

Mai 2007

Forbrukerombudets retningslinjer for markedsføringsloven § 2b (SPAM)

1. Innledning
2. Markedsføringsloven § 2b – Begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder
3. § 2b 1. ledd – Forbud mot markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder
 - 3.1 Elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon
 - 3.2 "... næringsvirksomhet..." – Hvilke avsendere omfattes?
 - 3.3 "... fysiske personer..." – Hvilke mottakere omfattes?
 - 3.4 "... markedsføringshenvendelse..." – Hvilke henvendelser omfattes?
 - 3.4.1 Henvendelser med tilbud om deltagelse i konkurranser
 - 3.4.2 Nyhetsbrev og markedsundersøkelser
 - 3.5 "... forutgående samtykke..." – Hva er et samtykke?
 - 3.5.1 Samtykke fra barn og unge
 - 3.5.2 Samtykke i relasjon til interessedatabaser
 - 3.5.3 Premiering for samtykke – deltagelse i konkurranser
 - 3.5.4 Krav om samtykke for inngåelse av avtale
 - 3.5.5 Annen belønning for å motta markedsføring
 - 3.6 "Tips en venn"-funksjoner
4. Unntak fra hovedregelen om samtykke
 - 4.1 § 2b 2. ledd – "... kontaktes muntlig ved hjelp av telefon..."
 - 4.2 § 2b 3. ledd – "... eksisterende kundeforhold..." – Hva er et kundeforhold?
 - 4.3 Krav til kundeforholdet
 - 4.3.1 Tidspunktet for innhenting av e-postadresse/mobiltelefonnummer
 - 4.3.2 Krav til informasjon om hva adressen vil kunne bli benyttet til
 - 4.3.3 Opplysning om muligheten til å frabe seg markedsføring
 - 4.3.4 Enkel og gebyrfri adgang til å frabe seg markedsføring
 - 4.3.5 Det er kun egne tilsvarende produkter eller tjenester som kan markedsføres
 - 4.4 Forskjellen mellom et samtykke etter 1. ledd og eksisterende kundeforhold i 3. ledd
5. § 2b 4. ledd – Elektronisk post
6. § 2b 5. ledd – Ehandelslovens bestemmelser
7. Forbrukerombudets håndhevelse av § 2b
 - 7.1 Tidligere saker

1. Innledning

Disse retningslinjene inneholder en nærmere redegjørelse for hvilke regler som gjelder for markedsføring ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmetoder som e-post, SMS, faks o.l.

Markedsføringsloven § 2b 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 kan påføre mottakeren omkostninger. Samtidig er det ved anvendelse av elektroniske kommunikasjonsmetoder mulighet for å "spamme" (masseutsendelse av markedsføringsmateriale) svært mange mottakere, uten at det er nevneverdige omkostninger eller besvær forbundet med det for den næringsdrivende.

Er du som næringsdrivende i tvil om utsendelse av markedsføring vil være i samsvar med kravene i mfl. § 2b etter å ha lest disse retningslinjene, kan du kontakte Forbrukerombudet for å få veiledning. Forbrukerombudet har ikke anledning til å forhåndsgodkjenne markedsføring, men du kan få gode råd om innholdet av bestemmelsen.

2. Markedsføringsloven § 2b – Begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder

Bestemmelsen lyder:

"§ 2b. Begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder

Det er forbudt i næringsvirksomhet uten mottakerens forutgående samtykke å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved hjelp av 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 hjelp av 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 frabe seg 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 (SMS og MMS).

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

Departementet kan ved forskrift gi nærmere bestemmelser om hva som omfattes av første ledd."

Markedsføringsloven (mfl.) § 2b trådte i kraft 1. mars 2001, og ble endret 1. februar 2005 som en følge av Norges implementering av EUs kommunikasjonsvern direktiv (2002/58/EF). Denne endringen medførte at det ikke lenger bare er fra "forbrukere" det må innhentes et forhåndssamtykke, men fra enhver "fysisk person".

Endringen innebærer også at det i tilfeller hvor det etter 1. februar 2005 opprettes et kundeforhold mellom en næringsdrivende og en fysisk person, vil den næringsdrivende kunne sende kunden markedsføring for sine egne tilsvarende produkter ved hjelp av e-post eller SMS/MMS uten at kunden har gitt et uttrykkelig samtykke til dette.

3. § 2b 1. 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.

3.1 "Elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon"

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

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.

3.2 "... næringsvirksomhet..." – Hvilke avsendere omfattes?

For det første gjelder forbudet kun i tilfelle hvor det drives næringsvirksomhet. Med dette menes enhver vedvarende virksomhet som hovedsakelig har økonomisk vinning som formål. Næringsvirksomhet omfatter imidlertid ikke bare privat sektor. Også bedrifter som eies av det offentlige omfattes, samt såkalte "non-profit"-virksomheter, jf. mfl. § 19.

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 imidlertid lagt til grunn at rene innsamlingsaksjoner ikke vil falle under næringsvirksomhetsbegrepet, f.eks. henvendelser til forbrukere der organisasjonen kun ber om pengestøtte.

Markeds- og opinionsundersøkelser faller også utenfor begrepet næringsvirksomhet, og omfattes således ikke av mfl § 2b's virkeområde. Se i denne forbindelse likevel punkt 3.4.2.

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

Den andre avgrensingen av rekkevidden av forbudet i mfl. § 2b, må gjøres i forhold til om mottaker er en fysisk person eller næringsdrivende. Henvendelser rettet til næringsdrivende omfattes ikke av bestemmelsen.

Det er klart at 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, uansett om e-posten inneholder tilbud til virksomheten. Det er imidlertid tillatt å sende markedsføring til e-postadresser som ikke tilhører en bestemt fysisk person, f.eks. post@firmaX.no.

Utsendelse av e-postmarkedsføring til en e-postadresse registrert som kontaktadresse til et foretak i Brønnøysundregisteret eller annet firmaregister, vil være i strid med mfl. § 2b dersom adressen er til en fysisk person, f.eks. ola.nordmann@firmaX.no.

Det kan oppstå tvilstilfeller, fordi det f.eks. ikke fremgår klart av e-postadressen om den tilhører en fysisk person eller ikke. Om det ikke er sikkert at mottakeren er en juridisk person, må avsenderen i slike tilfelle innhente samtykke fra mottakeren før den elektroniske markedsføringshenvendelsen kan sendes.

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

Det er kun hvor det er snakk om å sende ut markedsføringshenvendelser at den næringsdrivende må ha innhentet samtykke på forhånd.

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 underordnet 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 § 2b. Det kreves derfor på samme måte som for andre markedsføringshenvendelser, at forbrukerne på forhånd må ha gitt samtykke til å motta denne typen henvendelser.

I tillegg til dette, følger det av forarbeidene til bestemmelsen¹ at utsendelse av forespørsel om man ønsker å gi samtykke, skal anses som en markedsføringshenvendelse. Slike forespørsler kan derfor ikke sendes ut ved hjelp av de elektroniske kommunikasjonsmetodene som mfl. § 2b omhandler.

3.4.1 Henvendelser med 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 § 2b. Det skyldes at konkurranser avholdes for å skape oppmerksomhet om produktene til avsenderen eller dennes samarbeidspartnere.

3.4.2 Nyhetsbrev og markedsundersøkelser

Næringsdrivendes elektroniske nyhetsbrev vil være omfattet av forbudet, hvis formålet med nyhetsbrevet er å markedsføre egne eller andres produkter.

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

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

Det kreves at samtykket som avgis av forbrukeren skal være en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring.

Dette innebærer at dersom det skal kunne sies å foreligge et gyldig samtykke, må følgende krav være oppfylt:

- Samtykket må avgis frivillig.
- Samtykket må avgis ved at det foretas en aktiv handling
- Et forhåndsavkryset felt i en bestilling, kontrakt og lignende godtas ikke, fordi det ikke nødvendigvis er uttrykk for kundens vilje eller ønske, og fordi bestemmelsen forutsetter en aktiv handling fra kundens side for å avgis samtykket.
- Forbrukeren må på forhånd ha blitt informert om hva det innebærer å avgis et slikt samtykke.
- Forbrukeren skal når som helst kunne kalle samtykket tilbake.
- Det må angis klart hvem samtykket gis til.
- 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.

Det stilles forøvrig ikke noe formkrav til samtykket, som dermed kan gis både muntlig og skriftlig. Det er imidlertid den næringsdrivende som skal bevise at mottakeren har gitt samtykke, og virksomhetene må derfor oppbevare dokumentasjonen for samtykket. Innhenting av samtykke kan praktisk sett f.eks. skje via en hjemmeside på Internett.

¹ Ot. prp nr. 62 (1999-2000) s. 33

Samtykket kan, som nevnt under punkt 3.4, ikke innhentes ved at man ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmetoder som omfattes av mfl. § 2b (for eksempel e-post eller SMS) henvender seg til forbrukeren og spør om han eller hun ønsker å gi samtykke.

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.

3.5.1 Samtykke fra barn og unge

Mindreårige under 15 år kan ikke samtykke til å motta markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmidler, fordi innhenting av personopplysninger bare kan skje fra mindreårige som har fylt 15 år. Næringsdrivende kan derfor ikke innhente personopplysninger fra mindreårige under 15 år til dette formål, uten at den næringsdrivende først innhenter samtykke fra foreldre. For mer informasjon om innhenting og bruk av barn og unges personopplysninger, se Forbrukerombudets veiledning om dette http://forbrukerombudet.no/asset/1211/1/1211_1.pdf.

For mindreårige under 15 år kan altså foreldre gi samtykke til å motta elektronisk post. Når foreldrene har gitt samtykke til markedsføringsmeldinger via elektronisk post og lignende, og når det deretter sendes meldinger til barnet under 15 år, må Forbrukerombudets retningslinjer om "Markedsføring når barn er målgruppen"² følges. Det må også tas hensyn til disse retningslinjene ved markedsføring overfor mindreårige mellom 15 og 18 år.

3.5.2 Samtykke i relasjon til interessedatabaser

Interessedatabaser går ut på å innhente forbrukernes samtykke til at en ikke nærmere angitt krets av næringsdrivende kan sende ut markedsføring, innenfor områder som forbrukerne samtidig tilkjenner sin interesse for. Forbrukernes adresser blir deretter brukt av næringsdrivende som ønsker å målrette sine markedsføringshenvendelser mot interesserte kunder.

Ved bruk av interessedatabaser må det legges vekt på at interesseskjemaets utforming og innholdet av rubrikken til samtykke og underskrift sikrer at forbrukernes samtykke er tilstrekkelig informert. Det vil si at forbrukeren skal være klar over at han gir et samtykke, hvor ofte markedsføring vil bli sendt ut og at det klart og tydelig fremgår hvilke emner det gis samtykke til.

3.5.3 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 krav om at forbrukeren må gi samtykke til at den næringsdrivende i ettertid kan rette markedsføringshenvendelser til ham eller henne.

² http://www.forbrukerombudet.no/asset/864/1/864_1.pdf

Det følger av forarbeidene³ til bestemmelsen, og Forbrukerombudets langvarige praksis etter mfl. § 9a, at det ikke kan settes som kontraheringsvilkår at forbrukeren må motta markedsføring for å kunne handle.

3.5.4 Premiering for samtykke – deltakelse i konkurranser

Forbrukerombudet har sett at noen næringsdrivende tilbyr forbrukere å delta i en konkurranse, under forutsetning av at de gir et samtykke til å motta markedsføringsmateriale. Som utgangspunkt mener Forbrukerombudet at det er betenkelig at forbrukerne lokkes med premier for å gi avkall på den beskyttelse som tilkommer dem ifølge lovgivningen.

I en konkurranse hvor for eksempel forbrukerne gis mulighet til å vinne en hovedgevinst til en relativt høy verdi hvis de melder seg på innen en bestemt frist, vil ofte forbrukernes oppmerksomhet ledes bort fra at de mot en beskjeden sjanse for å vinne en premie avgir personopplysninger som skal brukes til å sende markedsføring. Etter Forbrukerombudets vurdering vil et slikt konsept hvor forbrukerne "lokkes" til å gi fra seg samtykke til å motta markedsføring kunne være i strid med mfl. § 1. Hvert enkelt tilfelle må derfor vurderes konkret for å avgjøre om det er lovstridig.

Det vil også bli sett hen til målgruppen for konseptet, jf. punkt 3.5.1 ovenfor om mindreåriges samtykke.

3.5.5 Annen belønning for å motta markedsføring

Om det er i orden å tilby forbrukere betaling eller andre former for belønning for å motta markedsføring avhenger for det første av 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. 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.

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 eller særskilte rabatter på hotellopphold.

Slike konsepter reiser potensielt problemer i forhold til det generelle forbudet i markedsføringsloven mot urimelige markedsføringsmetoder. Så langt har ikke Forbrukerombudet konkludert med at noen av de eksemplene vi har sett har vært i strid med lovverket, men en slik vurdering vil bli gjort i hvert tilfelle som måtte dukke opp.

Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på omfanget av markedsføringen som de som 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.

³ Jf. Ot.prp.nr.62 (1999-2000) s. 33 (nest siste punktum i 5. avsnitt under "Til § 2 b")

Det vil også bli sett hen til målgruppen for konseptet, jf. punkt 3.5.1 ovenfor om mindreåriges samtykke. En konkurranse som retter seg mot barn vil uansett kunne være i strid med mfl. § 1. Et eksempel på dette er at barn og unge kan tjene penger ved å rekruttere venner inn i et pyramidelignende konsept.

3.6 "Tips en venn"-funksjoner

Det oppstår enkelte særspørsmål når næringsdrivende oppfordrer forbrukere til å bruke e-post eller andre elektroniske kommunikasjonskanaler til å tipse en venn om den næringsdrivendes hjemmeside eller produkter, eller å sende en hilsen som inneholder markedsføring til en venn via den næringsdrivendes hjemmeside.

Funksjonene kalles ofte "Tips en venn", og innebærer at en forbruker som følger oppfordringen, sender markedsføringsmateriale eller en lenke til den næringsdrivendes hjemmeside, til en person som ikke har anmodet om det. I noen tilfeller blir forbrukeren premiert for å "tipse" sin venn.

I utgangspunktet er det slik at den næringsdrivende som benytter andre til å sende ut markedsføringsmateriale skal påse at mfl. § 2b blir overholdt, og åpenbare omgåelser av dette vil kunne rammes. Er det forbrukere, og ikke den næringsdrivende selv, som initierer og gjennomfører utsendelsen av markedsføringen, er det markedsføringsloven § 1 og det generelle forbudet mot markedsføringsmetoder som er urimelig overfor forbrukerne som kommer til anvendelse.

Markedsrådet har ved to anledninger tatt stilling til om konkrete "tips en venn"-funksjoner strider mot mfl § 1.⁴ I begge disse avgjørelsene har Markedsrådet i sin vurdering trukket fram tipserens mulighet for å oppnå en belønning ved å sende tips som et sentralt moment ved vurderingen av om mfl. § 1 er overtrådt. Videre har rådet uttalt at det ikke er grunnlag for et standpunkt om at enhver "tips en venn"-funksjon som belønner tipserne er i strid med mfl. § 1, men at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak.

I henhold til grensene som er trukket opp av Forbrukerombudet og Markedsrådet, er det lovlig å benytte "Tips en venn"-funksjoner hvis man kun stiller funksjonen til rådighet, uten at forbrukeren oppfordres til 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, basert på momentene som er nevnt ovenfor, måtte foretas en konkret vurdering for å avgjøre om markedsføringen er lovstridig.

4. Unntak fra hovedregelen om samtykke

4.1 § 2b 2. ledd – "... kontaktes muntlig ved hjelp av telefon."

Henvendelser der forbrukeren kontaktes muntlig ved hjelp av telefon er etter bestemmelsens andre ledd unntatt fra forbudet. Vi viser i denne forbindelse til reglene for reservasjon mot

⁴ MR-sak 05/01 (CoShopper) og MR-sak 24/05 (Caliber Media)

direkte markedsføring i personopplysningsloven § 26⁵ (se www.datatilsynet.no for mer informasjon om dette).

4.2 § 2b 3. ledd – "... eksisterende kundeforhold..." – Hva er et kundeforhold?

For at det skal foreligge et eksisterende kundeforhold må mottakeren av markedsføringshenvendelsen ha kjøpt varer eller inngått avtale om levering av en tjeneste fra den næringsdrivende etter at mfl § 2b ble endret (dvs. den 1. februar 2005).

Formålet med bestemmelsen er å sikre retten til privatlivets fred for fysiske personer, og i følge forarbeidene⁶ veier derfor hensynet til kundene tyngst ved vurderingen av om et kundeforhold er opprettet eller ikke. For at forbudet ikke skal uthules, må unntaksregelen derfor tolkes snevert.

Hvilket som helst engangskjøp er ikke nok til at det kan sies å foreligge et kundeforhold, fordi et enkeltkjøp ofte må ses på som et avsluttet forhold. Ved kjøp av en enkelt billig forbruksartikkel foreligger det sjelden et kundeforhold, mens det ved kjøp av en kapitalvare, f.eks. en bil, er mer naturlig med kundeoppfølging. Det må blant annet vurderes om handelen gjør at det fremstår som naturlig med videre kontakt mellom den næringsdrivende og kunden, i tillegg til at markedsføringsfremstøtet må skje innen rimelig tid etter salget for at ikke kundeforholdet skal regnes som avsluttet.

Et konkret eksempel på hva som må til for at et kundeforhold opprettes, kan illustreres med de krav som stilles ved kjøp av mobile innholdstjenester. Når det gjelder slike kjøp har Forbrukerombudet i samarbeid med bransjen kommet fram til retningslinjer, bl.a. for hva som kan anses tilstrekkelig til at det er opprettet et kundeforhold. Dette henger sammen med at en mobil innholdstjeneste typisk er en slik "billig forbruksartikkel" som det må kjøpes flere av før det kan anses opprettet et kundeforhold.

Kravet som stilles til denne bransjen går ut på at det ved kjøp av mobile innholdstjenester først etableres et kundeforhold når kunden aktivt har bestilt minst 3 enkelttjenester i løpet av 30 dager eller vært påmeldt en abonnementstjeneste sammenhengende i 30 dager. Kundeforholdet opphører dersom det ikke skjer noen bestilling fra kunden i løpet av 60 dager.

For mer informasjon om de nærmere detaljene rundt dette, se Forbrukerombudets retningslinjer for mobile innholdstjenester⁷.

4.3 Krav til kundeforholdet

Det er en forutsetning for å komme inn under unntaket at kunden selv har gitt fra seg sin elektroniske adresse til den næringsdrivende. Det vil typisk gjelde kundens e-postadresse eller kundens mobiltelefonnummer (til bruk for utsendelse av SMS- og MMS-beskjeder mv.). Kunden kan f.eks. gi fra seg opplysningene på den næringsdrivendes hjemmeside eller ved å fylle ut en fysisk blankett i den næringsdrivendes butikk i forbindelse med et kjøp.

⁵ <http://www.lovdatabasen.no/all/hl-20000414-031.html> - 26

⁶ Ot.prp.nr. 92 (2003-2004) punkt 3.2.3

⁷ http://www.forbrukerombudet.no/asset/2488/1/2488_1.pdf

Den næringsdrivende kan ikke benytte elektroniske adresser og mobiltelefonnumre som er opplyst av andre, eller som den næringsdrivende på annen måte er kommet i besittelse av.

I tillegg til ovennevnte stilles det flere krav i tredje ledd i forbindelse med kjøpet. I forbindelse med at et eksisterende 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.).
- Før markedsføringshenvendelsen sendes ut skal mottakeren ha hatt mulighet for å si "nei takk" til slike henvendelser.
- Mottakeren skal ha en enkel og gebyrfri adgang til å si "nei takk" ved hver eneste etterfølgende utsendt markedsføring.

Den næringsdrivende kan i tillegg til dette kun markedsføre egne, tilsvarende produkter eller tjenesteytelser.

Annen kundekommunikasjon enn markedsføring kan fritt sendes uten hinder av mfl § 2b. 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.

4.3.1 Tidspunktet for innhenting av e-postadresse/mobiltelefonnummer

E-postadressen eller mobiltelefonnummeret skal være gitt i forbindelse med kjøp av en vare eller tjeneste. Unntaket forutsetter også at det har skjedd eller skal skje en betaling. 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 i medhold av 3. ledd. I disse tilfellene må den næringsdrivende i stedet innhente et aktivt samtykke, jf. punkt 3.

Det er ikke lovlig å bruke adresser mottatt fra andre enn kunden selv, f.eks. adresser oppsamlet fra en "tips en venn"-funksjon på den næringsdrivendes hjemmeside.

Det forhold at kunden i ettertid benytter seg av en eventuell angrerett betyr ikke at den næringsdrivende ikke lengre kan sende ut markedsføring. Kunden må i dette tilfelle benytte seg av muligheten til selv å frabe seg fremtidig markedsføring.

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

Den næringsdrivende kan kun sende ut markedsføringshenvendelser via elektroniske kommunikasjonsmetoder hvis kunden før den første markedsføringshenvendelsen sendes ut klart og utvetydig har blitt opplyst om at e-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 når man har nådd punktet der man kan si at det har blitt

opprettet et kundeforhold, jf. eksempelvis det som er sagt over i punkt 4.2 om når det opprettes kundeforhold ved bestilling av mobile innholdstjenester.

4.3.3 Opplysning om muligheten til å frabe seg markedsføring

Kunden skal i forbindelse med avgivelsen av sin elektroniske adresse klart og utvetydig opplyses om muligheten for på en lett måte å frabe seg markedsføring.

Det skal være mulig for kunden med det samme å meddele at vedkommende ikke ønsker å motta markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmetoder. Muligheten for å si "nei takk" kan f.eks. fremgå av den hjemmeside eller den bestillingsseddel hvor kunden opplyser sin adresse.

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. 3.5.3.

4.3.4 Enkel og gebyrfri adgang til å frabe seg markedsføring

Kunder som ikke sier "nei takk" i forbindelse med at det opprettes kundeforhold skal ha en enkel og gebyrfri adgang til å frabe seg slike henvendelser, og det skal derfor 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.

4.3.5 Det er kun egne, tilsvarende produkter eller tjenester som kan markedsføres

Kundens elektroniske adresse kan ikke benyttes til å markedsføre andre næringsdrivendes produkter eller tjenesteytelser. I den forbindelse er det avgjørende om der 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.

Ved vurderingen av konkrete tilfeller må den næringsdrivende ha for øye, at det ifølge forarbeiderne til lovendringen er snakk om et snevert unntak fra forbudet mot uanmodede henvendelser ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmetoder. Tilsvarende produkter eller tjenesteytelser skal dog ikke nødvendigvis forstås som fullstendig identiske produkter eller tjenesteytelser.

Utgangspunktet for denne 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 for.

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:

- 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 film.
- Ved kjøp av leker, kan andre leker markedsføres, men ikke andre produkter til barn.
- Ved kjøp av en bil, kan andre biler markedsføres, men ikke tilbehør til biler og tjenesteytelser i relasjon til biler.

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 3. ledd er overholdt.

4.4 Forskjellen mellom et samtykke etter 1. ledd og eksisterende kundeforhold i 3. ledd

Et samtykke etter 1. ledd kan enkelt forklares med at man sier "ja takk" til å motta markedsføring, mens det etter 3. ledd 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 3.ledd, idet det kun er egne tilsvarende produkter eller tjenesteytelser som kan markedsføres. Innhenter den næringsdrivende i stedet et positivt samtykke fra kunden etter 1. ledd, begrenses den næringsdrivende kun av samtykkets innhold som også kan omfatte andre produkter og tjenesteytelser.

3. ledd medfører ingen endringer i hvordan et samtykke skal innhentes. Endringen berører heller ikke de samtykker som er innhentet før lovendringens ikrafttreden. Slike samtykker er fortsatt gyldige.

5. § 2b 4. ledd – "... elektronisk post..." – Hva er elektronisk post?

Etter § 2b 4. ledd er elektronisk post *"enhver henvendelse i form av tekst, tale, lyd eller bilde som sendes via et elektronisk kommunikasjonsnett, og som kan lagres i mottakerens terminalutstyr inntil mottakeren henter den. Herunder omfattes tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon (SMS og MMS)."*

Denne definisjonen av begrepet "elektronisk post" svarer til direktivet om personvern og elektronisk kommunikasjon artikkel 2 bokstav h. I tillegg til "vanlig" e-post blir tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon (SMS og MMS) omfattet. Definisjonen "elektronisk post" omfatter derimot ikke f.eks. vanlig TV-markedsføring, fordi det her ikke er snakk om individuelt adresserte meldinger.

6. § 2b 5. ledd – Ehandelslovens bestemmelser

Etter § 2b 5. ledd gjelder ehandelslovens bestemmelser, blant annet § 9 om elektronisk markedsføring, i tillegg til § 2b.

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 reklametilbud som rabatter, premier, gaver og salgsfremmende konkurranser og spill lett skal kunne identifiseres, samt krav til god informasjon om priser, vilkår og betingelser knyttet til det aktuelle tilbudet.

7. Forbrukerombudets håndhevelse av § 2b

Forbrukerombudet følger nøye med på om bestemmelsen blir overholdt, og vil i utgangspunktet 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.

Overtredelse av mfl. § 2b vil kunne føre til forbudsvedtak med tvangsgebyr, jf. mfl. § 16. Etter mfl. § 17 kan overtredelse også straffes med bøter og/eller fengsel i opptil 6 måneder.

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

7.1 Tidligere saker

Forbrukerombudet har i enkelte tilfelle fattet forbudsvedtak på grunn av brudd på mfl. § 2b, blant annet vedtak av 20.04.06 mot Nattavisen (Nordisk Nettmagasin AS)⁸. Vedtaket ble fattet fordi selskapet gjentatte ganger sendte ut SMS-markedsføring til fysiske personer uten at det var innhentet samtykke eller opprettet kundeforhold i henhold til mfl. § 2b.

Forbrukerombudet fattet også vedtak i en lignende sak⁹ i 2005, hvor de aktuelle selskapene (Comtive AS og Cocell AS) gjentatte ganger hadde sendt ut SMS til forbrukere uten samtykke. I tillegg var enkelte av henvendelsene utformet på en slik måte at de ikke umiddelbart fremstod som markedsføring.

I begge disse sakene så Forbrukerombudet det som nødvendig å fatte vedtak også mot styrelederne i firmaene. Dette var basert på at Forbrukerombudet i henhold til mfl. § 14 jf. § 12 har hjemmel til å rette vedtak mot medvirkere. Av forarbeidene, Ot. prp nr. 34 (1994-1995) s. 27 flg., fremgår det at hensynet til en mest mulig effektiv håndhevelse av loven tilsier at det er nødvendig at også personer bak den ulovlige virksomheten bør kunne rammes. Faren for at vedtak omgås ved at det opprettes nye firmaer, og at markedsføringen fortsetter i regi av det nye firmaet, er spesielt fremhevet.

Et annet viktig fellestrekk i sakene var at tvangsgebyret ble satt til et løpende gebyr per overtredelse. I saker hvor det er brudd på mfl. § 2b vil det ofte være fare for hyppig gjentakelse av det samme brudd på markedsføringsloven, fordi det som regel er forbundet svært lave kostnader ved å sende ut markedsføring via elektroniske kommunikasjonsmidler. Det vil derfor ofte være mest hensiktsmessig å utforme vedtaket slik at hver enkelt overtredelse utløser et tvangsgebyr.

Formålet med tvangsgebyret er å påvirke den næringsdrivende til å avstå fra den urimelige handlingen. I følge forarbeidene bør gebyret minst settes så høyt at det ikke lønner seg å overtre vedtaket. Hvis forbudsvedtaket ikke overtres, oppstår ingen betalingsplikt.

Tvangsgebyrets størrelse kan enten fastsettes som et engangsbeløp, som et løpende gebyr per overtredelse eller løpende f.eks. per dag eller uke. Fastsettelsen skal skje ut fra en skjønnsmessig vurdering av sakens art og innklagedes økonomiske forhold, jf. uttalelse i forarbeidene, Ot.prp. 34 (1994-95) s. 20-21.

⁸ <http://www.forbrukerombudet.no/index.gan?id=11032779&subid=0>

⁹ http://forbrukerombudet.no/asset/1653/1/1653_1.pdf