

Barne- og familiedepartementet

**Høringsnotat – forslag til endringer i markedsføringsloven
§ 2b**

**Regulering av uanmodet e-postreklame og lignende – artikkel 13 i
direktiv 2002/58/EF om databeskyttelse innenfor elektronisk
kommunikasjon**

Høringsfrist 26. april 2004

Innhold

1. Hovedinnholdet i høringsnotatet.....	3
2. Bakgrunnen for forslaget	3
3. Departementets merknader til en del hovedspørsmål	5
3.1 Artikkel 13 nr. 1 – særlig om hvem forhåndssamtykke må innhentes fra.....	5
3.1.1 Direktivets krav	5
3.1.2 Gjeldende rett	6
3.1.3 Departementets vurderinger	6
3.2 Artikkel 13 nr. 2 - unntak fra kravet om forhåndssamtykke ved markedsføring til egne kunder	7
3.2.1 Direktivets krav	7
3.2.2 Gjeldende rett	8
3.2.3 Departementets vurderinger	8
3.3 Artikkel 13 nr. 3 og 4.....	10
3.3.1 Artikkel 13 nr. 3 – adgang til å reservere seg mot telefonmarkedsføring	10
3.3.2 Artikkel 13 nr. 4 – opplysningsplikt for avsender av markedsføring ved elektronisk post	10
3.4 Artikkel 13 nr. 5 - bør reglene om forhåndssamtykke eller reservasjonsrett også gjelde overfor juridiske personer?	11
3.4.1 Direktivets krav og gjeldende rett	11
3.5 ”Tips en venn” – funksjoner	11
3.5.1 Gjeldende rett	11
3.5.2 Departementets vurderinger	13
3.6 Håndheving og sanksjoner.....	13
3.6.1 Gjeldende rett etter markedsføringsloven	13
3.6.2 Direktivets krav	14
3.6.3 Departementets vurderinger	14
4. Økonomiske og administrative konsekvenser	14
5. Utkast til lovtekst	15

1. Hovedinnholdet i høringsnotatet

Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om databeskyttelse innenfor elektronisk kommunikasjon (kommunikasjonsvernordningen) inneholder i artikkel 13 bestemmelser om adgangen til å sende elektronisk reklame til mottakere som ikke har gitt sitt samtykke til dette. Det er nødvendig å endre norsk lov for å oppnå harmonisering med direktivet.

Hovedinnholdet i høringsnotatet er at:

- Personkretsen det må innhentes samtykke fra før reklamen kan sendes, utvides i markedsføringsloven § 2b, ved at begrepet "forbruker" erstattes med "fysisk person".
- Det innføres et nytt ledd i markedsføringsloven § 2b som gir markedsføreren adgang til, på visse vilkår, å fravike kravet om forhåndssamtykke ved markedsføringshenvendelser til egne kunder.
- Det bes om høringsinstansenes syn på om også juridiske personer skal beskyttes mot uønsket elektronisk markedsføring.
- Høringsinstansene inviteres til å uttale seg om det er behov for rettslig avklaring av spørsmål om såkalte "tips en venn"-funksjoner.

2. Bakgrunnen for forslaget

Ved hjelp av e-post kan den som markedsfører effektivt og målrettet nå mange mottakere, samtidig som kostnadene med utsendelse er lave. For de som ønsker å markedsføre sine varer og tjenester er dette fordelaktig, og metoden benyttes derfor i økende grad. Etter hvert som mengden av e-postreklame øker, medfører det både uønsket ressursbruk og ergrelse for mottakere som ikke har bedt om å få slike meldinger. Det kan også medføre tekniske problemer hos mottakeren.

Etter markedsføringsloven (lov 16. juni 1972 nr. 47) § 2b første ledd er det forbudt uten at mottakeren på forhånd har samtykket å sende reklame til forbrukere via e-post, tekstmelding til mobiltelefon (SMS), telefaks o.l. Bestemmelsen, som trådte i kraft 1. mars 2001, lyder:

"Det er forbudt i næringsvirksomhet uten mottakerens forutgående samtykke å rette markedsføringshenvendelser til forbrukere ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel elektronisk post, tekstmelding til mobiltelefon, telefaks eller automatisert oppringningssystem (talemaskin)."

For muntlig telefonmarkedsføring gjelder særlige regler. Forbrukerne kan reservere seg mot telefonmarkedsføring i det sentrale reservasjonsregisteret i Brønnøysund.

Regelen om forhåndssamtykke ble tatt inn i loven som en gjennomføring av artikkel 10 nr. 2 i direktiv 97/7/EF om vern av forbrukere ved avtaler som inngås

ved fjernsalg (fjernsalgsdirektivet). Fjernsalgsdirektivet legger opp til et system der forbrukeren må reservere seg for å unngå uønsket reklame via f.eks. e-post. Reglene i direktivet setter imidlertid kun en minste standard for krav til forbrukerbeskyttelse, og ved gjennomføringen i norsk rett ble det valgt å stille krav om forhåndssamtykke fra forbrukeren før reklamen kan sendes. Også etter finsk og dansk rett er det krav til forhåndssamtykke, mens det i Sverige ble valgt en reservasjonsregisterløsning, slik at forbrukeren aktivt må gi beskjed dersom han eller hun ikke ønsker e-postreklame. På bakgrunn av nytt EU-regelverk vil Sverige også i nær fremtid innføre krav om forhåndssamtykke før reklamen kan sendes.

Problemet med masseutsendt uanmodet e-postreklame (såkalt "spam") har bare blitt større med tiden. En undersøkelse foretatt av EU viser at i løpet av sommeren 2003 vil spam utgjøre 50% av all e-post som sendes i verden. En enkelt masseutsendelse kan nå millioner av mottakere. I følge Business Week 15. desember 2003 sendes det på verdensbasis ut 15 milliarder spam-meldinger hver dag.

Som et ledd i bekjempelsen av dette problemet, har EU vedtatt strengere regler for utsendelse av e-postreklame og lignende. Artikkel 13 i kommunikasjonsverndirektivet lyder som følger i dansk utgave:

"Uanmodet kommunikation

1. Anvendelse af automatiserede opkaldsanordninger uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post med henblik på direkte markedsføring kan kun tillades over for abonnenter, som forudgående har givet deres samtykke hertil.
2. Uanset stk. 1 kan en fysisk eller juridisk person, hvis denne fra sine kunder modtager deres egne elektroniske adresseoplysninger vedrørende elektronisk post i forbindelse med salg af et produkt eller en tjenesteydelse i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF, anvende disse elektroniske adresseoplysninger til direkte markedsføring af sine egne tilsvarende produkter eller tjenesteydelser, såfremt kunderne klart og utvetydigt har mulighed for let og gebyrfrit, at afvise en sådan anvendelse af de elektroniske adresseoplysninger, når de indsamles, og ved hver meddelelse, såfremt kunden ikke fra begyndelsen afviste denne anvendelse.
3. Medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger for at sikre - gebyrfrit - at uanmodet kommunikation, hvis formål er direkte markedsføring i andre tilfælde end dem, der er nævnt i stk. 1 og 2, ikke er tilladt, hverken i forhold til abonnenter, som ikke har givet deres samtykke til at modtage sådan kommunikation, eller i forhold til abonnenter, som har frabedt sig at modtage sådan kommunikation. Det afgøres i national lovgivning hvilken af de to muligheder der skal gælde.
4. Udsendelse af elektronisk post som led i direkte markedsføring, hvorved identiteten af den afsender, på hvis vegne meddelelsen sendes, tilsløres eller holdes skjult, eller uden en adresse, som modtageren kan henvende sig til for at få standset sådanne henvendelser, er under alle omstændigheder forbudt.
5. Stk. 1 og 3 finder anvendelse på abonnenter, der er fysiske personer. Medlemsstaterne sikrer endvidere inden for rammerne af gældende fællesskabsret og national lovgivning, at de legitime interesser for abonnenter, der ikke er fysiske personer, nyder tilstrækkelig beskyttelse for så vidt angår uanmodet kommunikation."

Direktivet er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. EØS-komiteén vedtok 20. juni 2003 at direktivet skal innlemmes i EØS-avtalen med forbehold om Stortingets samtykke. Stortinget har ennå ikke behandlet saken. Dette har sammenheng med at kommunikasjonsverndirektivet inngår i en større direktivpakke på teleområdet. På grunn av problemer med andre deler av direktivpakken, har EØS-komiteén ennå ikke fattet vedtak om at disse delene skal tas inn i EØS-avtalen. Det antas at slikt vedtak vil bli fattet i begynnelsen av februar. Deretter vil en samlet stortingsproposisjon bli fremmet for Stortinget.

Det er ennå ikke fastsatt noen gjennomføringsfrist for Norge. Det er likevel forventet at Norge vil være forpliktet til å gjennomføre direktivets bestemmelser en gang i 2004. EU-landene hadde frist for gjennomføring av direktivet den 31. oktober 2003.

Kommunikasjonsverndirektivet hører inn under Samferdselsdepartementets ansvarsområde. Samferdselsdepartementet sendte i høringsbrev av 4. juli 2003 ut forslag til forskrift om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften). Kommunikasjonsverndirektivet, med unntak av artikkel 13, gjennomføres i denne forskriften.

Det anses hensiktsmessig at justeringer i norsk rett som kommunikasjonsverndirektivet artikkel 13 nødvendiggjør, gjennomføres ved endringer i markedsføringsloven. Loven hører inn under Barne- og familiedepartementet. I samråd med Samferdselsdepartementet har Barne- og familiedepartementet ansvaret for gjennomføringen av artikkel 13.

3. Departementets merknader til en del hovedspørsmål

3.1 Artikkel 13 nr. 1 – særlig om hvem forhåndssamtykke må innhentes fra

3.1.1 Direktivets krav

Kommunikasjonsverndirektivet artikkel 13 nr. 1 stiller krav om forhåndssamtykke fra mottakeren før direkte markedsføring ved hjelp av ulike former for elektronisk kommunikasjon kan sendes.

”Elektronisk post” er definert i direktivet artikkel 2 bokstav h), og skal forstås i vid forstand. Både tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon (SMS og MMS) er omfattet.

Det må innhentes forhåndssamtykke fra ”abonnenter”. I artikkel 13 nr. 5 presiseres det at bestemmelsen gjelder for abonnenter som er fysiske personer.

Abonnenter er de som har et kontraktsforhold til tjenestetilbyderen ved en abonnementsavtale. Alle brukere er ikke abonnenter. For eksempel vil ansatte i virksomheter som har fått tildelt e-postkonto av arbeidsgiver ikke være abonnenter. En annen sak er at de kan regnes som forbrukere, jf. nedenfor.

Både forbrukere og næringsdrivende som er fysiske personer faller inn under personkretsen som det må innhentes forhåndssamtykke fra.

3.1.2 Gjeldende rett

Markedsføringsloven gir ingen definisjon av forbrukerbegrepet i § 2b. Forbrukerombudet, som håndhever loven, har mottatt en mengde henvendelser vedrørende bestemmelsen og forståelsen av forbrukerbegrepet når det gjelder utsendelse av e-post. Dette har foranlediget en nærmere dialog mellom Forbrukerombudet, klagere og næringslivet. Denne dialogen har resultert i en orientering fra Forbrukerombudet, datert september 2002, om forståelsen av bestemmelsen.

De klare utgangspunktene er at henvendelser til næringsdrivende ikke omfattes av markedsføringsloven § 2b. Henvendelser som sendes til en forbrukers private e-postadresse, mobiltelefon eller faksmaskin, faller på den annen side klart innenfor bestemmelsen.

Forbrukerombudet legger til grunn at henvendelser til en arbeidstakers e-postadresse på jobben faller inn under § 2b, dersom det er tale om markedsføring av produkter til privat bruk. Reklame for produkter som er rettet til en bedrift fordi de vil kunne være av interesse for bedriften eller de ansatte, og hvor det i de fleste tilfelle vil være bedriften som faktisk går til innkjøp av produktene, vil imidlertid etter en helhetsvurdering kunne sies å være rettet til næringsdrivende og således falle utenfor forbudet.

3.1.3 Departementets vurderinger

Det tematiske innholdet i direktivet artikkel 13 nr. 1 samsvarer fullt ut med markedsføringsloven § 2b. Det kreves forhåndsamtynke før reklame kan sendes ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel e-post, SMS, telefaks eller automatisert oppringningssystem. Muntlig telefonsalg omfattes ikke, jf. reservasjonsadgang.

Det er imidlertid forskjeller når det gjelder det personelle anvendelsesområdet, dvs. hvem forhåndsamtynket må innhentes fra. Forbrukerbegrepet i markedsføringsloven § 2b omfatter en annen personkrets enn kommunikasjonsverndirektivets ”abonnenter som er fysiske personer”. I direktivet skilles det ikke mellom den fysiske personens ulike roller; om vedkommende er å betrakte som forbruker, arbeidstaker eller næringsdrivende.

Bestemmelsene i kommunikasjonsverndirektivet tar sikte på å beskytte fysiske personers rett til privatlivets fred, jf. artikkel 1 og fortalen punkt 12. Individuelt rettet e-postreklame som mottas i jobbsammenheng kan være like plagsom som den en får hjemme. Hensynet til å opprettholde gjeldende forbrukerbeskyttelse, samt formålet med bestemmelsen i direktivet, taler etter departementets syn for at det ikke bør stilles krav til at mottakeren strengt tatt er en abonnent, dvs. har inngått en abonnementsavtale. Også arbeidstakere bør etter departementet syn beskyttes mot å få uønsket e-postreklame i jobbsammenheng.

Departementet foreslår å bruke begrepet ”fysisk person” for å angi hvem forhåndsamtynke må innhentes fra. Dermed omfattes markedsføringshenvendelser til både forbrukere, arbeidstakere og næringsdrivende, men ikke til virksomheter som sådan.

Som støtte for departementets forslag, vises det til den danske markedsføringsloven § 6a, som gjennomfører artikkel 13 i kommunikasjonsverndirektivet. Her har en brukt betegnelsene ”nogen” og ”bestemt fysisk person”, for å angi adressatene for markedsføringshenvendelsene.

Også i den svenske proposisjonen med forslag til endringer i marknadsføringslagen som skal gjennomføre artikkel 13, foreslås det at samtykke må innhentes fra fysiske personer (Prop. 2003/04:43 datert 27.11.2003). Departementet ser det som en fordel at de norske reglene samsvarer med de i våre nærmeste naboland på dette punktet.

Departementets forslag betyr at det ikke må innhentes forhåndssamtykke ved markedsføringshenvendelser til for eksempel postmottak@stortfirma.no eller firmapost@stortfirma.no. Henvendelser direkte sendt til ansatte i bedriften, for eksempel ola.nordmann@stortfirma.no, forutsetter imidlertid forhåndssamtykke uavhengig av om produktet som markedsføres er til bruk på jobb eller til privat bruk. Dessuten vil innehavere av enkeltmannsforetak være beskyttet mot uønsket markedsføring, i likhet med arbeidstakere.

Når det gjelder markedsføring ved hjelp av andre former for elektronisk kommunikasjon, som SMS der meldingen bare sendes et telefonnummer, vil det ofte ikke være mulig for avsenderen å vite hvem som mottar meldingen. Departementets forslag innebærer at avsenderen i realiteten uansett må innhente forhåndssamtykke der det ikke er sikkert at mottakeren av meldingen er en virksomhet.

Endring av § 2b første ledd til å gjelde fysiske personer istedenfor forbrukere nødvendiggjør tilsvarende endring i bestemmelsens andre ledd om unntak for muntlig telefonmarkedsføring.

Det vises til utkastet til endring i markedsføringsloven § 2b første ledd.

3.2 Artikkel 13 nr. 2 - unntak fra kravet om forhåndssamtykke ved markedsføring til egne kunder

3.2.1 Direktivets krav

I direktivet artikkel 13 nr. 2 er det unntak fra kravet om forhåndssamtykke etter nr. 1 i de tilfeller hvor en kunde i forbindelse med salg av en vare eller tjeneste har oppgitt sin elektroniske adresse til den næringsdrivende. Unntaket gjelder bare for markedsføring ved hjelp av e-post.

Det er et krav at opplysningene må være mottatt i overensstemmelse med reglene i direktiv 95/46/EF, personverndirektivet. Her stilles bl.a. krav om at personopplysninger skal innsamles til uttrykkelig angitte og legitime formål, og at den registrerte må gi sitt samtykke til at de behandles. Personopplysninger skal heller ikke brukes til andre formål enn det de er innsamlet til. Personverndirektivet er gjennomført i norsk rett gjennom reglene i personopplysningsloven med forskrifter.

Der slike personopplysninger er innhentet på foreskrevet måte, skal den næringsdrivende kunne benytte den elektroniske adressen til markedsføring av

egne tilsvarende produkter eller tjenester som kundeforholdet baserer seg på. Forutsetningen for dette er at kunden på det tidspunkt han eller hun opplyste om sin adresse hadde anledning til enkelt å reservere seg mot at adressen brukes til direkte markedsføring. Hvis kunden ikke reserverer seg, skal han eller hun gis anledning til dette ved hver enkelt senere markedsføringshenvendelse. Å reservere seg skal være kostnadsfritt for kunden.

Unntaksbestemmelsen ble tilføyd av Europaparlamentet forholdsvis sent i prosessen. Bestemmelsen omtales i direktivets fortale punkt 41, men det gis ingen nærmere begrunnelse for regelen ut over at det er ”rimelig” at det gis en slik adgang i eksisterende kundeforhold. På samme sted presiseres at dette bare gjelder overfor det selskap som har fått opplysningene i overensstemmelse med personverndirektivet. På denne bakgrunn legger departementet til grunn at unntaksadgangen bare gjelder for den fysiske eller juridiske person kunden har inngått avtale med, men ikke for eksempel for datterselskaper innen samme konsern.

3.2.2 Gjeldende rett

Ordlyden i markedsføringsloven 2b gjør ikke unntak fra kravet om forhåndssamtykke i kundeforhold. I forarbeidene til bestemmelsen (Ot.prp. nr. 62 1999-2000 s. 23) står det om samtykkekravet blant annet at:

”Plikten til å innhente samtykke vil i utgangspunktet foreligge selv om den næringsdrivende har all mulig grunn til å anta at forbrukeren vil komme til å gi sitt samtykke på forespørsel. Om forbrukeren er en fast kunde har i denne sammenheng ingen betydning. I noen kundeforhold vil det imidlertid kunne anses å foreligge et samtykke selv om det ikke er gitt eksplisitt.

Der det foreligger en lovbestemt plikt til å tilby en kontraktspart endring av en avtale, må man legge til grunn at denne parten ønsker at loven følges. Tilsvarende vurdering vil måtte legges til grunn i andre tilfeller der lojalitetsplikt i kontraktsforhold eller annen nøktern ivaretagelse av en annens interesser tilsier at man tar kontakt. Et eksempel kan være der en bank tar kontakt med en kunde som har innskudd som er i ferd med å bli foreldet for å undersøke hva vedkommende ønsker å foreta seg.”

3.2.3 Departementets vurderinger

Dagens unntaksadgang fra kravet om forhåndssamtykke, som kan utledes av forarbeidene til markedsføringsloven § 2b, må anses å være for snever til å samsvare med unntaksregelen i direktivet. Det er ikke holdepunkter for annet enn at direktivet bygger på totalharmonisering på dette punktet, hvilket betyr at Norge vil være forpliktet til å innføre en unntaksregel med samme innhold som direktivet.

Utgangspunktet for når det kan sies å foreligge et eksisterende kundeforhold, ligger i direktivets formuleringer ”... sine kunder...” og ”... i forbindelse med salg...”. Dette viser at det er de allerede etablerte kundeforholdene som omfattes av unntaket, jf. også fortalen punkt 41. Det må derfor i det minste være inngått en avtale om kjøp av en vare eller tjeneste. Dette vil utelukke tilfeller hvor en person

bare oppgir sin adresse for å få tilsendt informasjonsmateriale e.l., ønsker å innhente pristilbud, eller å få opplyst leveringstid på en vare eller tjeneste.

Personopplysningsloven (lov 14. april 2000 nr. 31) § 26 femte ledd har et liknende unntak for så vidt gjelder retten til å reservere seg mot direkte markedsføring i det sentrale reservasjonsregisteret i Brønnøysund. Unntaket gjelder for ”...egne produkter fra behandlingsansvarlige som den registrerte har et løpende kundeforhold til.” I følge Datatilsynets tolkning av bestemmelsen, som er publisert i en egen veiledning om direkte markedsføring og personopplysningsloven § 26 datert november 2003, er denne unntaksadgangen snever. Det kreves i utgangspunktet at kundeforholdet er ment å vare over en viss tid. Engangskjøp kan vanskelig karakteriseres som løpende kundeforhold. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av kundens forventning om kontinuitet og fortsatt kontakt i avtaleforholdet.

Departementet antar at det er de samme hensynene som begrunner unntak fra reservasjonsadgang og innhenting av forhåndsamtykke, nemlig at det i enkelte tilfeller er underforstått at kunden ønsker eller forventer å motta informasjon og markedsføring. Unntaksadgangen bør etter departementets syn være snever, for å hindre at regelverket uthules, slik at kunder likevel får uønsket reklame.

Departementet mener det kan reises spørsmål ved om bestemmelsen i kommunikasjonverndirektivet artikkel 13 nr. 2 kan tolkes like strengt som personopplysningsloven § 26 femte ledd. Etter ordlyden i direktivet gjelder unntaket for ”...salg av et produkt eller en tjenesteytelse...” Entallsformen kan tale for at en vanskelig kan si at engangskjøp generelt faller utenfor. Direktivet gir ellers liten veiledning i hva som må kreves av kundeforholdet med hensyn til fasthet og varighet, eller hvor lenge et kundeforhold kan anses å bestå. Dette vil det være opp til praksis å avgjøre, i siste instans EF-domstolens praksis. Departementet ber om høringsinstansenes syn på disse spørsmålene.

Departementet foreslår etter dette å ta inn en regel tilsvarende den som oppstilles i direktivet artikkel 13 nr. 2, jf. forslag til nytt tredje ledd i markedsføringsloven § 2b. Unntaket gjelder bare markedsføring til egne kunder ved hjelp av e-post.

Markedsføringen kan bare gjelde tilsvarende produkter som kundeforholdet er etablert på. En elvarebutikk kan for eksempel sende e-postreklame om PC-produkter til kunder som har kjøpt PCer, men ikke reklame for mobiltelefoner.

Kunden skal ”enkelt og gebyrfritt” kunne frabe seg markedsføringshenvendelser til sin e-postadresse, både når den elektroniske adressen innsamles, og siden ved hver enkelt markedsføringshenvendelse. I kravet til at det skal være gebyrfritt, ligger det at kunden ikke skal belastes med kostnader ut over det en tilsvarende melding normalt vil koste. Det vil være opp til den enkelte næringsdrivende å finne metoder for hvordan dette gjøres. Eksempelvis kan hver e-postmelding inneholde en lenke som forbrukeren enkelt kan klikke på for å stoppe videre utsending av reklame.

Departementet legger til grunn at ”den næringsdrivende” i den forslåtte bestemmelsen skal tolkes snevert, og bare omfatter den fysiske eller juridiske personen kunden har inngått avtalen med. Det betyr at unntaket ikke vil gjelde for f.eks. underleverandører eller datterselskaper.

Det vises til utkast til § 2b nytt tredje ledd.

3.3 Artikkel 13 nr. 3 og 4

3.3.1 Artikkel 13 nr. 3 – adgang til å reservere seg mot telefonmarkedsføring

Bestemmelsen pålegger de nasjonale myndighetene å sikre at abonnenter som er fysiske personer har en kostnadsfri adgang til å unngå å få reklame via elektronisk kommunikasjon, enten via en ”opt-in”-løsning (krav om aktivt samtykke før reklamen kan sendes) eller via en ”opt-out”-løsning (reservervasjonsadgang). Bestemmelsen gjelder kun for kommunikasjonsmetoder ut over de som er omfattet av artikkel 13 nr. 1 og 2. Metoder som omfattes vil typisk være slike som forutsetter større bruk av markedsførers egne ressurser, som for eksempel ordinært telefonsalg, jf. direktivets fortale punkt 42.

I henhold til personopplysningsloven § 26 annet ledd, har personer som har oppgitt sine personopplysninger rett til å ”...kreve sitt navn sperret mot bruk til direkte markedsføring uavhengig av medium. Sperring kan kreves både i det sentrale reservasjonsregisteret og i markedsførers adresseregister”.

Det er opprettet et sentralt reservasjonsregister der alle enkeltpersoner har adgang til å reservere seg mot bl.a. telefonsalg, jf. personopplysningsloven § 26 første ledd og forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 (personopplysningsforskriften) kapittel 5. Foretak og andre som markedsfører direkte, plikter å oppdatere sitt eget adresseregister mot reservasjonsregisteret. Næringsdrivende virksomheter eller andre juridiske personer kan ikke reservere seg i det sentrale reservasjonsregisteret, men det er heller ikke et krav etter direktivet.

Departementet legger etter dette til grunn at det ikke er behov for endringer i norsk rett for å gjennomføre artikkel 13 nr. 3.

3.3.2 Artikkel 13 nr. 4 – opplysningsplikt for avsender av markedsføring ved elektronisk post

I artikkel 13 nr. 4 stilles det krav om forbud mot utsendelse av elektronisk post, herunder SMS, med markedsføringsinnhold uten at det fremgår for mottakeren hvem markedsføreren er og på hvilken adresse han kan kontaktes for å stanse markedsføringen.

I henhold til lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) § 9 skal det ved elektronisk markedsføring klart fremgå hvem markedsføringen skjer på vegne av. Etter loven § 8 første ledd har tjenesteyteren en plikt til alltid å gi informasjon som gjør det mulig å komme i direkte kontakt med denne.

Departementet legger til grunn at dette er tilstrekkelig for å gjennomføre direktivets krav, og foreslår ingen lovendringer på dette punkt.

3.4 Artikkel 13 nr. 5 - bør reglene om forhåndssamtykke eller reservasjonsrett også gjelde overfor juridiske personer?

3.4.1 Direktivets krav og gjeldende rett

I følge direktivet artikkel 13 nr. 5 skal de legitime interessene til abonnenter som ikke er fysiske personer sikres når det gjelder uanmodet kommunikasjon. Det stilles åpent hvordan dette gjøres, bare en holder seg innenfor rammene av gjeldende fellesskapsrett og nasjonal lovgivning. I fortalen punkt 45 heter det at *”Dette direktiv berører ikke de forholdsregler som medlemsstatene treffer for å beskytte juridiske personers legitime interesser med hensyn til uanmodet kommunikasjon med direkte markedsføringsformål.”*

Departementet legger til grunn at bestemmelsen i og for seg ikke krever endringer i nasjonal lovgivning. Artikkel 13 nr. 5 åpner for at det kan opprettes et reservasjonsregister eller et krav til forhåndssamtykke også for abonnenter som er juridiske personer, slik at også denne gruppen kan unngå å få uønskede markedsføringshenvendelser. Etter gjeldende rett kan ikke juridiske personer reservere seg mot uønsket markedsføring, og de er heller ikke omfattet av markedsføringsloven § 2b. Eksempler på juridiske personer er selskaper, borettslag og stiftelser.

Også for firmaer som sådan kan e-postreklame og lignende være en belastning, særlig hvis pågangen er stor. Ved innføring av forbud mot uanmodet e-postreklame til fysiske personer, må det antas at pågangen til juridiske personer vil øke. På den annen side ønsker mange næringsdrivende å motta ”relevant” e-postreklame, for på en enkel måte å bli kjent med hvilke produkter og produsenter som finnes på markedet. Departementet antar videre at juridiske personer generelt sett har bedre forutsetninger for å håndtere uanmodet elektronisk reklame enn det fysiske personer har. Hensynet til *privatlivets fred* er også mindre relevant i disse tilfellene. Disse hensynene må veies mot hverandre, og mye taler for at dersom man skal foreta seg noe bør det skje i form av et reservasjonsregister for juridiske personer og ikke et krav til forhåndssamtykke.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på dette spørsmålet.

3.5 ”Tips en venn” – funksjoner

3.5.1 Gjeldende rett

I praksis har en sett at forbrukere mottar e-postreklame fra næringsdrivende ved hjelp av såkalte ”tips en venn”-funksjoner. Slike funksjoner reiser spørsmål i forhold til forbud mot uanmodet e-postreklame. Konseptet består i at den næringsdrivende legger til rette for at forbrukere ”tipser” andre forbrukere om den næringsdrivendes virksomhet. Dette kan for eksempel skje ved at forbrukere fyller ut e-postadresser til venner og bekjente i en rubrikk på den næringsdrivendes hjemmeside. En innebygd funksjon på nettsiden sørger for at vennene deretter får tilsendt e-post med kommersielle budskap.

I forarbeidene til markedsføringsloven § 2b, Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) side 33, foreslo departementet at forbudet også måtte anses å gjelde for ”tips-en venn”-

funksjoner i den grad de måtte anses som omgåelser av det foreslåtte forbudet. Stortinget tok ikke stilling til dette, men ba departementet om å utrede spørsmålene nærmere, jf. Inst. O. nr. 19 (2000-2001) side 3. Herfra siteres:

”Komiteen forstår departementets endringer i markedsføringsloven slik at man skal innhente forhåndssamtykke også ved bruk av « tips en venn » funksjonen.

Komiteen mener at dette spørsmålet ikke er tilstrekkelig utredet fra departementets side, samt at det heller ikke er skissert hvilke konsekvenser et slikt forhåndssamtykke vil medføre for ulike parter.

Komiteen stiller seg bl.a spørrende til om man kan betrakte det som markedsføring når en forbruker sender informasjon til en annen forbruker.

Komiteen vil videre be departementet komme tilbake med egen sak som omhandler denne problemstilling, slik at Stortinget blir forelagt de ulike konsekvenser, og en nærmere gjennomgang av eventuelt hva som skal reguleres og hva som ikke skal reguleres når det gjelder denne tjenesten.”

Lovligheten av en konkret ”tips en venn”-funksjon ble behandlet av Markedsrådet ca. 5 måneder senere, i den såkalte CoShopper-saken. I Markedsrådets vedtak datert 06.04.2001, ble ”tips en venn”-funksjonen til bedriften CoShopper AS, etter en konkret vurdering, ikke funnet i strid med generalklausulen i markedsføringsloven § 1. I vedtaket presiserer Markedsrådet at en ikke med dette har foretatt en generell vurdering av konseptet ”tips venn”-funksjon. Det bemerkes også at utfallet vil kunne bli annerledes dersom utviklingen skulle gi som resultat andre og større ulemper for forbrukerne i form av høyere kostnader og større ”informasjonsforurensning”.

I Forbrukerombudets retningslinjer for annonsering på Internett datert juni 2002 punkt 4 fremgår det at:

”Ved bruk av ”tips en venn funksjon” der den næringsdrivende oppfordrer forbrukerne til å videresende markedsføring, skal ikke tipsere oppnå fordel som for eksempel gaver, rabatter eller liknende”.

Stifelsen eforum.no, interesseorganisasjon for aktørene innen elektronisk handel og forretningsdrift, har også utarbeidet retningslinjer for ”tips en venn”-funksjoner. Bl.a. fremgår det her at den næringsdrivende ikke skal tilby avsenderen direkte godtgjørelse for sending av meldinger ved hjelp av tipsfunksjonalitet.

Forbrukerombudet har siden avgjørelsen i CoShopper-saken behandlet anslagsvis 10-15 saker om ”tips en venn”-funksjoner. Alle disse sakene har omhandlet tilfeller der forbrukeren har blitt lovet belønning, ofte i form av deltagelse i en konkurranse, for å tipse venner og bekjente om den næringsdrivendes produkter eller hjemmesider. I samtlige saker har også de næringsdrivende rettet seg etter Forbrukerombudets retningslinjer, slik at sakene er løst uten tvangsgebyr eller innbringelse av saken til Markedsrådet.

3.5.2 Departementets vurderinger

Etter departementets syn er det grunn til å være tilbakeholden med å innføre ytterligere detaljerte forbud i markedsføringsloven angående e-postmarkedsføring. Markedsføringsloven § 1 setter forbud mot handling som er urimelig overfor forbrukere eller som for øvrig strider mot god markedsføringsskikk (generalklausulen). Generelle fleksible regler, slik som generalklausulen i markedsføringsloven § 1, egner seg godt til å fange opp utviklingen på et område preget av stadig nye og kreative løsninger. Departementet er foreløpig av den oppfatning at dagens rettstilstand, ved at lovligheten av ”tips en venn”-funksjoner og lignende vurderes konkret i det enkelte tilfelle på bakgrunn av markedsføringsloven § 1 og retningslinjene som er gitt, er tilfredsstillende ut i fra et forbrukersynspunkt.

Det er et generelt prinsipp at det skal mindre til for at markedsføringsloven anses overtrådt når markedsføringen rettes mot mindreårige. Dette betyr at Forbrukerombudet / Markedsrådet vil stille strengere krav enn ellers når ”tips en venn”-funksjoner retter seg særlig mot barn og unge.

Høringsinstansene inviteres til å uttale seg om det er behov for å regulere lovligheten av ”tips en venn” -funksjoner utover dette i markedsføringsloven, og i så fall hvilke elementer en slik regulering bør inneholde.

3.6 Håndheving og sanksjoner

3.6.1 Gjeldende rett etter markedsføringsloven

Forbrukerombudet og Markedsrådet fører tilsyn med markedsføringsloven ut i fra hensynet til forbrukere, jf. markedsføringsloven §§ 12 og 13. Loven kapittel V inneholder nærmere regler om sanksjoner. Lovens to hovedtyper av sanksjoner er tvangsgebyr og straff.

Tvangsgebyr benyttes i forbindelse med Markedsrådets og Forbrukerombudets forbudsvedtak. Et forbudsvedtak innebærer både en konstatering av at det har funnet sted en lovstridig handling og et forbud mot gjentakelse eller fortsettelse av handlingen. I vedtaket skal det med mindre særlige grunner foreligger, fastsettes et tvangsgebyr som skal betales dersom vedtaket overtres, jf. § 16. Tvangsgebyret fastsettes skjønnsmessig, og så høyt at overtredelse ikke vil lønne seg. Overtredelse av vedtaket er straffbart etter § 17.

De fleste forbudene i markedsføringsloven er sanksjonert med straff, jf. § 17. Dette gjelder imidlertid ikke §§ 1 og 9 a, idet disse bestemmelsene inneholder rettslige standarder som bygger på skjønnsmessige vurderinger. Brudd på Forbrukerombudets/ Markedsrådets vedtak etter § 1 og § 9 a er imidlertid straffbare. Straffebestemmelsene håndheves ved ordinær straffesaksbehandling av påtalemyndigheten og domstolene.

Markedsføringsloven gjelder også for handlinger næringsdrivende imellom. Her er det ikke noe håndhevingsapparat, men et selvjustisorgan, Næringslivets Konkurransautvalg, som avgir uttalelser i saker etter loven. For øvrig er det domstolene som avgjør disse sakene.

3.6.2 Direktivets krav

Det fremgår av kommunikasjonsvern direktivet artikkel 15 nr. 2 at sanksjonssystemet i direktiv 95/46/EF (personvern direktivet) kommer til anvendelse ved brudd på nasjonale regler som gjennomfører reglene i kommunikasjonsvern direktivet. Sanksjonssystemet i personvern direktivet fremgår av artikkel 24. Det legges her opp til at de nasjonale myndigheter skal fastsette sanksjoner som skal benyttes ved overtredelse av reglene i direktivet. Direktivet oppstiller ikke nærmere krav til hvilke sanksjoner som skal gjelde.

3.6.3 Departementets vurderinger

Markedsføringslovens sanksjonssystem må antas å oppfylle de kravene som stilles i kommunikasjonsvern direktivet. Som det går fram av redegjørelsen ovenfor, har imidlertid Forbrukerombudet/Markedsrådet kun kompetanse i saker som gjelder forbrukernes interesser. Når det personelle virkeområdet til § 2b utvides slik at bestemmelsen også omfatter andre fysiske personer enn forbrukere (for eksempel selvstendig næringsdrivende), blir det spørsmål om hvem som skal håndheve regelverket ved overtredelser overfor disse. Her er det ikke hensynet til forbrukerne som tilsier inngrep, og Forbrukerombudet / Markedsrådet kan i dag ikke gripe inn etter markedsføringsloven.

Departementet ser foreløpig ikke grunn til å endre på dette. Næringsdrivende vil dermed fortsatt være henvist til å bruke Konkurransutvalget og det alminnelige rettsapparatet i tvister seg imellom. Departementet antar at dette er tilfredsstillende i forhold til direktivets krav til sanksjoner.

Høringsinstansene inviteres til å uttale seg om det er ytterligere behov for egne tilsyns- eller håndhevingsorganer utenfor forbrukerforhold, samt hvem som i så fall kan være aktuelle.

4. Økonomiske og administrative konsekvenser

For næringsdrivende som sender ut elektronisk reklame vil forslaget bety at de må innhente forhåndssamtykke fra en videre personkrets enn i dag. De må også ha oversikt over hvilke personer som har gitt sitt samtykke. Dette kan bety økte kostnader til administrasjon, samt reduserte inntekter pga. at det blir færre personer å sende reklame til i forhold til i dag. På mottakersiden kan forslaget derimot få positive økonomiske og administrative konsekvenser. Næringsdrivende som er fysiske personer og arbeidstakere vil ventelig motta færre uønskede markedsføringshenvendelser, noe som innebærer besparelser både av tid, lavere kostnader ved å opplaste e-postmeldinger, samt mindre behov for tekniske løsninger som stopper uønsket e-postreklame og lignende ("spamfiltre" mv.).

Forbrukerombudet fører i dag tilsyn med markedsføringsloven § 2b. Det foreslås dels en utvidelse av forbudet, ved at det omfatter markedsføring til andre enn forbrukere. Dels foreslås en innsnevring, ved at det innføres et unntak for etablerte kundeforhold. Unntaket for kundeforhold kan medføre at det oppstår en del nye avgrensingsproblemer. Etter forslaget her vil Forbrukerombudet imidlertid ikke håndheve forbudet i forhold til andre enn forbrukere, slik at det neppe vil bety

store endringer i forhold til dagens håndheving av bestemmelsen. Det antas derfor at det ikke vil være behov for å tilføre Forbrukerombudet økte ressurser.

5. Utkast til lovtekst

I lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) gjøres følgende endringer:

§ 2b skal lyde:

§ 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, tekstmelding til mobiltelefon, telefaks eller automatisert oppringningssystem (talemaskin).

Krav om forhåndssamtykke etter første ledd gjelder likevel ikke for markedsføring der *en fysisk person* kontaktes muntlig ved hjelp av telefon.

Krav om forhåndssamtykke etter første ledd gjelder heller ikke markedsføring ved hjelp av elektronisk post i etablerte kundeforhold der den næringsdrivende har mottatt kundens elektroniske adresse i forbindelse med salg. Markedsføringen kan bare gjelde varer, tjenester eller andre ytelser tilsvarende de som kundeforholdet er etablert på. Når den elektroniske adressen samles inn, og ved hver enkelt senere markedsføringshenvendelse, skal kunden enkelt og gebyrfrritt gis anledning til å frabe seg slike henvendelser.

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