

Mai 2009

Forbrukerombudets
veiledning om
regelverket for
markedsføring via e-post,
sms o.l. -
markedsføringsloven § 15

Innholdsfortegnelse

1.	INNLEDNING	3
2.	MARKEDSFØRINGSLOVEN § 15 –.....	4
	ORDLYD OG AVGRENSNINGER.....	4
2.1	ORDLYDEN	4
2.2	§ 15 FØRSTE LEDD – FORBUD MOT MARKEDSFØRINGSHENVENDELSER.....	4
	VIA ELEKTRONISKE KOMMUNIKASJONSMETODER	4
2.3	HVA ER ”ELEKTRONISKE KOMMUNIKASJONSMETODER SOM TILLATER KOMMUNIKASJON”	5
	JF. § 15 FØRSTE LEDD OG INDIVIDUELL ” ELEKTRONISK POST” JF. § 15 FJERDE LEDD?	5
2.4	”... NÆRINGSVIRKSOMHET...” – HVILKE AVSENDERE OMFATTES?.....	5
2.5	”... FYSISKE PERSONER...” – HVILKE MOTTAKERE OMFATTES?	6
2.6	”... MARKEDSFØRINGSHENVENDELSE...” – HVILKE HENVENDELSER OMFATTES?	6
2.6.1	Generelt.....	6
2.6.2	Tilbud om deltagelse i konkurranser.....	7
2.6.3	Nyhetsbrev og markedsundersøkelser.....	7
2.7	”... FORUTGÅENDE SAMTYKKE...” – HVA ER ET SAMTYKKE?.....	7
2.7.1	Generelt om samtykke.....	7
2.7.2	Særlig om samtykke fra barn og unge.....	8
2.7.3	Særlig om samtykkedatabaser.....	9
2.7.4	Særlig om krav om samtykke til markedsføring som vilkår for å kunne handle.....	9
2.7.5	Særlig om belønning/premiering for å gi samtykke til å motta markedsføring	10
2.7.6	Særlig om ”Tips en venn”-funksjoner	10
3.	UNNTAK FRA HOVEDREGEL OM SAMTYKKE OG ØVRIGE KRAV	11
3.1	HVILKE UNNTAK FORELIGGER?	11
3.2	§ 15 ANNET LEDD – ”... KONTAKTES MUNTILIG VED HJELP AV TELEFON”	11
3.3	§ 15 TREDJE LEDD – ”... EKSISTERENDE KUNDEFORHOLD...”	12
3.3.1	Hva skal til for at det skal foreligge et ”kundeforhold”?.....	12
3.3.2	Innhenting av kundens elektronisk adresse	12
3.3.3	Ytterligere krav til den næringsdrivende ved avtaleinngåelsen.....	13
3.3.4	Kun egne og tilsvarende produkter eller tjenester.....	14
3.3.5	Forskjellen mellom et samtykke etter første ledd og eksisterende kundeforhold i tredjeledd.....	15
3.4.	§ 15 FEMTE LEDD – EHANDELSLOVENS BESTEMMELSER.....	15
4.	HÅNDHEVELSE AV MFL. § 15	16
4.1	GENERELT	16
4.2	SANKSJONER	17
4.2.1	Tvangsmulkt (§ 42).....	17
4.2.2	Overtredelsesgebyr (§ 43).....	18
4.2.3	Tidligere saker.....	18

1. Innledning

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

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

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

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

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

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

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

¹ Rdir. 2005/29/EF

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

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

2. Markedsføringsloven § 15 – Ordlyd og avgrensninger

2.1 Ordlyden

Bestemmelsen lyder:

"§ 15. Begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3 **Hva er "Elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon" jf. § 15 første ledd og "elektronisk post" jf. § 15 fjerde ledd?**

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

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

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

2.4 **"... næringsvirksomhet..." – Hvilke avsendere omfattes?**

Forbudet gjelder kun i tilfelle hvor avsenderen driver næringsvirksomhet. Med næringsvirksomhet menes enhver vedvarende virksomhet som hovedsakelig har økonomisk vinning som formål. Næringsvirksomhet omfatter imidlertid ikke bare privat sektor. Også virksomhet der inntektene går til et allmennyttig formål, såkalte "non-profit"-virksomheter, og offentlige virksomheter kan etter omstendighetene måtte anses som næringsvirksomhet.⁵

Veldedige organisasjoner, idrettslag eller andre organisasjoner som ikke har økonomisk vinning som hovedformål, må sies å drive næringsvirksomhet i de tilfeller hvor de driver markedsføring som i hovedsak tar sikte på å skaffe inntekter for organisasjonen gjennom f.eks. salg av lodd eller andre produkter.

Forbrukerombudet har lagt til grunn og det følger også forutsetningsvis av forarbeidene til § 15 at rene innsamlingsaksjoner ikke faller under næringsvirksomhetsbegrepet, f.eks. henvendelser til forbrukere der organisasjonen kun ber om pengestøtte.⁶

⁴ Rdir. 2002/58/EF

⁵ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 30

⁶ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 30

Markeds- og opinionsundersøkelser faller også utenfor begrepet næringsvirksomhet, og omfattes således ikke av virkeområdet til mfl. § 15. Se likevel punkt 2.6.3.

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

Forbudet i § 15 gjelder ved utsendelse til alle fysiske personer.⁷ Henvendelser rettet til næringsdrivende omfattes ikke av bestemmelsen.

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

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

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

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

2.6.1 Generelt

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

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

Utsendelse av forespørsel om man ønsker å gi samtykke, skal regnes som en markedsføringshenvendelse. Slike forespørsler kan derfor ikke sendes ut

⁷ Ved implementeringen av EUs kommunikasjonsvern direktiv i 2005 ble tidligere mfl. § 2b endret. Endringen medførte blant annet at den næringsdrivende må innhente samtykke fra enhver "fysisk person" og ikke bare fra "forbrukere".

ved hjelp av de elektroniske kommunikasjonsmetodene som mfl. § 15 omhandler.⁸

2.6.2 Tilbud om deltagelse i konkurranser

Utsendelse av uanmodet e-post e.l. fra en næringsdrivende med tilbud om deltagelse i en konkurranse er etter Forbrukerombudets vurdering i strid med § 15. Det skyldes at konkurranser avholdes for å skape oppmerksomhet om produktene til avsenderen eller dennes samarbeidspartnere.

2.6.3 Nyhetsbrev og markedsundersøkelser

Næringsdrivendes elektroniske nyhetsbrev vil være omfattet av forbudet, hvis formålet med nyhetsbrevet er å markedsføre egne eller andres produkter. Henvendelser som reelt sett er markedsføring bør betegnes som dette og ikke som nyhetsbrev.

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

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

2.7.1 Generelt om samtykke

Samtykket som avgis av forbrukeren skal være en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring.⁹ I tillegg må det stilles nærmere krav til selve prosessen rundt innhenting og videre bruk av samtykker. Følgende krav gjelder:

Frivillig:

Samtykket må avgis frivillig. Forbrukeren skal kunne kalle samtykket tilbake når som helst.

Uttrykkelig:

Samtykket må avgis ved at det foretas en aktiv handling. Forbrukeren kan ikke bindes ved passivitet. Dette medfører at et forhåndsavkrysset felt eller et vilkår i en kontrakt ikke er tilstrekkelig til at skal kunne sies å foreligge et gyldig samtykke. Den næringsdrivende må legge det opp slik at forbrukeren må huke av i en egen boks eller lignende for å bekrefte at samtykket gis.

Informert:

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

⁸ Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33

⁹ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33 flg. og NOU 1997:19 Et bedre personvern kap. 21.

Det må også angis klart hvem samtykket gis til. Innhentes samtykke til å sende ut markedsføring på vegne av "samarbeidspartnere" må det for det første opplyses om dette. For det andre må en oppdatert liste med navn på "samarbeidspartnere" til enhver tid finnes enten direkte i samtykkeerklæringen eller via en lenke til nettside hvor dette fremgår.

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

Samtykkets form:

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

Samtykkets varighet:

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

Passivitet fra den næringsdrivende vil kunne medføre at samtykket opphører slik at dette ikke lenger kan brukes som grunnlag for utsending av markedsføring. Har den næringsdrivende ikke sendt ut markedsføring på grunnlag av et samtykke på lengre tid, kan dette medføre at samtykket ikke lenger kan brukes til utsending av markedsføring.¹⁰

Øvrig om innhenting av samtykke:

Samtykket kan, som nevnt i punkt 2.6.1, ikke innhentes ved at man ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmetoder som omfattes av mfl. § 15 (for eksempel e-post eller SMS) henvender seg til forbrukeren og spør om han eller hun ønsker å gi samtykke.¹¹

Forbrukerombudet anbefaler næringsdrivende å bruke en dobbelt opt-in-modell for å unngå "sjikanepåmelding" og andre misforståelser. Det vil si at mottakeren f.eks. i etterkant av påmelding får tilsendt en e-post av den næringsdrivende, hvor han skal bekrefte påmeldingen. Først når en lenke i e-posten er aktivert av mottakeren, er samtykket gitt.

2.7.2 Samtykke fra barn og unge

Mindreårige under 15 år kan ikke samtykke til å motta markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmidler. Næringsdrivende kan derfor ikke innhente personopplysninger fra mindreårige under 15 år til dette formål, uten at den næringsdrivende først innhenter samtykke fra foreldre. For mer

¹⁰ Se også personopplysningsloven § 28 som slår fast at den behandlingsansvarlige ikke skal lagre personopplysninger lenger enn det som er nødvendig for å gjennomføre formålet med behandlingen..

¹¹ Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33

informasjon om innhenting og bruk av barn og unges personopplysninger, se Forbrukerombudets veiledning om dette.¹²

For mindreårige under 15 år er det altså foreldrene som må gi samtykke til at den mindreårige skal motta elektroniske markedsføringshenvendelser. Når foreldrene har gitt samtykke til dette og det deretter sendes meldinger til barnet under 15 år, må Forbrukerombudets veiledning om "Markedsføring overfor barn" følges. Det må også tas hensyn til denne veiledningen ved markedsføring overfor mindreårige mellom 15 og 18 år.¹³

2.7.3 Særlig om samtykkedatabaser

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

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

Det er i utgangspunktet¹⁴ mulig for en næringsdrivende å kjøpe en samtykkedatabase og sende markedsføring til forbrukerne som står oppført der. Forutsetningen for dette er at den næringsdrivende sender et varsel til forbrukerne om at han har kjøpt databasen, samt informasjon om hvordan forbrukeren kan trekke samtykket tilbake. Hvor ofte, og om hvilke typer produkter, den næringsdrivende som har kjøpt databasen kan sende ut markedsføring til forbrukeren, vil bero på det opprinnelige samtykket.

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

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

Ved inngåelse av en avtale om kjøp av varer eller tjenester kan det ikke stilles vilkår om at forbrukeren må gi samtykke til at den næringsdrivende i ettertid kan rette markedsføringshenvendelser til ham eller henne.¹⁵

¹² <http://www.forbrukerombudet.no/index.gan?id=11037365&subid=0>

¹³ <http://www.forbrukerombudet.no/index.gan?id=11037365&subid=0>

¹⁴ Et unntak fra dette utgangspunkt kan være der tjeneste- eller produktkategoriene for databasen, som står registrert sammen med forbrukerens personalia og kontaktinformasjon, kan avsløre noe konfidensielt eller følsomt om den forbrukeren. I disse tilfellene er det ikke sikkert at databasen kan selges.

¹⁵ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33 (nest siste punktum i femte avsnitt under "Til § 2b") og Forbrukerombudets langvarig praksis etter tidligere mfl. § 9a.

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

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

Forbrukerombudet mener det er betenkelig at forbrukerne lokkes med belønning og premier for å gi avkall på beskyttelse som tilkommer dem etter lov. Markedsføringstiltak hvor det benyttes belønning/premiering kan bli ansett å være i strid med god markedsføringsskikk etter § 2, men de kan også anses urimelige etter det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6.

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

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

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

2.7.6 Særlig om "Tips en venn"-funksjoner

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

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

Markedsrådet har vurdert problemstillingen i to tidligere saker.¹⁶ I begge avgjørelsene har rådet foretatt en konkret vurdering av markedsførings-tiltakene, og i vurderingen av om tidligere mfl. §1 har vært overtrådt har det blitt lagt stor vekt på om den næringsdrivende har gitt tipseren mulighet til å oppnå en belønning for å sende ut tips. Markedsrådet har likevel uttalt at det ikke var grunnlag for et standpunkt om at enhver "tips-en-venn"-funksjon som belønner tipserne, var i strid med mfl. §1.

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

3. Unntak fra hovedregelen om samtykke og øvrige krav

3.1 Hvilke unntak foreligger?

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

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

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

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

¹⁶ MR-sak 05/01 Co-shopper og MR-sak 24/05 Caliber Media

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

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

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

Formålet med mfl. § 15 er å sikre retten til privatlivets fred for fysiske personer, og hensynet til kundene veier derfor tyngst ved vurderingen av om et kundeforhold er opprettet eller ikke. For at forbudet ikke skal uthules, må unntaksregelen tolkes snevert.¹⁷

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

Et enkeltkjøp, for eksempel av en billig forbruksartikkel, må som regel ses på som et avsluttet forhold. Ved kjøp av en kapitalvare, f.eks. en ny bil, er det imidlertid mer naturlig med kundeoppfølging.

Eksempler på situasjoner der det opprettes kundeforhold er følgende:

- Løpende avtaleforhold hvor det er nødvendig for kundepleien med en viss kommunikasjon partene imellom, for eksempel abonnementer, kontoavtaler, forsikringsavtaler, serviceavtaler, avtale om fast bidrag til ideelle organisasjoner/fast giveravtale, medlemskap og bonuskort-ordninger.
- Kjøp av større gjenstander, typisk kapitalvarer hvor det gjerne følger med serviceavtaler.
- Gjentatte kjøp av billige forbruksartikler innen korte tidsrom. Som eksempel kan nevnes kjøp av mobile innholdstjenester hvor kundeforhold anses å foreligge dersom forbrukeren har kjøpt tre enkelt-tjenester i løpet av 30 dager eller vært påmeldt en abonnementstjeneste sammenhengende i 30 dager.

Kundeforhold opphører i det øyeblikk en løpende avtale eller et medlemskap opphører. Det samme gjelder dersom en serviceavtale løper ut eller det har gått så lenge siden kunden gjorde sitt siste enkeltkjøp at det ikke lenger er naturlig med kontakt mellom kjøper og selger.

3.3.2 Innhenting av kundens elektronisk adresse

Kunden skal selv ha gitt fra seg sin elektroniske adresse (e-postadresse eller mobiltelefonnummer til bruk for utsendelse av SMS- og MMS-beskjeder m.v.) til den næringsdrivende i forbindelse med kjøp av vare eller tjeneste. Kunden kan f.eks. ha gitt fra seg opplysningene på den

¹⁷Ot.prp.nr. 92 (2003-2004) punkt 3.2.3

næringsdrivendes hjemmeside eller ved å fylle ut en fysisk blankett i den næringsdrivendes butikk i forbindelse med et kjøp.¹⁸

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

Den næringsdrivende kan ikke:

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

3.3.3 Ytterligere krav til den næringsdrivende ved avtaleinngåelsen

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

- Før markedsføringshenvendelsen sendes ut skal mottakeren ha fått opplyst at den næringsdrivende vil sende ut markedsføring ved hjelp av elektroniske kommunikasjonskanaler (e-post, SMS o.l.). Se punkt 3.3.3.1
- Før markedsføringshenvendelsen sendes ut skal mottakeren ha hatt mulighet til å si "nei takk" til slike henvendelser. Se punkt 3.3.3.2
- Mottakeren skal ha en enkel og gebyrfri adgang til å si "nei takk" ved hver eneste etterfølgende utsendt markedsføringshenvendelse. Se punkt 3.3.3.3

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

Den næringsdrivende kan kun sende ut markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder hvis kunden før den første markedsføringshenvendelsen sendes ut klart og utvetydig har blitt opplyst om at e-postadressen eller telefonnummeret han har gitt fra seg vil bli benyttet til dette formålet.

Slik informasjon kan enten gis i forbindelse med at kunden handler hos den næringsdrivende første gang, eller eventuelt på det tidspunktet det kan sies å foreligge et kundeforhold.

3.3.3.2 Opplysning om muligheten til å frabe seg markedsføring

Når forbrukeren gir fra seg den elektroniske adressen eller eventuelt på et senere tidspunkt før den første markedsføringshenvendelsen sendes ut, skal mottakeren gis mulighet til å takke nei til markedsføringen.

Det skal være mulig for kunden å meddele med det samme kundeforholdet opprettes at vedkommende ikke ønsker å motta markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmetoder. Muligheten for å si "nei takk" kan

¹⁸ Selv om det er innhentet e-postadresser i forbindelse med gjennomføring av kjøp, må forbruker ha gitt direkte uttrykk for at han ønsker e-postreklame ved å avgi samtykke eller unnlate å frabe seg dette (i tilfellene hvor det kan sies å foreligge et kundeforhold)

f.eks. fremgå av hjemmesiden eller bestillingsskjemaet hvor kunden opplyser e-postadresse eller telefonnummer.

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

3.3.3.3 Enkel og gebyrfri adgang til å frabe seg markedsføring

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

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

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

3.3.4 Kun egne og tilsvarende produkter eller tjenester

Næringsdrivende kan kun markedsføre egne produkter eller tjenester som er tilsvarende det forbrukeren tidligere har kjøpt på bakgrunn av at det foreligger et kundeforhold.¹⁹

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

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

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

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

¹⁹ Vilkåret ble inntatt i den tidligere mfl. § 2b ved implementeringen av EUs kommunikasjonsvern direktiv i norsk rett i 2005.

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

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

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

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

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

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

En annen forskjell går ut på at det er begrenset hva en næringsdrivende kan markedsføre i kraft av unntaket i tredje ledd, idet det kun er egne tilsvarende produkter eller tjenesteytelser som kan markedsføres. Innhenter den næringsdrivende i stedet et positivt samtykke fra kunden etter første ledd, begrenses den næringsdrivende kun av samtykkets innhold som også kan omfatte andre produkter og tjenesteytelser.

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

3.4. § 15 femte ledd – Ehandelslovens bestemmelser

Det følger av mfl. § 15 femte ledd at bestemmelsene i ehandelsloven²⁰, blant annet § 9 om elektronisk markedsføring, gjelder i tillegg til § 15.

²⁰ Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

Ehandelslovens § 9 lyder:

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

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

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

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

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

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

4. Håndhevelse av mfl. § 15

4.1 Generelt

Forbrukerombudet skal ut fra hensynet til forbrukerne føre tilsyn med at de næringsdrivende overholder mfl. § 15. I utgangspunktet vil Forbrukerombudet forfølge alle overtredelser, med særlig fokus på de som er av alvorlig karakter. Det vil i denne forbindelse blant annet legges vekt på antall klager, antall uanmodede henvendelser som er sendt, gjentatte overtredelser mv.

Forbrukerombudet samarbeider om håndhevelse og etterforskning av grenseoverskridende spam-saker i flere internasjonale fora, blant annet i OECD, EU og ICPEN. ICPEN er det Internasjonale nettverk for forbrukerbeskyttelse og håndhevelse og består av forbrukermyndigheter i 33 land verden over.

4.2 Sanksjoner

Ved brudd på mfl. § 15 kan Forbrukerombudet, dersom inngrep er nødvendig ut fra hensynet til forbrukerne, fatte enkeltvedtak om forbud (§ 40), påbud (§ 41), tvangsmulkt (§ 42) og overtredelsesgebyr (§ 43), jf. § 39.

Vedtaket kan også rettes mot medvirkere, jf. § 39 tredje ledd.

Medvirkningsansvar kan pålegges juridiske personer, for eksempel reklamebyråer og annonseorganer, men også fysiske personer, for eksempel daglig leder, styreleder eller styremedlemmer. Den formelle tittelen til en person i et selskap er imidlertid ikke avgjørende for om medvirkningsansvar kan ilegges. Er det en annen person som gjennom sin rolle i firmaet i realiteten står bak lovbruddet, for eksempel gjennom tilrettelegging eller bistand til overtredelsen av § 15, og dette kan dokumenteres eller sannsynliggjøres, kan personen ilegges medvirkningsansvar.²¹

Det vil videre kunne rettes vedtak mot personer uten at vedtaket samtidig rettes mot et firma.²²

Forsettlig og vesentlig overtredelse av § 15 kan etter påtale fra påtalemyndigheten også straffes med bøter, fengsel inntil 6 måneder eller begge deler dersom ikke strengere straffebestemmelse kommer til anvendelse jf. mfl. § 48. Medvirkning kan straffes på samme måte.

4.2.1 Tvangsmulkt (§ 42)

For å sikre at vedtak etter §§ 40 og 41 overholdes skal det fastsettes en tvangsmulkt som den som vedtaket retter seg mot skal betale dersom vedkommende overtrer vedtaket. Fastsettelse av tvangsmulkt kan unnlates dersom særlige grunner tilsier det, jf. mfl. § 42. Reglene i § 42 er i hovedsak en videreføring av den tidligere tvangsgebyrordning.²³

Formålet med tvangsmulkten er å påvirke den næringsdrivende til å avstå fra den urimelige handlingen, og mulkten skal virke avskrekkende i forhold til ytterligere overtredelse.

Tvangsmulktens størrelse skal fastsettes etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Det skal legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre vedtaket jf. § 42 annet ledd siste setning. Andre relevante vurderingsmomenter er sakens art og innklagedes økonomiske forhold.²⁴

Forbrukerombudet og Markedsrådet kan kreve å få opplysninger om den næringsdrivendes økonomiske forhold etter mfl. § 33. Selv om den næringsdrivende ikke på papiret tjener penger, kan det være grunnlag for å fastsette en relativt høy tvangsmulkt.²⁵

Tvangsmulkten kan fastsettes løpende, f.eks. per dag eller uke inntil den næringsdrivende opphører å bryte vedtaket. Den kan også settes til et engangsbeløp, eventuelt til et beløp per overtredelse.²⁶ I saker hvor det er

²¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 212

²² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 212

²³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 213

²⁴ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 158 og s. 213 jf. Ot.prp. nr. 34 (1994-1995) s. 20-21

²⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 158 og s. 213

²⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 213

brudd på mfl. § 15 vil det ofte være fare for hyppig gjentakelse av det samme bruddet, fordi det som regel er forbundet svært lave kostnader med å sende ut markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmetoder.

Endelig vedtak om betaling av tvangsmulkt er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. mfl. § 42 tredje ledd.

4.2.2 Overtredelsesgebyr (§ 43)

Forbrukerombudet kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved overtredelser av § 15 jf. mfl. § 43 som den som vedtaket retter seg mot, skal betale. Vilkår for at overtredelsesgebyr kan ilegges er at overtredelsen er forsettlig eller uaktsom og at overtredelsen enten anses som vesentlig eller at den har skjedd gjentatt.

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

Overtredelsesgebyr skal i likhet med tvangsmulkt utmåles etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Et overordnet prinsipp er at overtredelsesgebyr bør settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det blant annet legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger jf. § 43 annet ledd. Vurderingsmomentet "omfang" innebærer at det for eksempel i spam-saker vil være relevant å se hen til antallet ulovlige utsendelser.²⁷

Endelig vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. § 43 tredje ledd.

4.2.3 Tidligere saker

Forbrukerombudet har fattet vedtak i en rekke saker for brudd på tidligere mfl. § 2b.²⁸ Da den nye mfl. § 15 i sin helhet viderefører § 2b, vil praksis etter den sistnevnte bestemmelsen fortsatt være relevant.

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

²⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) side 214

²⁸ Vedtak av 07.02.05 mot Comtive AS og Cocell AS

http://forbrukerombudet.no/asset/1653/1/1653_1.pdf

Vedtak av 20.04.06 mot Nattavisen (Nordisk Nettmagasin AS)

<http://www.forbrukerombudet.no/index.gan?id=11032779&subid=0>

Vedtak av 23.03.07 mot Robert Lund

<http://www.forbrukerombudet.no/index.gan?id=11037629>

Vedtak av 18.10.07 mot Bodyform AS

<http://www.forbrukerombudet.no/index.gan?id=11038388&subid=0>