

MORTEN GRANDAL
FRODE ELTON HAUG

Markedsføringsrett

i et nøtteskall

2. UTGAVE



GYLDENDAL

MARKEDSFØRINGSRETT

I ET NØTTESKALL

MORTEN GRANDAL OG FRODE ELTON HAUG

MARKEDSFØRINGSRETT

I ET NØTTESKALL



© Gyldendal Norsk Forlag AS 2020

2. utgave, 1. opplag 2020

ISBN 978-82-05-54293-8

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen

Layout: Bøk Oslo AS

Sats: HAVE A BOOK

Brødtekst: Minion Pro 10/14,5 pkt

Papir: Amber Graphic 90 g

Trykk: Opolgraf, Polen 2020

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Akademisk

Postboks 6730 St. Olavs plass

0130 Oslo

www.gyldendal.no/akademisk

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.

Alle Gyldendals bøker er produsert i miljøsertifiserte trykkerier.

Se www.gyldendal.no/miljo

Forord til første utgave

Markedsføringsretten oppstiller bestemmelser for næringsdrivendes handelspraksis og markedsføring overfor forbrukere og konkurrenter.

Formålet med denne boken er å gi en innføring i *markedsføringslovens* regler samt noen pekere til relevant *spesiallovgivning*, herunder regler om markedsføring av finansielle tjenester, helse-tjenester, mat og alkohol mv. samt reglene om angrerett og ehandel.

Målgruppen for boken er studenter (som innføringsbok eller repetisjonsbok før eksamen) og praktikere (advokater, næringsdrivende, reklamebyråer mv.).

Vårt ønske er at boken både kan leses fra perm til perm som en innføringsbok, og kunne benyttes som et oppslagsverk. Vi har også lagt vekt på å illustrere faget for leseren ved å omtale saker fra domstolene, Markedsrådet, Næringslivets Konkurransutvalg og EU-domstolen.

«Nøtteskall»-formatet medfører åpenbart at vi må fokusere på *hovedlinjene*, og vi ber leserne tilgi oss de forenklinger og unøyaktigheter som dette medfører. For den som ønsker å dykke dypere, anbefaler vi særlig Lunde/Mestad/Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer* (2015) og Grandal/Lunde, *Rettsdata Norsk Lovkommentar – Markedsføringsloven* (2016).

6 FORORD TIL FØRSTE UTGAVE

Vi vil rette en stor takk til Ida Vibeke Kyhring i Gyldendal Juridisk for meget god støtte og bistand underveis. Vi retter også en stor takk til professor dr. juris Tore Lunde ved Universitetet i Bergen, som har vært fagkonsulent, og som har gitt oss verdifulle innspill. Vi vil også takke forbrukerombud Gry Nergård, som har lest og kommentert manus. Eventuelle feil eller mangler står naturligvis for vår regning.

Spørsmål og kommentarer mottas med takk:
morten_grandal@hotmail.com eller frodeeh@online.no.

Oslo, 1. juli 2016
Morten Grandal og Frode Elton Haug

Forord til andre utgave

Det har skjedd mange endringer og oppdateringer i markedsføringsretten siden boken kom ut i 2016, og det er derfor behov for en oppdatert utgave. Av større endringer kan vi særlig nevne at håndhevsreglene i lovens kapittel 7 er vesentlig endret og innskjerpet, samt at Forbrukerombudet har skiftet navn til *Forbrukertilsynet*. Det har også kommet mange nye dommer fra EU-domstolen og norske domstoler og en rekke vedtak fra Markedsrådet – blant annet om markedsføring i sosiale medier. EU har også vedtatt flere endringer i direktiver og forordninger som regulerer markedsføring og forbrukerbeskyttelse. Siste skudd på stammen var nye og skjerpede felleseuropeiske regler om håndheving av forbrukervernlovgivning som trådte i kraft 1. juli 2020. Her fikk vi også en helt ny konstruksjon i markedsføringsloven: Forbrukertilsynet og flere andre tilsynsmyndigheter kan nå ta saker til Oslo byfogdembete for å få fjernet digitalt innhold på nettsider og apper som bryter markedsføringsloven og annet forbrukervernregelverk.

Vi håper denne oppdaterte utgaven vil være til nytte og glede.

Spørsmål og kommentarer mottas fortsatt med stor takk:

morten_grandal@hotmail.com eller frodeeh@online.no.

Oslo, 1. oktober 2020

Morten Grandal og Frode Elton Haug

Innhold

KAPITTEL 1 INNLEDNING	17
1.1 Hva er markedsføringsrett?	17
1.2 Markedsføringslovens formål – forbrukere, næringsdrivende og samfunn	18
1.3 Historisk utvikling – nasjonalt og europeisk	19
1.4 Grunnleggende prinsipper og rettslige standarder i markedsføringsloven	21
1.4.1 Oversikt	21
1.4.2 Den rettslige standarden «god markedsføringsskikk» – § 2 (1)	22
1.4.3 Prinsippet om at markedsføring ikke skal være skjult – § 3 (1)	22
1.4.4 Generalklausulen som forbyr «urimelig handelspraksis» i forbrukerforhold – § 6	22
1.4.5 Det ulovfestede lovstridsprinsippet	23
1.4.6 Forbudet mot urimelige avtalevilkår i standardkontrakter – § 22	23
1.4.7 Prinsippet om effektiv håndheving og sanksjonering av lovbrudd i forbrukerforhold	23
1.4.8 Generalklausulen om «god forretningsskikk» næringsdrivende imellom – § 25	24
1.5 Håndheving, sanksjoner og straff	24
1.6 Nærmere om rettskildebildet	25
1.7 Videre fremstilling og avgrensninger	27

KAPITTEL 2 DEFINISJONER.	29
KAPITTEL 3 EU-DIREKTIVER OG FORORDNINGER.	32
3.1 Oversikt	32
3.2 Direktivet om urimelig handelspraksis (2005/29/EF)	33
3.3 Direktivet om urimelige avtalevilkår (93/13/EØF) . . .	34
3.4 Direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83/EU) . . .	35
3.5 Samarbeidsforordningen/CPC-forordningen (forordning (EU) nr. 2017/2394)	36
KAPITTEL 4 GOD MARKEDSFØRINGSSKIKK, KJØNNSDISKRIMINERENDE REKLAME, SKJULT MARKEDSFØRING OG DOKUMENTASJONSPRINSIPPET	37
4.1 Innledning	37
4.2 God markedsføringsskikk – § 2 (1)	37
4.3 Kjønsdiskriminerende reklame – § 2 (2)	39
4.4 Skjult markedsføring – § 3 (1)	41
4.5 Dokumentasjonsprinsippet – § 3 (2)	45
KAPITTEL 5 URIMELIG HANDELSPRAKSIS OVERFOR FORBRUKERE.	47
5.1 Oversikt	47
5.2 Generalklausulen mot «urimelig handelspraksis» – § 6	49
5.2.1 Innledning	49
5.2.2 De to vilkårene for at en handelspraksis skal anses «urimelig» – § 6 (2)	50
5.2.3 Vilkår 1 – «god forretningsskikk overfor forbrukere»	50
5.2.4 Vilkår 2 – påvirkningsvilkåret	53
5.2.5 «Bestemt forbrukergruppe» og «sårbare forbrukere» – § 6 (3)	56
5.2.6 Forholdet mellom generalklausulen i § 6 og spesialbestemmelsene om urimelig handelspraksis i §§ 7–9 og i svartelisten	56
5.2.7 Lovstridsprinsippet	57

5.3	Forbudet mot villedende handlinger – § 7	58
5.3.1	Villedende handlinger – § 7 (1)	58
5.3.2	Påvirkningsvilkåret – § 7 (2)	64
5.3.3	Forveksling med en konkurrents ytelse eller varemerke, handelsnavn eller andre kjennetegn – § 7 (3)	65
5.4	Forbudet mot villedende utelatelser – § 8	65
5.5	Forbudet mot aggressiv handelspraksis – § 9	68
5.6	Forskrift om urimelig handelspraksis («svartelisten») – § 6 (5)	71
5.7	Prismerking mv. – § 10 og § 10a	75
5.8	Spesiallovgivning om markedsføring og veiledninger fra Forbrukertilsynet	77
5.8.1	Spesiallovgivning om markedsføring	77
5.8.2	Veiledninger fra Forbrukertilsynet	77
KAPITTEL 6 SÆRLIGE FORMER FOR MARKEDSFØRING		80
6.1	Oversikt	80
6.2	Negativt salg – § 11	81
6.3	Telefonsalg og adressert reklame – §§ 12, 13, 13a 14, 16 og 16a	86
6.3.1	Bakgrunn	86
6.3.2	Forbudet mot telefonsalg og adressert post – mfl. §§ 12 og 13	87
6.3.3	Unntakene fra forbudet mot telefonsalg og adressert post.	88
6.3.4	Øvrige bestemmelser om telefonsalg og adressert reklame	90
6.4	Elektroniske markedsføringshenvendelser («spam») – § 15	92
6.4.1	Innledning	92
6.4.2	Kommunikasjonsmetoder som omfattes	93
6.4.3	Kravet om forhåndssamtykke – § 15 (1)	94
6.4.4	Unntaket for «eksisterende kundeforhold» – § 15 (3)	96
6.4.5	Oppsummering – samtykke vs. kundeforhold	98
6.5	Uadressert reklame og gratis aviser – § 17	98
6.6	Konkurranser og spill mv. – § 18	100

KAPITTEL 7 SÆRLIGE REGLER OM BESKYTTELSE AV BARN . . .	101
KAPITTEL 8 FORBUDET MOT URIMELIGE	
AVTALEVILKÅR – § 22	106
8.1 Oversikt	106
8.2 Formålet og rekkevidden til bestemmelsen	107
8.3 Kort om direktiv 93/13/EØF – urimelige vilkår i forbrukerkontrakter.	110
8.4 Når vil standardvilkår kunne forbys? Noen utgangspunkter	112
8.4.1 Strid med preseptorisk lovgivning – lovstridsprinsippet.	112
8.4.2 Strid med deklarasjonslovgivning	113
8.4.3 Strid med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper	115
8.5 Kravet til klare avtalevilkår	115
8.5.1 Utgangspunkt for vurderingen av klarhet . . .	115
8.5.2 Den konkrete vurderingen av om vilkår er tilstrekkelig klare	117
8.6 Kravet til balanserte avtalevilkår	118
8.6.1 Utgangspunktet for vurdering av balanse . . .	118
8.6.2 Lovgivning som setter grenser for innholdet i avtalevilkår	121
8.7 Eksempler på urimelige avtalevilkår	122
8.7.1 Innelåsende kontraktvilkår (bindingstid, regulering av oppsigelse, tvungent koblingssalg).	122
8.7.1.1 Bindingstid	122
8.7.1.2 Lang oppsigelsestid og formkrav til oppsigelse	125
8.7.1.3 Tvungent koblingssalg («bundling» og «tying»)	127
8.7.2 Forskuddsbetaling	128
8.7.2.1 Lovgivning som regulerer forskuddsbetaling	129
8.7.2.2 Rettspraksis og forvaltningspraksis om forskuddsbetaling	130

8.7.3	Ensidige endringer	132
8.7.3.1	Lovgivning som regulerer ensidige endringer	132
8.7.3.2	Forvaltningspraksis om ensidige endringer	135

KAPITTEL 9 HÅNDHEVING OG SANKSJONER

I FORBRUKERSAKER	136	
9.1	Tilsynsmyndighetene – Forbrukertilsynet og Markedsrådet – §§ 32 og 33	136
9.1.1	Oversikt.	136
9.1.2	Forbrukertilsynet	137
9.1.3	Markedsrådet.	139
9.1.4	Kort om Forbrukerrådet, Forbruker Europa, Forbrukerklageutvalget og utenrettslige tvistenemnder	141
9.2	Forbrukertilsynets oppgaver, saksbehandling og vedtakskompetanse – §§ 35 og 36	142
9.2.1	Oppgaver	142
9.2.2	Saksbehandling.	143
9.2.3	Vedtakskompetanse	143
9.3	Håndhevingsreglene	144
9.3.1	Oversikt.	144
9.3.2	Endringene i 2018 og 2020	145
9.3.3	Opplysningsplikt og granskning – § 34	147
9.4	Forbudsvedtak, tvangsmulkt og overtredelsesgebyr samt rettens pålegg om fjerning av digitalt netttinnhold mv. – §§ 39–43.	149
9.4.1	Oversikt.	149
9.4.2	Medvirkeransvaret – § 39 (3)	153
9.4.3	Forbudsvedtak med tvangsmulkt – § 41	155
9.4.3.1	Generelt om tvangsmulkt – formål	155
9.4.3.2	Utmåling av tvangsmulkt	155
9.4.3.3	Betaling av tvangsmulkten – tvangsinndrivelse	157
9.4.3.4	Reduksjon eller frafall av påløpt tvangsmulkt	158

14 INNHOLD

9.4.4	Vedtak om overtredelsesgebyr – § 42	158
9.4.4.1	Generelt om overtredelsesgebyr. . .	158
9.4.4.2	Hvilke lovbrudd kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr?	161
9.4.4.3	Skyldkravet – forsett eller uaktsomhet	164
9.4.4.4	Beviskrav – klar sannsynlighetsovervekt	165
9.4.4.5	Vernet mot dobbeltstraff og selvinkriminering.	167
9.4.4.6	Utmåling av overtredelsesgebyr . . .	168
9.4.4.7	Forfallstidspunkt og vilkår for tvangsinndrivelse.	169
9.4.5	Pålegg om fjerning av digitalt netttinnhold mv. – §§ 43–43 c	169
9.5	Om prosessen i Markedsrådet – praktisk gjennomføring av saker for Markedsrådet.	173
9.5.1	Innledning.	173
9.5.2	Prosessuelle regler.	174
9.5.3	Skjematisk fremstilling av muntlig behandling i Markedsrådet	176
9.6	Søksmål – domstolenes prøvingsrett	179
9.7	Straff – § 48.	179

KAPITTEL 10 SÆRLOVGIVNING OM MARKEDSFØRING

MOT FORBRUKERE	182	
10.1	Oversikt	182
10.2	Angrerettloven	185
10.3	Ehandelsloven	191
10.4	Finansavtaleloven og finansielle tjenester	194
10.5	Ekomloven.	196
10.6	Energiloven	197
10.7	Personopplysningsloven	198
10.8	Lov om alternativ behandling og annen helselovgivning.	201
10.9	Mat, legemidler og kosmetikk	202
10.9.1	Mat og helsekostprodukter – Mattilsynet. . .	202

10.9.2 Markedsføring av legemidler – Legemiddelverket	204
10.9.3 Markedsføring av kosmetiske inngrep – Helsetilsynet og Fylkesmannen	206
10.10 Alkohol – reklameforbud	206
10.11 Tobakk – reklameforbud	209
10.12 Kringkastingsloven	210
10.13 Pengespill og lotteri	213

KAPITTEL 11 BESKYTTELSE AV NÆRINGSDRIVENDES

INTERESSER	215
11.1 Oversikt	215
11.1.1 Innledning	215
11.1.2 Lovens system – generalklausulen og spesialregler	216
11.1.3 Sanksjoner og straff	217
11.1.4 Særlig om rettspraksis og juridisk litteratur ..	219
11.2 Generalklausulen om «god forretningsskikk» – § 25	220
11.2.1 Kort om generalklausulen	220
11.2.2 Noen typetilfeller fra praksis	221
11.2.2.1 Typetilfelle 1 – etterligninger av produkter og andre frembringelser	221
11.2.2.2 Typetilfelle 2 – etablering av konkurrerende virksomhet	225
11.2.2.3 Typetilfelle 3 – tredjemanns inngrep i kontraktsforhold	225
11.2.2.4 Typetilfelle 4 – nedsettende omtale av konkurrent	226
11.3 Villedende forretningsmetoder – § 26	226
11.3.1 Sannhetsprinsippet og dokumentasjonsprinsippet	226
11.3.2 Sammenlignende reklame	228
11.4 Utilstrekkelig veiledning mv. – § 27	229
11.5 Bedriftshemmeligheter – § 28	230
11.6 Tekniske hjelpemidler – § 29	234
11.7 Ulovlige etterligninger av produkter – § 30	235
11.7.1 Generelt	235
11.7.2 Hva kan beskyttes mot etterligning?	236

16 INNHOLD

11.7.3	Hva menes med «etterligning»?	236
11.7.4	Hva menes med «urimelig utnyttelse» av en annens innsats eller resultater?	237
11.7.5	Vilkåret om forvekslingsfare	238
11.8	Uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin – § 31.....	239
LITTERATUR		241
LOVER		242
DOMMER		247
STIKKORD		248