

Personvern og direkte elektronisk markedsføring

Rettslige skranker etter personopplysningsloven tolket i lys av
markedsføringsloven § 2 b og ehandelsloven § 9

Kandidatnr: 386

Veileder: Jens Petter Berg

Leveringsfrist: 25. april

Til sammen 14427 ord

27.04.2006

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	OPPGAVENS HOVEDTEMA	1
1.2	HENSYN BAK REGULERINGEN AV DIREKTE ELEKTRONISK MARKEDSFØRING	2
1.3	LOVLIG MARKEDSFØRING I ”EKSISTERENDE KUNDEFORHOLD”	4
1.4	RETTSKILDESITUASJONEN PÅ OMRÅDET	5
1.4.1	LOVVERKET	5
1.4.2	FORHOLDET TIL EU-DIREKTIVENE	6
1.4.3	PRAKSIS	7
2	<u>PERSONOPPLYSNINGSLOVEN § 8, MARKEDSFØRINGSLOVEN § 2 B OG EHANDELSLOVEN § 9 SOM SKRANKE FOR ELEKTRONISK MARKEDSFØRING - INNLEDNING</u>	7
2.1	INNLEDNING	7
2.2	PRESISERINGER OG AVGRENSNINGER I FORBINDELSE MED POL. § 8	8
2.2.1	POL. § 2 NR. 1: ”PERSONOPPLYSNING”	8
2.2.2	POL. § 2 NR. 2: ”BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER”	8
2.2.3	POL. § 5: SAKLIG VIRKEOMRÅDE	9
2.2.4	POL. § 11 C): FORMÅLSANGIVELSEN SOM SPERRE MOT BRUK AV ELEKTRONISKE ADRESSER I MARKEDSFØRING	9
2.3	BEGREPET ”DIREKTE ELEKTRONISK MARKEDSFØRING” OG MARKEDSFØRINGSLOVEN § 2 B	10
2.3.1	MARKEDSFØRINGSBEGREPET I PERSONOPPLYSNINGSLOVEN § 26 SAMMENHOLDT MED EHANDELSLOVEN § 9 OG MARKEDSFØRINGSLOVEN § 2 B	10
2.3.2	MARKEDSFØRINGSLOVEN § 2 B: SAKLIG VIRKEOMRÅDE	11
2.3.3	BETYDNINGEN AV GENERALKLAUSULEN I MARKEDSFØRINGSLOVEN § 1 FOR PRAKTISERINGEN AV § 2 B	13
2.4	PRESISERINGER OG AVGRENSNINGER I FORBINDELSE MED EHANDELSLOVEN § 9	14
2.4.1	RETTLIG SAMMENHENG	14
2.4.2	EHL. § 1 OG § 2: VIRKEOMRÅDE FOR EHANDELSLOVEN § 9	14
3	<u>SPØRSMÅLET OM PERSONOPPLYSNINGSLOVEN § 8 MÅ TOLKES SLIK AT NØDVENDIGHET REGNES SOM ET SEKUNDÆRT HJEMMELSGRUNNLAG I FORHOLD TIL SAMTYKKE</u>	17

3.1	GENERELT OM KRITERIET "NØDVENDIG" ETTER PERSONOPPLYSNINGSLOVEN § 8	17
3.2	SAMTYKKE	18
3.2.1	SAMTYKKEBEGREPET I PERSONOPPLYSNINGSLOVEN OG MARKEDSFØRINGSLOVEN	19
3.2.1.1	Frivillig	20
3.2.1.2	Uttrykkelig	21
3.2.1.3	Informert	22
3.3	FORHOLDET MELLOM SAMTYKKE OG NØDVENDIGHETSBEGRUNNELSE.	22
3.3.1	PERSONVERNEMNDAS AVGJØRELSE 2004/1	23
3.3.1.1	Personvernemndas praksis som rettskilde	23
3.3.1.2	Avgjørelsens innhold med henblikk på samtykkekravet	23
4	<u>SAMMENHENGEN MELLOM MARKEDSFØRING I "EKSISTERENDE KUNDEFORHOLD" (MFL. § 2 B), VED "OPPFYLLELSE AV AVTALE" (POL. § 8 A) OG I "LØPENDE KUNDEFORHOLD" (POL. § 26)</u>	26
4.1	RESERVASJONSREGISTERET I POL. § 26 SOM SKRANKE FOR MARKEDSFØRING I KUNDEFORHOLD ETTER MFL. § 2 B	26
4.2	HVORVIDT BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER FOR Å "OPPFYLLE EN AVTALE" ETTER POL § 8 HAR SELVSTENDIG BETYDNING VED SIDEN AV BEHANDLING I "EKSISTERENDE KUNDEFORHOLD" ETTER MFL. § 2 B	28
4.2.1	MFL. § 2 B: BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER I ET "EKSISTERENDE KUNDEFORHOLD"	29
4.2.2	POL. § 8 A): BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER FOR Å "OPPFYLLE EN AVTALE"	31
5	<u>PERSONOPPLYSNINGSLOVEN §8 BOKSTAV F): BERETTIGET INTERESSE SOM HJEMMEL FOR ELEKTRONISK MARKEDSFØRING</u>	32
5.1	INNLEDNING	32
5.2	BERETTIGET INTERESSE	33
5.3	INTERESSEOVERVEKT	34
5.3.1	BETYDNINGEN AV PERSONVERNEMNDAS AVGJØRELSE 2004/3	35
5.4	PERSONOPPLYSNINGSLOVEN § 8 F) SOM SELVSTENDIG HJEMMEL FOR MARKEDSFØRING HVOR VERKEN SAMTYKKE ELLER EKSISTERENDE KUNDEFORHOLD FORELIGGER	38
5.5	"TIPS EN VENN"-FUNKSJONEN: HVEM RETTER MARKEDSFØRINGSHENVENDELSEN?	39
5.6	SAMTYKKEBEGREPET I EHANDLSLOVEN	42

6	HENVISNINGER	44
6.1	LITTERATURLISTE:	44
6.2	LOVFORARBEIDER:	44
6.3	LOVHENVISNINGER:	45
6.4	EU-DIREKTIVER:	45

1 Innledning

1.1 Oppgavens hovedtema

Oppgaven tar for seg temaet "Personvern og direkte elektronisk markedsføring". I det følgende vil jeg presisere oppgavens rammer og definere de sentrale uttrykk og områder som er av interesse. Jeg vil også gi en oversikt over disposisjonen av oppgaven.

Jeg skal i det følgende gjøre rede for i hvilken grad lovgivningen ivaretar fysiske personers personvern i forbindelse med elektronisk markedsføring. Det spesielle ved denne formen for markedsføring er at den henvender seg direkte "hjem" til den enkelte. Med "hjem" sikter jeg ikke til den enkeltes bolig, men heller dennes "elektroniske hjemmeområder". Dette vil mest typisk være e-postkasser eller innbokser på mobiltelefoner. Et rettslig spørsmål i denne forbindelse er om slik markedsføring innebærer et uakseptabelt brudd på individers private områder. Det vil med andre ord foreligge et brudd på privatlivets fred. Privatlivets fred kan i denne sammenheng formuleres som den enkeltes rett til å ikke bli uanmodet eller unødvendig kontaktet. Dette kan uttrykkes som en rett til autonomi (selvbestemmelsesrett) med hensyn til å få uanmodete elektroniske markedsføringshenvendelser. Denne formen for henvendelser kan sies å utgjøre et brudd på privatlivets fred på flere måter. For det første vil det medføre at den berørtes elektroniske postkasser fylles opp. Dette vil kunne gjøre det vanskeligere og mer tidkrevende å gå gjennom og sortere posten, og finne frem til hvilken post som kun er uinteressant reklame, og hvilken som er av interesse.

For det andre vil budskapet i henvendelsene kunne utgjøre et brudd på privatlivets fred. Å stadig bli påprasket reklame for et variert antall produkter og tjenester vil kunne legge et utilbørlig press på forbrukeren. Dette er press som forbrukere bør kunne ønske seg frabedt i sin private sfære.

Oppgavens hovedproblemstilling kan etter dette formuleres som skrankene personopplysningsloven §§ 8, 11 c) og § 26, markedsføringsloven § 2b og

e-handelsloven § 9 – tolket i sammenheng – oppstiller for uanmodete elektroniske markedsføringshenvendelser.

Ved drøftelsen av personopplysningsloven § 8 er det i første rekke interessant å klargjøre forholdet mellom samtykke og nødvendighet som kompetansegrunnlag for uanmodet elektronisk markedsføring. Når det gjelder nødvendighetsalternativet i pol. § 8 er det to alternativer som utpeker seg som svært relevante. Dette er alternativet om å oppfylle en avtale med den registrerte i bokstav a), og alternativet om å ivareta en berettiget interesse hos den behandlingsansvarlige, jf. bokstav f. Problemstillingen her vil dermed være hvordan pol. § 8 første ledd bokstav a) og f) må tolkes i lys av mfl. § 2b og ehl. § 9 om uanmodet elektronisk markedsføring.

1.2 Hensyn bak reguleringen av direkte elektronisk markedsføring

Begrepet ”personvern” er svært vidt, og kan omfatte alt fra fysiske til psykiske krenkelser av en person. I det følgende vil begrepet bli forstått som vern mot krenkelser av privatlivets fred ved elektronisk markedsføring rettet mot enkeltindivider, jf. pol. § 1 andre ledd som nevner vern om ”privatlivets fred” som et av formålene med loven.

Når det gjelder de reelle hensynene på området er disse grundig gjort rede for i teorien. Personvernretten har sitt utspring i ulovfestet rett. Bakgrunnen for personverninteressene er primært de tradisjonelle konfliktlinjer i den delen av norsk politikk og næringsvirksomhet som har spesiell relevans for personvernet.¹ Det viktigste arbeidet på området kommer til uttrykk i flere utvalg som har utredet sentral personvernlovgivning. Viktigst av disse er Seiputvalget² og Skaugeutvalget.³

En grundig systematisering av personverninteressene er foretatt av Schartum og Bygrave⁴, og består i hovedsak av fem såkalte interesser som hver er presisert gjennom til sammen 19 tilhørende krav. Spesielt relevant i denne sammenheng er interessen i å bestemme tilgangen til opplysninger om egen person. Dette blir ofte beskrevet som en

¹ *Personvern i informasjonssamfunnet* s. 18.

² NOU 1975: 10.

³ NOU 1997: 19.

⁴ *Personvern i informasjonssamfunnet* s. 35 flg.

persons "eiendomsrett" til opplysninger om seg selv. En slik ubetinget eiendomsrett er lite praktisk, men prinsippet som utgangspunkt ved behandling av personopplysninger er likevel nyttig. Her er særlig kravet om beskyttet privatliv og kravet til konfidensialitet sentrale. Kravet til beskyttet privatliv retter seg mot den kollektive enheten der privatlivet leves. Pol. § 26 og mfl. § 2 b som begge begrenser muligheten for å sende reklame til fysiske personer er eksempler på regler som ivaretar dette kravet. Kravet til konfidensialitet retter seg mot begrensnng av spredning av personopplysninger. Samtykkekravet i pol. § 8 bidrar til å ivareta dette hensynet.

Også interessen i brukervennlig behandling er sentral når det gjelder direkte elektronisk markedsføring. For at det skal være enkelt for den registrerte å motsette seg markedsføringshenvendelser er det viktig at kommunikasjon med den behandlingsansvarlige kan foregå uten store praktiske eller økonomiske hindringer, i tillegg til at den behandlingsansvarlige er lydhør og tar hensyn til det den registrerte ønsker.

Svært sentral på personvernområdet er interessen i "privatlivets fred". Interessen er nært knyttet til det man kan kalle "private områder"⁵, som f.eks. hjemmet, fritidsboliger, privatbiler og lignende. Det kan ikke være tvil om at også elektroniske hjemmeområder faller inn under begrepet "private områder". Eksempler på slike kan være e-postkasser og innbokser på mobiltelefoner. Interessen innebærer et krav om fravær av uønskede fredsforstyrrelser eller oppmerksomhet på disse områdene, som igjen nødvendiggjør en mulighet for mottakeren til å uttrykke hva denne ønsker og ikke ønsker. En slik anmodning skal så langt som mulig respekteres. Hensynet til privatlivets fred er imidlertid ikke absolutt, men vil kun være et moment i en konkret helhetsvurdering. Det finnes en rekke tilfeller hvor elektronisk markedsføring vil kunne gjennomføres uten et uttrykkelig samtykke fra mottaker. Det mest vanlige av disse tilfellene vil nettopp være hvor markedsføreren har en fastere tilknytning til mottakeren, f.eks. i et løpende kundeforhold.

En sentral lovbestemmelse om elektronisk markedsføring er mfl. § 2 b som har overskriften "Begrensninger i bruken av visse kommunikasjonsmetoder". Bestemmelsen setter en del skranker for bruk av elektronisk post som

⁵ *Personvern i informasjonssamfunnet* s. 46

markedsføringskanal, først og fremst begrunnet i forbrukervernhensyn. I denne oppgaven vil mfl. § 2 b danne utgangspunkt for tolkningen av de skrankene pol. § 8 setter når det gjelder elektronisk markedsføring. Samtykkekravet drøftes slik dette er definert i pol. § 2 nr.7. Ikke bare er dette viktig som et generelt utgangspunkt ved behandling av personopplysninger, men det har også samme innhold i markedsføringsloven som i personopplysningsloven. For å forstå § 8 sin rettslige sammenheng er det nødvendig å også foreta drøftelser av forholdet mellom samtykke og nødvendighetsvurderingen i pol. § 8 f). Også pol. § 8 a) fortjener oppmerksomhet i forbindelse med direkte elektronisk markedsføring. Også § 26 om reservasjonsregisteret vil være relevant i denne sammenheng, likeledes vil § 5 om lovens virkeområde nevnes. Mfl. § 2 b og ehl. § 9 vil trekkes inn der det er interessant. Dette vil være hvor det kan foreligge motstrid med personopplysningsloven, eller hvor de to særlovene regulerer relevante temaer som personopplysningsloven ikke har regler om.

Når det gjelder terminologien som brukes i oppgaven vil det brukes begreper fra alle tre lovene. Personopplysningsloven bruker ordet ”registrerte” om de fysiske personene hvis personopplysninger behandles. For å oppnå en viss språklig variasjon i oppgaven vil også ord som ”individ”, ”kunde” og ”forbruker” bli brukt, avhengig av sammenhengen. Hvor ikke noe annet fremgår av sammenhengen vil det siktes til en fysisk person. Juridiske personer vil ikke bli behandlet i oppgaven. Personopplysningsloven, jf. pol. § 2 nr. 4), bruker videre ordet ”behandlingsansvarlig” som betegnelse på den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes. Også her vil språkbruken alterneres avhengig av sammenhengen. Det er primært ”den næringsdrivende” som vil være et alternativt uttrykk.

1.3 Lovlig markedsføring i ”eksisterende kundeforhold”

Opgaven vil i det følgende ta for seg de skrankene personopplysningsloven og markedsføringsloven setter for direkte elektronisk markedsføring. I den forbindelse vil jeg her gi en kort oversikt over de tilfellene hvor slik markedsføring er lovlig. Dette vil gjøre det lettere å forstå skrankene som behandles senere i oppgaven.

⁶ Lov 23. mai 2003 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.

Det er i lovgivningen gitt noen unntak fra kravet i mfl. § 2 b om forutgående samtykke ved elektronisk markedsføring. Unntakene gjelder først og fremst i situasjoner hvor det foreligger en form for eksisterende kundeforhold mellom markedsfører og kunde. Bakgrunnen for dette er naturligvis at hensynet til individets ønske om å ikke motta uanmodet reklame ikke står like sterkt, nettopp fordi markedsføringen ikke er uanmodet. I tilfellene som er nevnt her vil markedsføringen være en naturlig forlengelse av det kundeforholdet som er opprettet mellom kjøper og selger, gjerne som resultat av et kjøp. At denne formen for markedsføring er lovlig går frem av både pol. § 26 siste ledd og mfl. § 2 b tredje ledd.

Pol. § 26 forbyr direkte elektronisk markedsføring til personer registrert i det såkalte reservasjonsregisteret. Unntatt fra dette forbudet er imidlertid markedsføring i såkalte ”løpende kundeforhold”. Slik markedsføring kan foregå til tross for at kunden er registrert i reservasjonsregisteret.

Mfl. § 2 b forbyr i utgangspunktet uanmodet markedsføring mot fysiske personer. Slik markedsføring tillates imidlertid hvor det foreligger et ”eksisterende kundeforhold” mellom kjøper og selger.

Endelig tillater pol. § 8 a) at personopplysninger behandles når det er nødvendig for å ”oppfylle en avtale med den registrerte”. Hvorvidt dette innebærer en mulighet til markedsføring vil også bli drøftet i det følgende.

Jeg vil med andre ord forsøke å fastsette grensene for hvor slike former for eksisterende kundeforhold går, og hvilke skranker lovgivningen setter for slik markedsføring.

1.4 Rettskildesituasjonen på området

1.4.1 Lovverket

Det er primært tre lover som er sentrale når det gjelder personvern og forholdet til direkte elektronisk markedsføring. De personvernmessige sidene er først og fremst regulert i personopplysningsloven, som i utgangspunktet regulerer enhver behandling av personopplysninger. Loven er gitt et generelt og altomfattende preg for å kunne omfatte behandling av personopplysninger i sin alminnelighet. Dette gjør på sin side at flere av

bestemmelsene, blant dem § 8, er gitt et svært skjønnsmessig preg, noe som igjen fører til vide tolkningsmuligheter.

Når det gjelder markedsføringsvidene av oppgaven vil markedsføringsloven være gjeldende. Denne vil også på mange områder gå foran personopplysningsloven ved motstrid, jf. pol. § 5.

Endelig er ehandelsloven av interesse når det gjelder spørsmålet om opplysningsplikt ved elektronisk markedsføring, og forholdet mellom forhåndssamtykke og uanmodet markedsføring.

Når det gjelder lovenes forarbeider er de på mange områder lite utfyllende med tanke på de spesielle temaene som her blir tatt opp. Både sentrale uttrykk i lovene og harmoniseringsspørsmål lovene imellom står ofte ukommentert.

1.4.2 Forholdet til EU-direktivene

Både pol. § 8, mfl. § 2 b og ehl. § 9 er utformet med utgangspunkt i forskjellige EU-direktiver. Norge er forpliktet av disse direktivene gjennom EØS-avtalen. Mfl. § 2 b inkorporerer det såkalte Fjernsalgsdirektivet⁷ artikkel 10 i norsk rett. Pol. § 8 inkorporerer Personverndirektivet⁸, mens ehl. § 9 inkorporerer Ehandelsdirektivet⁹.

Formålet med direktivene er todelt. På den ene siden skal de harmonisere medlemslandenes lover og dermed tilrettelegge for friere flyt av personopplysninger og dermed også økonomiske transaksjoner. Dette tilsier et nivå som er så lavt at også de land med svært lave standarder skal kunne heve seg opp til direktivets nivå. På den annen side er direktivene på mange måter minimumsstandarder, slik at landene ikke kan vedta lover med dårligere vern enn det direktivene legger opp til. Derimot tillegges de enkelte medlemslandene et visst spillerom ved inkorporeringen i nasjonal rett.

Direktiver har mer karakter av å være retningslinjer enn de mer absolutte forordningene, slik at hvert land kan sette sitt preg på utformingen av reglene.

⁷ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 97/7/EF.

⁸ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 95/46/EF.

⁹ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2000/31/EF.

Ved tolkningstvil hvor norske rettskilder ikke gir noen veiledning, vil direktivene, og evt. tilhørende praksis eller ”forarbeider”, kunne gi hjelp ved forståelsen av de norske lovbestemmelsene.

1.4.3 Praksis

Det er generelt lite rettspraksis rundt de aktuelle bestemmelsene oppgaven tar for seg, spesielt med tanke på den snevre utforming den er gitt. Det finnes ingen domstolsavgjørelser som omhandler de spørsmål oppgaven stiller når det gjelder personopplysningsloven § 8. Grunner til dette kan være at personopplysningsloven er forholdsvis ny (2000) og at den regulerer rettslige spørsmål som sjelden vil ha så stor betydning for den enkelte at det er verdt et søksmål. Kanskje enda viktigere er det at det er opprettet egne organer til å ta seg av tvister som oppstår i forbindelse med loven, nemlig Datatilsynet og dets klageorgan Personvernemnda.

Personvernemnda behandler klager på Datatilsynets avgjørelser i saker som omhandler personvernspørsmål. Nemnda har behandlet to saker hvor pol. § 8 er sentral, nemlig avgjørelsene i 2004 nr. 1 og 3. Den første omhandler grensegangen mellom samtykkekravet og nødvendighetsbegrunnelsen. Den andre avgjørelsen tar for seg interesseavveiningen i pol. § 8 f). Begge disse avgjørelsene vil bli behandlet nærmere.

2 Personopplysningsloven § 8, markedsføringsloven § 2 b og ehandelsloven § 9 som skranke for elektronisk markedsføring - innledning

2.1 Innledning

I det følgende vil jeg kort gjøre rede for de delene av personopplysningsloven, markedsføringsloven og ehandelsloven som har relevans for oppgaven her. Bakgrunnen for dette er å sette oppgavens tre kjernebestemmelser inn i en rettslig sammenheng, og se helheten i de tre lovene. Det er viktig å se de tre aktuelle bestemmelsene i oppgaven i forhold til resten av lovene for bedre å forstå hvordan de fungerer i praksis.

2.2 Presiseringer og avgrensninger i forbindelse med pol. § 8

2.2.1 Pol. § 2 nr. 1: "personopplysning"

Pol. §8 er utgangspunktet for enhver behandling av personopplysninger. Begrepet personopplysning er nærmere presisert i pol. § 2 nr. 1) som enhver opplysning eller vurdering som kan knyttes til en (fysisk) enkeltperson.¹⁰ Definisjonen er vid, og det er ingen krav til opplysningenes detaljgrad eller sammenheng. Sentralt i definisjonen er koblingen mellom opplysning og person. En opplysning om en person som ikke kan identifiseres er ingen personopplysning i lovens forstand.

I denne oppgaven vil personopplysninger først og fremst være e-postadresser og mobiltelefonnumre. Som nevnt er forutsetningen at de kan knyttes til en bestemt person, noe slike adresser som oftest kan.

2.2.2 Pol. § 2 nr. 2: "behandling av personopplysninger"

En annen sentral definisjon i loven er § 2 nr. 2) om "behandling av personopplysninger". Det er kun når personopplysninger "behandles" at loven kommer til anvendelse. En behandling defineres om "enhver bruk av personopplysninger", hvorpå loven gir eksempler på variasjoner av "bruk". Alt fra innsamling til lagring og utlevering anses som bruk, og oppramsingen i bestemmelsen er ikke uttømmende, jf. bruken av "f.eks." i lovteksten. I tillegg omfatter loven i praksis kun behandling av personopplysninger som skjer helt eller delvis *elektronisk*, jf. pol. § 3 a).

I denne sammenheng vil enhver bruk av elektroniske adresser regnes som behandling av personopplysninger i personopplysningslovens forstand. Særlig aktuelt i denne sammenheng vil være innsamling av adressene, eventuell videregivelse av dem, og markedsføring til dem.

¹⁰ *Personvern i informasjonssamfunnet* 2004 s. 107.

2.2.3 Pol. § 5: saklig virkeområde

Sentralt når det gjelder elektronisk markedsføring er også pol § 5 som regulerer forholdet til andre lover. Det statueres her et lex specialis-prinsipp¹¹. Dette er uttrykt slik at personopplysningsloven gjelder for behandling av personopplysninger om ikke annet følger av en særskilt lov som regulerer behandlingsmåten. Slike særskilte lover vil når det gjelder elektronisk markedsføring være markedsføringsloven og ehandelsloven. Der hvor det foreligger motstrid mellom personopplysningsloven og en særlov er hovedreglen at særlovens bestemmelser går foran. Personopplysningsloven har imidlertid selv en del særbestemmelser på viktige områder. Det vil dermed, som den senere drøftelse vil vise, ofte være et tolkningsspørsmål hvilken bestemmelse som vil gjelde.

2.2.4 Pol. § 11 c): formålsangivelsen som sperre mot bruk av elektroniske adresser i markedsføring

Det er også viktig å se § 8 i sammenheng med lovens § 11, og særlig dennes bokstav c), som regulerer selve behandlingen av personopplysningene (her: typisk elektroniske adresser). § 8 oppstiller altså krav for at behandling i det hele tatt skal tillates, mens § 11 stiller krav til selve den fortløpende behandlingen av personopplysningene. Sentralt i § 11 b) er kravet til et uttrykkelig, saklig begrunnet formål som behandlingen må være knyttet til. Formålsangivelsen er viktig for å forhindre annen bruk av personopplysningene enn det som har vært hensikten, jf. pol. § 11 c). Det kreves her at personopplysningene ikke senere ”brukes til formål som er uforenlige med det opprinnelige formålet med innsamlingen, uten at den registrerte samtykker”. Normalt vil de elektroniske adressene være samlet inn for å kunne gjennomføre den kjøpsavtale kunden og selger har inngått. Temaet for oppgaven her er uanmodet elektronisk reklame. Hvor markedsføringen er ”anmodet” vil de elektroniske adressene enten være hentet inn med dette som begrunnelse, eller være brukt til markedsføring etter innhenting av samtykke fra kunden. Det som gjenstår blir da de tilfellene hvor elektronisk markedsføring er lovlig når det *ikke* er innhentet samtykke, og formålet med

¹¹ *Personopplysningsloven* 2001 s. 88–89.

innsamlingen av de elektroniske adressene *ikke* hadde markedsføring som formål. Det er først og fremst disse tilfellene som drøftes i oppgaven.

2.3 Begrepet "direkte elektronisk markedsføring" og markedsføringsloven § 2 b

2.3.1 Markedsføringsbegrepet i personopplysningsloven § 26 sammenholdt med ehandelsloven § 9 og markedsføringsloven § 2 b

Med "elektronisk" legges definisjonen i mfl.¹² § 2 b fjerde ledd til grunn. Det fremgår her at "med elektronisk post menes (...) enhver form 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)". Det mest praktiske vil være e-post og tekstmeldinger.

Personopplysningsloven § 26 bruker uttrykket "direkte" for å markere at bestemmelsen kun omfatter markedsføring til fysiske personer. Motstykket vil for eksempel være tv-reklame, avisannonser, nettannonser og reklameplakater. Slik reklame retter seg mot et større antall mennesker. Direkte reklame er altså markedsføringshenvendelser som er rettet mot en adresse som, direkte eller indirekte, kan identifiseres med en fysisk person. En e-postadresse som inneholder navnet til en person vil ofte oppfylle dette kravet. Et telefonnummer vil også kunne oppfylle kravet. Forutsetningen er i utgangspunktet at en fysisk person er abonnent, men også et enmannsforetak vil normalt omfattes. På samme måte som "analog" reklame kan være indirekte gjennom reklameplakater og annonser i tidsskrifter, kan også elektronisk reklame være indirekte. Svært mange nettsider inneholder annonser med linker til annonsørens nettsider. Slik markedsføring vil ikke rette seg mot noens private hjemmeområde. Likeledes vil såkalte "pop-up"-vinduer, som ofte åpnes når visse nettsider besøkes eller kommandoer utføres, være indirekte ved at de henvender seg til alle, uten å være "adressert" til noen spesiell person. Elektronisk reklame vil i de fleste tilfeller være direkte, og i det følgende vil det i de fleste sammenhenger være underforstått at elektronisk reklame er direkte. Jeg vil imidlertid,

¹² Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføringsvilkår og avtalevilkår.

hvor det er hensiktsmessig, føye til benevnelsen ”direkte” hvor det er nødvendig for å understreke at det er snakk om markedsføring til identifiserbare fysiske personers hjemmeområder. I noen situasjoner er begrepet også nyttig å bruke for å markere personvernaspektet i drøftelsene.

2.3.2 Markedsføringsloven § 2 b: Saklig virkeområde

Når det gjelder behandlingen av markedsføringsloven vil det her fokuseres på de personvernmessige sidene ved loven, og da spesielt dens § 2 b. De aller fleste bestemmelsene i resten av loven omhandler ulike former for markedsføringsmetoder som ikke innebærer personvernmessige spørsmål, det er derimot forbrukerperspektivet som er det dominerende. Fokuset i denne oppgaven vil være på mfl. § 2 b, som omhandler direkte elektronisk markedsføring. Grunnen til dette er at denne bestemmelsen inneholder to sider av markedsføring som er spesielt interessante i et personvernperspektiv. Markedsføringsloven har ingen bestemmelse om saklig virkeområde. Utgangspunktet må derfor være at loven kommer til anvendelse på enhver form for markedsføring. Det er imidlertid i § 2 b klart at loven kun kommer til anvendelse hvor markedsføring skjer i *næringsvirksomhet*. Hva som ligger i dette begrepet er nærmere definert i mfl. § 19. Det er her ikke noe krav om at markedsføringen utføres av den næringsdrivende selv. Også handlinger utført av noen som opptrer på hans vegne omfattes av loven. Markedsføringen kan altså ikke settes bort til en person som ikke er næringsdrivende, for slik å omgå loven. Verdt å merke seg er det ikke stilles noe krav om at virksomheten må ha som mål å drive fortjeneste. Også ideelle organisasjoner o.l. omfattes altså av loven.

Videre gjelder markedsføringsloven kun for markedsføring til fysiske personer. Rettes markedsføringen til juridiske personer kommer loven ikke til anvendelse. Med ”fysiske personer” menes enhver fysisk person, uansett om vedkommende er forbruker, næringsdrivende eller arbeidstaker. Dette fremkommer av forarbeidene¹³ til § 2 b. Det sentrale er hvorvidt den elektroniske adressen er knyttet til ett bestemt menneske. Typisk er hvor navnet er en del av adressen, som f.eks. johanloennecken@firma.no. Men også adresser uten egnavnet til en person kan omfattes hvis det står en fysisk

¹³ Ot.prp.nr.92 (2003–2004) (endringslov) kapittel 5, Merknader til §2 b første avsnitt.

person bak adressen,- dagligleder@firma.no eller personalsjef@firma.no er eksempler. Det er her tydelig av adressen at det er en spesiell person som disponerer posten til denne adressen. Det som derimot ikke omfattes av loven er markedsføring til juridiske personer. Dette vil være til adresser som ikke kan knyttes til en spesiell person, men til firmaet som sådan. Forarbeidene gir som eksempler postmottak@firma.no eller info@firma.no. Verdt å merke seg er at dette er regelen også hvor foretaket er et enkeltmannsforetak. Det vil da alltid være kun én person alle adressene kan knyttes til. Likevel vil det være lov å rette elektronisk, uanmodet reklame til adresser av sistnevnte type, hvor det er firmaet og ikke personen som står i fokus. Når det gjelder begrepet ”fysisk person” gir forarbeidene også veiledning i situasjoner hvor det er uklart om en adresse tilhører en fysisk person eller ikke. Dette vil kunne være tilfellet hvor en adresse inneholder en forkortelse eller lignende, eksempelet som gis er pst@firma.no. Likeledes vil telefonnumre i seg selv ikke si noe om det leder til en juridisk eller fysisk person. Det følger da av forarbeidene at det skal innhentes samtykke fra mottageren før den elektroniske reklamen kan sendes.

Mfl. § 2 b første ledd gjelder markedsføring gjennom ”elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon”. I bestemmelsens første ledd gis også noen eksempler på hva som kan omfattes, bl.a. e-post, telefaks, eller såkalt talemaskin. I praksis er, og vil, nok e-post være det mest aktuelle. Særlig basert på denne kommunikasjonsformens egnethet til masseutsending. Det er derfor gitt en egen definisjon av ”e-post” i bestemmelsens fjerde ledd. Med elektronisk post menes: ”enhver henvendelse i form av tekst, tale, lyd eller bilde som sendes via et elektronisk kommunikasjonsnett, og som kan lagres i nettet eller i mottagerens terminalutstyr inntil mottageren henter den. Herunder omfattes tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon (SMS og MMS)”.

Tekstmeldinger via mobiltelefon er altså omfattet. Definisjonen vil imidlertid ikke omfatte fjernsyns- eller radioreklame, da slik reklame ikke inneholder individuelt adresserte meldinger. Også reklameannonser på nettsider vil måtte falle utenfor lovens virkeområde etter denne definisjonen.

Mfl. § 2 b, annet ledd unntar fra lovens virkeområde ”markedsføring der den fysiske personen kontaktes muntlig ved hjelp av telefon”. Dette er typisk telefonsalg, hvor mer

eller mindre tilfeldige personer oppringes i markedsføringsøyemed. Bakgrunnen for dette er at reservasjonsregisteret i pol. § 26 antas å gi tilstrekkelig beskyttelse mot telefonsalg. Dette fremgår av forarbeidene¹⁴ til bestemmelsen. Telefonmarkedsføring vil for mange mindre næringsdrivende uten faste utsalgssteder være helt nødvendig for å markedsføre sine produkter. Et krav til forhåndssamtykke også til telefonhenvendelser vil derfor kunne ramme slike næringsdrivende svært hardt. Departementet valgte derfor å vente med en slik løsning til spørsmålet er nærmere utredet, og la reservasjonsregisteret gjelde som begrensning inntil videre.

I mfl. § 2 b siste ledd går det frem at ehandelslovens bestemmelser, herunder § 9 om elektronisk markedsføring, gjelder i tillegg til bestemmelsen.

2.3.3 Betydningen av generalklausulen i markedsføringsloven § 1 for praktiseringen av § 2 b

Sentralt i markedsføringsloven står § 1. Viktigst er bestemmelsens første ledd, som ofte omtales som generalklausulen. Denne er gitt en svært skjønnsmessig utforming og bærer preg av å være en rettslig standard. Typisk for rettslige standarder er at de ikke knytter rettsvirkninger til klart avgrensede kriterier, men til kriterier som i mer generelle vendinger gir direktiv om bedømmelsen. I hovedtrekk forbyr mfl. § 1 første ledd handlinger som strider mot ”god forretningsskikk” næringsdrivende imellom, handlinger som er ”urimelige” overfor forbrukere, eller som ”for øvrig strider mot god markedsføringsskikk”. Innholdet i de siterte uttrykkene har et utpreget generelt innhold, og de kan ha forskjellige betydninger i forskjellige situasjoner eller på forskjellige tidspunkter. I forhold til mfl. § 2 b kan § 1 komme inn som tolkningsmoment.

Nevnes i denne sammenheng kan også mfl. § 1 tredje ledd. Det kommer her frem at ”ved vurderingen av om første (...) ledd er overtrådt, kan det blant annet legges vekt på om reklamen, på grunn av utforming, format, omfang og andre virkemidler, fremstår som påtrengende”. Når det gjelder direkte elektronisk reklame vil også dette kunne være relevant ved tolkningen av § 2 b. I hvilken grad reklamen er påtrengende vil kunne være forbundet med hvor stor inngripen den gjør i den enkeltes privatliv.

¹⁴ Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 34, fjerde avsnitt.

2.4 Presiseringer og avgrensninger i forbindelse med ehandelsloven § 9

2.4.1 Rettslig sammenheng

Ehandelsloven § 9 regulerer tjenesteyterens opplysningsplikt ved elektronisk markedsføring. Bestemmelsen tar for seg både opplysninger om hvem markedsføringen skjer på vegne av, informasjon om fullstendig prisopplysning, og identifisering av tilbud og salgsfremmende spill/konkurranser.

Ehandelsloven får ikke anvendelse på behandling av personopplysninger, jf. ehl. § 2 bokstav b. Ehl. § 9 har imidlertid visse personvernaspekter. Dette kommer først og fremst til uttrykk gjennom opplysningsplikten som oppstilles ved elektronisk markedsføring. I tillegg er § 9 viktig ved bestemmelsen av pol. § 8 og mfl. § 2 b sine virkeområder.

2.4.2 Ehl. § 1 og § 2: Virkeområde for ehandelsloven § 9

Ehandelslovens virkeområde er forholdsvis komplisert utformet gjennom lovens §§ 1 og 2. I følge § 1 gjelder loven ”for elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester”. En informasjonssamfunnstjeneste er definert som enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker. Definisjonen stammer fra EU-direktiv 98/48/EF, og er forholdsvis tungt formulert. I fortalen til direktivets punkt 18 går det videre frem at definisjonen også skal omfatte tjenester som består i å overføre informasjon via elektronisk kommunikasjonsnett, gi tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller være nettvært for data som leveres av tjenestemottakeren. Endelig vil også tilbydere av verktøy til søking, tilgang til og nedlasting av informasjon på f.eks. internett omfattes.

Det er også et vilkår for å omfattes av bestemmelsen at det er snakk om en tjeneste som ”vanligvis ytes mot et vederlag” jf. ehl. § 1 a). EU-domstolen har tolket dette til å omfatte alle typer av økonomiske aktiviteter. I bestemmelsens forarbeider¹⁵ er dette eksemplifisert gjennom tjenester som internettaksess, on-line informasjons- og

¹⁵ Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) kapittel 16, til lovens §1 fjerde avsnitt.

underholdningstjenester, on-line markedsføring og salg, og tilbud om fri utprøving av musikk og bilder/video på nettet. Det fremgår videre at uttrykket ”vanligvis ytes mot vederlag” er valgt istedenfor ”i næringsvirksomhet” med hensikt. Begrunnelsen er at det er ønskelig å også omfatte all virksomhet av økonomisk karakter, uansett formålet med den. Dermed vil også ideelle organisasjoner o.l. være omfattet av lovens virkeområde.

Informasjonstjeneste defineres videre i ehl. § 1 a) som en tjeneste som formidles ”over avstand”. Det fremgår av forarbeidene at det her siktes til tjenester som ytes uten at tjenestemottaker og tjenesteyter er tilstede samtidig. Tjenester som ytes elektronisk, men hvor begge parter er tilstede samtidig, omfattes altså ikke av loven. Unntatt fra loven vil da være f.eks. legeundersøkelse med elektronisk utstyr der både lege og pasient er tilstede, bestilling av flybillett over elektronisk nettverk der kunden er tilstede osv.

Videre vil en informasjonstjeneste være en tjeneste ”etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker”. Dermed vil ikke tv- og radiosendinger og tekst-tv omfattes av definisjonen, disse sendingene vil nemlig mottats samtidig av et ubegrenset antall mottakere. Tjenester må sendes ”fra punkt til punkt” for å omfattes av loven. Forarbeidene viser til video-on demand og e-post som eksempler på dette.

Endelig kreves det at tjenesten formidles elektronisk. Det fremgår av forarbeidene¹⁶ at en tjeneste ikke er formidlet elektronisk dersom innholdet er materielt, uansett om formidlingen innebærer bruk av elektroniske innretninger. Uttak av penger fra minibank vil ikke være en informasjonssamfunnstjeneste, mens overføring av penger via nettbank er det.

Et problem oppstår imidlertid i § 2 litra b). Det fremkommer her at ehandelsloven ikke får anvendelse på ”behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven...”. Det er vil ofte være tilfellet at både telefonnumre (i forbindelse med markedsføring pr SMS) og e-postadresser er personopplysninger. Dette følger av definisjonen av en personopplysning i pol. § 1, hvor enhver opplysning eller vurdering som kan knyttes til en enkeltperson anses å være en personopplysning. Det kan heller ikke være tvilsomt at slik elektronisk direkte markedsføring innebærer en behandling av personopplysninger.

¹⁶ Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 56, tredje avsnitt.

Definisjonen av at en behandling finner sted finnes i pol. § 2 pkt. 2), hvor enhver bruk regnes som behandling. Bruk av personopplysninger til markedsføring faller naturlig inn under denne definisjonen. Spørsmålet blir etter dette hva som omfattes av ehandelsloven § 9. Det som gjenstår av bestemmelsen vil etter dette være at ehl. § 9 gjelder for den delen av elektronisk markedsføring som ikke berører behandling av personopplysninger. Selve behandlingen av personopplysninger, som innsamling, registrering, adressering osv. reguleres av personopplysningsloven. Det blir altså selve opplysningsplikten som sådan som reguleres i ehl. § 9. Lovens forarbeider sier ingenting om hvordan avgrensningen mellom de to lovene skal foretas. Skillet kan likevel kunne bli problematisk. At en opplysningsplikt i seg selv ikke omfatter bruk av personopplysninger er greit. Sammenhengen med behandlingen av personopplysninger gjennom markedsføring er likevel så tett at det kan oppstå situasjoner hvor det ikke er klart hvor grensen mellom de to lovene går.

Forholdet til markedsføringsloven reguleres i ehl. § 9 siste ledd. Det fremgår her at markedsføringslovens bestemmelser skal gjelde i tillegg til bestemmelsene i ehl. § 9. Et problem i denne sammenheng er formuleringen av ehl. § 9 andre punktum hvor det står at ”sendes uanmodet markedsføring ved hjelp av elektronisk post, skal det fremgå at meldingene inneholder markedsføring idet meldingene mottas” Det åpnes med andre ord for at direkte elektronisk markedsføring skal kunne være lovlig selv om den er uanmodet, så lenge det er tydelig merket at den inneholder markedsføring. Dette virker ved første øyekast å være i strid med markedsføringsloven. Hva som ligger i begrepet og tolkningen av dette blir nærmere drøftet senere i oppgaven. Her konstateres kun det at lovene skal gjelde ved siden av hverandre, og at det kan skape problemer ved evt. motstrid.

3 Spørsmålet om personopplysningsloven § 8 må tolkes slik at nødvendighet regnes som et sekundært hjemmelsgrunnlag i forhold til samtykke

3.1 Generelt om kriteriet ”nødvendig” etter personopplysningsloven § 8

Det lille ordet ”nødvendig” i pol. § 8, første ledd er avgjørende for hvorvidt behandlingsvilkårene i bestemmelsens bokstav a)–f) kommer til anvendelse. Det må imidlertid poengteres at ordet ”nødvendig” gir liten mening isolert sett. Begrepet indikerer jo at noe skal oppnås, og må sees i sammenheng med et av vilkårene i bestemmelsens litra a)–f). Nødvendighetsvurderingen vil være en konkret vurdering hvor en rekke momenter kan være relevante. Det er imidlertid mulig å komme med noen generelle bemerkninger til begrepet.

I tilknytning til nødvendighetskravet sier forarbeidene¹⁷ at nødvendighetsvurderingen kan avhenge av hvilken form for behandling det er snakk om. For eksempel kan det vise seg at innsamling av opplysningene anses nødvendig, men at utlevering av dem ikke er det. Dette viser at ikke enhver behandling tillates i det man kommer gjennom nåløyet i §8. Også omfanget og karakteren av behandlingen er gjenstand for vurdering etter nødvendighetsvurderingen.

Ved å se pol. § 8 bokstav f i sammenheng med de andre bokstavene i bestemmelsen kan nødvendighetsbegrepet ytterligere presiseres. Bokstav f inneholder et interesseovervektsprinsipp som ikke nevnes i de andre alternativene. Det kreves at den berettigete interessen til den behandlingsansvarlige ikke bare er nødvendig, men at den overstiger interessen den registrerte har i sitt personvern. Et tilsvarende prinsipp nevnes ikke i bokstav a)–e). En rimelig tolkning¹⁸ vil her være å anse disse vilkårene som oppfylt så lenge behandlingen anses ”nødvendig”. Mao. så lenge behandlingen av personopplysninger er den eneste praktiske måten å oppfylle vilkårene på. Det er altså lagt opp til mindre rom for interesseavveining mot den registrertes personvern enn i bokstav f. Personvernet vil på sin side normalt anses hensyntatt gjennom avveiningene som allerede ligger til grunn for de ulike vilkårene i bokstav a)–e).

¹⁷ Ot.prp.nr. 92 (1998–1999) s. 108, 4. avsnitt.

Når det gjelder perspektivet i oppgaven her,- direkte markedsføring til fysiske personer, er det begrenset hvilke av pol. § 8 sine alternativer som er interessante. I det følgende er det først og fremst bokstav f som skal drøftes, men også a) vil bli behandlet. Bokstav a vil f.eks. være en typisk innfallsport til å be om samtykke til framtidig markedsføring.

3.2 Samtykke

Med begrepet ”samtykke” menes i forbindelse med pol. § 8 og mfl. § 2 b det uttrykkelige, informerte og frivillige samtykke, slik dette fremkommer av legaldefinisjonen i pol. § 2 nr. 7). Personopplysningslovens forståelse av begrepet ”samtykke” skal også brukes i mfl. § 2 b, jf. forarbeidene¹⁹ til markedsføringsloven. Det blir derfor tatt utgangspunkt i personopplysningslovens definisjon av begrepet.

I forbindelse med pol § 8 f) er det viktig å ha samtykkebegrepet i bakhodet. Samtykke er på mange måter motstykket til den ”berettigete interesse” som den behandlingsansvarlige måtte ha etter pol § 8 f). Samtykke er den sterkeste form for ivaretagelse av den registrertes interesser loven åpner for, og bygger helt og holdent på dennes vurdering av egne interesser. Hele behandlingen er da avhengig av at den registrerte gir sin tillatelse. Interesseavveiningen etter § 8 f) foregår på sin side primært med den behandlingsansvarliges interesser for øye. Denne tankegangen forsterkes ved at det er den behandlingsansvarlige som står for vurderingen etter § 8 f).

I tillegg er samtykke, som det vil fremgå av pkt. 3.3, ment å være hovedregelen i personopplysningsloven når det skal behandles personopplysninger. Dette gir i sin tur vilkårene i pol § 8 bokstav a)–f) et sekundært preg, noe som er verdt å merke seg når nødvendighetsvurderingen skal behandles nedenfor. Også markedsføringsloven opererer med samtykke som hovedregel.

Når det gjelder de tidligere omtalte personverninteressene er det særlig den registrertes interesse i kontroll med opplysninger om seg selv som ligger til grunn for samtykkekravet. Dette bidrar også til å opprette et tillitsforhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, som igjen kan føre til økt samarbeid og åpenhet mellom partene.

¹⁸ *Personvern i informasjonssamfunnet* 2004 s. 134.

¹⁹ Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 33, 9. avsnitt jf. s. 22, siste avsnitt flg.

Samtykke vil også gi den registrerte en fortløpende oversikt over hvilke opplysninger om ham som til en hver tid behandles. Dette øker dermed muligheten til å kontrollere riktighet og fullstendighet av de opplysningene som behandles.

3.2.1 Samtykkebegrepet i personopplysningsloven og markedsføringsloven

Av mfl. § 2 b fremgår det at det kreves forutgående samtykke for å rette elektronisk markedsføring mot fysiske personer. Ved første øyekast kan dette se ut til å avvike fra personopplysningsloven. Innholdet i de to lovenes bestemmelser på dette området er imidlertid svært likt. Begge krever de samtykke for å behandle personopplysninger, og også pol. krever at den registrerte skal samtykke før behandling av personopplysninger kan behandles. Dette fremgår av formuleringen i pol. § 8 første ledd ”*har samtykket*”. Det følger av dette at det også er selve henvendelsen om markedsføring som krever samtykke. Etter mfl. § 2 b kan ikke den behandlingsansvarlig sende ut f.eks. e-post til en person hvor det bes om samtykke til fremtidige markedsføringshenvendelser. Også dette vil være en henvendelse som har markedsføring som formål. Et forutgående samtykke må altså innhentes i forbindelse med en lovlig henvendelse fra den behandlingsansvarlige til kunden. Mest praktisk vil dette være hvor kunden sendes betalingsbekreftelse, svar på forespørsel el.l. fra den næringsdrivende.

Selve samtykkebegrepet er ikke nærmere definert i markedsføringsloven. Det fremgår imidlertid av forarbeidene²⁰ til loven at det skal forstås i samsvar med personopplysningsloven sin definisjon.

Personopplysningsloven oppstiller tilsynelatende tre likestilte vilkår for å behandle personopplysninger; samtykke, lovskravet og nødvendighetskravet. Av forarbeidene²¹ til loven fremgår det imidlertid at samtykke bør være hovedregelen. Dette kommer imidlertid dårlig frem i lovteksten, hvor en nærliggende tolkning er at de tre vilkårene er likestilte. Til støtte for dette kan også avgjørelsen i Personvernemnda 2004/3 være, hvor det i pkt. 6.4 sies at det ”etter pol. § 8 bokstav f kan gjøres unntak fra kravet til samtykke hvis behandlingen er nødvendig for at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til, kan vareta en berettiget interesse, og

²⁰ Ot.prp. nr. 62 (1999–2000) s. 33, 9. avsnitt jf. s. 22, siste avsnitt flg.

²¹ Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 108, 7. avsnitt.

hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.” Utsagnet indikerer med andre ord at samtykke skal være hovedregelen, og at nødvendighetskravene i bokstav a)–f) er unntak fra hovedregelen. Det ville ellers være lite hensiktsmessig å snakke om “unntak” fra samtykkekravet, hvis samtykke, lovskravet og nødvendighetsbegrunnelsen skal være likeverdige kriterier.

Begrepet ”samtykke” er definert nærmere i pol § 2 nr 7. Det er her tre hovedelementer i et samtykke som må være tilstede for at det skal være gyldig i henhold til personopplysningsloven. Som det vil fremgå av den videre drøftelsen henger de på mange områder nøye sammen, og ofte vil full realisasjon av ett av vilkårene være nødvendig for realisasjonen av et annet. Ved siden av de tre hovedvilkårene frivillighet, informasjon og uttrykkelighet gir personopplysningslovens forarbeider²² også visse andre presiseringer av samtykkebegrepet.

Som utgangspunkt skal samtykket gis av den registrerte selv. Kravet er nært knyttet til vilkåret om frivillighet. Det er imidlertid ikke noe i veien for at samtykke også gis av noen med fullmakt fra den registrerte til å gjøre dette. Et såkalt kollektivt samtykke, hvor f.eks. et en organisasjon samtykker på medlemmenes vegne, vil bare unntaksvis være tilstrekkelig.

Det er ingen formkrav knyttet til samtykkedefinisjonen i personopplysningsloven. Et muntlig samtykke vil som utgangspunkt være like bindende som et skriftlig. Samtykke kan for eksempel innhentes elektronisk.

3.2.1.1 Frivillig

For det første skal samtykket være frivillig, jf. pol. § 2 nr. 7). Av forarbeidene²³ til pol. § 2 nr. 7) går det frem at samtykket ”ikke må være avgitt under noen form for tvang fra den behandlingsansvarlige eller andre”. Det er sjelden det forekommer direkte tvang i forholdet mellom forbruker og næringsdrivende. Det finnes imidlertid flere svakere former for tvang som kan gjøre et samtykke ugyldig. Ofte vil f.eks. en ytelse eller fordel fra den næringsdrivende være betinget av at det gis samtykke til å behandle mer eller

²² Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 103, avsnitt 8 flg.

²³ Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 103 siste avsnitt.

mindre nødvendige personopplysninger. Normalt vil disse opplysningene være nødvendige for selve oppfyllelsen av avtalen, og dermed være lovlige. Det vil være i det øyeblikket behandlingen av personopplysningene ikke har noen direkte effekt på oppfyllelsen av avtalen at det kan snakkes om fravær av frivillighet. Den registrerte vil imidlertid sjelden ha noen interesse i å samtykke til behandling av opplysninger om seg selv, med mindre han får noe igjen for det. Oppfyllelse av en god avtale vil på mange måter være et press i seg selv. Slik sett er frivilligheten altså i stor grad knyttet til kravet om informasjon, da frivilligheten blir illusorisk om den registrerte ikke har full oversikt over konsekvensene av et evt. samtykke. Det er altså kun fullt informert den registrerte kan bedømme hvorvidt de fordeler behandlingen medfører er verdt behandlingen av personopplysninger om ham selv.

3.2.1.2 Uttrykkelig

For det andre skal samtykket være uttrykkelig. Et samtykke til behandling av personopplysninger kan ikke baseres på f.eks. stilltiende samtykke eller lignende varianter. Med ”uttrykkelig” menes at den registrerte aktivt uttrykker et samtykke, og aller helst bør det være skriftlig, selv om dette ikke er noe ubetinget krav. Her kommer særlig de forskjellige formene for presumert og hypotetisk samtykke inn som motstykker, hvor det ikke forligger noen aktiv erklæring fra den registrerte. Det kan i teorien utledes flere forskjellige former for samtykke som ikke er uttrykkelige. Begreper som ”presumert”, ”hypotetisk” og ”stedfortredende” er blitt brukt sammen med ”samtykke” for å kamuflere fraværet av et frivillig, informert samtykke. En slik form for samtykke kan f.eks. utledes av pol. § 8 a), hvor det å inngå en avtale antas å innebære et samtykke til å behandle de nødvendige personopplysninger for å gjennomføre avtalen. Det vil være den behandlingsansvarliges oppgave å sannsynliggjøre at samtykke er innhentet, slik at et skriftlig eller elektronisk samtykke som oftest vil være mest hensiktsmessig.

Endelig går det frem av forarbeidene at et samtykke til behandling av personopplysninger når som helst kan trekkes tilbake av den registrerte. En slik tilbaketrekning vil medføre at behandlingen som bygger på samtykket, må opphøre umiddelbart.

3.2.1.3 Informert

Endelig er det et krav om at samtykket skal være informert. Proposisjonen²⁴ til personopplysningsloven kapittel 21 gir lite veiledning ved forståelsen av hva som ligger i ”informert”. Den nøyer seg med å påpeke at den registrerte må ”forstå hva erklæringen gjelder, og hvilke konsekvenser denne får eller kan få”. Heller ikke forarbeidene²⁵ gir noen grundigere definisjon. Det sies kun at den registrerte må gis ”tilstrekkelig informasjon slik at vedkommende vet hva det samtykkes i”.

For at dette skal være tilfellet må det for det første kreves et visst nivå av fullstendighet i informasjonen. Både hvilke opplysninger som skal behandles, hvordan de skal behandles, til hvilket formål og ellers forhold rundt behandlingen som innvirker på den registrertes beslutning om å samtykke, vil være nødvendig å opplyse om. Et visst presisjonsnivå må det også være på informasjonen som gis. Som tidligere nevnt kan frivilligheten ved et samtykke være lite reell hvis den registrerte ikke har fullstendig oversikt over hva det faktisk samtykkes til.

3.3 Forholdet mellom samtykke og nødvendighetsbegrunnelse.

Som utgangspunkt gir lovteksten i pol. § 8 få holdepunkter for å innfortolke en rangering av behandlingsvilkårene innad i bestemmelsen, bortsett fra rekkefølgen samtykke, lovskrav og nødvendighet nevnes i lovteksten. Som tidligere nevnt er det imidlertid i forarbeidene²⁶ til personopplysningsloven nevnt at samtykke skal være hovedregelen ved behandling av personopplysninger. Det sies følgende:

”behandling av personopplysninger bør i størst mulig utstrekning baseres på samtykke fra den registrerte, selv om den også kan hjemles i de grunnlagene som oppstilles i bokstavene a-f. For det første vil dette styrke den registrertes muligheter til å råde over opplysninger om seg selv. For det annet vil man ved å basere behandlingen på samtykke unngå mulig tvil om de mer skjønnsmessige vilkårene i bokstavene a til f er oppfylt”.

²⁴ NOU-1997-19 s. 133, 8. avsnitt.

²⁵ Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 103, siste avsnitt.

²⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 108, femte avsnitt.

Ordbruken “bør”, i motsetning til “må” eller “skal”, i begynnelsen av sitatet modererer imidlertid slagkraften til utsagnet. En språklig fortolkning av forarbeidene på dette punkt tilsier at det ikke foreligger noen ubetinget plikt til alltid å forsøke å innhente samtykke før de andre alternativene brukes. Det kan imidlertid være et tolkingsmoment i nødvendighetsvurderingen hvorvidt samtykke er forsøkt innhentet eller ikke.

3.3.1 Personvernnemndas avgjørelse 2004/1

3.3.1.1 Personvernnemndas praksis som rettskilde

Som rettskilde på personvernområdet kan Personvernnemndas avgjørelser sies å ha en sentral rolle. Personvernnemnda avgjør klager på Datatilsynets vedtak. Begge disse instanser skal være uavhengige fra styresmaktene, jf. pol. § 43 første ledd. I Personvernnemnda kommer dette til uttrykk blant annet ved at Stortinget oppnevner nemndas leder og nestleder, mens Kongen oppnevner resten av medlemmene. Nemndas avgjørelser vil ha en viss rettskildemessig vekt. For det første vil Personvernnemnda være siste brukte instans i de fleste saker som har med personvernmessige spørsmål å gjøre. Av tidsmessige og økonomiske grunner er det sjelden slike saker går videre til domstolene. Dermed vil det meste av praksisen rundt personvernspørsmål stamme fra nemndas avgjørelser. I tillegg har nemnda en variert sammensetning med medlemmer fra både utdanningsinstitusjoner, næringsliv og politikk. Dette gir nemnda en bred kompetanse.

3.3.1.2 Avgjørelsens innhold med henblikk på samtykkekravet

I Personvernnemndas avgjørelse 2004/1 redegjøres det på prinsipielt grunnlag for forholdet mellom samtykke og nødvendighet som behandlingsgrunnlag.

I den foreliggende saken trekker nemnda først inn helseregisterlovens²⁷ (hrl) § 5 tredje ledd, hvor det fremgår at:

“før helseopplysninger innhentes for behandling etter første ledd, skal samtykke fra den registrerte foreligge, hvis ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov”.

²⁷ Lov 18. mai 2001 nr. 24.

Hrl. § 5 første ledd inneholder en henvisning til pol. §§ 9 og 33 når det gjelder behandlingen av helseopplysninger, slik at hrl. § 5 tredje ledd ikke pålegger et tilleggskrav om samtykke i forhold til pol. Bestemmelsen bidrar imidlertid til å understreke prinsippet om samtykke som utgangspunkt ved behandling av personopplysninger. Nemnda vurderer det deretter slik at

“det forhold at samtykke er hovedregelen, betyr imidlertid *ikke* at man ikke kan avvike fra dette prinsippet, og i stedet bygge på en av nødvendighetsbegrunnelse i personopplysningsloven § 8. Det betyr imidlertid at alternativet med nødvendighetsbegrunnelser ikke er *likestilt* med samtykke, slik at den behandlingsansvarlige står fritt til å velge en nødvendighetsbegrunnelse av rene hensiktsmessighetsbetraktninger fremfor å bygge på samtykke. På den annen side vil man i valget mellom samtykke og nødvendighetsgrunn ikke bare bygge på det rent prinsipielle og formelle syn at loven må forstås slik at samtykke skal prioriteres, man må også ta hensyn til de konkrete argumentene for å velge nødvendighetsbegrunnelsen, og hvor tungtveiende de er i den konkrete sak”.

Det er etter dette ikke åpenbart hvor grensen går mellom krav til samtykke og mulighet til å bruke nødvendighetsbegrunnelsen. Det som virker klart er at det trengs en konkret vurdering av de enkelte saksforhold, hvor alle aspekter rundt muligheten for å innhente samtykke må tas hensyn til. Det er ikke meningen at samtykke skal være et ubetinget førstevalg. Det kreves imidlertid en begrunnelse for å ikke bruke samtykke som behandlingsgrunnlag. At de to alternativene ikke anses likestilte, tilsier imidlertid at det bør kreves samtykke hvor de to mulighetene fremstår som omtrent like praktiske.

Videre tar nemnda utgangspunkt i de generelle personvernsyn som ligger til grunn for EU-direktivet²⁸ som personopplysningsloven bygger på. Det tas til orde for at samtykke i personopplysningsloven må

“ses i sammenheng med det syn at den enkelte skal kunne bestemme og kontrollere bruken av opplysninger om seg selv, og at denne muligheten anses å henge sammen med den enkeltes autonomi som borger i samfunnet, og å styrke den enkeltes mulighet til selv fritt å bestemme over sin egen situasjon. Personvernemnda mener at dette er en

²⁸ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 95/46/EF.

endring i det grunnleggende syn på innholdet i personvern i forhold til det som lå til grunn for personregisterloven”.

Det foretas med andre ord en avveining av hensynet til den enkeltes selvbestemmelsesrett på den ene siden, og hensynet til hva den behandlingsansvarlige anser som nødvendig på den andre siden. Deretter konstateres det en utvikling av personvernbegrepet, og en utvidelse i bruken av samtykke som hovedregel. Innholdet i uttalelsen fremhever den enkeltes selvbestemmelsesrett over opplysninger om seg selv, og samtykke til behandling av personopplysninger er kanskje det viktigste virkemiddelet for å styrke denne retten. En slik selvbestemmelsesrett kan naturligvis ikke være absolutt, en mengde andre hensyn kan tenkes å stride mot en slik absolutt rådighet over egne opplysninger. Det er imidlertid en noe sterkere vekt på samtykke som behandlingsgrunnlag som antydes i Personvernemndas uttalelse.

Nemnda konkluderer etter dette med at det må foreligge en begrunnelse for å avvike fra dette hovedprinsippet, og

“...denne begrunnelsen kan (...) ikke bare være en ren hensiktsmessighetsbetraktning, f.eks. å unngå kostnader, spare tid eller lignende – selv om slike begrunnelser selvsagt også må vurderes konkret i forhold til den enkelte sak”.

Begrunnelsen for ikke å innhente samtykke før behandling av personopplysninger må altså normalt bero på forhold som ligger utenfor det rent hensiktsmessige. Dette kan for eksempel også være i den registrertes interesse. I noen situasjoner, hvor behandling av personopplysninger er en rutinesak og den registrerte er fullt klar over hva som behandles og hvorfor, kan begge parter være tjent med at den ofte tidkrevende og tungvinte prosessen med å innhente samtykke droppes.

Det kan etter dette konkluderes med at det ikke foreligger noe ubetinget krav til å forsøke å innhente samtykke fra de registrerte før behandling av personopplysninger. Det legges derimot opp til en helhetsvurdering, hvor behandlingens karakter, vanskelighetsgraden av å innhente samtykke osv. vil være momenter i vurderingen av hvorvidt samtykke bør forsøkes innhentes.

4 Sammenhengen mellom markedsføring i ”eksisterende kundeforhold” (mfl. § 2 b), ved ”oppfyllelse av avtale” (pol. § 8 a) og i ”løpende kundeforhold” (pol. § 26)

4.1 Reservasjonsregisteret i pol. § 26 som skranke for markedsføring i kundeforhold etter mfl. § 2 b

Et spørsmål som oppstår i denne forbindelse er forholdet mellom pol. § 26 om det såkalte reservasjonsregisteret og mfl. § 2 b. For selv om personopplysningsloven som helhet står tilbake for markedsføringsloven etter lex specialis-prinsippet i pol. § 5, vil pol. § 26 i seg selv være en spesiell bestemmelse i forhold til mfl. § 2 b, nettopp fordi den omhandler en spesiell regulering av direkte markedsføring. Pol. § 26 hjemler et register hvor fysiske personer kan reservere seg mot direkte markedsføring. Enhver behandlingsansvarlig plikter å ”vaske” sine lister over potensielle reklamemottakere mot reservasjonsregisteret før første henvendelse sendes ut, og deretter fire ganger i året. Hvis den registrerte er oppført i reservasjonsregisteret oppstår problemstillingen om den behandlingsansvarlige fortsatt kan sende ut reklame etter mfl. § 2 b hvor det foreligger et ”eksisterende kundeforhold”.

I pol. § 26 siste ledd unntas markedsføring i såkalte ”løpende kundeforhold” fra bestemmelsens ordning med reservasjonsrett mot bl.a. elektronisk markedsføring. Formuleringen avviker fra den i mfl. § 2 b (”eksisterende kundeforhold”). Et spørsmål blir hvorvidt denne språklige formuleringen også skal innebære en meningsforskjell.

Rent leksikalsk har de to ordene ved første øyekast omtrent samme meningsinnhold. ”Løpende” kan imidlertid lede tankene hen mot et enda mer langvarig forhold enn det ”eksisterende” innebærer. Som eksemplifisert i forarbeidene²⁹ til personopplysningsloven vil et løpende kundeforhold normalt være banklån, livsforsikringsavtaler eller andre forhold hvor selve ytelsen avhenger av et større tidsperspektiv for å være praktisk gjennomførbart. Det er for eksempel svært få bank- og forsikringsavtaler som har som formål å opphøre etter noen få måneder. Det er med andre ord en spesiell type avtaler som kan omtales som løpende kundeforhold, nettopp fordi de er avhengig av jevnlig kontakt mellom kunde og markedsfører. Avtalen vil ofte

²⁹ Ot.prp.nr.92 (1998–99) kapittel IV ”til § 26” siste avsnitt

være tidsubegrenset, med jevnlige ytelser og/eller innbetalinger fra en eller begge parter. Unntaket fra vaskeplikten for ”løpende kundeforhold” er nærmere begrunnet i forarbeidene til personopplysningsloven.³⁰ Det kommer her frem at i slike kundeforhold vil det ofte fremstå som

”...vanskelig og unaturlig å sondre mellom saklig informasjon knyttet til avtaleforholdet og markedsføring av produkter med nær sammenheng til dette. Et løpende kundeforhold vil i mange sammenhenger kunne anses som et samtykke til at foretaket kan sende kunden informasjon og reklame innenfor sitt område, og kunden vil alltid ha mulighet til å reservere seg direkte hos markedsføreren”.

I tillegg vil det kunne være flytende overganger mellom det som er informasjon om endringer eller spesifiseringer i det løpende kundeforholdet, og det som vil være reklame om andre tjenester. Hensynet til slik informasjon veier langt mindre hvor det kun er ett enkelt kjøp det er snakk om, slik tilfellet er etter mfl. § 2 b tredje ledd.

Et eksisterende kundeforhold i henhold til mfl. § 2 b tredje ledd vil på sin side heller ikke oppstå ved ethvert enkeltkjøp eller -salg. Et slikt forhold oppstår imidlertid ved langt kortere kundeforhold enn tilfellet er i ”løpende kundeforhold” etter pol. § 26. Det avgjørende etter bestemmelsens forarbeider³¹ er hvorvidt handelen gjør det ”naturlig med videre kontakt mellom den næringsdrivende og kunden. Reklamefremstøtet må skje innen rimelig tid etter salget, ellers er kundeforholdet å regne som avsluttet.”

En antitetisk tolkning av pol. § 26 tilsier da at hvor det *ikke* foreligger et ”løpende kundeforhold”, vil reservasjonsregisteret gjelde fullt ut. Spørsmålet blir dermed hvorvidt det kan markedsføres i et eksisterende kundeforhold, jf. mfl. § 2 b tredje ledd, overfor en kunde som er registrert i reservasjonsregisteret i pol. § 26. Her kommer pol. § 5 inn, som sier at personopplysningslovens bestemmelser gjelder ”om ikke annet følger av en særskilt lov som regulerer behandlingsmåten”. Siden pol. § 26 nettopp gjelder direkte markedsføring tilsier det at bestemmelsen gjelder i tillegg til mfl. § 2 b tredje ledd. Ellers ville pol. § 5 ekskludere hele § 26 femte ledd, siden markedsføringsloven jo er en særlov i forhold til personopplysningsloven. Problemet

³⁰ Ot.prp.nr.92 (1998–99) s. 123, siste avsnitt.

³¹ Ot.prp.nr.92 (2003–2004) kapittel 5 ”til § 2 b)” avsnitt 8

blir altså følgende: Hvis en person er registrert i reservasjonsregisteret, åpner pol. § 26 for direkte markedsføring *kun* i løpende kundeforhold. Mfl. § 2 b tredje ledd vil imidlertid være en særbestemmelse i forhold til pol. § 26, jf. pol. § 5. Forholdet mellom de to bestemmelsene kunne med fordel vært regulert i loven(e), men slik de nå er utformet beror det hele på en tolkning av pol § 5; hvilken bestemmelse er særbestemmelsen?

Hensynene bak mfl. § 2 b tredje ledd, og det forholdsvis korte tidsrommet markedsføringen her tillates, tilsier etter mitt syn at denne bestemmelsen går foran pol. § 26 i disse tilfellene. Markedsføring etter mfl. § 2 b tredje ledd fungerer normalt som en slags oppfølging av det foregående kjøpet, og bør derfor tillates også når kunden er registrert i reservasjonsregisteret. Reservasjonsregisteret beholder til tross for dette sin hovedfunksjon, som er å stenge for de helt uanmodete markedsføringshenvendelsene. Til grunn for bestemmelsen om reservasjonsregisteret ligger jo først og fremst hensynet til den enkelte forbrukers mulighet til å verne seg mot uanmodet reklame. Dette formålet blir ikke nevneverdig krenket gjennom den begrensede mengden markedsføring som følger av mfl. § 2 b.

Jeg vil ikke behandle unntaket for telefonsalg etter mfl. § 2 b andre ledd, da slik markedsføring ikke er elektronisk, jf. definisjonen i mfl. § 2 b fjerde ledd. Slike henvendelser vil normalt ikke bli lagret i ”nettet eller mottakerens terminalutsyr inntil mottakeren henter den”.

Det skal avslutningsvis nevnes at markedsføringshenvendelser med hjemmel i pol. § 8 a) vil være en lovlig måte å innhente samtykke til evt. senere uanmodet reklame.

Det som er skrevet om reglene for behandling av personopplysninger i forbindelse med oppfylling av avtale, gjelder også for tilfeller som omfattes av ehl. § 9, jf henvisningen fra ehl. § 9 siste ledd til markedsføringsloven.

4.2 Hvorvidt behandling av personopplysninger for å ”oppfylle en avtale” etter pol § 8 har selvstendig betydning ved siden av behandling i ”eksisterende kundeforhold” etter mfl. § 2 b

Det kan ved første øyekast virke som om behandling av personopplysninger etter alternativet ”oppfylle en avtale” i pol. § 8 a) ”drukner” i det mer omfattende alternativet

i mfl. § 2 b's "eksisterende kundeforhold". Det er imidlertid, som den videre drøftelse vil vise, to forskjellige situasjoner de to bestemmelsene søker å regulere.

4.2.1 Mfl. § 2 b: behandling av personopplysninger i et "eksisterende kundeforhold"

Avgrensingen av uttrykket "eksisterende kundeforhold" er viktig for når og i hvilken utstrekning næringsdrivende skal kunne rette markedsføring mot sine kunder. Når et slikt forhold mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige foreligger, gjelder ikke kravet til forhåndssamtykke når det gjelder direkte markedsføring. Unntaket kan gi merkbare personvernmessige følger for den registrerte, og det er derfor av interesse å fastlegge rammene for dette begrepet.

Utgangspunktet må naturlig nok tas i ordet "kundeforhold". I mfl. § 2 b tredje ledd formuleres dette som at "krav om forhåndssamtykke etter første ledd heller ikke gjelder markedsføring ved hjelp av elektronisk post i eksisterende kundeforhold der den næringsdrivende avtaleparten har mottatt kundens elektroniske adresse i forbindelse med salg". Det blir en tolkning av det til en hver tid aktuelle kundeforhold som blir avgjørende. Det fremgår av forarbeidene³² til mfl. § 2 b at grunnvilkåret er at det er gjort en avtale om kjøp av et produkt eller en tjeneste.

Likeledes går det frem at ikke et hvert engangskjøp oppfyller kravet om å være "eksisterende" kundeforhold. Det sentrale i følge forarbeidene³³ på dette punkt er om handelen gjør det *naturlig* med videre kontakt mellom den næringsdrivende og kunden, enkeltkjøp anses normalt å være avsluttede forhold. Av denne grunn bør markedsføringshenvendelsen ikke skje for lenge etter salget, da kundeforholdet lett vil være å anse som avsluttet.

Når det gjelder hvilken informasjon det tillates markedsført gir forarbeidene en avgrensning av begrepet "næringsdrivende". Etter bestemmelsens tredje ledd, andre punktum er det nemlig bare *dennes* varer, tjenester eller ytelser det kan markedsføres for. Det er kun den fysiske eller juridiske personen kunden har gjort avtalen med som er

³² Ot.prp. nr. 92 (2003–2004) s. 39 avsnitt 8

³³ Ot.prp. nr. 92 (2003–2004) s. 39 avsnitt 8

unntatt fra kravet om forhåndssamtykke. Dette betyr at evt. underleverandører eller datterselskaper ikke kan henvende seg til kunden etter unntaket i denne bestemmelsen.

Bestemmelsens tredje ledd, andre punktum regulerer som nevnt også omfanget av de ytelser det skal kunne markedsføres for. Det er i forarbeidene³⁴ presisert at det kun kan markedsføres for *tilsvarende* ytelser som det kundeforholdet er etablert på. Det legges deretter opp til en sammenligning mellom på den ene siden den ytelse avtalen gjelder, og på den andre siden hva kunden med rimelighet burde ha forventning om å bli kontaktet om i markedsføringsøyemed. Som eksempel nevner forarbeidene³⁵ et bilkjøp. Ved et slikt kjøp kan det uanmodet sendes e-postreklame for andre biler, men ikke for rekvisita, tilbehør eller tjenesteytelser relatert til biler. Formuleringen ”tilsvarende” i lovteksten er i så henseende noe upresis, sett i forhold til den snevre definisjonen den er gitt i forarbeidene. I teorien tolkes ordet i retning av ”like”, mens det i praksis lett kan forstås som ”lignende”, og dermed åpner for markedsføring av produkter og tjenester som har en noe løsere sammenheng med det opprinnelige avtaleforholdet. Igjen er det den næringsdrivende selv som har det primære ansvaret for at bestemmelsen overholdes, slik at muligheten for en videre tolkning av begrepet ”tilsvarende ytelse” er tilstede.

I forhold til personopplysningsloven medfører mfl. § 2 b en markant utvidelse av muligheten for næringsdrivende til å markedsføre overfor sine kunder. Kunden er derfor i mfl. § 2 b tredje ledd tredje punktum gitt en effektiv måte å beskytte seg mot slik markedsføring som ellers ville vært tillatt under denne bestemmelsen. Ved innsamlingen av den elektroniske adressen, og ved eventuelle markedsføringshenvendelser, skal kunden enkelt og gebyrfritt skal gis anledning til å frabe seg slike henvendelser. Forarbeidene³⁶ presiserer uttrykket ”gebyrfritt” slik at kunden ikke skal belastes med kostnader ut over det en tilsvarende melding normalt ville koste. Som eksempel på dette viser forarbeidene til at det i e-posten fra den næringsdrivende finnes en lenke som kunden enkelt kan bruke for å reservere seg mot senere henvendelser. Etter lovteksten er denne muligheten formulert slik at kunden skal ”gis anledning” til å frabe seg slike henvendelser, i motsetning til f.eks. ”kunden skal

³⁴ Ot.prp. nr. 92 (2003–2004) s. 39 avsnitt 11

³⁵ Ot.prp. nr. 92 (2003–2004) s. 39 avsnitt 11

³⁶ Ot.prp. nr. 92 (2003–2004) s. 40 avsnitt 1.

kunne frabe seg...”. Dette uttrykket gir grunn til å kunne kreve en viss aktivitet fra den næringsdrivendes side når det gjelder kundens muligheter til å reservere seg mot videre henvendelser. Det bør ikke være utelukkende opp til kunden å finne frem til hvordan man henvender seg for å stoppe markedsføring mot seg selv. Det bør derfor i enhver markedsføringshenvendelse fra den næringsdrivende inkluderes informasjon om hvordan kunden kan frabe seg videre henvendelser.

Muligheten til å markedsføre i eksisterende kundeforhold er først og fremst begrunnet i det forholdet kunde og næringsdrivende oppnår gjennom en avtaleinngåelse. Det vil i mange tilfeller være naturlig for den næringsdrivende å kunne gi utfyllende informasjon eller tilbud om lignende varer eller tjenester som avtaleforholdet bygger på, i en begrenset periode etter gjennomføringen av avtalen. Hensynet til kundens personvern og rett til privatliv anses ivaretatt gjennom den tidsbegrensning som bestemmelsen gir anvisning på, og begrensningen i hvem som kan markedsføre og for hva.

4.2.2 Pol. § 8 a): behandling av personopplysninger for å ”oppfylle en avtale”

Som tidligere nevnt er pol. § 8 ment som en innfallsport til behandling av personopplysninger. Det er med andre ord nødvendig å oppfylle ett av vilkårene i § 8 for i det hele tatt kunne behandle personopplysninger. Bestemmelsens litra a) nevner ”oppfyllelse av en avtale” og ”gjøremål etter den registrertes ønske før slik avtale inngås” som gyldige grunner til å behandle personopplysninger. På bakgrunn av forrige avsnitt er det interessant her å drøfte hvorvidt det ligger noe annet i disse to vilkårene enn det som følger av personopplysningsbehandling i ”eksisterende kundeforhold” jf. mfl. § 2 b, mao. om pol § 8 a) har selvstendig betydning utover det mfl. § 2 b tillater.

Det første alternativet i bokstav a er oppfylling av en avtale. Det fremgår av forarbeidene³⁷ til personopplysningsloven at det her primært siktes til ”...nedtegning av avtalepartens navn og adresse, utfylling av fakturaer osv.”

Det følger også av det forholdsvis strenge nødvendighetskravet i pol. § 8 første ledd at det som ligger i ”oppfylle en avtale” må tolkes strengt. Det som skal være ”nødvendig” er altså de skritt som tas for å kunne oppfylle avtalen med kunden. Det strenge

³⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109, første avsnitt.

nødvendighetskravet tilsier at det skal svært mye til for at markedsføring skal kunne gjennomføres med hjemmel i pol. § 8 a). Markedsføring vil jo sjelden være en nødvendig del av oppfyllelse av en avtale.

Man kan også stille spørsmål ved om et "eksisterende kundeforhold" foreligger før den første avtalen er i boks. Det å være i kontakt med en forretning eller utsalgssted kan ikke uten videre sies å etablere et kundeforhold. Det sies også spesifikt i mfl. § 2 b at kundens elektroniske adresse til bruk i markedsføring må innhentes i forbindelse med et salg. Det kommer derfor frem et skille når det gjelder anvendelsesområdet for de to vilkårene for behandling av personopplysninger. Pol § 8 a) vil i tid komme før mfl. § 2 b, ved at den regulerer den første behandlingen av personopplysninger mellom partene, og dermed er starten på det som evt. vil bli et eksisterende kundeforhold. Der er først etter dette at mfl. § 2 b kommer inn og regulerer den videre markedsføringen overfor kunden.

5 Personopplysningsloven §8 bokstav f): Berettiget interesse som hjemmel for elektronisk markedsføring

5.1 Innledning

Hvis en behandlingsansvarlig ikke kan hjemle behandlingen av personopplysninger i noen av pol. § 8's øvrige vilkår oppstiller bokstav f) en siste utvei. Alternativet er på mange måter en sekkebestemmelse for de behandlingssituasjonene som ikke lar seg plassere under bestemmelsens andre hjemler, men som likevel anses å burde være lovlige.

Det er viktig å merke seg, som fremhevet i kapittel 3, at alle behandlingvilkårene under nødvendighetskravet er ment å være sekundære etter alternativet om samtykke. Det skal med andre ord alltid forsøkes å innhente samtykke fra de registrerte, selv om det skulle være forholdsvis klart at behandling under § 8 f) vil være mulig.

Bestemmelsen er, som den videre drøftelse vil bekrefte, svært skjønnsmessig utformet. Den usikkerhet dette medfører forsterkes ytterligere ved at det jo er den behandlingsansvarlige som skal stå for vurderingen. Videre legger bestemmelsen opp til en svært konkret vurdering, hvor en lang rekke momenter vil kunne være relevante. Alle sider, både ved den registrertes og den behandlingsansvarliges interesser, må tas i betraktning.

Av interesse når det gjelder bruk av personopplysninger i markedsføringsøyemed er avgjørelsen i Personvernemnda 2004 nr. 3. Saken omhandler Posten, som drev adressemekling gjennom sitt adresseregister. Her var det av avgjørende betydning for resultatet hvorvidt Postens berettigete interesse veide tyngre enn hensynet til de registrertes personvern, jf. pol. § 8 f). Momenter fra denne avgjørelsen vil trekkes inn i drøftelsen nedenfor der det vil være relevant.

5.2 *Berettiget* interesse

Det er i pol. § 8 f) et vilkår for å behandle personopplysninger at den behandlingsansvarlige kan ivareta en berettiget interesse gjennom behandlingen. Bestemmelsens forarbeider³⁸ gir liten veiledning når det gjelder hva som anses om en berettiget interesse. Av Personvernemndas avgjørelse som er nevnt ovenfor konstateres det at kommersielle interesser normalt er berettigete. Kommersielle interesser kan ta mange former. En berettiget interesse for en behandlingsansvarlig som er næringsdrivende kan for eksempel være effektivisering, inntektsøkning, innsparing o.l.

Det kan også tenkes interesser som ikke er direkte kommersielt motivert. I mange situasjoner vil den næringsdrivende ha en interesse i god service, for å holde på kunder eller lokke til seg nye. For eksempel kan næringsdrivende ønske å utvide kunders garantimuligheter og derfor trenge personopplysninger til bruk ved registrering av garantien. Dette vil altså være i både den næringsdrivendes og kundens interesse.

Hva som er berettiget må imidlertid sees i sammenheng med kravet om interesseovervekt som drøftes i punkt 5.3. Jo mindre berettiget eller relevant for

³⁸ Ot.prp.nr. 92 (1998–1999) s. 109, sjetten avsnitt.

virksomheten den behandlingsansvarliges interesse er, jo mer skal det til før den anses mer tungtveiende enn den registrertes interesse i personvern.

5.3 Interesseovervekt

I henhold til pol. § 8 bokstav f kreves det at den behandlingsansvarlige skal ha en berettiget interesse for å behandle personopplysninger. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig etter denne bestemmelsen at behandlingen er *nødvendig* for å oppfylle denne interessen. Det kreves også at den berettigete interessen hos den behandlingsansvarlige skal overstige hensynet til den registrertes personvern. På den ene siden er det dermed gitt et svært skjønnsmessig kriterium gjennom begrepet ”berettiget interesse”. På den andre siden balanseres dette ved at man legger til et krav om interesseovervekt i forhold til den registrertes interesse i personvern. Det er imidlertid verdt å merke seg at det ikke er snakk om noen ”sikkerhetsventil” når det gjelder § 8 bokstav f. Bestemmelsen krever kun en simpel interesseovervekt i favør av den behandlingsansvarlige for å tillate behandling av personopplysninger. Det er altså ikke noen snever unntaksregel, som normalt ville krevd en kvalifisert form for interesseovervekt. Den har derimot mer karakter av å være en ”sekkebestemmelse” for de tilfellene som ikke dekkes av resten av § 8 sine alternativer. En vurdering etter pol. § 8 f) vil kreve en faktisk undersøkelse av alle de personvernmessige konsekvenser en eventuell behandling vil medføre. Det er dermed et meget arbeidskrevende alternativ for den behandlingsansvarlige. Rent praktisk kan den imidlertid oppfattes som enklere å benytte, nettopp fordi den gir anvisning på en så skjønnsmessig vurdering. Det er antatt i juridisk teori³⁹ og i bestemmelsens forarbeider⁴⁰, at den behandlingsansvarlige vil være tjent med å rådføre seg med Datatilsynet i vanskelige tilfeller. Det vil i første rekke være Datatilsynet og Personvernemnda som gjennom sin praksis fastlegger innholdet i vurderingen etter § 8 f). Det er imidlertid sunt at de behandlingsansvarlige løpende rådfører seg med Datatilsynet, slik at feiltolkninger og misforståelser lukes bort før de får tid til å feste seg.

³⁹ *Personopplysningsloven*. 2001 s. 103.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 92 (1998–99) s. 109 sjetten avsnitt.

Når det gjelder selve interesseavveiningen fremgår det av bestemmelsens forarbeider⁴¹ at hvor det er kommersielle interesser den næringsdrivende ønsker å fremme, skal hensynet til privatlivets fred gis betydelig vekt. Det sies videre at dersom den registrerte ”gir beskjed” om at han ikke ønsker at behandling skal finne sted, bør dette tillegges vesentlig vekt. Dette er altså ikke det samme som at samtykke ikke er innhentet. Det er derimot slik at et slikt uttrykkelig ønske om at behandling ikke skal finne sted, kan være foranlediget av et mislykket forsøk på å innhente samtykke. Først da vil den registrerte ha fått tilstrekkelig sjanse til å gjøre seg kjent med den forestående behandlingen av opplysninger om ham selv.

Et godt eksempel på den omfattende avveiningen av kryssende hensyn pol. § 8 f) legger opp til, er avgjørelsen av Personvernemnda 2004/3 nedenfor. Det kommer her frem hvilken bred vurdering som må til for at samtlige relevante hensyn skal komme frem og hvordan disse skal veies mot hverandre.

5.3.1 Betydningen av Personvernemndas avgjørelse 2004/3

Et typisk eksempel på virksomhet som ikke omfattes av noen av de andre vilkårene i pol. § 8 er adresserings- og distribusjonsvirksomhet. Dette var saksforholdet i den nevnte saken i Personvernemnda.

Her gjaldt saken Postens bruk av sine personregistre i kommersiell virksomhet gjennom såkalt adressemekling. Det vil si at personers navn og adresse leies ut til firmaer som ønsker å bruke disse adressene til markedsføring. Unntatt fra disse adresselistene er barn under 15 år, døde personer, folk med hemmelig adresse og registrerte i reservasjonsregisteret. Det finnes to andre sentrale aktører på markedet som driver tilsvarende adressemekling uten å innhente samtykke fra adressatene. Spørsmålet i saken var om Posten, i sin særstilling når det gjelder adresseoversikt og – systematisering, skulle kunne operere på tilsvarende måte. Datatilsynet fattet vedtak om at Postens adressemekling ikke kunne forankres i pol. § 8 f). Avgjørelsens materielle innhold er ikke direkte knyttet til oppgaven her, men begrunnelsen gir likevel en svært god illustrasjon på den omfattende interesseavveining som pol. § 8 f) gir anvisning på. Når det gjelder interesseavveiningen etter § 8 f) går denne avgjørelsen forholdsvis langt

⁴¹ Ot.prp. nr. 92 (1998–99) s. 109 sjetten avsnitt.

når det gjelder vektleggingen av de registrertes vern om privatlivet.

Personverninteressene ble ansett å veie tyngre enn de kommersielle hensynene til Posten.

For å bøte på de personvernmessige følgene av adressemeklingsvirksomheten hadde Posten for det første foreslått å opprette et eget reservasjonsregister i tillegg til det sentrale reservasjonsregisteret i Brønnøysund. Dermed ville også de som ikke har reservert seg mot direkte reklame ha muligheten til å beskytte seg mot følgende av adressemeklingen.

Videre anførte Posten at de måtte likestilles med de to andre sentrale aktørene innen adressemekling, og dermed tillates fortsatt utleie av sine adresseregistre. Noe annet ville innebære en urimelig forskjellsbehandling.

Når det gjaldt selve interesseavveiningen mellom de kommersielle og de personvernmessige hensyn mente Posten at de personvernmessige hensyn ikke var spesielt tungtveiende i dette tilfellet. Det blir blant annet vist til statistikk fra reservasjonsregisteret hvor det ble vist til at av de registrerte har kun omlag 60% reservert seg mot postforsendelser, mens tilnærmet alle har reservert seg mot telefonsalg. Mekling av postadresser skulle dermed ikke innebære et så stort personvernmessig inngrep som f.eks. telefonnumre.

Personvernemnda legger imidlertid avgjørende vekt på de personvernmessige sidene av saken. Av Datatilsynets avgjørelse i saken kan det nevnes at Posten, i motsetning til de andre adressemeklerne på markedet, står i en særstilling på grunn av sitt monopol på landsomfattende postformidling, i tillegg til at de disponerer opplysninger om navn og adresse på alle som mottar post. Postens registre oppdateres i tillegg mot Folkeregisteret. Dette fører igjen til at frivilligheten til å registrere seg i registeret ikke er fullstendig, da registrering i Folkeregisteret ikke er frivillig, jf. folkeregisterloven⁴² § 7.

Nemnda trekker deretter formålet med loven inn i vurderingen. Registeret til Posten er opprettet for å drive postformidling, ikke for å drive adressemekling. Det vil som en

⁴² Lov 16. januar 1970 nr. 1.

følge av dette være upåregnelig for den enkelte at folks adresser utleveres til andre i den hensikt at det skal sendes adressert reklame til de registrerte.

Når det gjelder Postens forslag om å opprette et eget reservasjonsregister for Postens kunder avvises dette som tilstrekkelig ivaretagelse av personvernet. Det vises av nemnda til at

”dette også vil innebære en ulempe for den enkelte i og med at den registrerte må foreta en aktiv handling ved å registrere seg to ganger for ikke å motta adressert reklame”.

Personvernemnda konkluderer deretter med at

“hensynet til den enkeltes personvern overstiger Postens interesse, det vises her særlig til forarbeidene om at hensynet til privatlivets fred skal tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser, samt den konkrete interesseavveiningen som er foretatt”.

Som det fremgår av gjennomgangen av Personvernemndas avgjørelse 2004/3 er det en utpreget konkret vurdering som må til ved vurderingen av hvorvidt en berettiget interesse veier tyngre enn hensynet til personvern. Nemnda trekker frem både lovens ordlyd, forarbeidene, formålet med loven og andre reelle hensyn som f.eks. hvordan personvernet kan ivaretas til tross for at behandling tillates (her: eget reservasjonsregister for Posten).

Over ført til denne oppgavens tema, direkte elektronisk markedsføring, er det klart at nemnda her legger listen forholdsvis høyt når det gjelder muligheter for å behandle personopplysninger etter pol. § 8 f). Det er på den ene side klart at kommersielle interesser normalt vil være godtatt som en berettiget interesse. På den andre siden går det frem at hvor personverninteressene skal veies mot en kommersiell interesse, skal det svært tungtveiende kommersielle interesser til for å tillate behandling av personopplysninger.

5.4 Personopplysningsloven § 8 f) som selvstendig hjemmel for markedsføring hvor verken samtykke eller eksisterende kundeforhold foreligger

Når det gjelder pol. § 8 f) og denne oppgavens tema er det sentrale spørsmål hvorvidt elektronisk markedsføring kan hjemles som en ”berettiget interesse” i henhold til bestemmelsen. Bestemmelsens forarbeider legger som tidligere nevnt visse føringer for når behandling av personopplysninger skal være lovlig etter dette alternativet. I følge bestemmelsen er det en interesseavveining som må til, hvor den registrertes interesse i personvern veies mot den behandlingsansvarliges interesse i å behandle personopplysningene. Det fremgår imidlertid av forarbeidene⁴³ at:

”Generelt må hensynet til privatlivets fred tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser.”

Når det gjelder forholdet til personvern må det etter dette sitatet antas å være sjelden markedsføring kan gjennomføres med hjemmel i pol. § 8 f). Interessen den behandlingsansvarlige har i å markedsføre vil sjelden være så stor at den veier tyngre enn personverninteressen til mottageren. Det kan muligens tenkes tilfeller hvor det markedsføres for et produkt eller en tjeneste som visse kundegrupper har en spesiell interesse i å få informasjon om. Det kan tenkes for eksempel kjøp av dyre produkter eller maskiner med lang brukstid, hvor kundeforholdet, slik det normalt forstås, er opphørt. Hvor tilleggsutstyr eller oppgraderingsmuligheter skulle oppstå som også kjøper må antas å ha en svært stor interesse i å få vite om, kan det tenkes at slik markedsføring kan være lovlig etter pol. § 8 f). Nytt sikkerhetsutstyr til bruk med produktet kan for eksempel tenkes å være av svært stor interesse for kunden. At det ligger en kommersiell interesse i bunn bør ikke nødvendigvis hindre selger i å informere kunden om slike nye tilbud. Da det normalt er den behandlingsansvarlige som står for vurderingen etter pol. § 8 f) må det imidlertid kreves en forholdsvis tungtveiende interesse kunden må antas å ha. Bestemmelsen er litt ”feil” formulert i så henseende, da den kun taler om den *behandlingsansvarliges* berettigete interesse på den ene siden, og den registrertes personverninteresse på den andre siden. Når den *registrerte* må antas å ha en berettiget interesse i markedsføringen har bestemmelsen etter sin ordlyd ingen virkning. Å likevel bruke bestemmelsen i slike tilfeller kan imidlertid forsvares. For det

⁴³ Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 109.

første kan lovens formål trekkes inn, slik dette fremgår av pol. § 1. Det er primært den registrertes personverninteresser loven søker å beskytte. Dette formålet har liten vekt som skranke mot markedsføring som den registrerte må antas å ha en helt spesiell interesse av å motta. Særlig hvor for eksempel den registrertes sikkerhet er en faktor er det grunn til å tolke pol. § 8 f) utvidende på dette punkt.

Det er forholdsvis klart at elektronisk markedsføring utenfor kundeforhold og uten samtykke, med hjemmel i pol. § 8 f), kun vil være mulig i helt spesielle tilfeller. Det vil imidlertid være lite rimelig om det kun skal være den registrertes personverninteresser som skal være utslagsgivende i en interesseavveining. Som beskrevet ovenfor vil det kunne finnes situasjoner hvor hensynet til den registrerte kan veie tyngre enn dennes personverninteresser. Det blir med andre ord en avveining kun av den registrertes motstridende interesser, da den behandlingsansvarlige normalt kun har kommersielle interesser i sin markedsføring. Slike interesser vil, som tidligere sitert fra forarbeidene, ha beskjeden vekt i en interesseavveining etter § 8 f).

5.5 "Tips en venn"-funksjonen: hvem retter markedsføringshenvendelsen?

I forbindelse med spørsmålet om forutgående samtykke når det gjelder elektronisk markedsføring er det naturlig å komme inn på mfl. § 2 b og den såkalte "tips en venn"-funksjonen. "Tips en venn" vil si at den næringsdrivende på sin hjemmeside gir kunden mulighet til å sende en mail til en bekjent, som inneholder markedsføring for et produkt kunden tror vennen vil være interessert i. Med andre ord vil den næringsdrivende kun legge til rette for markedsføringen, mens det er kunden som gjennomfører selve prosessen. Dette spørsmålet ble berørt i Markedsrådets vedtak MR-2001-5.

Saken gjaldt en klage på mottatt markedsføring fra nettbutikken CoShopper gjennom en slik "tips en venn"-funksjon. Hjemmelen for avgjørelsen var mfl. § 1, men forholdet til § 2 b ble drøftet av rådet. Markedsrådet presiserte at uttalelsen om forholdet til mfl. § 2 b ikke var en prinsipiell uttalelse, og at hver sak måtte vurderes konkret når det gjaldt dette spørsmålet. Rådet fant i denne saken at "tips en venn"-funksjonen oppfylte kravet til å være utført i næringsvirksomhet av CoShopper. Markedsrådet uttaler imidlertid i denne saken:

“ Dette innebærer likevel ikke at « tips en venn »-funksjonen, med det konsept og den anvendelse som her er aktuell, uten videre kan likestilles med tilfeller der de næringsdrivende tar initiativet og aktivt sender ut markedsføringshenvendelser direkte til nærmere angitte adressater.”

Rådet setter her et prinsipielt skille mellom de situasjonene hvor markedsfører selv aktivt driver markedsføring, og de situasjonene hvor det finner sted en mer passiv form. Utgangspunktet for vurderingen er at generalklausulen i markedsføringslovens § 1 vil kunne ramme forhold som er regulert av forbud i spesialbestemmelser inntatt enten i markedsføringsloven eller annen lovgivning. Generalklausulen vil videre kunne supplere regulering i spesialbestemmelsene. Dette følger så vel av forarbeidene til markedsføringsloven som av Markedsrådspraksis og rettspraksis. Når det gjelder forholdet mellom mfl. § 2 og § 1 sier Rådet at:

“Høyesterett har i avgjørelsen inntatt i [Rt-1995-1908](#) uttalt at selv om generalklausulen i markedsføringslovens § 1 supplerer lovens spesialbestemmelser, må det vises forsiktighet med å anvende bestemmelsen på forhold av lignende karakter som omhandlet i spesialbestemmelsene når vilkårene etter disse ikke er oppfylt. Forutsetningen for anvendelse av markedsføringslovens § 1 vil med andre ord måtte være at det foreligger en variant som spesialbestemmelsen ikke tar standpunkt til, jf. her også Løchen/Grimstad: Markedsføringsloven med kommentarer, 6. utgave, s. 57.”

Med andre ord vil det altså være slik, at hvor et tilfelle reguleres av en av lovens spesialbestemmelser, og det etter denne bestemmelsen ikke konstateres brudd, skal det svært mye til før generalklausulen i § 1 kommer til anvendelse. Spesialbestemmelsen i denne sammenheng vil være mfl. § 2 b, og spørsmålet blir dermed om slik ”tips en venn”-markedsføring reguleres av denne bestemmelsen. Om dette sier Markedsrådet følgende:

"Bakgrunnen for lovendringen som ga opphav til mfl. § 2 var implementering av Europaparlaments- og Rådsdirektiv [97/7/EF](#) av 20. mai 1997 om vern av forbrukerne med hensyn til avtaler som inngås ved fjernsalg. Lovvedtaket er for øvrig i samsvar med forslaget i proposisjonen.

Departementet la altså til grunn at den nye bestemmelsen bare ville få anvendelse i tilfelle hvor en næringsdrivende tar initiativet og aktivt sender ut

markedsføringshenvendelser til nærmere angitte adressater. Det ble imidlertid også lagt til grunn at åpenbare omgåelser vil kunne rammes på lik linje med at den næringsdrivende selv tar direkte kontakt med forbrukere, og konseptet « tips en venn »-funksjon blir nevnt som et eksempel. Om slike tiltak vil rammes, måtte etter departementets utsagn i proposisjonen vurderes nærmere i det enkelte tilfelle.

Etter Markedsrådets oppfatning må det følge allerede av det som her er uttalt i proposisjonen at den nye § 2 b i markedsføringsloven ikke får generell anvendelse overfor konseptet « tips en venn »-funksjon. Av samme grunn vil generalklausulen i markedsføringslovens § 1 heller ikke kunne ramme konseptet « tips en venn »-funksjon uavhengig av innhold og utforming.”

Det er etter dette klart at “tips en venn”-funksjoner ikke ubetinget reguleres direkte av markedsføringsloven. Hvor slike former for markedsføring dukker opp vil det bero på en konkret vurdering hvorvidt den aktuelle markedsføringen kan anses å være omfattet av en av bestemmelsene i loven. Det åpnes imidlertid for at de mer åpenbare omgåelser skal kunne slås ned på med hjemmel i mfl. § 2 b. Rådet trekker deretter frem innstillingen fra Stortingskomiteen i behandlingen av markedsføringsloven:

“For oversiktens skyld inntar Markedsrådet Stortingskomiteens⁴⁴ uttalelse i [Innst.O.nr.19 \(2000-2001\)](#) s. 3:

« 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. »

Rådet konkluderer deretter med at:

“Det (...) etter dette er på det rene - noe partene i saken også er enige om - at konseptet « tips en venn »-funksjon pr. i dag ikke kan anses omfattet av forbudet i §2 b første ledd”

Av det foregående kan det konkluderes med at slike “tips en venn”-funksjoner ikke er tilstrekkelig vurdert av lovgiver til å være gjenstand for et forbud etter mfl. § 2. Det er for eksempel ikke klart at slik markedsføring foregår “i næringsvirksomhet”, da det er forbrukeren som er den aktive part. Videre trekkes formålet bak mfl. § 2 b inn, som primært er å motvirke såkalt “spamming”. Spam-mail kjennetegnes ved at de ofte sendes ut i svært store mengder og derfor rammer forbrukere på en forholdsvis inngripende måte. I den aktuelle saken her er markedsføringen av meget beskjeden art. Det er imidlertid uklart hvor grensen går for når det eventuelt kunne være aktuelt å ta denne bestemmelsen i bruk ved klare forsøk på omgåelser av mfl. § 2 b.

Avslutningsvis tar Markedsrådet stilling til hvorvidt “tips en venn”-funksjon rammes av forbudet i mfl. § 1 som “særlig påtrengende”. Det trekkes frem samme argument som i vurderingen av mfl. § 2 b, nemlig at CoShoppers utsendte mail verken var å anse som hyppige eller innholdsmessig omfattende. Videre trekkes det frem at ordningen på mange måter kan anses å være direkte forbrukervennlig. Gjennom å la forbrukere tipse andre forbrukere om varer eller tjenester det antas at mottageren er interessert i, kan ordningen ses på som en slags “kvalitetssikret” markedsføring. Rådet kom etter dette til at “tips en venn”-funksjonen i dette tilfellet ikke kunne anses å være “særlig påtrengende” i henhold til mfl. § 1 tredje ledd. Det ble imidlertid presisert at avgjørelsen ikke var en prinsipiell avgjørelse, og at det kunne tenkes tilfeller hvor liknende former for markedsføring kunne anses “særlig påtrengende”.

5.6 Samtykkebegrepet i ehandelsloven

Ehandelsloven inneholder ingen bestemmelser om samtykke, men har derimot en bestemmelse om opplysningsplikt. Denne plikten trer i kraft i alle de tilfellene som hittil er skissert som lovlig uanmodet reklame.

⁴⁴ Innst.O.nr.19 (2000-2001) Familie-, kultur- og administrasjonskomiteen.

Som nevnt under avsnittet om virkeområde, går det frem at ehandelsloven forutsetningsvis tillater ”uanmodet markedsføring” i § 9 første ledd, annet pkt. Av bestemmelsens siste ledd går det frem at markedsføringsloven skal gjelde i tillegg til ehl. § 9. ”I tillegg til” er et forholdsvis diffust begrep når det gjelder virkeområdet til en lov. En plausibel tolkning av begrepet tilsier at lovene skal gjelde side om side. Dette er holdbart så lenge det ikke foreligger motstrid mellom lovene, eller at deres virkeområder ikke overlapper. I denne sammenheng oppstår det imidlertid et problem. På den ene siden stiller nemlig mfl. § 2 b krav til forhåndssamtykke for å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer. På den andre siden åpner ehl. § 9 forutsetningsvis for uanmodet markedsføring gjennom elektronisk post i bestemmelsens første ledd, annet punktum.

En måte å løse dette tolkningsproblemet på er å ta utgangspunkt i virkeområdet for de to bestemmelsene. Som nevnt krever mfl. § 2 b kun forhåndssamtykke ved henvendelser til *fysiske* personer. Ehl. setter ingen slike grenser for hvem mottakeren av reklamen kan være. Det kan altså være slik at markedsføringsloven fungerer som en spesiell lov når det gjelder markedsføring til fysiske personer, mens ehandelsloven dermed kun åpner for uanmodet markedsføring til *juridiske* personer. Hvordan forholdene ellers er for markedsføring mot juridiske personer vil ikke bli videre drøftet her.

I tillegg kan man se ehl. § 9 i sammenheng med mfl. § 2 b) tredje ledd, hvor det åpnes for markedsføring uten forhåndssamtykke i eksisterende kundeforhold. Slik markedsføring vil dermed være uanmodet, men likevel lovlig så lenge det eksisterer et kundeforhold. Også en slik situasjon kan tenkes som lovlig uanmodet reklame.

Samme tankegang kan brukes i tilfeller etter pol. § 26. Her tillates (uanmodet) markedsføring til personer den næringsdrivende har et løpende kundeforhold til. Også her sløyfes kravet til forhåndssamtykke, slik at informasjonspliktene etter ehl. § 9 trer i kraft. Hensynet bak bestemmelsen er jo primært at mottakeren av reklamen enkelt skal kunne oppdage og eventuelt ignorere eller kaste reklamen. Ehl. § 9 kommer derfor supplerende til og gir regler for merking av den elektroniske reklamen.

6 Henvisninger

6.1 Litteraturliste:

Johansen, Michal Wiik. *Personopplysningsloven*. Michael Wiik Johansen, Knut-Brede Kaspersen, Åste Marie Bergseng Skullerud. Kommentartutgave. Oslo, 6. opplag. 2001.

Schartum, Dag Wiese. *Personvern i informasjonssamfunnet*. Dag Wiese Schartum, Lee A. Bygrave. Oslo, 2004.

Sejersted, Fredrik (et al.). *EØS-rett*. 1999.

Selmer, KS. *Data og personvern*. KS Selmer og RD Blekeli. Oslo, 1977.

6.2 Lovforarbeider:

NOU 1975:10 Seiputvalget

NOU 1997:19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger. (Skaugeutvalget)

Ot.prp.nr.92 (1998-1999) Behandling av personopplysninger.

Ot.prp.nr.62 (1999-2000) (endringslov) Kontroll med markedsføring og avtalevilkår

Ot.prp.nr.31 (2002-2003) Ehandelsloven

Ot.prp.nr.92 (2003-2004) (endringslov) Kontroll med markedsføring og avtalevilkår.

Innst.O.nr.19 (2000-2001) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om markedsføringsloven

6.3 Lovhenvvisninger:

1970 lov om folkeregistrering av 16. januar 1970 nr.1.

§7

1972 lov om kontroll med markedsføringsvilkår og avtalevilkår
(markedsføringsloven) av 16. juni 1972 nr. 47.

§2 b)

§1

§19

2000 lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14. april
2000 nr. 31.

§1

§2

§3

§5

§8

§11

§26

§33

2001 lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven) av
18. mars 2001 nr.24.

§5

2003 lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester
(ehandelsloven) av 23. mai 2003.

§1

§2

§9

6.4 EU-direktiver:

1995 Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF

- 1997 Europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7EF
- 2000 Europaparlaments- og rådsdirektiv 00/31/EF