

BESKYTTELSE MOT «UØNSKET MARKEDSFØRING» ETTER NY MARKEDSFØRINGSLOV



MONICA VIKEN er cand.jur. fra Universitetet i Oslo. Hun er førstelektor og Associate Dean ved Handelshøyskolen BI og fagansvarlig for en rekke juridiske fag, både på bachelor- og masternivå. Viken arbeider med en doktoravhandling om den rettslige betydningen av markedsundersøkelser i varemerkerett og markedsføringsrett og følger ph.d.-programmet ved CBS.

1 INNLEDNING

Arbeidet med den nye markedsføringsloven har pågått i flere år.¹ Markedsføringsloven av 1972 var moden for revisjon, og ny lov skulle baseres på erfaringer fra praksis og tidligere EU-direktiver, samt et nytt direktiv om urimelig handelspraksis (Handelspraksisdirektivet).² Selve lovarbeidet startet med et høringsnotat fremlagt våren 2006.³ Notatet resulterte i høringsuttalelser fra flere sentrale aktører innen offentlig forvaltning, næringsliv og naturvern- og forbrukerorganisasjoner. Disse uttalelsene er kommentert og drøftet i forarbeidene til den nye loven.

Handelspraksisdirektivet, som var den utløsende faktor for lovarbeidet, omhandler foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere både før, under og etter en handelstransaksjon. Formålet med direktivet er å bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende, samt sikre et høyt nivå av forbrukervern ved å hindre urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser.⁴ Ved implementeringen av

direktivet i de nye norske reglene defineres det som urimelig handelspraksis dersom handlingen strider mot god forretningsskikk og vesentlig endrer «forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet».⁵ Slike generelle vurderinger kan i mange tilfeller også ramme de særlige formene for markedsføring som er tema i denne artikkelen, men lovgiver har valgt å skille ut reguleringen av disse med egne bestemmelser.

I markedsføringslovens forarbeider vies det god plass til diskusjonen av behovet for beskyttelse mot «uønsket markedsføring».⁶ Dette omfatter markedsføring med elektroniske kommunikasjonsmetoder, markedsføring ved telefon, adressert reklame (direktemarkedsføring), uadressert reklame, gratisaviser og innstikk, samt dørsalg. Også i loven av 1972 var det lagt inn begrensninger knyttet til disse formene for markedsføring, og spørsmålet var om reglene skulle videreføres i samme form, eller om det skulle foretas en ytterligere innstramming. Det var fra flere hold, med bakgrunn i miljø- og forbrukerhensyn, hevdet at ordningen med reservasjon mot visse former for reklame og merkeordningen med «nei takk» til reklame burde

1 Lov av 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) ble vedtatt i november 2008 og sanksjonert i januar 2009. I og med at den nye loven trer i kraft 1. juni 2009, vil det være loven av 16. juni 1972 nr. 47 som er gjeldende rett frem til dette tidspunkt. Norske lover har ikke tilbakevirkende kraft, og pågående markedsføringstiltak og alle andre tiltak foretatt før 1. juni, vurderes etter loven av 1972.

2 Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet)

3 Høringsnotat – ny lov om markedsføring og annen handelspraksis – Høringsfrist 1. november 2006.

4 Direktiv 2005/29/EF (Handelspraksisdirektivet) artikkel 1.

5 Se for eksempel markedsføringsloven av 2009 § 6 første ledd og Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 47 flg. Definisjonen av «handelspraksis» finnes i lovens § 5 litra d.

6 Betegnelsen «uønsket markedsføring» anvendes ikke i loven selv, men Barne- og likestillingsdepartementet bruker uttrykket i forarbeidene, se Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 75 flg. og Innst.O. nr. 20 (2008–2009) s. 28 flg.

speilvendes. Det ble påpekt at dersom reklamen oppfattes som uønsket av forbrukerne, kan den ta veien direkte fra postkassen til søppelkassen, og dette har, naturlig nok, negative konsekvenser for miljøet. Hensynet til forbrukeren og miljøet må imidlertid avveies mot næringslivets interesse i å få kommunisert sine produkter og tjenester til interessenter.

De ulike partipolitiske vurderingene ble tydeliggjort ved at stortingskomiteen som behandlet loven, delte seg i et mindretall og et flertall når det gjaldt flere av de aktuelle bestemmelsene (se nærmere drøftelsene nedenfor).⁷

2 MARKEDSFØRING VED ELEKTRONISK KOMMUNIKASJON

Spesielle regler som begrenser markedsføring ved anvendelse av elektroniske kommunikasjonsmetoder, videreføres i uendret form i den nye markedsføringsloven.⁸ For å kunne sende ut markedsføring via SMS, e-post eller telefaks, må den næringsdrivende ha et forhåndssamtykke fra den «fysiske personen» som er mottaker.⁹ Alle forbrukere vil være fysiske personer, men kravet om forhåndssamtykke vil gjelde også dersom forbrukeren har et foretaksnavn i sin e-postadresse.¹⁰ Kravet retter seg derfor mot alle fysiske personer uavhengig av om e-postadressen viser tilknytning til et foretak.

Et forhåndssamtykke skal være en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring.¹¹ Den enkelte forbruker skal være klar over at det er markedsføringshenvendelser det samtykkes til, og skal stå fritt både til å gi og tilbakekalle et samtykke. Det stilles ingen formkrav til samtykket, men siden en forespørsel til en fysisk person om gi et samtykke i seg selv vil være en markedsføringshenvendelse, kan man ikke bruke SMS, e-post etc. Dersom samtykke linkes opp mot visse fordeler,

7 Innst.O. nr. 20 (2008–2009) s. 29 flg.

8 Se markedsføringsloven av 2009 § 15 og Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 201. Bestemmelsen skal søke å hindre såkalte spam fra næringsdrivende.

9 Reglene er basert på Direktiv 97/7/EF (Fjernsalgsdirektivet). Se forarbeider til de norske bestemmelsene i Ot.prp. nr. 62 (1999–2000).

10 Reglene ble endret fra «forbruker» til «fysiske personer» i 2003, se Ot.prp. nr. 92 (2003–2004).

11 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 23 flg. Departementet tok her utgangspunkt i definisjonen av «samtykke» i lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) § 2 nr. 7. Se også Løchen/Grimstad, *Markedsføringsloven kommentarutgave* s. 91.

SAMMENDRAG

Ny markedsføringslov trer i kraft 1. juni 2009. Loven vil i noen grad videreføre reglene i markedsføringsloven av 1972, men på visse områder har det skjedd endringer som vil ha til dels stor betydning for de næringsdrivende. Denne artikkelen behandler reglene for såkalt uønsket markedsføring, knyttet til kommunikasjonsmetoder som kan oppfattes som plagsomme for forbrukerne, samt håndhevingen av disse reglene. Mens lovgivningsarbeidet pågikk, var uønsket markedsføring gjenstand for livlig debatt i ulike fora og medier. Hensynet til forbrukerne og privatlivets fred ble vurdert mot konkurransemessige virkninger, hensynet til arbeidsplasser og næringslivet generelt. Et tungtveiende argument, også fra lovgivers side, var hensynet til de miljømessige virkningene av uønsket markedsføring. Artikkelen redegjør for de politiske avveiningene mellom ulike interesser og knytter det opp mot hvordan reglene skal forstås. Det er imidlertid en nær sammenheng mellom de materielle reglene på den ene side og regler for håndheving og sanksjoner på den andre. Praksis knyttet til markedsføringsloven av 1972 har vist at flere sentrale bestemmelser ikke ble respektert av de næringsdrivende. Behovet for å effektivisere håndhevingen av markedsføringsloven har resultert i til dels vidtgående endringer i ny lov. Artikkelen drøfter også de reaksjonsmuligheter myndighetene nå har til disposisjon dersom de materielle reglene brytes.

eller samtykke stilles som vilkår for å kunne kjøpe en vare eller tjeneste, må dette vurderes mot markedsføringslovens generelle regler om urimelig handelspraksis.¹² Dersom det benyttes en form for belønning eller betaling for å godta markedsføringshenvendelser, må betingelser og vilkår gjøres lett tilgjengelige for forbru-

12 Se Forbrukerombudets retningslinjer; http://www.forbrukerombudet.no/asset/2515/2/2515_2.pdf.

keren. Forbrukerne må ha fått muligheten til å avveie fordeler og ulemper ved ordningen og skal fritt kunne tilbakekalle samtykket når de ikke ønsker å delta i ordningen lenger.

Det kreves ikke forhåndssamtykke for å sende ut markedsføringshenvendelser dersom mottakeren er i et eksisterende kundeforhold. Definisjonen av et eksisterende kundeforhold kan være noe uklar, men det må være klart at én transaksjon er et avsluttet forhold og ikke et eksisterende kundeforhold.¹³ Senere markedsføringshenvendelser må også gjelde de ytelses som kundeforholdet er basert på. Det må være opp til den næringsdrivende selv å påvise at unntaket fra hovedregelen om forhåndssamtykke kommer til anvendelse.

Regelen om forhåndssamtykke gjelder ikke for markedsføring der personen kontaktes ved telefon. Dette er regulert i egne bestemmelser.

3 MARKEDSFØRING MED TELEFON SOM KOMMUNIKASJONSKANAL

Forbrukernes mulighet for å reservere seg mot markedsføring via telefon har hittil vært lovfestet i personopplysningsloven.¹⁴ Reglene overføres nå til den nye markedsføringsloven og effektiviseres i forhold til reservasjonsordningen.¹⁵ Nye særregler knyttet til fremgangsmåten for salg over telefon blir også lovfestet i markedsføringsloven. Denne overføringen er ment å gjøre reglene enklere og mer forutsigbare og medfører at håndhevingskompetansen flyttes fra Datatilsynet til Forbrukerombudet.¹⁶ I tillegg til disse endringene innføres det nye regler i angrerettloven, med krav til opplysninger og skriftlig aksept ved avtale inngått over telefon.¹⁷

I høringsnotatet ble det fremlagt fire reguleringsalternativer for «telefonmarkedsføring».¹⁸ Et av forsla-

13 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s 23. flg.

14 Tidligere personopplysningsloven § 26 og forskrift om personopplysninger 15. desember 2000 nr. 1265 kap 5. Se Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 124–125.

15 Se markedsføringsloven av 2009 § 12 og § 13, samt Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 83 flg.

16 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 85.

17 Lov 21. desember 2000 nr. 105 om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven) § 10a, etter endringer 9. januar 2009. Se Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 88.

18 Høringsnotat – ny lov om markedsføring og annen handelspraksis s. 105 flg. Departementet bruker begrepet «telefonmarkedsføring» om markedsføring via telefon. Det er ingen tvil om at det her siktes til telefon som kommunikasjonskanal for markedsføring og ikke mar-

gene innebar et krav om forhåndssamtykke dersom markedsføring skulle foregå over telefon, skåret over samme lest som for andre elektroniske kommunikasjonsmetoder. Som en litt mildere variant var det foreslått forhåndssamtykke, men med unntak for visse bransjer. Dernest var det foreslått en effektivisering av dagens reservasjonsordning og til sist en reservasjonsordning kombinert med krav om skriftlig bekreftelse av muntlige avtaleinngåelser. Departementet la til grunn at mange forbrukere kan oppleve markedsføring via telefon som en særlig påtrengende salgsform og inntreden i privatlivet.¹⁹ Men selv om hensynet til forbrukerne ble tillagt stor vekt ved vurderingen av behovet for forhåndssamtykke, kom departementet til at dette ville få for store negative konsekvenser for andre interesser. Et slikt krav ville representere en vesentlig innstramming for alle former for salg over telefon og berøre mange arbeidsplasser. Departementet fant det derfor formålstjenlig, etter en avveining av de ulike interessene, å gå inn for en forbedring av dagens reservasjonsordning, kombinert med krav om skriftlig bekreftelse av den muntlige avtalen inngått over telefon. Flertallet i stortingskomiteen sluttet seg til dette.²⁰

Etter de nye reglene kan forbrukere reservere seg mot markedsføring via telefon ved å registrere flere telefonnumre, i tillegg til fødselsnummer og adresse.²¹ Det er forbudt for næringsdrivende å rette markedsføring ved telefon til personer som har reservert seg.²² For å bedre effektiviteten av reservasjonsordningen pålegges den næringsdrivende hyppigere kontroll mot reservasjonsregisteret. Det stilles i loven krav om at den næringsdrivende skal oppdatere sine registre mot reservasjonsregisteret før første gangs henvendelse og siden hver måned markedsføring utføres. For bedrifter som benytter telefon som sin hovedkanal for markedskommunikasjon, innebærer dette i realiteten en kontroll av eget register tolv ganger i året. Etter den tidligere bestemmelsen i personopplysningsloven var kravet fire ganger årlig.

kedsføring av telefoner, men i og med at begrepet kan være misvisende (og heller ikke er vanlig terminologi i fagmiljøet), har jeg valgt å unngå å bruke det i denne artikkelen. Begrepet brukes heller ikke i selve lovteksten.

19 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 83.

20 Innst.O. nr. 20 (2008–2009). Et mindretall på ett medlem gikk inn for en spelvending av reservasjonsordningen.

21 Se markedsføringsloven av 2009 § 12.

22 Se markedsføringsloven av 2009 § 13.

Reservasjon i reservasjonsregisteret gjelder ikke overfor kunder i et eksisterende kundeforhold. Når den næringsdrivende har mottatt kundens kontaktopplysninger i forbindelse med salg, kan det rettes markedsføringshenvendelser til disse forbrukerne, uavhengig av eventuell reservasjon i reservasjonsregisteret. Slike henvendelser må i så fall gjelde varer eller tjenester tilsvarende dem som kundeforholdet bygger på.

En vesentlig endring, sammenlignet med tidligere regler og alminnelige avtalerettslige prinsipper, er innføringen av kravet til skriftlig aksept av den muntlige avtalen.²³ Reglene innføres i angrerettloven og innebærer at forbrukeren ikke er avtalerettslig forpliktet før vedkommende har akseptert skriftlig et tilbud fra selgeren.²⁴ En forbruker som i en telefonsamtale har takket ja til et tilbud, men som angrer seg i ettertid, kan bare la være å sende inn en skriftlig aksept. Han eller hun vil da ikke være bundet av noen avtale.

Noe av bakgrunnen for denne innstrammingen ligger i utfordringene knyttet til såkalt negativt salg, der forbrukere har fått tilsendt varer uten at det kan påvises at avtale er inngått.²⁵ Bevisbyrden for avtaleinngåelse ligger hos den næringsdrivende. For å kunne dokumentere at det er inngått en bindende avtale, har de næringsdrivende tatt opp den muntlige samtalen på bånd. Slik de nye reglene er å forstå, vil ikke denne dokumentasjonen ha noen betydning i spørsmålet om avtalen er bindende. Det er først på det senere stadium, ved den skriftlige aksepten, at avtale anses å være inngått.

Det nye kravet til skriftlighet kan også avhjelpe problemer knyttet til uenighet om innholdet i en muntlig avtale. Det stilles krav om at den næringsdrivende, før avtale inngås, skal gi en kort skriftlig angivelse av produkt, totalpris og eventuell bindingstid for avtaleinngåelse.²⁶ Denne korte skriftlige oppsummeringen skal gi forbrukeren bedre anledning til å sette seg inn i forholdet før eventuell kjøpsbeslutning tas. For

å imøtekomme de næringsdrivendes ønske om å gjøre prosessen enkel å gjennomføre er det lagt opp til at opplysningsplikten i de fleste sammenhenger kan oppfylles med SMS. Næringsdrivende som bruker fjernsalg som salgsform, må uansett forholde seg til regler i angrerettloven, og de nye reglene vil supplere de generelle bestemmelsene om opplysningsplikt og angrefrist.²⁷

Det innføres unntak fra kravet om skriftlig aksept for avisabonnement og frivillige organisasjoners telefonsalg. Bakgrunnen for dette unntaket er hensynet til de frivillige organisasjonenes samfunnsnyttige virksomhet og avisenes samfunnsrolle.²⁸ I og med at begge disse baserer brorparten av sine inntekter på telefonsalg, ville det, ifølge departementet, få store økonomiske konsekvenser om kravet til skriftlig aksept også ble innført overfor disse.

Den nye markedsføringsloven innfører generelle retningslinjer for fremgangsmåten ved uanmodet markedsføring via telefon. Den næringsdrivende skal straks presentere seg og opplyse om at henvendelsen skjer i markedsføringsøyemed, samt opplyse om hvem som har gitt opplysningene som ligger til grunn for henvendelsen.²⁹ For å sikre at forbrukerne får kunnskap om muligheten til å takke nei, har den næringsdrivende plikt til å informere om reservasjonsmuligheten når de ringer dem som ikke har reservert seg. Det skal legges til rette for at mottakeren skal kunne reservere seg enkelt og gebyrfritt direkte hos den næringsdrivende.

Det innføres også et forbud mot markedsføring via telefon på visse tidspunkter.³⁰ Det er således forbudt å rette markedsføringshenvendelser ved telefon til forbrukere på lørdager, helligdager og på virkedager før kl 09.00 og etter kl 21.00.

4 ADRESSERT REKLAME

Også reservasjonsordningen for adressert reklame (direktemarkedsføring) overføres fra personopplysningsloven til den nye markedsføringsloven.³¹ Etter

23 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 88.

24 Se lov om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted 21. desember 2000 nr. 105 (angrerettloven) § 10a. Bestemmelsen er ny og kom inn etter lovendring i lov 9. januar 2009 nr. 2 jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 88.

25 Negativt salg er regulert i markedsføringsloven av 2009 § 11. Det er forbudt å levere ut og å kreve betaling for varer der det ikke kan påvises at det er inngått en avtale.

26 Se angrerettloven § 7 og § 7a.

27 Se angrerettloven §§ 7 flg., jf. Ot.prp. nr. 36 (1999–2000) s. 98 flg.

28 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 89.

29 Se markedsføringsloven av 2009 § 16. Reglene er på dette punkt et videreføring av bestemmelser i markedsføringsloven av 1972, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 123.

30 Se markedsføringsloven av 2009 § 14.

31 Se markedsføringsloven § 12 og § 13, samt Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 89. Se også tidligere personopplysningsloven § 26 og forskrift om personopplysninger 15. desember 2000 nr. 1265 kap 5, jf. Ot.prp.

disse reglene kan forbrukere reservere seg mot adressert reklame i reservasjonsregisteret. Direktemarkedsføring overfor disse er forbudt.

I høringsrunden ble det fremmet forslag om en speilvendning av denne ordningen. Forslaget gikk ut på innføring av en samtykkeregulering for adressert post. Flere høringsinstanser påpekte at dette ville redusere mengden reklame og avfall. Departementet var enig i at unødig bruk av papir ikke er ønskelig, og at miljøhensyn er viktig.³² Det ble imidlertid vist til at det er sannsynlig at papirreklamen i stedet ville kanaliseres til avisinnstikk og ordinære annonser dersom adgangen til å bruke adressert reklame begrenses. Et krav om forhåndssamtykke ville, etter departementets syn, i praksis fortone seg som et forbud, noe som vil kunne få negative konsekvenser for næringslivet og arbeidsplasser. Det ble videre påpekt at adressert reklame i de fleste tilfeller ikke vil være like inngripende overfor forbrukerne som markedsføring via telefon. Departementet valgte derfor å beholde reservasjonsordningen i sitt forslag idet dette ble ansett å være et rimelig kompromiss mellom ulike hensyn og som å ivareta forbrukerne i tilstrekkelig grad.³³ Flertallet i stortingskomiteen var enig med departementet og forkastet forslaget om en samtykkeregulering.³⁴

Reservasjonsordningen videreføres altså i ny lov, men effektiviseres ved at det stilles krav til at den næringsdrivende må foreta hyppigere kontroller mot reservasjonsregisteret. Også her gjelder et unntak for eksisterende kundeforhold (se vurderinger ovenfor).

I loven stilles det videre krav om at den næringsdrivende skal opplyse om hvem som har gitt personopplysningene som ligger til grunn for henvendelsen.³⁵ Kravet innebærer obligatorisk kildemerking for adressert reklame.

5 UADRESSERT REKLAME OG GRATISAVISER

Merkeordningen for uadressert reklame og gratisavisere videreføres i den nye markedsføringsloven, men

nr. 92 (1998–1999) s. 124–125.

32 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 90.

33 Se markedsføringsloven av 2009 § 12 og § 13, samt Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 90.

34 Innst.O. nr. 20 (2008–2009) s. 30 flg.

35 Se markedsføringsloven av 2009 § 16 (1). Reglene er på dette punktet en videreføring av bestemmelser i markedsføringsloven av 1972, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 123.

med visse justeringer.³⁶ Som hovedregel er det forbudt å levere ut uadressert reklame til forbrukere som klart og tydelig har tilkjennegitt at de ikke ønsker dette.

I høringsrunden ble det reist spørsmål om en speilvendning av denne ordningen, slik at den som ønsket reklame, kunne merke postkassen med «ja takk» til uadressert reklame.³⁷ Det var med andre ord, fra noen høringsinstanser, et ønske om å innføre en samtykkeregulering for uadressert reklame. Begrunnelsen for dette ønsket var dels å redusere mengden reklame og avfall, dels å dempe kjøpepresset. Departementet påpekte igjen at miljøhensynet er viktig, men at en samtykkeregulering i praksis kan fortone seg som et forbud som vil kunne få store konsekvenser for næringsliv og arbeidsplasser.³⁸ Det ble også vist til at uadressert reklame ikke er en særlig pågående form for markedsføring, selv om det kan være plagsomt og irriterende at postkassen fylles opp av uønsket reklame. For forbrukere som ikke ønsker uadressert reklame, anses det som forholdsvis enkelt å merke postkassen med «nei takk». Etter departementets mening er en slik merkeordning enkel, ubyråkratisk og ivaretar forbrukernes behov og ble foreslått videreført i ny lov. Merkeordningen med «nei takk» fikk tilslutning fra flertallet i stortingskomiteen.³⁹ Det kreves altså handling fra forbrukers side for å unngå slik reklame. Departementet kommenterte imidlertid at det er viktig å bedre husstandens kunnskap om reservasjonsordningen slik at flere som ikke ønsker markedsføring, blir oppmerksomme på retten til å si «nei takk» gjennom merkeordningen.

I forarbeidene ble også reklame på dørmatten drøftet.⁴⁰ Praksis etter loven av 1972 hadde vist at en merkeordning på postkassen ikke var effektiv i urbane og tettbygde strøk idet inngangsdørene ikke var merket. Noen av høringsinstansene fremmet derfor forslag om at et «nei takk»-merke på postkassen også skulle omfatte reklame på dørmatten. Departementet viste da til at det kan være uoverensstemmelser mellom nav-

36 Se markedsføringsloven av 2009 § 17 og Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 90 flg. Bestemmelsen om uadressert reklame etter loven av 1972 er basert på Direktiv 97/7/EF (Fjernsalgsdirektivet), jf. Ot.prp. nr. 62 (1999–2000). Se også Grimstad og Løchen *Markedsføringsloven: kommentarutgave* (2003) s. 94 flg.

37 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 91.

38 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 93.

39 Se markedsføringsloven av 2009 § 17 og Innst.O. nr. 20 (2008–2009) s. 29 flg. Stortingskomiteens mindretall ønsket å gi kommunene lokalt en rett til å speilvende merkeordningen.

40 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 93.

nemerking på postkasser og inngangsdør, og at en slik praktisering av merkeordningen kan være vanskelig å gjennomføre. En slik felles merkeordning ville også, etter departementets syn, favorisere Posten. For å unngå reklame på dørmatten må dermed inngangsdøren merkes med «nei takk». Et slikt merke skal respekteres av distributør.

Også forholdet mellom gratis distribusjon av abonnementsaviser (eks. *Aftenposten*) og gratisaviser (eks. *AvisI*) ble drøftet i forarbeidene til ny lov.⁴¹ Distribusjon av abonnementsaviser eller andre aviser som det normalt kreves betaling for til ikke-abbonnenter, er regnet som reklame for avisen, og et merke med «nei takk» til uadressert reklame skal respekteres. Gratisaviser anses derimot ikke som uadressert reklame dersom andelen redaksjonelt stoff ikke er ubetydelig i forhold til andelen reklame i avisen.⁴² Gratisaviser har derfor ikke vært omfattet av merkeordningen. Etter departementets mening er det behov for å innføre en rett til å si «nei takk» også til slike gratisaviser med redaksjonelt innhold.⁴³ Dette innebærer to merkeordninger, et merke for «nei takk til uadressert reklame» og et annet for «nei takk til gratisaviser». Det vil med dette forslaget være mulig å reservere seg mot uadressert reklame, men samtidig motta gratisaviser, og omvendt. Gratisutgaver av abonnementsaviser/betalingsaviser skal fortsatt anses som reklame og skal i tillegg kunne vurderes etter de alminnelige regler om handelspraksis.

Merkeordningen gjelder imidlertid ikke for innstikk i avisene.⁴⁴ Denne reklamen er omfattet av avisenes redaktøransvar. Også dette ble drøftet i forarbeidene, og hensynet til uønskede papirmengder og unødvendig avfall ble vurdert opp mot hensynet til avisenes inntjeningsmuligheter.⁴⁵ Det ble påpekt at inntektene fra reklameinnstikkene bidrar til lavere priser og der-

med opprettholder avisen som en konkurransedyktig og viktig kanal for den allmenne samfunnsdebatten. Unntaket for innstikk ble dermed opprettholdt i den nye loven. For at reklamen skal kunne defineres som «innstikk», må det foreligge i en form for trykt skrift som det ellers ville være mulig å trykke som en annonse i avisen.⁴⁶ Andre typer fysiske produkter som distribueres med avisen, faller utenfor unntaket.

6 HVA SKJER VED BRUDD PÅ REGLENE?

De største og sannsynligvis mest vidtrekkende endringene i ny markedsføringslov er knyttet til håndhevings- og sanksjonsordningene. Markedsføringsloven av 1972 bygger på et to-sporet sanksjonssystem: et administrativt og et strafferettslig spor. Forbrukerombudet og Markedsrådet håndhever loven administrativt etter sivilrettslige regler, mens politi, påtalemyndighet og domstoler håndterer straffesakene. Denne ordningen med et to-sporet system videreføres i den nye markedsføringsloven, men med strengere sivilrettslige sanksjonsmuligheter. For den strafferettslige siden videreføres reglene i samme form. Det er imidlertid svært sjelden at markedsføringslovens bestemmelser er gjenstand for politietterforskning og påtale. Jeg går ikke nærmere inn på de strafferettslige sanksjonene i denne artikkelen.

Forbrukerombudet og Markedsrådet har kompetanse til å ilegge forbudsvedtak og påbud overfor næringsdrivende som overtrer markedsføringslovens bestemmelser. Forbrukerombudet skal imidlertid, så langt det er mulig, først søke å oppnå en frivillig ordning med den næringsdrivende.⁴⁷ Denne forhandlingsmodellen har vist seg å ha visse begrensninger med hensyn til den preventive effekten ved de spesifikke forbudene. I visse tilfeller vil det være helt klart hva som er lovstridig, og behovet for Forbrukerombudets veiledning og dialog med den næringsdrivende er mindre. I ny lov innføres det derfor regler som åpner for at Forbrukerombudet i visse tilfeller kan ilegge forbudsvedtak uten en slik forutgående forhandlingsrunde.⁴⁸ Dette gjelder overtredelse av bestemmelser som retter seg mot klart definerte handlinger. Alle bestemmelser som faller inn under begrepet «uøns-

41 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 94 fig.

42 Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 26.

43 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 96. Stortingskomiteen delte seg i et mindretall og et flertall også på dette punkt, idet mindretallet mente at det ikke var riktig å utvide merkeordningen til å gjelde gratisaviser. Etter mindretallets syn vil dette kunne være ødeleggende for den offentlige debatt og informasjonsutveksling, samt være hemmende for lokalavisenes mulighet til å markedsføre seg, jf. Innst.O. nr. 20 (2008–2009) s. 30.

44 Unntaket for innstikk var ikke med i departementets lovforslag da reglene for uadressert reklame ble innført i loven av 1972. Reglene ble innført etter behandling i stortingskomiteen, se Innst.O. nr. 19 (2000–2001) s. 4.

45 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 97.

46 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 98.

47 Se markedsføringsloven av 2009 § 35 annet ledd.

48 Se markedsføringsloven av 2009 § 36 og Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 151 fig.

ket markedsføring», er av en slik type. Det er derfor ikke nødvendig å forsøke å oppnå en frivillig ordning ved overtredelse av regler om uønsket markedsføring. De vanlige regler for forsvarlig saksbehandling etter forvaltningsloven, deriblant varslingsplikt og klageadgang, gjelder imidlertid også for disse vedtakene.⁴⁹ Den viktigste konsekvensen av denne endringen er at vedtak kan fattes raskere når lovovertrædelsen er klar.

Etter en endring i markedsføringsloven av 1972 ble det åpnet for at Forbrukerombudet og Markedsrådet kunne ilegge et «tvangsgebyr» som måtte betales dersom den næringsdrivende overtrådte et forbudsvedtak eller et påbud.⁵⁰ Tvangsgebyret er fremover rettet, og dersom den næringsdrivende respekterer forbudet, blir det ikke noe å betale. Denne ordningen blir videreført i den nye loven, men under betegnelsen «tvangsmulkt».⁵¹ Ved utmåling av tvangsmulkten skal det legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre et vedtak ilagt av Forbrukerombudet eller Markedsrådet.

Selv om ordningen med tvangsgebyr anses å fungere godt, blir det i forarbeidene til ny markedsføringslov påpekt visse svakheter.⁵² I praksis er det mulig å «prøve seg» med lovstridige markedsføringskampanjer for deretter å trekke dem tilbake etter første henvendelse fra Forbrukerombudet. Spekulative næringsdrivende kan slippe unna med førstegangs overtredelser. Det er altså mulig å tjene store penger ved raskt å gå inn og ut av markedet med ulovlige markedsføringskampanjer. I forarbeidene til markedsføringsloven vises det til at behovet for å effektivisere håndhevingen av sivilrettslige regler ble drøftet av et eget sanksjonsutvalg.⁵³ Anbefalingen fra utvalget var at administrative sanksjoner i form av blant annet bøter bør benyttes der det er nødvendig med en sanksjon, men hvor overtredelsen ikke er så alvorlig at det bør reageres med straff. Utvalget redegjorde 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.⁵⁴ Overtredelsesgebyret er dermed tilbakeskuende og skal betales allerede ved overtredelse av en lovbestemmelse. I og med at brudd på visse av markedsføringslovens bestemmelser typisk vil være overtredelser som bør sanksjoneres, men som ikke er så alvorlige at det bør reageres med straff, foreslo departementet å innføre overtredelsesgebyr som sanksjonsform.⁵⁵ Stortingskomiteen sluttet seg til departementets merknader uten nærmere kommentarer.⁵⁶

Ved å innføre overtredelsesgebyr, som altså ikke regnes som straff, reguleres saksbehandlingen av forvaltningsrettslige regler, med Forbrukerombudet og Markedsrådet som håndhevingsorganer. Forbrukerombudet påpekte imidlertid selv at de ikke skal være noe «markedsføringspoliti», men fortsatt fokusere på dialog og veiledning overfor de næringsdrivende.⁵⁷ Innføringen av regler om overtredelsesgebyr kan i seg selv gi en preventiv effekt og være en større reell trussel om økonomisk ansvar enn regler om straff.

Mens tvangsgebyret først skal betales ved overtredelse av et senere vedtak, må overtredelsesgebyret betales allerede ved overtredelse av en lovbestemmelse. Den næringsdrivende kan ikke lenger «prøve seg» med en kampanje for så og trekke den tilbake ved henvendelse fra Forbrukerombudet.

Overtredelsesgebyr kan fastsettes ved brudd på bestemmelser som er rettet mot klart definerte handlinger, ikke de mer skjønnspregede forbudene. Brudd på bestemmelser gjennomgått i denne artikkelen kan sanksjoneres med et overtredelsesgebyr.

Et vilkår for at det kan fastsettes et overtredelsesgebyr er at overtredelsen er kvalifisert, ved at den enten er vesentlig eller har skjedd gjentatt. Hvor grensen for «vesentlig» overtredelse skal trekkes, må det være opp til praksis å definere.⁵⁸ Mer simple overtredelser skal ikke sanksjoneres med overtredelsesgebyr, her vil tvangsmulkt være aktuelt.

49 Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

50 Regler om tvangsgebyr trådte i kraft i 1996, se Ot.prp. nr. 34 (1994–1995) og St.meld. nr. 9 (1989–1990)

51 Se markedsføringsloven av 2009 § 42 og Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) 156 flg.

52 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 161.

53 Utvalget drøftet behovet for administrative sanksjoner, se NOU 2003:15 «Fra bot til bedring» punkt 10.

54 NOU 2003:15 s. 169.

55 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 yttringsfriheten, rettssikkerhet og forholdet til Grunnloven § 96.

56 Innst.O. nr. 20 (2008–2009) s. 34.

57 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 160.

58 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 214.

Denne strengere sanksjonsformen rammer de forsettlige og uaktsomme overtredelser. Skyldkravet ble drøftet i forarbeidene, og departementet valgte å legge seg på samme linje som sanksjonsutvalget i deres forslag om at både uaktsomme og forsettlige overtredelser bør rammes.⁵⁹ Det vil blant annet være uaktsomt å mangle kunnskaper om markedsføringslovens bestemmelser. Den næringsdrivende må selv sørge for å inneha nødvendige kunnskaper om de spesifikke forbudene i loven.⁶⁰

Innføringen av overtredelsesgebyr som sanksjonsform er en vesentlig innskjerping av reglene for brudd på klart definerte forbud etter markedsføringsloven. Hvilke krav som kan stilles til bevis for overtredelse, ble derfor drøftet i forarbeidene.⁶¹ Det ble reist spørsmål om det burde stilles særlig beviskrav ved illeggelse av overtredelsesgebyr, eller om alminnelige bevisregler i sivile saker skulle gjelde. Departementet vurderer hensynet til samfunnet og forbrukerne på den ene side og hensynet til at foretakene ikke skal bli ilagt gebyr for noe de ikke har gjort, på den annen.⁶² En vektning i favør av samfunnet og forbrukerne måtte ha en god begrunnelse. Departementet så imidlertid ingen grunn til at loven skulle ta som utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak. Særlige bevisregler som grunnlag for å ilagge overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven kunne ikke begrunnes, derfor gjelder alminnelige bevisregler for sivile saker.

Overtredelsesgebyret utmåles individuelt og etter en konkret vurdering.⁶³ Både den økonomiske for tjenesten til den næringsdrivende og overtredelsens karakter kan vektlegges i vurderingen av gebyrets størrelse. Loven viser til at det skal legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger. Med overtredelsens «grovhet» menes lovbruddets alvor generelt sett, og med «omfang» siktes det til både de kvantitative aspekter og varighet i tid. I forarbeidene

.....

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

60 Forbrukerombudet skal også av eget tiltak føre tilsyn med og søke å påvirke de næringsdrivende til å innrette seg etter loven, jf. markedsføringsloven av 2009 § 35. Informasjon og veiledning om reglene vil være en sentral del av denne tilsynsplikten.

61 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 162 og 163.

62 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 163 med videre henvisninger til forarbeidene til konkurranseloven, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117.

63 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 164 og 214.

vises det for eksempel til at det kan være relevant å ta hensyn til antall utsendelser av såkalte spam (elektronisk kommunikasjon).⁶⁴ Til sist skal overtredelsens «virkninger» vurderes. Det vil her være virkninger overfor forbrukerne som er relevant.

7 OPPSUMMERING

De eksisterende reservasjonsordninger og merkeordninger for uønsket markedsføring videreføres i ny lov, men med visse justeringer. Det ble ikke flertall for forslagene om å speilvende «nei takk»-prinsippet, verken for markedsføring ved telefon, adressert reklame eller uadressert reklame. Forbrukerhensyn og miljømessige konsekvenser ble vurdert, men hensynet til næringsliv og arbeidsplasser veide tungt, både i departementets vurderinger og i Stortingets behandling av markedsføringsloven. En viss innstramming er imidlertid gjennomført, ved at reservasjonsordningen effektiviseres og klarere regler for fremgangsmåten ved markedsføring ved telefon innføres. Den mest radikale endringen er likevel knyttet til reglene i angrerettloven, som stiller krav om skriftlig aksept ved telefonsalg. Det avtalerettslige prinsippet om formfrihet fravikes når en avtale ikke anses som bindende før den er akseptert skriftlig. Den usikkerheten som ligger i om mottaker vil akseptere i ettertid, må få konsekvenser for de næringsdrivendes rutiner ved markedsføringshenvendelser.

Også endringene knyttet til håndheving og sanksjoner vil merkes av de næringsdrivende. I og med at Forbrukerombudet i særlige tilfeller har fått kompetanse til å gripe inn overfor næringsdrivende uten forutgående forhandlinger, kan vedtak fattes raskere. Når dette ses i sammenheng med de nye sanksjonsmulighetene, blir håndhevingen av loven mer effektiv og slagkraftig. Innføringen av overtredelsesgebyret som reaksjonsform, ilagt av Forbrukerombudet, er en nyskaping i markedsføringsloven av 2009. Allerede brudd på visse av lovens enkeltbestemmelser kan utløse plikt til å betale gebyr. Det gis ingen frist til å rette opp forholdet, og første gangs overtredelse kan utløse sanksjoner. Kunnskap om markedsføringslovens forbudsbestemmelser mot klart definerte handlinger, deriblant reglene om uønsket markedsføring, blir helt avgjørende for å unngå gebyr. M

.....

64 Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 214.