

MORTEN GRANDAL
FRODE ELTON HAUG

Markedsføringsrett

i et nøtteskall

3. UTGAVE



GYLDENDAL

MARKEDSFØRINGSRETT

I ET NØTTESKALL

MORTEN GRANDAL OG FRODE ELTON HAUG

MARKEDSFØRINGSRETT

I ET NØTTESKALL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2024

3. utgave, 1. opplag 2024

ISBN 978-82-05-60012-6

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen

Sats: Type-it AS, Trondheim 2024

Brødtekst: Minion Pro 10/14,5 pkt

Papir: 90 g Amber Graphic

Trykk: LOS Digital AS, Norge 2024

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 næringsdri-
vendes handelspraksis og markedsføring overfor forbrukere og
konkurrenter.

Formålet med denne boken er å gi en innføring i *markedsfø-
ringslovens* regler samt noen pekere til relevant *spesiallovgivning*,
herunder regler om markedsføring av finansielle tjenester, hel-
setjenester, mat og alkohol mv. samt reglene om angrerett og e-
handel.

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

Vårt ønske er at boken både kan leses fra perm til perm som
en innføringsbok og kan benyttes som et oppslagsverk. Vi har
også lagt vekt på å illustrere faget for leseren ved å omtale saker
fra domstolene, Markedsrådet, Næringslivets Konkurranset-
valg 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, *Markeds-
føringsloven med kommentarer* (2015) og Grandal/Lunde, *Retts-
data Norsk Lovkommentar – Markedsføringsloven* (2016).

Vi vil rette en stor takk til Ida Vibeke Kyhring i Gyldendal

6 FORORD TIL FØRSTE UTGAVE

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 håndhevingsreglene 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

Forord til tredje utgave

Markedsføringsretten er i stadig utvikling, og siden andre utgave kom i 2020, har det skjedd så store endringer at det er behov for en oppdatert tredje utgave.

Endringene er i stor grad drevet frem av nye og oppdaterte rettsakter fra EU, som er tatt inn i norsk rett gjennom EØS-avtalen. De største endringene har skjedd i markedsføringsloven og angrerettloven for å gjennomføre det såkalte moderniseringsdirektivet (EU 2019/2161). Formålet med moderniseringsdirektivet er å styrke forbrukervernet ved å gi forbrukerne flere rettigheter, særlig på det digitale området, og å styrke sanksjonene ved brudd på de felleseuropeiske forbrukervernreglene. I tillegg har det kommet flere relevante dommer fra EU-domstolen og oppdaterte veiledninger fra EU-kommisjonen.

Som ledd i gjennomføringen av moderniseringsdirektivet ble det i 2023 fastsatt at Forbrukertilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 4 % av den næringsdrivendes årsomsetning eller inntil 25 millioner kroner. Dette kan gi atskillig høyere gebyrer enn det som har vært vanlig tidligere. Forbrukertilsynet har også fått hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr for urimelige avtalevilkår. Videre kan nevnes nye regler for salgsmarkedsføring, brukertaler, avhjelpende tiltak, dørsalg og nettbaserte markedsplasser. Reglene trådte i kraft 1. oktober 2023.

Flere av endringene i markedsføringsloven de siste årene skyl-

des også nasjonale forhold, blant annet har Forbrukertilsynet overtatt ansvaret for mekling av forbrukertvister fra Forbrukerrådet, og det har kommet nye regler om krav til merking av retusjert reklame. Forbrukertilsynet er også tillagt oppgaven med å føre tilsyn med den nye åpenhetsloven.

Vi vil rette en stor takk til professor dr. juris Tore Lunde ved Universitetet i Bergen, som har vært fagkonsulent og gitt oss verdifulle innspill til tredjeutgaven.

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

Oslo, 5. januar 2024

Morten Grandal og Frode Elton Haug

Innhold

KAPITTEL 1 INNLEDNING	19
1.1 Hva er markedsføringsrett?	19
1.2 Markedsføringslovens formål – forbrukere, næringsdrivende og samfunn	20
1.3 Historisk utvikling – nasjonalt og europeisk	21
1.4 Grunnleggende prinsipper og rettslige standarder i markedsføringsloven	24
1.4.1 Oversikt	24
1.4.2 Den rettslige standarden «god markedsføringsskikk» – § 2 (1)	24
1.4.3 Prinsippet om at markedsføring ikke skal være skjult – §§ 8 og 28	24
1.4.4 Generalklausulen som forbyr «urimelig handelspraksis» i forbrukerforhold – § 6	25
1.4.5 Det ulovfestede lovstridsprinsippet	25
1.4.6 Forbudet mot urimelige avtalevilkår i standardkontrakter – § 22	26
1.4.7 Prinsippet om effektiv håndheving og sanksjonering av lovbrudd i forbrukerforhold	26
1.4.8 Generalklausulen om «god forretningsskikk» næringsdrivende imellom – § 25	26
1.5 Håndheving, sanksjoner og straff	27
1.6 Nærmere om rettskildebildet	29
1.7 Videre fremstilling og avgrensninger	31
KAPITTEL 2 DEFINISJONER	32

KAPITTEL 3 EU-DIREKTIVER OG FORORDNINGER . . .	35
3.1 Oversikt	35
3.2 Direktivet om urimelig handelspraksis (2005/29/EF)	36
3.3 Direktivet om urimelige avtalevilkår (93/13/EØF)	38
3.4 Direktivet om villedende og sammenlignende reklame (2006/114/EF)	39
3.5 Direktivet om forbrukervern ved opplysning om priser på forbruksvarer (98/6/EF)	40
3.6 Direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83/EU)	41
3.7 Samarbeidsforordningen/CPC-forordningen (forordning (EU) nr. 2017/2394)	42
KAPITTEL 4 GOD MARKEDSFØRINGSSKIKK, KJØNNSDISKRIMINERENDE REKLAME, SKJULT MARKEDSFØRING OG DOKUMENTASJONSPRINSIPPET	43
4.1 Innledning	43
4.2 God markedsføringsskikk – § 2 (1)	43
4.3 Kjønnsskikkelig reklame – § 2 (2)	45
4.4 Merking av retusjert reklame – § 2 (2)	47
4.5 Skjult markedsføring – §§ 8 og 28	49
4.6 Dokumentasjonsprinsippet – § 3	49
KAPITTEL 5 URIMELIG HANDELSPRAKSIS OVERFOR FORBRUKERE	52
5.1 Oversikt	52
5.2 Generalklausulen mot «urimelig handelspraksis» – § 6	54
5.2.1 Innledning	54
5.2.2 De to vilkårene for at en handelspraksis skal anses «urimelig» – § 6 (2)	56
5.2.2.1 Vilkår 1 – «god forretningsskikk overfor forbrukere»	56
5.2.2.2 Vilkår 2 – påvirkningsvilkåret	59
5.2.3 «Bestemt forbrukergruppe» og «sårbare forbrukere» – § 6 (3)	63
5.2.4 Forholdet mellom generalklausulen i § 6 og spesialbestemmelsene om urimelig handelspraksis i §§ 7–9 og i svartelisten	64
5.2.5 Lovstridsprinsippet	64
5.3 Forbudet mot villedende handlinger – § 7	66
5.3.1 Villedende handlinger – § 7 (1)	66
5.3.2 Påvirkningsvilkåret – § 7 (3)	73

5.3.3	Forveksling med en konkurrents ytelse eller varemerke, handelsnavn eller andre kjennetegn og markedsføring av identiske produkter – § 7 (2)	73
5.4	Forbudet mot villedende utelatelser – § 8	74
5.4.1	Innledning	74
5.4.2	Betydningen av «plass- eller tidsmessige begrensninger»	75
5.4.3	Skjult reklame	76
5.4.4	Opplysninger som må gis i kjøpsoppfordringer	81
5.4.5	Opplysningsplikt ved nettbaserte produktsøk	83
5.5	Forbudet mot aggressiv handelspraksis – § 9	84
5.6	Forskrift om urimelig handelspraksis (svartelisten) – § 6 (5)	87
5.7	Prismerking mv. – §§ 10 og 10 a	91
5.8	Spesiallovgivning om markedsføring og veiledninger fra Forbrukertilsynet	94
5.8.1	Spesiallovgivning om markedsføring	94
5.8.2	Veiledninger fra Forbrukertilsynet	95

KAPITTEL 6 SÆRLIGE FORMER FOR

MARKEDSFØRING	97	
6.1	Oversikt	97
6.2	Negativt salg – § 11	98
6.3	Telefonsalg og adressert reklame – §§ 12, 13, 13 a 14, 16 og 16 a	104
6.3.1	Bakgrunn	104
6.3.2	Forbudet mot telefonsalg og adressert post – mfl. §§ 12 og 13	105
6.3.3	Unntakene fra forbudet mot telefonsalg og adressert post	106
6.3.4	Øvrige bestemmelser om telefonsalg og adressert reklame	108
6.4	Elektroniske markedsføringshenvendelser (e-post, SMS o.l.) – § 15	110
6.4.1	Innledning	110
6.4.2	Kort om forholdet til GDPR og adferdsbasert markedsføring	111
6.4.3	Kommunikasjonsmetoder som omfattes	112
6.4.4	Kravet om forhåndssamtykke – § 15 (1)	114
6.4.5	Unntaket for «eksisterende kundeforhold» – § 15 (3)	116

14 INNHOLD

6.4.6	Oppsummering – samtykke vs. kundeforhold	118
6.5	Uadressert reklame og gratis aviser – § 17	118
6.6	Dørsalg – § 17 a	119
6.7	Konkurranser og spill mv. – § 18	120

KAPITTEL 7 SÆRLIGE REGLER OM BESKYTTELSE AV BARN	121
---	------------

KAPITTEL 8 FORBUDET MOT URIMELIGE AVTALEVILKÅR – § 22	127	
8.1	Oversikt	127
8.2	Formålet og rekkevidden til bestemmelsen	129
8.3	Kort om direktiv 93/13/EØF – urimelige vilkår i forbrukerkontrakter	132
8.4	Når vil standardvilkår kunne forbys?	134
8.4.1	Strid med preseptorisk lovgivning – lovstridsprinsippet	134
8.4.2	Strid med deklarasjonslovgivning	135
8.4.3	Strid med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper	136
8.5	Kravet til klare avtalevilkår	137
8.5.1	Utgangspunkt for vurderingen av klarhet	137
8.5.2	Den konkrete vurderingen av om vilkår er tilstrekkelig klare	138
8.6	Kravet til balanserte avtalevilkår	140
8.6.1	Utgangspunktet for vurdering av balanse	140
8.6.2	Lovgivning som setter grenser for innholdet i avtalevilkår	142
8.7	Eksempler på urimelige avtalevilkår	144
8.7.1	Innelåsende kontraktsvilkår (bindingstid, regulering av oppsigelse, tvungent koblingssalg)	144
8.7.1.2	Lang oppsigelsestid og formkrav til oppsigelse	147
8.7.1.3	Tvungent koblingssalg («bundling» og «tying»)	150
8.7.2	Forskuddsbetaling	151
8.7.2.1	Lovgivning som regulerer forskuddsbetaling	152
8.7.2.2	Rettspraksis og forvaltningspraksis om forskuddsbetaling	154
8.7.3	Ensidige endringer	155
8.7.3.2	Forvaltningspraksis om ensidige endringer	159

KAPITTEL 9 HÅNDHEVING OG SANKSJONER I FORBRUKERSAKER	160
9.1 Tilsynsmyndighetene – Forbrukertilsynet og Markedsrådet – §§ 32 og 33	160
9.1.1 Oversikt	160
9.1.2 Forbrukertilsynet	161
9.1.3 Markedsrådet	164
9.1.4 Kort om Forbrukerrådet, Forbruker Europa, forbrukerklageutvalget og utenrettslige tvistenemnder	166
9.2 Forbrukertilsynets oppgaver, saksbehandling og vedtakskompetanse – §§ 35 og 36	167
9.2.1 Oppgaver	167
9.2.2 Saksbehandling	168
9.2.3 Vedtakskompetanse	168
9.3 Håndhevingsreglene	169
9.3.1 Oversikt	169
9.3.2 Endringene i 2018, 2020 og 2023	170
9.3.3 Opplysningsplikt og granskning – § 34	174
9.4 Forbudsvedtak, tvangsmulkt og overtredelsesgebyr samt rettens pålegg om fjerning av digitalt nettinhold mv. – §§ 39–43	176
9.4.1 Oversikt	176
9.4.2 Medvirkeransvaret – § 39 (3)	181
9.4.3 Forbudsvedtak med tvangsmulkt – § 41	183
9.4.3.2 Utmåling av tvangsmulkt	183
9.4.3.3 Betaling av tvangsmulkten – tvangsinndrivelse	186
9.4.3.4 Reduksjon eller frafall av påløpt tvangsmulkt	187
9.4.4 Vedtak om overtredelsesgebyr – § 42	187
9.4.4.2 Hvilke lovbrudd kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr?	190
9.4.4.3 Skyldkravet – forsett eller uaktsomhet ...	193
9.4.4.4 Beviskrav – klar sannsynlighetsovervekt ..	195
9.4.4.5 Vernet mot dobbeltstraff og selvinkriminering	196
9.4.4.6 Utmåling av overtredelsesgebyr	198
9.4.4.7 Forfallstidspunkt og vilkår for tvangsinndrivelse	201
9.4.5 Pålegg om fjerning av digitalt nettinhold mv. – §§ 43–43 c	202

16 INNHOLD

9.5	Om prosessen i Markedsrådet – praktisk gjennomføring av saker for Markedsrådet	205
9.5.1	Innledning	205
9.5.2	Prosessuelle regler	206
9.5.3	Skjematisk fremstilling av muntlig behandling i Markedsrådet	208
9.6	Søksmål – domstolenes prøvingsrett	211
9.7	Straff – § 48	212

KAPITTEL 10 SÆRLOVGIVNING OM MARKEDSFØRING MOT FORBRUKERE

215

10.1	Oversikt	215
10.2	Angrerettloven	218
10.3	Ehandelsloven	226
10.4	Finansavtaleloven og finansielle tjenester	228
10.5	Ekomloven	232
10.6	Energiloven	234
10.7	Personopplysningsloven	235
10.8	Lov om alternativ behandling og annen helselovgivning ..	238
10.9	Mat, legemidler og kosmetikk	239
10.9.1	Mat og helsekostprodukter – Mattilsynet	239
10.9.2	Markedsføring av legemidler – Legemiddelverket ..	242
10.9.3	Markedsføring av kosmetiske inngrep – Helsetilsynet og Statsforvalteren	243
10.10	Alkohol – reklameforbud	244
10.11	Tobakk – reklameforbud	246
10.12	Kringkastingsloven	248
10.13	Pengespill og lotteri	251

KAPITTEL 11 BESKYTTELSE AV NÆRINGSDRIVENDES INTERESSER

253

11.1	Oversikt	253
11.1.1	Innledning	253
11.1.2	Lovens system – generalklausulen og spesialregler ..	254
11.1.3	Sanksjoner og straff	256
11.1.4	Særlig om rettspraksis og juridisk litteratur	258
11.2	Generalklausulen om «god forretningsskikk» – § 25	259
11.2.1	Kort om generalklausulen	259
11.2.2	Noen typetilfeller fra praksis	262
11.2.2.1	Typetilfelle 1 – etterligninger av produkter og andre frembringelser	262

11.2.2.2	Typetilfelle 2 – etablering av konkurrerende virksomhet	270
11.2.2.3	Typetilfelle 3 – tredjemanns inngrep i kontraktsforhold	271
11.2.2.4	Typetilfelle 4 – nedsettende omtale av konkurrent	271
11.3	Villedende forretningsmetoder – § 26	272
11.3.1	Sannhetsprinsippet og dokumentasjonsprinsippet	272
11.3.2	Sammenlignende reklame	273
11.4	Utilstrekkelig veiledning mv. – § 27	275
11.5	Skjult reklame – § 28	276
11.6	Forretningshemmeligheter – forretningshemmelighetsloven	277
11.7	Ulovlige etterligninger av produkter – § 30	278
11.7.1	Generelt	278
11.7.2	Hva kan beskyttes mot etterligning?	280
11.7.3	Hva menes med «etterligning»?	280
11.7.4	Hva menes med «urimelig utnyttelse» av en annens innsats eller resultater?	283
11.7.5	Vilkåret om forvekslingsfare	284
11.8	Uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin – § 31	285
	LITTERATUR	286
	LOVER	287
	DOMMER	298
	STIKKORD	303