse av tvangsmulkt, jf. kringkl. § 10-4. Dette gjelder blant annet brudd på regler om markedsføring i kringkastingsloven kap. 3. Tvangsmulkt ilegges for å sikre at plikter etter angitte bestemmelser i kringkastingslov og forskrift, eller enkeltvedtak fastsatt i medhold av disse bestemmelsene, blir oppfylt.

Tvangsmulkten er imidlertid fremoverrettet og betales kun dersom den næringsdrivende ikke respekterer forbudet. I forarbeidene til markedsføringsloven av 2009 ble det vist til et behov for å effektivisere håndhevingen av slike sivilrettslige regler.¹⁹¹ Det ble redegjort for et forslag om å innføre overtredelsesgebyr som sanksjon, definert som betaling av et pengebeløp til det offentlige som følge av overtredelse av et forbud eller påbud fastsatt i lov eller i forskrift.¹⁹² Brudd på visse av markedsføringslovens bestemmelser ville typisk være overtredelser som burde sanksjoneres, men som ikke er så alvorlige at det bør reageres med straff. Departementet valgte derfor å innføre overtredelsesgebyr som sanksjonsform i

189 Regler om tvangsgebyr ble introdusert i markedsføringsloven av 1972 og trådte i kraft i 1996, se Ot.prp. nr. 34 (1994-1995) og St.meld. nr. 9 (1989-1990). Reglene ble videreført i loven av 2009, men med endret navn til tvangsmulkt, se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 157 f.

190 Se for eksempel MR 969/09 (Nuform), MR 1053/11 (Garderobe-Mannen) og MR 598/13 (International Trade Service).

191 Et eget sanksjonsutvalg drøftet behovet for administrative sanksjoner, se NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.

192 NOU 2003: 15 s. 169.

mfl. § 43.¹⁹³ Det som skiller tvangsmulkten og overtredelsesgebyret er at sistnevnte er tilbakeskuende og skal betales allerede ved overtredelse av en lovbestemmelse.

Ethvert brudd på markedsføringslovens bestemmelser utløser ikke overtredelsesgebyr. Denne sanksjonen er forbeholdt de bestemmelsene i loven som på en forholdsvis klar måte angir hva som er forbudt, opplistet i mfl. § 43. Risikoen for overtredelsesgebyr skal være forutberegnelig for den næringsdrivende.¹⁹⁴ Blant annet gjelder dette brudd på forskrift om urimelig handelspraksis (svartelisten). Det innebærer, i forhold til forbudet mot skjult markedsføring, at det kan ilegges overtredelsesgebyr for brudd på forskriften § 1 pkt. 11 og pkt. 22, omtalt ovenfor. Også brudd på regler om elektronisk kommunikasjon i mfl. § 15 kan medføre overtredelsesgebyr.¹⁹⁵

I tillegg til at det må foreligge en eller flere objektive overtredelser, følger det av mfl. § 43 første ledd at overtredelsene må «anses som vesentlige eller har skjedd gjentatt». I forarbeidene til mfl. § 43 fremgår det at det stilles krav til at lovbruddene er av kvalifisert art. Hvor grensen for «vesentlig» overtredelse skal trekkes, må det være opp til praksis å definere.¹⁹⁶ Både uaktsomme og forsettlig overtredelser rammes.¹⁹⁷

Overtredelsesgebyret utmåles individuelt og etter en konkret vurdering.¹⁹⁸ Både den økonomiske fortjenesten til den næringsdrivende

193 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 161–162. Flere høringsinstanser hadde innvendinger mot innføringen av overtredelsesgebyret, deriblant Markedsrådet, som viste til utfordringer knyttet til de bevismessige vurderinger av om det foreligger brudd på markedsføringsloven. Andre instanser påpekte hensynet til ytringsfriheten, rettssikkerhet og forholdet til grl. § 96, se Innst. O. nr. 20 (2008-2009) s. 34.

194 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 162.

195 Eksempler på illeggelse av overtredelsesgebyr er MR 235/10 (Mediafy Magazines), MR 865/11 (Living) og MR 207/13 (Norsk Tipping).

196 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214.

197 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 162, samt NOU 2003: 15 s. 185.

198 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 164 og 214.

og overtredelsens karakter kan vektlegges i vurderingen av gebyrets størrelse. I mfl. § 43 annet ledd vises det til at det også skal legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger ved fastleggelsen av gebyrets størrelse.¹⁹⁹ Den foran omtalte saken om reklamestuntet til Norsk Tipping medførte for eksempel ileggelse av et overtredelsesgebyr på kr 200 000.²⁰⁰ Overtredelsesgebyret ble ilagt fordi bruddet gjaldt forskrift om urimelig handelspraksis § 1 pkt. 22, som faller inn under bestemmelsen om overtredelsesgebyr som sanksjonsform.

Overtredelsesgebyr er også en sanksjonsform for brudd på reklamereglene i kringkastingsloven, jf. kringkl. § 10-3 og kringkastingsforskriften § 10-1 og § 10-2.²⁰¹

I tillegg til disse reglene er det innført straffesanksjon i mfl. § 48 og i kringkl. § 10-1. Det er svært lite sannsynlig at brudd på markedsføringsregler fører til straffereaksjoner, men bestemmelsen kan likevel ha en viss preventiv effekt.

199 Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214.

200 MR 207/13 (Norsk Tipping).

201 Se om dette tema i Karl Harald Søvig, «Grunnloven § 96 og overtredelsesgebyr etter kringkastingsloven» i *Stat, politikk og folkestyre. Festskrift til Per Stavang 1998* s. 353–368.

Presentasjon av forfatterne

Tor Bang er førsteamanuensis ved Institutt for kommunikasjon og kultur, Handelshøyskolen BI. Han er cand.-polit. fra Universitetet i Oslo og ph.d. fra Universitetet i Bergen. Bang har utgitt flere lærebøker i medievitenskap og kommunikasjonsfag. Han er (2016) *Associate Dean* for BIs bachelorprogram i PR og markedskommunikasjon og underviser på flere executive masterprogrammer.

Jens Barland er førsteamanuensis i medieledelse og innovasjon ved Avdeling for informatikk og medieteknikk, NTNU. Der er han studieprogramansvarlig for bachelorprogrammet i medieledelse. Barland har ph.d. i medievitenskap fra Universitetet i Oslo med avhandlingen «Journalistikk for markedet». Han har over 20 års bakgrunn i mediebransjen med journalist- og lederstillinger blant annet i Dagbladet og Aftenposten, og har vært sjefredaktør og adm. dir. i Stavanger Aftenblad.

Arne Krokan er professor i «teknologi, kommunikasjon, organisasjon og ledelse» ved Institutt for sosiologi og statsvitenskap ved NTNU, og professor II i digital økonomi og digital markedsføring ved Høyskolen Kristiania. Krokan har de siste årene publisert en rekke bøker og artikler om hvordan ny teknologi endrer samfunnet, spesielt organisasjoner, arbeidsprosesser og forretningsmodeller.

Den digitale økonomien (2010), *Nettverksøkonomi* (2013) og *Det friksjonsfrie samfunn* (2015) inneholder alle analyser av mediesektorens utvikling, sett i lys av nye digitale tjenester og plattformer.

Monica Viken er førsteamanuensis ved Institutt for rettsvitenskap, Handelshøyskolen BI. Hun er cand.-jur. fra Universitetet i Oslo og har ph.d. i rettsvitenskap fra Copenhagen Business School med avhandlingen «Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett». Hun har publisert en rekke juridiske artikler, nasjonalt og internasjonalt. Viken er *Associate Dean* for BIs bachelorprogram i økonomi og forretningsjus og er ansvarlig for flere juridiske kurs ved BI.

Dette er et enkeltstående kapittel fra denne antologien:

Barland, J., T. Bang, A. Krokan og M. Viken (2016). *Innholdsmarkedsføring. Konsept, forretningsmodeller, juss, etikk og praksis*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk forlag.

Her kan antologien lastes ned i sin helhet, som gratis ebok:

<http://press.nordicopenaccess.no/index.php/noasp/catalog/book/5>