

Tore Lunde
Ingvild Mestad
Terje Lundby Michaelsen

Markedsføringsloven

med kommentarer

2. utgave



GYLDENDAL
JURIDISK

TORE LUNDE, INGVILD MESTAD OG TERJE LUNDBY MICHAELSEN

MARKEDSFØRINGSLOVEN

MED KOMMENTARER

Andre utgave



GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2015

1. utgave, 1. opplag 2010

2. utgave, 1. opplag 2015

ISBN 978-82-05-48316-3

Omslagsdesign: Gyldendal Akademisk

Sats: HAVE A BOOK

Brødtekst: Minion 10/14 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Juridisk

Postboks 6730 St. Olavs plass

0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk

juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Forord til andre utgave

Markedsføringsloven fra 2009 har vært i kraft i over 5 år, og vi har funnet behov for å foreta en oppdatering av kommentarutgaven. Det har siden første utgave kommet en rekke avgjørelser både fra nasjonale og internasjonale tvisteløsningsorganer, som bidrar til å kaste nærmere lys over forståelsen av direktivet om urimelig handelspraksis og selve loven.

Medforfatter til førsteutgaven, Ingvild Mestad, har dessverre ikke hatt mulighet til å delta i arbeidet med andreutgaven av boken. Hun står imidlertid fortsatt som medforfatter, idet hennes bidrag til førsteutgaven i vesentlig grad er benyttet i andreutgaven, men oppdatert og revidert av Tore Lunde og Terje Lundby Michaelsen. Arbeidet med andreutgaven har vært delt mellom oss. Tore Lunde har behandlet introduksjonskapitlet, kommentarene til lovens kapittel 1, 2, 4, 5, §§ 25–27, 30–31 samt kapitlene 7, 8 og 10. Terje Lundby Michaelsen har i samarbeid med Tore Lunde hatt ansvar for lovens kapittel 3, §§ 28–29 samt kapittel 9. Førsteutgavens kapittel 11 om sivilrettslige sanksjoner er på grunn av endringen ved lov 31. mai 2013 nr. 25 endret og innarbeidet i kommentarene til kapittel 9, som nå omhandler både strafferettslige og sivilrettslige sanksjoner.

I andreutgaven har vi valgt å trekke noe større veksler på dansk og svensk rett enn i første utgave.

Vi takker Kluge Advokatfirma DA for å ha lagt til rette for at Terje Lundby Michaelsen har kunnet delta også i arbeidet med 2. utgaven.

Vi takker også vit.ass./stud.jur. Constance Jessen Holm for utmerket bistand med manuskript- og kildekontroll, korrekturlesing og utarbeidelse av registre m.m.

Framstillingen er søkt ført à jour pr. 1. desember 2014.

Bergen/Oslo/Hamar, 1. desember 2014

Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen

Tore.Lunde@jur.uib.no

Ingvild.Mestad@domstol.no

Terje.Michaelsen@kluge.no

Forord til første utgave

Vedtakelsen av ny markedsføringslov 9. januar 2009, med ikrafttredelse 1. juni 2009, har utløst behov for ny litteratur på markedsføringsrettens område, noe denne kommentarutgaven er ment å imøtekomme.

Kommentarutgaven har blitt til i samarbeid mellom Tore Lunde, Ingvild Mestad og Terje Lundby Michaelsen. Mestad og Michaelsen har til daglig et arbeidsfellesskap i KLUGE Advokatfirma DA. Tore Lunde er professor ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, med ansvar for konkurranserett, markedsføringsrett og kjennetegnsrett. Han har tidligere arbeidet som advokat i Kluge, og vært tilknyttet som partner ved siden av stilling ved Universitetet. Lunde er også leder av Markedsrådet for perioden 2009–2012. Det understrekes for ordens skyld at synspunktene som fremkommer i kommentarutgaven er forfatterne egne vurderinger, og kan ikke anses som uttrykk for Markedsrådets vurderinger.

Vår erfaring med rådgivning, tvistebehandling, teoretiske analyser og undervisning innen de felter som markedsføringsloven favner, danner bakgrunnen for vårt arbeid med denne lovkommentaren. Vi håper at både den akademiske og den praktiske innfallsvinkelen har satt sitt preg på boka, og at den vil dekke både praktikeres og andres behov for litteratur på området.

Arbeidet med kommentarutgaven har vært delt mellom oss, slik at vi har skrevet utkast til kommentarer til hver våre kapitler og paragrafer, og deretter kommentert og gitt innspill til de andres utkast. Tore Lunde har skrevet kommentarene til lovens kapittel 1, 2, 4, §§ 24–27 og kapittel 7, Ingvild Mestad kommentarene til §§ 22, 23, 30, 31, kapittel 9 og del III, og Terje Lundby Michaelsen kommentarene til kapittel 3, §§ 28 og 29 og kapittel 8. Henvisninger til regler og praksis er søkt ajourført per 1. januar 2010, og i noen få tilfeller er det trukket inn praksis som er kommet til etter denne dato.

Vi takker vår kollega, advokat Marco Lilli, og avdelingsdirektør Gry Nergård hos Forbrukerombudet, som begge har lest og kommentert manuskriptet i sin helhet, og vår advokatassistent Svanhild Gjesdal og sekretær Siw Torgersen, som begge har bistått med tekstbehandlings- og redigeringsarbeid, samt jusstudent Ann-Ida Østensen som har bistått med utarbeidelse av registre. Vi vil også takke KLUGE Advokatfirma DA, som har stilt tid til rådighet for skrivearbeidet.

Sluttresultatet er det likevel forfatterne som er ansvarlige for. Eventuelle feil, mangler eller unøyaktigheter er alene vårt ansvar.

En ny lov skaper nye problemstillinger som må avklares. Vi antar at de nærmeste årenes praksis rundt markedsføringsloven gjør det nødvendig med revideringer og ajourføringer av denne boken. Vi er takknemlige for kommentarer, innspill og forbedringsforslag, til bruk i eventuelle senere utgaver.

Oslo og Bergen, 3. januar 2010

Tore Lunde, Ingvild Mestad, Terje Lundby Michaelsen

Innhold

1 INNLEDNING	17
1.1 Bakgrunn	17
1.2 Lovens struktur	18
1.3 Implementeringen av direktivet – reguleringstekniske forskjeller	20
1.4 Historikk	21
1.5 Nærmere om EU-direktivet om urimelig handelspraksis i forholdet mellom næringsdrivende og forbrukere	22
1.6 Forholdet mellom markedsføringsloven og annen lovgivning som beskytter forbrukerinteresser – særlig om det såkalte «lovstridprinsippet» ..	31
1.7 Ytringsfrihet og kommersielle ytringer	32
2 Markedsføringsrettens rettskilder og metode	33
2.1 Oversikt over rettskildene	33
2.2 Metodiske og rettskildemessige spørsmål i markedsføringsretten	34
 KAPITTEL 1 ALMINNELIGE BESTEMMELSER	39
§ 1 Hva loven gjelder	39
1 Kontroll med markedsføring, handelspraksis og avtalevilkår – de beskyttede interesser	39
§ 2 God markedsføringsskikk mv.	39
1 Generelt	40
2 «God markedsføringsskikk»	41
3 Etske aspekter og miljøargumenter i markedsføringen	43
4 Kjønnsskikkrimerende reklame	46
4.1 Generelt	46
4.2 «i strid med likeverdet mellom kjønnene»	48
4.3 «utnytter det ene kjønnets kropp»	49
4.4 «gir inntrykk av en støtende eller nedsettende vurdering av mann eller kvinne»	50
5 Markedsføring som framstår som «særlig påtrengende»	51
§ 3 Presentasjon og dokumentasjon av markedsføring	52
1 Generelt	52
2 Identifikasjonskrav og presentasjonsplikt	52
3 Plikt til å dokumentere faktiske påstander	56
§ 4 Lovens stedlige virkeområde	58
1 Generelt	58
2 Markedsføring fra utlandet som har virkning i Norge	58
3 Markedsføring som har virkning i utlandet	61
4 Svalbard og Jan Mayen	62

§ 5 Definisjoner	62
1 Forbruker	63
2 Næringsdrivende og næringsvirksomhet	65
3 «Ytelse»	69
4 «Handelspraksis»	69
5 «Garanti»	78
 KAPITTEL 2 HANDELSPRAKSIS OVERFOR FORBRUKERE	79
1 Oversikt	79
§ 6 Urimelig handelspraksis	81
1 Generelt	81
2 Generalklausul mot urimelig handelspraksis	81
3 Vilkår for at en praksis skal kunne anses urimelig	82
3.1 Oversikt	82
3.2 Praksis som strider mot god forretningsskikk overfor forbrukere	82
3.3 Handelspraksisen må være egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd	84
3.4 «Urimelig»-kriteriet	87
4 Virkningsvurderingen – den relevante persongruppen	89
5 Villedende eller aggressiv handelspraksis	92
6 Svartelisten	92
§ 7 Villedende handlinger	93
1 Generelt	94
2 Uriktige/usannferdige opplysninger	95
2.1 Oversikt	95
2.2 Villedning med hensyn til ytelsens eksistens eller art	96
2.3 Villedning med hensyn til ytelsens hovedegenskaper	96
2.4 Villedning med hensyn til omfanget av den næringsdrivendes forpliktelser mv.	102
2.5 Villedning med hensyn til prisopplysninger og prisfordeler	102
2.6 Villedende markedsføring med hensyn til behovet for service, deler, utskiftning eller reparasjoner	105
2.7 Villedning med hensyn til den næringsdrivendes eller den næringsdrivendes agents art, egenskaper og rettigheter	105
2.8 Villedning med hensyn til at forbrukerne ikke skal gis et villedende inntrykk av sine rettigheter, eller risiko som de kan bli utsatt for	106
2.9 Villedning med hensyn til at forbrukerne gis uriktig inntrykk av den næringsdrivendes forpliktelse til å følge bransjenormer	106
3 Påvirkningsvilkåret – transaksjonsvilkåret	107
4 Villedning som følge av markedsføring som forårsaker forveksling med konkurrenters ytelser, varemerker, handelsnavn eller andre kjennetegn	107
5 Villedende handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelige	108
5.1 Generelt om svartelisten punktene 1–23	108
5.2 Nærmere om svartelisten punktene 1–23	109

<i>§ 8 Villedende utelatelser</i>	119
1 Generelt	120
2 Utelatelse av vesentlige opplysninger	120
3 Vilåret om påvirkning	121
4 «Vesentlig informasjon» – «oppfordring til kjøp»	121
5 Opplysninger om pris og andre kostnader	123
6 Nærmere om «oppfordring til kjøp»	124
<i>§ 9 Aggressiv handelspraksis</i>	126
1 Generelt	126
2 Aggressiv handelspraksis	127
3 Momenter i vurderingen av om en handelspraksis er aggressiv	128
3.1 Generelt	128
3.2 Tidspunkt, sted, art og varighet	128
3.3 Bruk av truende eller utilbørlig språk eller atferd	129
3.4 Utnyttelse av en konkret uheldig hendelse eller omstendighet	129
3.5 «Innelåsing» av kunder	130
3.6 Trusler om ulovlige handlinger	131
3.7 Aggressiv handelspraksis som etter svartelisten alltid anses som urimelig ..	131
4 Vilåret om påvirkning	135
<i>§ 10 Prismerking mv.</i>	136
1 Generelt	136
2 Plikt til prismerking	136
3 Forskrift om gjennomføring av prisinformasjonsplikten	137
4 Informasjonstiltak	138
KAPITTEL 3 SÆRLIGE FORMER FOR MARKEDSFØRING MV.	139
<i>§ 11 Krav om betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale mv.</i> ..	139
1 Generelt	139
2 Kataloghaivirksomhet, fakturabedrageri og liknende	140
3 Forbud mot «negativt salg»	141
4 «uten etter avtale»	143
5 Forbud mot kostbare kontakttefontjenester	145
6 Betaling utover vederlaget for hovedytelsen	146
<i>§ 12 Rett til å reservere seg mot markedsføring ved telefon eller adressert post</i> ...	147
1 Generelt	147
2 Reservasjonsadgangen	148
3 Den næringsdrivendes plikt til å oppdatere adresseregister	151
<i>§ 13 Virkninger av reservasjon</i>	152
1 Forbud mot henvendelser til registrerte fysiske personer	152
2 Henvendelse etter uttrykkelig anmodning fra den som har reservert seg	153
3 Unntaket for eksisterende kundeforhold	154
<i>§ 14 Forbud mot telefonmarkedsføring på enkelte tidspunkter</i>	156

§ 15 Begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder	157
1 Generelt	157
2 Forbud mot uanmodet elektronisk og individuell markedsføring (forbud mot «spam»)	158
3 Telefonmarkedsføring	164
4 Unntaket for eksisterende kundeforhold	165
5 Hva som omfattes av elektronisk post	165
6 Opplysningsplikt – forholdet til ehandelsloven	165
§ 16 Opplysningsplikt ved uanmodet markedsføring ved telefon eller adressert post ..	166
1 Generelt	166
2 Obligatorisk kildemerking	167
3 Opplysninger om at henvendelsen over telefon skjer i markedsføringsøyemed ..	167
§ 17 Levering av uadressert reklame og gratis aviser	168
1 Generelt	168
2 «Nei-takk» til reklame og gratis aviser	169
3 Innstikk	172
§ 18 Tilleggsfordel ved markedsføring til forbrukere	172
1 Generelt	173
2 Opplysningsplikt når den næringsdrivende tilbyr en tilleggsfordel	173
 KAPITTEL 4 SÆRLIG OM BESKYTTELSE AV BARN	174
1 Innledning	174
§ 19 Alminnelig bestemmelse	176
1 Generell aktsomhetsnorm	176
2 Tolkningsprinsipper	177
§ 20 Urimelig handelspraksis overfor barn	177
1 Urimelighetsvurderingen skal foretas ut fra barnas perspektiv	178
2 «Maseoppfordringer»	178
§ 21 Særlig om god markedsføringsskikk overfor barn	180
1 Generelt	180
2 Markedsføring som oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd på vanlige sikkerhetsnormer	180
3 Markedsføring som spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit	181
4 Markedsføring som bruker skremmende virkemidler eller er egnet til å skape frykt eller angst	182
5 Markedsføring som benytter seg av aggressive virkemidler som vold, seksualitet eller rusmidler	182
6 Andre momenter	183
 KAPITTEL 5 KONTROLL MED AVTALEVILKÅR MV.	185
§ 22 Urimelige avtalevilkår	185
1 Generelt	185
2 Forbudshjemmel	187
3 Rimelighetsvurderingen	191
4 Vilkår unntatt fra forbudshjemmelen	198

<i>§ 23 Krav til garantivilkår i forbrukerforhold</i>	199
1 Generelt	199
2 Opplysningspliktens innhold	200
3 Språkkrav	202
4 Utlevering av garantivilkårene	203
<i>§ 24 Avgrensning mot konkurranse-loven</i>	204
 KAPITTEL 6 BESKYTTELSE AV NÆRINGS-DRIVENDES INTERESSER	206
1 Innledning	206
<i>§ 25 God forretningsskikk</i>	208
1 Innledning	209
2 Rettsvirkninger ved overtredelse	209
3 Rettslig standard – metodiske utfordringer	211
4 Typetilfeller	212
4.1 Etterlikning av produkter og andre frambringelser	212
4.2 Etablering av konkurrerende virksomhet	215
4.3 Tredjemanns inngrep i kontraktsforhold	215
4.4 Nedsettende omtale	216
4.5 Andre typetilfeller	217
<i>§ 26 Villedende forretningsmetoder</i>	218
1 Sannhetsprinsippet	218
2 Vurderingsmomenter	218
3 Sammenliknende reklame	220
<i>§ 27 Utilstrekkelig veiledning mv.</i>	222
<i>§ 28 Bedriftshemmeligheter</i>	223
1 Generelt om bestemmelsen	223
2 Objektet for beskyttelse – bedriftshemmeligheten	226
3 Grensen ned mot allmenn viten og subjektiv kunnskap	229
4 Bedriftsspesifikk informasjon	231
5 Betydningsfull informasjon	235
6 Tiltak må være truffet for å holde informasjonen hemmelig	237
7 Særlig om know-how	239
8 Adkomstmåten – i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold	240
9 Den krenkende handlingen – i næringsvirksomhet og rettsstridig utnyttelse	241
10 Utnyttelse av kunnskap fått gjennom andres brudd på taushetsplikt mv.	245
<i>§ 29 Tekniske hjelpemidler.</i>	246
1 Generelt	246
2 Objektet for beskyttelse – tekniske tegninger mv.	246
3 Betroelseskriteriet	247
4 Utnyttelse av rådighet oppnådd gjennom noens rettsstridige handling	248
<i>§ 30 Etterlikning av annens produkt</i>	248
1 Generelt	248
2 Hva kan beskyttes mot etterlikning?	250
3 Hvem retter forbudet mot etterlikning seg mot?	251
4 Hvem kan nyte vern mot etterlikning?	252
5 Etterlikning	253
6 Urimelig utnyttelse	255

7	Forvekslingsfare	261
8	Reservedeler, tilbehør og kompatible produkter	267
9	Virkning av passivitet	268
§ 31	<i>Uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin</i>	268
KAPITTEL 7 HÅNDHEVING		271
1	Innledning	271
§ 32	<i>Forvaltning, organisasjon mv.</i>	272
1	Håndhevingsmyndigheter	272
2	Forbrukerombudet	273
3	Markedsrådet	274
4	Forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets organisasjon og virksomhet	276
5	Forholdet til andre myndigheters kompetanseområde	277
§ 33	<i>Opplysningsplikt</i>	277
1	Oversikt	277
2	Opplysningsplikt	278
3	Granskning og beslag	278
§ 34	<i>Forbrukerombudets tilsynsområde</i>	279
1	Forbrukerombudets tilsynsområde	279
2	Hensyn som skal ivaretas	280
§ 35	<i>Forbrukerombudets saksbehandling (forhandlingsmodellen)</i>	282
1	Forhandlingsmodell	282
2	Frivillig ordning	283
3	Tilfeller hvor det ikke oppnås frivillig ordning	284
4	Saker av prinsipiell karakter	284
§ 36	<i>Tilfeller hvor det ikke er nødvendig å forsøke frivillig ordning</i>	285
1	Unntak fra plikten til å søke å oppnå frivillig ordning	285
2	Unntak fra forhandlingsmodellen for visse tilfeller av manglende oppfyllelse av dokumentasjonsplikten	286
§ 37	<i>Forbrukerombudets vedtakskompetanse</i>	287
1	Forbrukerombudets vedtakskompetanse i «hastesaker»	287
2	Forbrukerombudets vedtakskompetanse i tilfeller hvor Markedsrådet tidligere har truffet forbudsvedtak i en tilsvarende sak	287
3	Forbrukerombudets plikt til å underrette Markedsrådet om vedtaket	288
§ 38	<i>Markedsrådet</i>	288
1	Markedsrådets kompetanse	288
2	Markedsrådet er klageorgan	289
§ 39	<i>Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtak</i>	289
1	Oversikt over de ulike typer vedtak	289
2	Grunnleggende inngrepvilkår	291
3	Markedsrådets vedtak kan ikke påklages til overordnet forvaltningsmyndighet ..	293
4	Ansvar for medvirkning til overtredelse av markedsføringsloven	294
§ 40	<i>Forbudsvedtak</i>	297
1	Forbudsvedtak	297
2	Innholdet i frivillige ordninger	298

3	Omfanget av Forbrukerombudets plikt til å søke oppnådd frivillig ordning ..	299
4	Nærmere om vilkårene for å treffe forbudsvedtak	299
5	Forbudsvedtak skal som hovedregel være ledsaget av tvangsmulkt	301
§ 41	<i>Vedtak om påbud</i>	301
1	Forbrukerombudets påbudskompetanse	301
2	Påbud om prisinformasjon	301
§ 42	<i>Vedtak om tvangsmulkt</i>	301
1	Vedtak om tvangsmulkt	302
2	Tvangsmulktens formål og utmåling	302
3	Fullbyrding av tvangsmulkt	303
4	Reduksjon eller frafall av påløpt tvangsmulkt	304
5	Forskrifter	304
§ 43	<i>Vedtak om overtredelsesgebyr</i>	304
1	Overtredelsesgebyr	305
2	Lovbrudd som kan medføre illeggelse av overtredelsesgebyr	306
3	Skyldkravet	309
4	Beviskrav	310
5	Vern mot gjentatt forfølgning («dobbelstraff») og selvinkriminering	312
6	Utmåling av overtredelsesgebyr	312
7	Forfallstidspunkt og vilkår for tvangsinndrivelse	314
8	Forskrifter om utmåling	315
KAPITTEL 8	GRENSEOVERSKRIDENDE HÅNDHEVING MV.	316
1	Generelt om kapittel 8	316
§ 44	<i>Virkeområde</i>	318
1	Det generelle virkeområdet for kapitlet	318
2	Anvendelsesområdet for forbudsdirektivet	322
3	Anvendelsesområdet for forordningen om forbrukervernsamarbeid	324
§ 45	<i>Adgang til å bringe saker inn for Forbrukerombudet og Markedsrådet</i>	326
§ 46	<i>Godkjenning av myndigheter og organisasjoner</i>	327
§ 47	<i>Innlemmelse av forordning om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning</i>	328
1	Inkorporering av forordningen om forbrukervernsamarbeid	328
2	Forbrukervernsamarbeidet	329
3	Minimum av virkemidler som tilsynsorganer skal ha	329
4	Samarbeidet mellom håndhevingsmyndighetene	330
KAPITTEL 9	STRAFF OG SIVILRETTLIGE SANKSJONER	333
§ 48	<i>Straff</i>	333
1	Generelt	333
2	Forsettlig og vesentlig overtredelse	334
3	Uaktsom overtredelse	335
4	Vesentlig overtredelse	335
5	Brudd på vedtak av Markedsrådet og Forbrukerombudet	336
6	Fritak for straffansvar for underordnet personale	336
7	Fritak for straffansvar ved overtredelse av § 28	337

<i>§ 48 a. Straff og sivilrettslige sanksjoner ved ulovlig bruk av geografiske betegnelser . . .</i>	338
1 Oversikt	338
2 Geografisk betegnelse	339
3 Øvrige sanksjoner mot ulovlig bruk av geografiske betegnelser	340
<i>§ 48 b. Vederlag og erstatning ved overtredelse av visse bestemmelser i kapittel 6 . . .</i>	343
1 Oversikt	344
2 Virkeområdet for bestemmelsen	344
3 Nærmere om utmåling av kompensasjon for rettsbrudd	345
4 Sanksjoner basert på andre rettsgrunnlag	347
4.1 Problemstillingen	347
4.2 Forbud	348
4.3 Erstatning	348
4.4 Vederlag	350
4.5 Vinningsavståelse	351
4.6 Tilintetgjøring og andre tiltak	352
4.7 Midlertidig forføyning. Grensekontroll	353
<i>§ 49 Straffeprosessuelle regler</i>	354
1 Påtale	355
2 Krav om dom for andre tiltak enn straff	356
3 Administrativ og strafferettslig forfølgning	356
 KAPITTEL 10 IKRAFTSETTING, OPPHEVING AV TIDLIGERE LOV, OVERGANGSREGLER OG ENDRINGER I ANDRE LOVER	357
<i>§ 50 Ikraftsetting, oppheving av tidligere lov og overgangsregler</i>	357
<i>§ 51 Endringer i andre lover</i>	357
 VEDLEGG	360
FORKORTELSER	389
LITTERATURLISTE	394
OFFENTLIGE DOKUMENTER	397
LOVER	399
FORSKRIFTER	403
DIREKTIVER, FORORDNINGER OG ANDRE EU/EØS-DOKUMENTER	404
RETTSAVGJØRELSE, FORVALTNINGSVEDTAK OG ANDRE AVGJØRELSE	406
VEILEDNINGER OG RETNINGSLINJER	412
AKTUELLE NETTSTEDER	414
STIKKORD	415

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Markedsføringsloven – lov om markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) – ble vedtatt 9. januar 2009. Loven avløste markedsføringsloven av 1972 (lov 16. juni 1972 nr. 47, heretter mfl. 1972), som ble opphevet med virkning fra samme tidspunkt som den nye loven trådte i kraft 1. juni 2009.

Loven dekker i all hovedsak det samme området som mfl. 1972, men ble revidert særlig foranlediget av direktiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere (heretter omtalt som «Direktivet om urimelig handelspraksis», eller bare «direktivet»), som er inntatt som vedlegg 1 til kommentarutgaven. Direktivets offisielle navn er Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked, og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, Europaparlaments- og Rådsdirektiv 1997/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europaparlaments- og Rådsforordning (EF) nr. 2006/2004. Direktivet ble ved EØS-komiteens beslutning nr. 93/2006 av 7. juli 2006 innlemmet i EØS-avtalen, med forbehold om Stortingets samtykke til godkjenning av beslutningen i samsvar med Grunnloven § 26 annet ledd. Stortingets samtykke til innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen ble gitt 16. februar 2007, jf. St.prp. nr. 9 (2006–2007) og Innst. S. nr. 119 (2006–2007). Se omtale av direktivet i Lunde (2005: 178 og 2012: 23). Se også Trzaskowski (2008: 275 og 2010: 145 flg.).

Loven retter seg mot næringsdrivendes markedsføring i vid forstand. Loven beskytter ulike interesser – både forbrukernes interesser, næringsdrivendes interesser og mer allmenne samfunnshensyn. At loven inneholder bestemmelser som skal ivareta ulike hensyn, var et sentralt moment som begrunnet at departementet ikke valgte å foreslå en særskilt formålsbestemmelse. Bestemmelsen i § 1 om hva loven gjelder, gir en viss pekepinn om lovens formål.

Loven innebærer som nevnt en videreføring av gjeldende rett, med de tilpasninger direktivet krever. Bestemmelsene som gjelder markedsføring mot forbrukere, har imidlertid også vært vurdert i lys av eventuelle behov for endringer, uavhengig av direktivets krav. Derimot har bestemmelsene som skal beskytte næringsdrivende, ikke vært gjenstand for revisjon. Disse reglene,

som tilsvarer markedsføringsloven 1972 §§ 1 (deler av § 1), 3, 7, 8, 8 a, og 9, er plassert i et eget kapittel (kap. 6) adskilt fra bestemmelsene som skal beskytte forbrukernes interesser.

Bestemmelsene om bedriftshemmeligheter og tekniske hjelpemidler i §§ 28 og 29, som tilsvarer tidligere lov §§ 7 og 8, ble imidlertid foreslått overført til straffeloven, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), lovutkastets § 207, i forbindelse med endringene i straffeloven 2005 – slutføringen av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning. Forslaget ble vedtatt ved lov 19. juni 2009 nr. 74 om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning). Lovendringen etterlater en viss uklarhet, ved at det i loven § 412 om endringer i andre lover, endring nr. 87, framgår at bestemmelsene i markedsføringsloven 1972 §§ 7 og 8 oppheves (med virkning fra den tid hele straffeloven 2005 settes i kraft). Ved lovens vedtakelse 19. juni 2009 var imidlertid mfl. 1972 allerede opphevet i sin helhet, ved ikrafttreddelsen av markedsføringsloven 1. juni 2009, jf. loven § 50 første ledd og kgl.res. 9. januar 2009. Endring nr. 87 må nok forstås slik at §§ 28 og 29 i markedsføringsloven 2009 skal oppheves, men først fra det tidspunkt de aktuelle bestemmelser i straffeloven 2005 blir satt i kraft. Forslag om opphevelse av §§ 28 og 29 vil trolig bli fremmet i proposisjon vedrørende ikraftsetting av straffeloven 2005. Bruken av forretningshemmelighet i straffeloven som samlebetegnelse er ny, men innebærer ingen innholdsmessig endring av gjeldende rett. Bestemmelsene er slått sammen og har fått en ny utforming. *Første ledd bokstav a* rammer uberettiget bruk av en slik hemmelighet, deriblant å utnytte den i næringsvirksomhet, som dekkes av markedsføringsloven § 7 i gjeldende rett. *Første ledd bokstav b* rammer den som ikke selv gjør bruk av hemmeligheten, men gjør den kjent for en annen.

1.2 Lovens struktur

Loven er inndelt i 10 kapitler. *Kapittel 1* inneholder bestemmelser av generell karakter. Lovfestingen av prinsippet om at faktiske påstander i markedsføringen skal kunne dokumenteres, innebærer en kodifisering av gjeldende rett. Kapitlet inneholder en videreføring av forbudet mot handlinger som strider mot god markedsføringsskikk, og forbudet mot kjønnsdiskriminerende reklame. Også prinsippet om at all markedsføring skal *framstå* som markedsføring, kommer til uttrykk her. I tillegg inneholder kapitlet bestemmelser om definisjoner og geografisk virkeområde.

Kapittel 2 gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis gjennom bestemmelser som forbyr handelspraksis som er urimelig fordi den strider mot god forretningsskikk overfor forbrukere, særlig praksis som er villedende eller aggressiv. Selv om disse bestemmelsene i vesentlig grad er en videreføring av gjeldende rett, innebærer gjennomføringen av direktivet en endret begrepsbruk, for

eksempel det nye forbudet mot aggressiv handelspraksis. Kapitlet viderefører også gjeldende bestemmelse om prismerking.

Kapittel 3 om særlige former for markedsføring viderefører flere av tidligere gjeldende spesialbestemmelser om markedsføring. Dette gjelder blant annet forbudene mot såkalt kataloghaivirksomhet og negativt salg, som for øvrig ble skjerpet ved lov 20. juni 2014 nr. 27, regulering av levering av uadressert reklame, og begrensninger i bruk av visse former for kommunikasjon. Kapitlet inneholder videre flere viktige endringer sammenliknet med tidligere lov. Dette gjelder forbrukernes rett til å si nei til gratis aviser, nye regler om markedsføring ved hjelp av telefon eller adressert post samt endringer i bestemmelsene om bruk av tilleggssytelser i markedsføringen.

Kapittel 4 inneholder nye særregler for å beskytte barn og unge mot markedsføring. Disse reglene er ment å være en lovfesting av gjeldende praksis, som innebærer at lovens bestemmelser tolkes strengere i den næringsdrivendes disfavør i tilfeller hvor markedsføringen er rettet mot barn.

Kapittel 5 regulerer myndighetens kontroll med avtalevilkår og krav til garantivilkår i forbrukerforhold, og viderefører gjeldende rett.

Kapittel 6 inneholder som nevnt bestemmelsene i 1972-loven som utelukkende regulerer forholdet næringsdrivende imellom. Eventuelle endringer i disse bestemmelsene har ikke vært utredet. EU-kommisjonen har imidlertid initiert en strategi for å forbedre beskyttelsen av næringsdrivendes interesser mot villedende og sammenliknende reklame, nedfelt i forslag til endringer i direktiv 2006/114, se COM(2012) 702 final. Endringsforslaget har imidlertid blitt stanset av den politiske ledelse i DG JUST, og det er uklart hvorvidt forslaget vil bli fremmet på ny. Eventuelle endringer i kapittel 6 som følge av en mulig direktivendring ligger uansett et stykke fram i tid.

Kapittel 7 inneholder bestemmelser om håndheving og regulerer Forbrukerombudets og Markedsrådets kompetanse. Gjeldende system videreføres, hvor Forbrukerombudet er tilsynsorgan, mens Markedsrådet er et domstolsliknende forvaltningsorgan, overordnet Forbrukerombudet i faglige saker. Kapitlet inneholder enkelte nydannelser, med sikte på effektivisering av Forbrukerombudets håndheving på enkelte punkter, samt en ny bestemmelse om adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på enkelte av lovens bestemmelser.

Kapittel 8 viderefører med enkelte tekniske justeringer bestemmelsene om grenseoverskridende håndheving av forbrukerregelverk innenfor EU/EØS-området.

Kapittel 9 inneholder bestemmelser om straff og sivilrettslige sanksjoner. Straffehjemlene er i forhold til tidligere noe innskrenket, som konsekvens av endringene som gjelder effektivisering av den administrative håndhevingen. En vesentlig endring i kapittel 9 fant sted ved lov 31. mai 2013 nr. 25, hvor det

ble vedtatt nye bestemmelser om sivilrettslige sanksjoner. Endringene er nedfelt i § 48 a om straff og sivilrettslige sanksjoner ved ulovlig bruk av geografiske betegnelser, og ny § 48 b om vederlag og erstatning ved overtredelse av visse bestemmelser. Endringene trådte i kraft 1. juli 2013.

Kapittel 10 inneholder bestemmelser om ikrafttredelse, oppheving av tidligere lov, overgangsregler og endringer i andre lover. De fleste av endringene i andre lover er hovedsakelig av historisk interesse. Angrerettloven av 2000 er med virkning fra 20. juni 2014 erstattet med ny angrerettlov (LOV-2014-06-20-27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven) (gjennomføring av direktiv 2011/83/EU om forbrukerrettigheter).

1.3 Implementeringen av direktivet – reguleringstekniske forskjeller

Rettslige
standarder

Et karakteristisk trekk ved mfl. 1972 var at mange av bestemmelsene var generelt utformet med bruk av rettslige standarder, som for eksempel «urimelig», «god forretningsskikk» og «god markedsføringsskikk». Slike standarder legger til rette for en fleksibel vurdering med muligheter for at praksis kan justeres i takt med samfunnsutviklingen for øvrig. Denne lovgivningsteknikken er også utbredt i en rekke andre lands markedsførings- og forbrukerlovgivning. Flexibiliteten som rettslige standarder gir med hensyn til tolkning og praktisering, innebærer imidlertid en risiko for at ulikeartet praksis i de enkelte land vil kunne representere handelshindringer i strid med prinsippene om de fire friheter. Et ønske om å redusere handelshindringene er også bakgrunnen for initiativet til harmonisering av dette rettsområdet gjennom direktivet om urimelig handelspraksis. Også direktivet om urimelig handelspraksis er utformet ved hjelp av sentrale rettslige standarder. I motsetning til markedsføringsloven 1972 er det i direktivet definisjoner av flere begreper, og bestemmelsene er også vesentlig mer detaljerte enn hva som er vanlig for norske rettslige standarder. Disse forskjellene må ses i lys av harmoniseringsformålet.

Gjennom-
føringen av
direktivet i norsk
rett

Disse reguleringstekniske forskjellene har reist spørsmål om på hvilken måte direktivet *burde* gjennomføres i norsk rett. I høringsnotatet med forslag til ny lov presenterte departementet to alternative lovforslag basert på ulike teknikker. Det ene forslaget fulgte direktivets systematikk, der direktivets vilkår og mest sentrale begreper er tatt inn. De deler av direktivet som har mer karakter av å være forklaringer og presiseringer som allerede er velkjente i det norske systemet, ble under dette alternativet foreslått tatt inn i lovens forarbeider (alternativ 1).

Det alternative forslaget lå svært nært opp til direktivteksten, men med nødvendige omskrivninger for å tilpasse teksten til norske forhold. I tillegg omfattet forslaget også direktivets lister og i noe større grad presiseringer og forklaringer.