

UiO • Det juridiske fakultet

Medvirkningsansvaret etter markedsføringsloven for medier som formidler annonser på internett

Kandidatnummer: 504

Leveringsfrist: 25.4.2014

Antall ord: 14104



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Terminologi- og begrepsavklaring.....	2
1.4	Videre fremstilling	3
2	RETTSKILDER.....	3
2.1	Norsk markedsføringsrett.....	3
2.2	Nordisk markedsføringsrett	4
2.2.1	Svensk markedsføringsrett	5
2.2.2	Øvrig nordisk markedsføringsrett.....	6
3	MEDVIRKNINGSANSVARET FOR MEDIER SOM FORMIDLER ANNONSE	7
3.1	Medvirkningsansvaret etter mfl. § 39 tredje ledd	7
3.1.1	Bestemmelsens innhold	7
3.1.2	Historikk	7
3.1.3	Ansvarssubjekter	8
3.1.3.1	Medvirkende personer.....	8
3.1.3.2	Medvirkende virksomheter	9
3.2	Hensynsbetraktninger	10
3.3	Teknologinøytralitet.....	10
3.4	Svensk praksis fra Marknadsdomstolen og Konsumentombudsmannen.....	11
3.4.1	Aftonbladet AB	11
3.4.2	Svenska Aller Aktiebolag.....	13
3.4.3	AB Dagens Nyheter.....	13
3.4.4	Aftonbladet Hierta Aktiebolag	14
4	HVORVIDT DET FORELIGGER ET MEDVIRKNINGSANSVAR.....	16
4.1	Medvirkningsansvaret for mediene aviser og ukeblader	16
4.2	Medvirkningsansvaret for sosiale medier	20
4.3	Vedtak og håndheving av medvirkningsansvar	22

5	GRENSEN FOR MEDVIRKNINGSANSVARET	25
5.1	Momentene i vurderingen av om det foreligger et medvirkningsansvar	25
5.2	Ulovlige annonser medieaktøren har fått kunnskap om.....	30
5.3	Forskjeller i grad av annonsegranskning for aviser/ukeblader og sosiale medier	32
5.4	Forhåndssamtykke for å motta annonser på sosiale medier.....	33
5.4.1	Unmodet elektronisk kommunikasjon etter mfl. § 15	34
5.4.2	Medvirkningsansvar ved brudd på § 15	37
6	SAMMENFATNING OG KONKLUSJON.....	41
7	LITTERATURLISTE	43
7.1	Lover og forskrifter.....	43
7.2	Forarbeider	43
7.3	Rettsavgjørelser.....	44
7.4	Utenlandsk rett	44
7.4.1	Svensk markedsføringsrett	45
7.5	Litteratur	46
7.6	Internett	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I denne avhandlingen skal jeg drøfte hvorvidt det foreligger et medvirkningsansvar etter markedsføringsloven § 39 tredje ledd for medier som formidler annonser på internett.¹ Jeg skal også redegjøre for grensen for medvirkningsansvaret hvor det foretas en drøftelse av ulike momenter som kan tale for at en medieaktør burde holdes ansvarlig for medvirkning.

Før det vurderes om et medvirkningsansvar kan foreligge, må den aktuelle annonsen først være i strid med en bestemmelse i markedsføringsloven. I praksis er det kapittel II om handelspraksis overfor forbrukere som i de fleste tilfeller kommer til anvendelse i vurderingen av om påstandene i annonsen er ulovlige. Kapittelet inneholder bestemmelsene § 6 om urimelig handelspraksis, § 7 om villedende handlinger, § 8 om villedende utelatelser, § 9 aggressiv handelspraksis og § 10 om prismerking.

Når en annonse er ulovlig etter markedsføringsloven blir spørsmålet om det kan fattes et vedtak om medvirkningsansvar etter mfl. § 39 tredje ledd mot medieaktøren fordi den har publisert annonsen. Eksempelvis kan det vurderes om Aftenposten AS kan holdes ansvarlig for medvirkning ved å ha inntatt en ulovlig slankeannonse på deres nettside aftenposten.no.

I tillegg til mfl. §§ 6-10 kan en annonse være i strid med andre bestemmelser i markedsføringsloven. Mfl. § 15 inneholder en regel om uanmodet elektronisk kommunikasjon. Bestemmelsen krever at en næringsdrivende må ha fått et forhåndssamtykke fra mottakeren for å rette elektroniske markedsføringshenvendelser direkte til denne. Et flertall av sosiale medier publiserer annonser fra næringsdrivende til brukerne av det sosiale mediet. De sosiale mediene øker hele tiden sin globale størrelse og det er følgelig et veldig stort antall annonser som blir publisert. Den store økningen av medlemmer på sosiale medier som Facebook, MySpace og Twitter har gjort at næringsdrivende kan markedsføre seg for et stort antall mennesker.

De nordiske forbrukerombudene har utarbeidet et standpunkt om markedsføring via sosiale medier hvor de viser til at bestemmelsen om forhåndssamtykke ble skrevet på en tid sosiale

¹ Markedsføringsloven av 9.1.2009

medier ikke eksisterte.² De hevder det derfor er tid for å oppdatere bestemmelsen slik at det ikke blir noen tvil om at den også omfatter markedsføring på sosiale medier.³ På bakgrunn av dette og den teknologiske utvikling som har skjedd de siste årene mener jeg spørsmålet om sosiale medier burde omfattes av § 15 er veldig dagsaktuelt. Jeg kommer derfor til å forutsette at § 15 gjelder for sosiale medier og drøfte hvordan brudd på bestemmelsen kan føre til at det sosiale mediet burde holdes ansvarlig for medvirkning etter § 39 tredje ledd. I denne helhetsvurderingen redegjør jeg for flere momenter som kan trekke i retning at det burde fattes et vedtak om medvirkningsansvar.

1.2 Avgrensning

Etter § 39 tredje ledd kan ”vedtak” etter markedsføringsloven rettes mot medvirkere. Et vedtak om medvirkningsansvar med et vedtak om tvangsmulkt⁴ eller overtredelsesgebyr⁵ er en administrativ sanksjon. På grunn av oppgavens omfang avgrenses det mot erstatnings- og straffeansvar. Ehandelsloven § 14 gjelder regler om erstatnings- og straffeansvar for en tjenesteyter som overfører informasjon og §§ 16-18 inneholder bestemmelser om ansvarsfrihet fra dette ansvaret.⁶ Bestemmelsene i ehandelsloven er derfor ikke relevante.

1.3 Terminologi- og begrepsavklaring

Flere aviser, ukeblader og liknede har både en nettutgave og papirutgave. I det følgende kommer jeg til å bruke elektronisk skrift som en betegnelse på nettutgaven og trykt skrift som en betegnelse for papirutgaven. Med medier mener jeg både aviser, ukeblader og liknende i elektronisk skrift. Sosiale medier er kun på internett, så de blir kun omtalt som sosiale medier. Med annonse mener jeg en betalt melding fra en næringsdrivende som vises i for eksempel en avis, et ukeblad eller et sosiale medie. Medvirkeren er innehaveren av det sosiale nettverket eller av den elektroniske skriften.

² De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012*, (2012)

³ Henrik Øe, *Brev om definition af elektronisk post til EU-Kommissionen*, (2012), s. 1

⁴ Mfl. § 42

⁵ Mfl. § 43

⁶ Ehandelsloven av 23.5.2003

Et sosialt medie kan forstås som en online tjeneste, hvor enkeltpersoner har mulighet til å opprette private brukerprofiler som de kun har adgang til gjennom brukernavn og passord.⁷ Nettverket åpner for interaksjon mellom to eller flere brukere. I nettverket kan brukerne kommunisere med venner og alle kan legge ut og dele informasjon som bilder, videoer, tekst og lignende. Eksempler på sosiale nettverk er Facebook, MySpace, Twitter og LinkedIn.

1.4 Videre fremstilling

Del 2 redegjør for norsk og nordisk markedsføringsrett som rettskildefaktor. I del 3 gjennomgås ulike rettskilder som har betydning i vurderingen av om det foreligger et medvirkningsansvar for medier som formidler annonser på internett. Del 4 drøfter hvorvidt det foreligger et medvirkningsansvar for aviser, ukeblader og sosiale medier samt hvordan vedtak og håndheving av medvirkningsansvaret foregår. I del 5 behandles grensen for medvirkningsansvaret ved å redegjøre for hvilke forhold og momenter som kan tale for at det burde fattes vedtak om medvirkningsansvar. Del 5 vil også drøfte om brudd på mfl. § 15 om forhåndssamtykke taler for at et sosialt medie burde holdes ansvarlig for medvirkning. Del 6 gir en sammenfatning og konklusjon på avhandlingen.

2 Rettskilder

2.1 Norsk markedsføringsrett

Regelen om medvirkningsansvaret i den någjeldende markedsføringsloven av 2009 § 39 tredje ledd er en videreføring av medvirkningsansvaret i markedsføringsloven av 1972 § 12 andre ledd.⁸ Forarbeidene fra markedsføringsloven av 1972 er således relevante.

Norske rettskilder løser ikke spørsmålet om det gjelder et medvirkningsansvar for medier som formidler annonser på internett.

Forbrukerombudet er et tilsynsorgan og skal føre tilsyn med at markedsføringslovens bestemmelser og bestemmelser gitt i medhold av loven overholdes.⁹ Markedsrådet er Forbru-

⁷ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012*, (2012), s. 3

⁸ Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) s. 211

kerombudets overordnede organ i saker om anvendelsen av markedsføringsloven.¹⁰ Forbrukerombudet og Markedsrådet er underlagt Barne- og likestillingsdepartementet. De kan derimot ikke instrueres i faglige spørsmål.¹¹

2.2 Nordisk markedsføringsrett

Det foreligger flere avgjørelser fra svensk markedsføringsrett hvor det er fattet vedtak om medvirkningsansvar mot medieaktører. Da nordiske lands rettskilder vanligvis er en relevant rettskildefaktor blir spørsmålet om man kan hente argumenter fra nordisk markedsføringsrett og hvilken rettskildemessig vekt den har.

Den rettskildemessige *relevansen* til nordisk markedsføringsrett kan påvirkes av om det gjelder tolkningen av bestemmelser i markedsføringsloven som er hentet direkte fra EØS-retten. I tillegg innebærer totalharmoniseringsdirektiver som for eksempel handelspraksisdirektivet at direktivene skal anvendes på samme måte i alle medlemslandene.¹² Dette gjør at et medlemslands anvendelse av et direktiv kan brukes som rettskilde for et annet medlemsland. Nordisk markedsføringsrett om bestemmelser fra EØS-retten vil følgelig være en relevant rettskildefaktor.

Den rettskildemessige relevansen av nordisk markedsføringsrett kan også avhenge av om det gjelder tolkningen av bestemmelser i markedsføringsloven som ikke er direkte gjennomført ved EØS-rett. Medvirkningsbestemmelsen i mfl. § 39 tredje ledd ble ikke direkte gjennomført ved EØS-rett. Det er i denne sammenheng det er nødvendig å se på hvilken rettskildemessig relevans nordisk markedsføringsrett har.

Rettsystemet i de nordiske land har likere rettstradisjoner og er nærmere norsk rett enn andre lands rett, slik at norske dommer ofte henviser til nordisk rett som en rettskildefaktor. Nordisk rett kan derfor sies å ha mer rettskildemessig relevans enn andre lands myndigheters rett. De

⁹ Mfl. § 32 første ledd

¹⁰ Forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling, § 2 tredje ledd

¹¹ Mfl. § 32 note 132 av Nergård (rettsdata)

¹² 2005/29/EF, fortalet, avsnitt 11,14 og 15

nordiske landene i Nordisk ministerråd har et lovsamarbeid for å fremme grunnleggende prinsipper i nordisk lovgivning.¹³ Dette underbygger likheten i nordisk rett.

Markedsføringsloven av 1972 erstattet den tidligere markedsføringsloven av 1922. Under spørsmålet om markedsføringsloven av 1922 skulle revideres, ble det i 1960 opprettet en Konkurranselovkomité som i nordisk samarbeid skulle gjennomgå lovgivningen om utilbørlig konkurranse og utrede spørsmål om endringer.¹⁴ Loven av 1972 bygget således på et nordisk samarbeid. Som nevnt i punkt 2.1 er reglene i markedsføringsloven av 2009 en videreføring av markedsføringsloven av 1972. På grunn av det nordiske samarbeidet er det følgelig stor likhet mellom de nordiske landenes markedsføringsrett.

På bakgrunn av de ovenfor nevnte momentene mener jeg at nordisk markedsføringsrett er en relevant rettskildefaktor.

2.2.1 Svensk markedsføringsrett

Etter marknadsföringslagen av 2008 § 23 annet ledd nr. 3 kan et forbud rette seg mot " var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen".¹⁵ I tillegg omfattes de aktører som legger opp en markedsføringskampanje på oppdrag av en næringsdrivende.¹⁶ Den svenske marknadsföringslagen inneholder følgelig en medvirkningsbestemmelse. De tidligere marknadsföringslagene av 1975 og 1995 inneholdt i henholdsvis § 2 og § 14 tilsvarende bestemmelse som dagens § 23.¹⁷ Det følger av forarbeidene til marknadsföringslagen av 2008 at den nye § 23 tilsvarer den tidligere § 14.¹⁸

Medvirkningsansvaret for medier som formidler annonser har vært behandlet i Marknadsdomstolen og Konsumentombudsmannen i Sverige. Marknadsdomstolen har den primære kompetansen til å fatte vedtak etter brudd på marknadsföringslagen.¹⁹ Konsumentombuds-

¹³ Nordisk ministerråd

¹⁴ Ot.prp.nr 57 (1971-1972) s. 1

¹⁵ Marknadsföringslagen 2008: 486

¹⁶ Prop. 1994/1995:123 s. 92

¹⁷ Marknadsföringslagen 1975: 1418, marknadsföringslagen 1995: 450

¹⁸ Prop. 2007/08:115 s. 154

¹⁹ Marknadsföringslag 2008: 486 § 47

mannen er et tilsynsorgan som fører tilsyn med at marknadsföringslagens regler overholdes og kan treffe vedtak og utferdige forelegg mot selskaper som bryter marknadsföringslagen.²⁰ Marknadsdomstolens avgjørelser er rettspraksis, mens Konsumentombudsmannens avgjørelser er forvaltningspraksis.

Jeg har ikke lyktes i å finne noen avgjørelser hvor de norske domstolene har uttalt seg om Marknadsdomstolens rettskildemessige vekt. Høyesterett har imidlertid i en sak om en patentsøknad uttalt at "i en situasjon som i saken her er det av stor betydning at utviklingen innen Europa er preget av ensartede regler og praktisering innenfor patentområdet. Likevel må det bero på en selvstendig vurdering og ikke minst på hvilken instans i EPO som har truffet avgjørelsen, hvilken vekt denne skal tillegges."²¹

Det må altså bero på en selvstendig vurdering hvilken rettskildemessig vekt svensk praksis har. Sammenliknet med andre tungtveiende rettskildefaktorer i norsk rett som lovtekst, forarbeider og rettspraksis har svensk praksis betydelig mindre rettskildemessig vekt. Vekten av en rettskildefaktor er relativ og avhengig av hvilke andre rettskildefaktorer som er relevante i den aktuelle saken og hva man kan slutte av disse rettskildefaktorene. Om det er få rettskilder i norsk rett på et spesielt rettsområde kan imidlertid rettskilder fra nordiske land tillegges noe større rettskildemessig vekt enn de vanligvis har. Når det ikke foreligger norsk praksis om medvirkningsansvaret for medier som formidler annonser på internett, mener jeg at svensk praksis kan få en viss rettskildemessig vekt.

2.2.2 Øvrig nordisk markedsføringsrett

Jeg har ikke funnet noen medvirkningsbestemmelse i de danske²², finske²³ og islandske²⁴ markedsføringslovene. Markedsføringsrett fra disse landene kommer derfor ikke til å bli gjennomgått.

²⁰ Konsumentverket, *KO:s arbete* (2012)

²¹ Rt. 2008 s. 1555, avsnitt 51

²² Lov om markedsføring nr. 58 af 20. januar 2012

²³ Konsumensskyddslag 21.1.1978/38

²⁴ Lov om tilsyn med handelspraksis og markedsføring nr. 57/2005

3 Medvirkningsansvaret for medier som formidler annonse

3.1 Medvirkningsansvaret etter mfl. § 39 tredje ledd

3.1.1 Bestemmelsens innhold

Etter mfl. § 39 første ledd kan Forbrukerombudet eller Markedsrådet fatte vedtak om forbud, påbud, tvangsmulkt og overtredelsesgebyr om de finner at inngrepet tilsies av forbrukerhensyn som nevnt i § 34 annet ledd.²⁵ Ordlyden "hensynet til forbrukerne" tilsier at Forbrukerombudet får en vid adgang til å vurdere hvorvidt saken bør realitetsbehandles om sterke forbrukerinteresser tilsier det, eller om den bør ligge av prioriteringshensyn.²⁶ Saker som utelukkende omhandler forholdet mellom næringsdrivende skal derimot ikke behandles.²⁷

I henhold til § 39 tredje ledd første punktum kan vedtak også rettes mot medvirkere. Etter § 39 tredje ledd andre punktum er noen grupper unntatt medvirkningsansvar. Det kan ikke treffes vedtak mot reklame i strid med lov av 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting § 3-1 andre ledd og forskrifter gitt i medhold av loven. Det kan heller ikke treffes vedtak etter mfl. § 48 femte ledd om overtredelse av en ekspeditør, betjent eller annen lignende underordnet når overtredelsen vesentlig har vært foranlediget av vedkommendes avhengige stilling til den næringsdrivende.²⁸ Medvirkningsbestemmelsen i § 39 tredje ledd er en videreføring av gjeldende rett.²⁹

3.1.2 Historikk

Medvirkningsansvaret ble innført i markedsføringsloven av 1972³⁰ i 1996 og gjelder både for fysiske og juridiske personer.³¹ Både personer som i realiteten har medvirket til overtredelsen

²⁵ Jfr. mfl. § 39 første ledd

²⁶ Lunde 2010 s. 197

²⁷ Ot.prp.nr.57 (1971-1972) s. 29

²⁸ Mfl. § 39 tredje ledd tredje punktum jfr. § 48

²⁹ Ot.prp.nr 55 (2007-2008) s. 212

³⁰ Ot.prp.nr 34 (1994-1995) s. 9

³¹ Ot.prp.nr 55 (2007-2008) s. 212

og virksomheter som for eksempel et annonseorgan kan holdes ansvarlig for medvirkningsansvar.³²

3.1.3 Ansvarssubjekter

Medvirkningsansvaret etter § 39 tredje ledd gjelder både for medvirkende personer og medvirkende virksomheter.³³ Det er det sistnevnte forholdet som er av betydning for om medier som formidler annonser på internett kan holdes ansvarlig for medvirkning. Jeg kommer i det følgende til å redegjøre kort for medvirkningsansvaret for medvirkende personer for å vise forskjellen mellom dette ansvaret og medvirkningsansvaret for medvirkende virksomheter.

3.1.3.1 Medvirkende personer

Bakgrunnen for innføringen av medvirkningsansvaret var å hindre at de personene som i realiteten stod bak den lovstridige markedsføringen skulle unndra seg ansvar. Når det kun kan rettes vedtak mot selskapet og ikke mot personene som står bak selve markedsføringen, kan man enkelt opprette et nytt selskap i nytt navn og fortsette den lovstridige markedsføringen. Om vedtaket derimot retter seg mot personen bak selskapet, vil man kunne gripe mer effektivt inn mot lovbrudd. Medvirkningsansvaret gjelder for enhver som har handlet på vegne av selskapet ved å ha deltatt i eller stått bak den lovstridige markedsføringen. I praksis er det ofte daglig leder, styreleder eller andre som har hatt sentral rolle i forbindelse med bruddene på markedsføringsloven som vedtaket om medvirkningsansvar blir rettet mot.³⁴

Det er den som har den reelle innflytelsen i den lovstridige markedsføringen som kan bli ansett som medvirker. Eksempel på reell innflytelse er om en person har hjulpet til med utformingen av en annonse som inneholder ulovlig markedsføring.³⁵ Personens formelle stilling i selskapet er ikke avgjørende. Det kan være det står en bestemt person bak selskapet, men at det i realiteten er en annen person som driver selskapet og har ansvar for markedsføringen. Det kan dermed treffes vedtak mot den sistnevnte personen selv om den ikke formelt er daglig

³² Ot.prp.nr.34 (1994-1995) s. 27

³³ Ot.prp.nr. 34 (1994-1995) s. 28

³⁴ Ot.prp.nr.34 (1994-1995) s. 28

³⁵ Ot.prp.nr.34 (1994-1995) s. 28

leder, styreleder eller liknende.³⁶ Personen som medvirker til den ulovlige markedsføringen kan enten være en fysisk (typisk daglig leder eller styreleder) eller en juridisk person. Det kan derfor også fattes vedtak om medvirkningsansvar mot en virksomhet som er en juridisk person.

3.1.3.2 Medvirkende virksomheter

Den dagjeldende § 17 i markedsføringsloven av 1972 (nåværende § 48) inneholdt en straffebestemmelse for virksomheter som medvirket. Et vedtak fra Markedsrådet eller Forbrukerombudet om ansvar kunne derimot kun rettes mot den ansvarlige virksomheten, altså annonsøren.³⁷ Ved innføringen av det nye § 12 andre ledd i loven av 1972 kunne også slikt vedtak treffes mot medvirkere. Reklamebyråer, "annonseorganer og andre medvirkende virksomheter" kan ifølge forarbeidene holdes ansvarlig for medvirkningsansvar om de for eksempel leverer produkter, veileder eller utformer annonser i strid med markedsføringsloven.³⁸ Jeg har ikke lyktes i å finne uttalelser i forarbeidene fra 2007-2008 som tilsier at ansvaret kun skal gjelde for reklamebyråer eller om hvilke virksomheter eller organer som faller innenfor "annonseorganer og andre medvirkende virksomheter".

Medvirkningsansvaret gjelder "f.eks reklamebyråer som leverer produkter som er i strid med loven og annonseorganer som tar inn ulovlig reklame".³⁹ Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden gjelder medvirkningsansvaret for annonseorganer som tar *aktiv del* i utformingen av annonser. Jeg forstår dette som at aviser eller ukeblader som tar aktiv del i utformingen av annonser før de publiserer dem, kan bli holdt ansvarlig for medvirkning. I denne oppgaven er spørsmålet derimot om det foreligger et medvirkningsansvar for medier som mottar en ferdig annonse til publisering i elektronisk skrift. Det følger ikke direkte av forarbeidene at medieaktører som inntar en ferdig annonse ved publisering av en annonse kan holdes ansvarlig for medvirkning.

³⁶ Ot.prp.nr. 34 (1994-1995) s. 34

³⁷ Ot.prp.nr.34 (1994-1995) s. 28

³⁸ Ot.prp.nr.34 (1994-1995) s. 29

³⁹ Ot.prp.nr 34 (1994-1995) s. 29

3.2 Hensynsbetraktninger

Medvirkningsansvaret ble begrunnet med hensynet til en mest mulig effektiv lov. Da det var uklart om medvirkningsansvaret gjaldt etter den daværende praksis, ble § 12 annet ledd tilføyd for å lage klarhet på dette området. Det er en fare for at de som vedtaket retter seg mot omgår vedtaket til Forbrukerombudets eller Markedsrådet ved at de oppretter nye selskaper.⁴⁰ Den ulovlige markedsføringen fortsetter dermed i regi av det nye selskapet med de samme personer som står bak. Medvirkningsansvaret for medvirkende personer ble således innført på bakgrunn av omgåelseshensynet.

Forarbeidene uttaler ikke like klart hva som er hensynet bak innføringen av medvirkningsansvaret for medvirkende virksomheter. Det uttales kun at reklamebyråer, annonseorganer og andre medvirkende virksomheter vil få et "selvstendig ansvar for etterlevelse av loven".⁴¹ Om disse aktørene ikke kan holdes ansvarlig for medvirkningsansvar, kan de ukritisk publisere hvilke annonser de vil og følgelig øke sine inntekter. Jeg forstår dette slik at medvirkningsansvaret innebærer et ansvar for aktørene som profitterer på markedsføring. Disse medieaktørene muliggjør at et betydelig antall personer blir eksponert for den ulovlige markedsføringen. Dette taler for at medieaktører som medvirker ved å publisere ferdig mottatte annonser i elektronisk skrift også burde omfattes av medvirkningsansvaret etter § 39 tredje ledd. For å unngå medvirkningsansvar må medieaktørene dermed føre en form for kontroll av annonsene før de publiseres.

3.3 Teknologinøytralitet

Medvirkningsansvaret ble innført på grunn av hensynet til en mest mulig effektiv lov.⁴² Jeg mener at når det utvikles nye teknologier og måter for medieaktører å markedsføre på, taler hensynet til en mest mulig effektiv lov for at også disse typene burde omfattes av medvirkningsansvaret. I løpet av de siste årene har det skjedd en stor utvikling i måten produkter markedsføres på. Hvis medvirkningsansvaret i mfl. § 39 tredje ledd også gjelder for medieaktørene som publiserer ferdig inntatte annonser i elektronisk skrift, vil det ikke bli noen forskjell-

⁴⁰ Ot.prp.nr 34 (1994-1995) s. 9

⁴¹ Or.prp.nr. 34 (1994-1995) s. 9

⁴² Ot.prp.nr 34 (1994-1995) s. 9

behandling mellom de ulike medieaktørene på markedet. På denne måten vil medvirkningsansvaret gjelde for alle medieaktører ubetinget av om de publiserer annonser i trykt eller elektronisk skrift og om det er et en medieaktør som aktivt publiserer annonsen eller som publiserer en ferdig inntatt annonse. Jeg mener derfor at bestemmelsen om medvirkningsansvaret etter § 39 tredje ledd må tolkes for å være teknologinøytral.⁴³ Dette trekker i retning av at medvirkningsansvaret også gjelder for medieaktører som passivt medvirker til å publisere annonser på internett.

3.4 Svensk praksis fra Marknadsdomstolen og Konsumentombudsmannen

I dette punktet kommer jeg til å gjennomgå fire avgjørelser fra Marknadsdomstolen og Konsumentombudsmannen hvor medieaktører har blitt holdt ansvarlig for medvirkning ved å ha publisert ferdige annonser i trykt og elektronisk skrift. I punkt 4.1 og 4.2 kommer jeg til å bruke flere av argumentene og uttalelsene fra disse avgjørelsene til å begrunne hvorfor et slikt medvirkningsansvar etter svensk rett også burde gjelde etter den norske markedsføringsloven § 39 tredje ledd.

3.4.1 Aftonbladet AB

I Marknadsdomstolens avgjørelse fra 1995 ble det drøftet om det kunne fattes et vedtak om medvirkningsansvar mot avisen Aftonbladet AB for å ha inntatt en lottoreklame som var ulovlig etter markedsføringslagen.⁴⁴ Tidligere fulgte det av praksis at aviser kunne bli holdt ansvarlig for medvirkning om de tok aktivt del i utformingen av annonsene.⁴⁵ I den foreliggende saken var det imidlertid spørsmål om en avis som ikke hadde tatt en aktiv del i utformingen, men derimot kun hadde tatt imot en ferdig annonse, kunne bli holdt ansvarlig for medvirkning. Det ble ikke fattet vedtak om medvirkningsansvar mot avisen, men domstolen kom med flere uttalelser vedrørende medvirkningsansvaret. Dommen er blitt vektlagt i senere

⁴³ At en bestemmelse er teknologinøytral betyr at den gjelder uansett hvilken teknologi som benyttes. Dette innebærer at teknologier som ikke fantes da loven ble skrevet allikevel omfattes av bestemmelsen. Hvis den nye teknologien ikke faller innenfor en teknologinøytral bestemmelse, kan det derimot lede til vilkårlig forskjellsbehandling, jf NOU 2011:12 punkt 6.7.6

⁴⁴ MD 1995: 2

⁴⁵ MD 1987: 5, MD 1982: 4

avgjørelser fra Konsumentombudsmannen og Marknadsdomstolen.⁴⁶ Uttalelsene kan dermed anses for å være retningsgivende og vil i det følgende bli gjennomgått. Domstolen drøftet et "tidningsforetags" medvirkningsansvar.⁴⁷ Dette omfatter både "dagstidning" og "vecko-tidning", altså medvirkningsansvaret for aviser og ukeblader.

Aftonbladet AB hevdet at man ikke kunne vedta et forbud mot å publisere en bestemt annonse for en avis, da det som publiseres i en avis reguleres av tryckfrihetsforordningen (TF). Domstolen uttalte at det i forholdet mellom TF og marknadsföringslagen måtte anses fastlagt at inngrep med støtte i marknadsföringslagen mot en melding, "meddelande", i trykt skrift kunne skje uten hinder fra TFs bestemmelser når meldingen hadde et kommersielt formål. Annonser har et kommersielt budskap. Domstolen fastslo dermed at TF ikke var til hinder og at avisen kunne bli holdt ansvarlig for medvirkning etter marknadsföringslagen.⁴⁸

Marknadsdomstolen uttalte at bakgrunnen for medvirkningsbestemmelsen i følge forarbeidene hovedsakelig var å muliggjøre rettslige handlinger mot reklamebyråer og andre som yrkesmessig hjelper næringsdrivende med utforming av reklame og andre markedsføringshandling. For aviser og ukeblader som ikke tar aktiv del i utformingen, men derimot kun tar imot en ferdig annonse, uttalte domstolen at de må ha et visst ansvar. Denne granskningen kan derimot ikke anses for å strekke seg lengre enn hva som kan konstateres "utan någon mera ingående utredning".⁴⁹ Det stilles altså ikke et høyt krav til medieaktørers annonsegranskning.

Marknadsdomstolen støttet seg til Konsumentverkets påstander om at en avis må kjenne til de regler som gjelder for alkoholreklamer og at den ikke inntar annonser for produkter som er ulovlig å selge. I andre tilfeller enn dette er det "en rad omständigheter" som er avgjørende i vurderingen. Avgjørelsen av hvilke omstendigheter dette er og hvilken betydning de skal gis "får bedömas i varja enskilt fall". Det er imidlertid kun i de tilfeller det burde stått "helt klart" for avisen at annonsen var "otillbörlig" at det kan fattes vedtak om medvirkningsansvar.⁵⁰ Det

⁴⁶ MD 2006:21 s. 7, FF 2009:11b bilag 2 s. 5, FF 2012:5 s. 4

⁴⁷ MD 1995:2 s. 10

⁴⁸ MD 1995: 2 s. 9

⁴⁹ MD 1995:2 s. 10

⁵⁰ MD 1995: 2 s. 10

må altså foretas en helthetsvurdering av om det i den konkrete saken foreligger visse omstendigheter som gjør at avisen kan holdes ansvarlig for medvirkning.

3.4.2 Svenska Aller Aktiebolag

I MD 2006: 21 fattet Marknadsdomstolen et forbudsvedtak med en "vite"⁵¹ på 500 000 svenske kroner mot ukebladet Svenska Aller Aktiebolag (Aller) etter å ha inntatt en annonse om slankeprodukter i ukebladet.⁵² Marknadsdomstolen viste til uttalelsen i MD 1995:2 for å begrunne at et ukeblad kunne bli medvirkningsansvarlig på grunn av å ha mottatt en ferdig annonse som de publiserte i trykt skrift.⁵³

Slankeannonsene inneholdt påstander som "Jag gick ner hela 4 kilo mellan onsdag kväll och söndag", "Så länge du äter Algolean kan du äta hur mycket du vill och ändå gå ner i vikt, dag efter dag, vecka efter vecka" og "Sedan går du aldrig upp i vikt igen".⁵⁴ Marknadsdomstolen uttalte at den aktuelle slankeannonsen inneholdt "uppenbart orimliga och felaktiga påståenden" om produktets effekter slik at markedsføringen var "klart vilsledande". Det burde således ha stått "helt klart" for Aller at markedsføringen var "otillbörlig".⁵⁵ På dette grunnlag ble det følgelig konkludert med at Aller hadde bidratt vesentlig til den utilbørlige markedsføringen. Et ukeblad som hadde inntatt en ferdig annonse som den publiserer i trykt skrift ble følgelig holdt ansvarlig for medvirkning. Dette taler for at medieaktører som publiserer en ferdig inntatt annonse også burde omfattes av medvirkningsansvaret i den norske markedsføringsloven § 39 tredje ledd.

3.4.3 AB Dagens Nyheter

I FF 2009:11b fattet Marknadsdomstolen et forbudsvedtak med en "vite" på 400 000 svenske kroner mot avisen AB Dagens Nyheter for å ha inntatt en annonse om et kurs som retter opp synsfeil.⁵⁶ Konsumentombudsmannen viste til Marknadsdomstolens MD 2006:21 sin redegjø-

⁵¹ En vite kan sammenliknes med den norske ordningen for tvangsgebyr jf. Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) s. 157

⁵² MD 2006: 21 s.1

⁵³ MD 2006: 21 s. 7

⁵⁴ MD 2006: 21 s. 1 og 2

⁵⁵ MD 2006: 21 s. 7

⁵⁶ FF 2009: 11b s. 1

relse av MD 1995:2 for å begrunne at en avis kunne bli medvirkningsansvarlig på grunn av å ha inntatt en ferdig annonse og publisert den i trykt skrift.⁵⁷

Annonsen inneholdt påstandene "Vill du få tillbaka din normala syn på 8-14 veckor?", "Alla synfel representerar olika stressade sätt att bemöta dagliga problem" og "Gå en lättillgänglig kurs i ögon- och medvetandeträning som kan ge dig din normala syn åter". Konsumentombudsmannen mente annonsen ga leseren ved en "hastig översikt, klart intrycket" av at produktet avhjalp alle synsfeil. Ombudsmannen hevdet dermed at påstanden var "langtgående och resevationslöst" og "uppenbart oriktigt", noe som burde ha stått "helt klart" for AB Dagens Nyheter. Den konkluderte dermed med at det burde ha stått "helt klart" for AB Dagens Nyheter at annonsen var "vilsledande och otillbörlig".⁵⁸ En avis som hadde inntatt en ferdig annonse og publisert det i trykt skrift ble dermed holdt ansvarlig for medvirkning. Denne avgjørelsen trekker også i retning av at medieaktører som publiserer en ferdig inntatt annonse også burde omfattes av medvirkningsansvaret i markedsføringsloven § 39 tredje ledd.

3.4.4 Aftonbladet Hierta Aktiebolag

I FF 2012:5 fattet Konsumentombudsmannen et forbudsvedtak med en "vite" på 750 000 svenske kroner mot Aftonbladet Hierta Aktiebolag (Aftonbladet) for å ha inntatt en slanke-reklame om produktet Removyl på sin nettside aftonbladet.se.⁵⁹

Annonsen inneholdt flere påstander som "Jag kunde gå ner i vikt och fortfarande äta som förut", "Dässutom äter jag vad jag vill utan att gå upp i vikt" og "Efter 10 dagar hade jag redan gått ner 6 kilo".⁶⁰ Aftonbladet publiserte slankeannonsen fire ganger. Første gangen, 28. oktober 2011, inntok de den på sin nettside aftonbladet.se. Konsumentverket kontaktet Aftonbladet og ga i brev beskjed om at annonsen var villedende etter markedsføringslagen § 10 og i strid med artikkel 12 i forordningen om nærings- og helseoplysende om livsmedel 1924/2006. I tillegg anså de Aftonbladet som medvirkningsansvarlig for utilbørlig markedsfø-

⁵⁷ FF 2009: 11b bilag 2 s. 3

⁵⁸ FF 2009: 11b bilag 2 s. 3

⁵⁹ FF 2012: 5 s. 2 og 3

⁶⁰ FF 2012: 5 s. 1

ring etter å ha tatt imot og publisert annonsen. Avslutningsvis skrev de at de forventet at Aftonbladet ikke publiserte slik utilbørlig markedsføring flere ganger.⁶¹

På tross av Konsumentverkets brev valgte Aftonbladet allikevel å publisere slankeannonsen 2. januar 2012, denne gangen i trykt skrift. Konsumentverket ga igjen avisen beskjed om at de hadde overtrådt markedsføringslagen og ba dem om å stoppe med å publisere annonsen. Aftonbladet valgte å publisere annonsen to ganger til i trykt skrift, både 30. januar 2012 og 5. februar 2012.⁶²

Konsumentombudsmannen viste til uttalelsene i MD 1995:2 og MD 2006:21 vedrørende medvirkningsansvaret.⁶³ Deretter uttalte Ombudsmannen at annonsen inneholdt påstander om at man ville oppnå et spesielt raskt, effektivt og vedvarende vekttap selv om man ikke forandret sine spisevaner eller fysisk aktivitet. Det fantes derimot ingen vitenskapelig støtte for disse påstandene. Påstandene var "synnerlige långsgående och uppenbart vilsledande" og var dermed "otillbörliga" når de "sannolikt påverkat konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut".⁶⁴ Aftonbladet burde ved en "minimum av kontroll" av annonsene ha oppdaget at de var villedende og utilbørlige. Når avisen allikevel valgte å publisere annonsene på tross av to advarsler fra Konsumentverket som de hadde lovet å følge, var det derfor "inte någon tvekan" om at de var medvirkningsansvarlige. Avgjørelsen mot Aftonbladet ble ikke påklaget til Marknadsdomstolen.

I det første brevet Konsumentverket skrev til Aftonbladet ble det ikke problematisert at annonsen var publisert i elektronisk skrift og ikke i trykt skrift. Jeg forstår det slik at Konsumentombudsmannen ikke så noen grunn til å skille mellom annonser i elektronisk og trykt skrift. En medieaktør kan derfor holdes ansvarlig for medvirkning ved publisering av annonser i både elektronisk og trykt skrift etter svensk markedsføringsrett. Når dette er tilfellet i Sverige taler det for at det heller ikke burde skilles mellom trykt og elektronisk skrift etter mfl. § 39 tredje ledd.

⁶¹ FF 2012: 5 s. 3

⁶² FF 2012: 5 s. 3

⁶³ FF 2012: 5 s. 4 og 5

⁶⁴ FF 2012: 5 s. 5

4 Hvorvidt det foreligger et medvirkningsansvar

4.1 Medvirkningsansvaret for mediene aviser og ukeblader

Både hensynet til en mest mulig effektiv lov og hensynet til at medieaktører som profitterer på formidling av annonse skal bli holdt ansvarlig⁶⁵, taler for at medvirkningsansvaret burde gjelde for medieaktører som publiserer en ferdig mottatt annonse i elektronisk skrift. Når medvirkningsansvaret også gjelder for disse medieaktørene mener jeg det vil det føre til en effektiv håndheving av loven.

Hensynet til teknologinøytralitet trekker også i samme retning. Det er viktig å unngå forskjellsbehandling mellom de ulike medieaktører og at ikke en bestemt gruppe medieformidlere profitterer betydelig mer enn andre ved å publisere annonser ansvarsfritt.⁶⁶

Selv om hverken Markedsrådet eller Forbrukerombudet har fattet vedtak om medvirkningsansvar mot en avis eller et ukeblad som har publisert en ferdig mottatt annonse, har jeg funnet to saker hvor Forbrukerombudet har uttalt seg om medvirkningsansvaret. Forbrukerombudets syn på hvordan de tolker loven har rettskildemessig relevans om den gir uttrykk for forvaltningens rettssyn eller forvaltningspraksis.

Forbrukerombudet fikk i 2012 inn flere klager på tjenesten NordicbabesTV. Tjenesten ble levert av Max Berg Partneres Limited til norske forbrukere. Avtaleinngåelsesprosessen med norske forbrukere ble ansett å være i strid med mfl. § 11, hvor det står at det i næringsvirksomhet er forbudt å kreve betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale. Ombudet hevdet at Oslo Creditservice AS, som inndrev kravene på vegne av Max Berg Partners Limited, kunne bli medvirkningsansvarlige etter § 39 tredje ledd ved å drive inn krav det ikke var rettslig grunnlag for. Forbrukerombudet krevde derfor at Oslo Creditservice AS umiddelbart stanset sin inndrivelse av kravene.⁶⁷ Det er således Forbrukerombudets rettssyn at medvirkningsansvaret omfatter et inkassoselskap. Når den generelle medvirkningsbestemmel-

⁶⁵ Se punkt 3.2

⁶⁶ Se punkt 3.3

⁶⁷ Forbrukerombudet, *Vedrørende krav på vegne av Max Berg P. Ltd*, (2012) s. 1

sen i § 39 tredje ledd ble forstått slik at det gjaldt et inkassoselskap, trekker det i retning av at det også burde gjelde for medier som formidler annonser på internett.

I et orienteringsbrev fra 2012 sendt til ulike redaktører skrev Forbrukerombudet om medvirkningsansvaret ved publisering av villedende og ulovlig markedsføring av slankemidler. I brevet stod det at ombudet den siste siden hadde registrert flere annonser for slankemiddelet Algodril i norsk blader og magasiner. Annonsen hadde overskriften "Jeg gikk ned over 10 kg på bare 30 dager uten å være på slankekur". Ombudet hevdet at påstandene var av en slik urealistisk karakter at de umulig kunne dokumenteres og at markedsføringen derfor innebar en villedende⁶⁸ og ulovlig handelspraksis.⁶⁹ Forbrukerombudet viste til medvirkningsansvaret i mfl. § 39 tredje ledd og sa at man ved å publisere villedende og ulovlig markedsføring av slankemidler kunne bli ansvarlig for å ha medvirket til lovbruddet.⁷⁰ I vurderingen av om vedtak om medvirkningsansvar skulle fattes, skrev Forbrukerombudet at de i "særlig grad" ville legge vekt på om det burde fremstått som "klart" for medieaktøren at annonsen inneholdt villedende opplysninger om slankemiddelets effekt. Forbrukerombudet viste også til den svenske avgjørelsen FF 2012:5⁷¹ for å orientere de ansvarlige redaktørene i Norge at det samme slankeproduktet Algodril også forelå i denne saken, samt at de svenske avisen Aftonbladet ble holdt ansvarlig for medvirkning ved å ha publisert annonsen.⁷² Når Forbrukerombudet viser til FF 2012:5 forstår jeg det som at ombudet er enig i avgjørelsen og momentene som er lagt til grunn i medvirkningsvurderingen. Forbrukerombudets rettssyn trekker således i retning av at aviser og ukeblader omfattes av medvirkningsansvaret i mfl. § 39 tredje ledd.

Det følger av markedsføringsloven § 39 tredje ledd at vedtak "kan også rettes mot medvirke- re" og av marknadsföringslagen § 23 første ledd nr. 3 at et vedtak kan rette seg mot " var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen". Både den norsk og svenske ord-

⁶⁸ Mfl. § 7 jf. § 6 jf. § 3

⁶⁹ Forbrukerombudet, *Orienteringsbrev- Medvirkningsansvar ved publisering av villedende og ulovlig markedsføring av slankemidler*, (2012) s. 1

⁷⁰ Forbrukerombudet, *Orienteringsbrev- Medvirkningsansvar ved publisering av villedende og ulovlig markedsføring av slankemidler*, (2012) s 4

⁷¹ Se punkt 3.4.4

⁷² Forbrukerombudet, *Orienteringsbrev- Medvirkningsansvar ved publisering av villedende og ulovlig markedsføring av slankemidler*, (2012) s 4

lyden er følgelig generell. Det fremgår ikke hvilke virksomheter som omfattes eller om ansvaret gjelder ved publisering i både elektronisk og trykt skrift. De norske forarbeidene uttaler som nevnt i punkt 3.1.3.2 at medvirkningsansvaret gjelder for reklamebyråer, "annonseorganer og andre medvirkende virksomheter" som tar en aktiv del i utformingen av annonsen.⁷³ Det følger av de svenske forarbeidene at marknadsföringslagen "i första hand" skal gjelde for "reklambyråer och andra som yrkesmässigt tillhandagår näringsidkare med utformning av reklame och andra marknadsföringsåtgärder".⁷⁴ Begge lands forarbeider sier eksplisitt at medvirkningsansvaret skal gjelde for reklamebyråer og andre medvirkende virksomheter som tar en aktiv del i utformingen av annonser. Medvirkningsansvaret i § 23 andre ledd nr. 3 har blitt tolket av både Konsumentombudsmannen og Marknadsdomstolen til å også gjelde for aviser og ukeblader som tar aktiv del i utformingen av annonser⁷⁵, aviser og ukeblader som tar inn en alkoholreklame⁷⁶ og aviser og ukeblader som tar imot en ferdig annonse for å publisere den.⁷⁷ Forarbeidene og lovenes generelle ordlyd mener jeg taler for at medvirkningsansvaret i Norge burde forstås slik det er forstått av Marknadsdomstolen og Konsumentombudsmannen. Dette trekker i retning av at medvirkningsansvaret i Norge gjelder for medieaktører som publiserer en ferdig inntatt annonse i elektronisk skrift.

Forarbeidene til markedsføringsloven uttaler at det ved innføringen av medvirkningsansvaret er viktig at reklamebyråer, annonseorganer og andre medvirkende virksomheter får et "selvstendig ansvar for etterlevelse av loven".⁷⁸ De svenske forarbeidene understreker viktigheten av at reklamebyråer har "klart för sig vilka normar de har att rätta sig efter".⁷⁹ Begge forarbeidene har således begrunnet medvirkningsansvaret tilnærmet likt. Marknadsdomstolen i MD 1995:2 utdyper dette grundigere og jeg mener domstolens uttalelse kan brukes til å illustrere viktigheten av at medieaktører får et selvstendig ansvar for etterlevelse av loven. Likheten i begrunnelsen for innføringen av medvirkningsansvaret mener jeg trekker i retning av at med-

⁷³ Ot.prp.nr 34 (1994-1995) s. 29

⁷⁴ Prop. nr. 57 1970 s. 91

⁷⁵ Se MD 1982:4 og MD 1987:5

⁷⁶ Se MD 1983:6

⁷⁷ Se MD 2006:21, FF 2009:11b og FF 2012:5

⁷⁸ Or.prp.nr. 34 (1994-1995) s. 9

⁷⁹ Kungl. Maj:s prop. nr 57 1970 s. 77

virkningsansvaret i mfl. § 39 tredje ledd omfatter det samme som medvirkningsansvaret i marknadsföringslagen § 23 første ledd nr. 3.

Marknadsdomstolen uttalte i avgjørelsen fra 1995 at det "är från allmän synpunkt av stor vikt att marknadsföringslagens och den praxis som utvecklats med stöd av lagen upprätthålls. För att upprätthålla dessa regler spelar tidningarnas annonsgranskning en viktig roll. Tidningens granskning är många gånger den enda utenomstående och sakligt motiverade kontroll en annonsutformare möter".⁸⁰ Marknadsdomstolen uttalte at en avis eller ukeblads annonsegranskning er av stor betydning for å opprettholde markedsføringslovens krav om "god marknadsföringssed" og at en avis måtte ta "et visst ansvar" for innførte annonser i de tilfeller der avisen ikke har tatt noen aktiv del i utformingen av annonsen. En seriøs avis eller ukeblad må anses å ha kontroll over annonsene de publiserer.⁸¹ Denne uttalelsen har både MD 2006:21, FF 2009:11b og FF 2012:5 vist til.⁸² Dette innebærer at man ved å ha en regel om medvirkningsansvar for aviser og ukeblader opprettholder marknadsföringslagens regler og kravet om god markedsföringsskikk. Marknadsdomstolens begrunnelse mener jeg også gjelder for medieaktører i Norge. Det er viktig at medieaktører kan holdes ansvarlig for medvirkning når de har et selvstendig ansvar for å opprettholde markedsföringslovens regler.

Fordi aviser og ukeblader er det siste leddet før annonsen blir publisert, mener jeg det er særlig viktig at de omfattes av medvirkningsansvaret i § 39 tredje ledd. Det burde derfor ikke være av betydning om annonsen blir publisert i elektronisk eller trykt skrift eller om den gjelder medieaktører som aktivt publiserer en annonse eller som mottar en ferdig annonse. Som siste ledd har en medieaktør et ansvar til å overholde markedsföringsloven.

I praksis kan det tenkes at det er vanskelig for en medieaktør å kontrollere alle sine annonser før de publiseres. Det krever både tid og ressurser som medieaktøren kanskje ikke har mulighet til å bruke. Dette kan tale for at medvirkningsansvaret ikke burde omfatte medieaktører som mottar en ferdig annonse som den publiserer i elektronisk skrift. I del 5 foretas det en mere inngående drøftelse av dette.

⁸⁰ MD 1995:2 s. 6

⁸¹ MD 1995:2 s. 10

⁸² MD 2006:21 s. 6, FF 2009:11b Bilag 2 s. 3, FF 2012:5 s. 4

Det konkluderes med at det i utgangspunktet *foreligger et medvirkningsansvar* for mediene aviser, ukeblader og liknende som formidler annonser på internett. Det kan dermed fattes vedtak om medvirkningsansvar mot en avis eller et ukeblad som har publisert en ferdig mottatt annonse i elektronisk skrift etter mfl. § 39 tredje ledd.

4.2 Medvirkningsansvaret for sosiale medier

I det følgende skal jeg drøfte om sosiale medier som formidler annonser på internett omfattes av medvirkningsansvaret etter mfl. § 39 tredje ledd.

Hensynet til en effektiv lov blir fremmet ved at medvirkningsansvaret i § 39 tredje ledd omfatter sosiale medier. I punkt 4.1 viste jeg at både hensynet bak innføringen av medvirkningsansvaret og teknologinøytralitet taler for at medvirkningsansvaret gjelder for aviser og ukeblader som formidler annonser i elektronisk og trykt skrift. Jeg mener det samme gjør seg gjeldende for sosiale medier.

I punkt 4.1 ble det konkludert med at medvirkningsansvaret gjelder for aviser og ukeblader som publiserer en ferdig mottatt annonse i elektronisk skrift. Jeg ser ingen grunn til at det gjør seg gjeldende ulike hensyn mellom sosiale medier, aviser og ukeblader som taler for at medvirkningsansvaret kun skal omfatte medieaktørene aviser og ukeblader. Dette taler for at sosiale medier omfattes av medvirkningsansvaret.

I et brev Forbrukerombudet har sendt til Facebook skriver førstnevnte at Facebook som et sosialt medie kan bli holdt ansvarlig for medvirkning ved å ha publisert ulovlige annonser på nettstedets sider.^{83 84} Det er således Forbrukerombudets egen oppfatning at medvirkningsansvaret omfatter sosiale medier på internett. Dette trekker i retning av at sosiale medier omfattes av medvirkningsansvaret i § 39 tredje ledd.

⁸³ Se punkt 5.1 for nærmere drøftelse av saken

⁸⁴ Brev fra Forbrukerombudet til Facebook, 17.7.2013, s. 2

I en sak fra 2013 uttaler Konsumentverket seg om Facebooks medvirkningsansvar.⁸⁵ Konsumentverket sier at de under våren 2013 mottok flere hundre klager på annonser på Facebook som reklamerte for kosttilskudd og skjønnhetsprodukter. Kjøperne av produktene ble lurt ved at de etter å ha kjøpt disse produktene på tilbud, automatisk ble med i et abonnement. De ble deretter trukket rundt 1400 kroner fra sin konto for neste levering. Konsumentverket uttalte at dette var i strid med marknadsföringslagen 10 §, som innebærer et forbud mot å utelate vesentlig informasjon om produktet⁸⁶. De ba derfor Facebook om å ta bort de aktuelle annonsene. I tillegg uttalte Konsumentverket at Facebook kunne ”komma att anses ha ett medverksansvar för den otillbörliga markandsföringen” om de fortsatte med å publisere annonsene når de nå var blitt oppmerksom på at annonsene var ulovlige.⁸⁷ Dette innebærer at Konsumentverket legger til grunn at Facebook, som et sosialt medie, kan bli holdt ansvarlig for medvirkning. Når dette er lagt til grunn av Konsumentverket, taler det for at sosiale medier burde omfattes av medvirkningsansvaret i Norge også.

I en sak fra 2012 anså Konsumentverket at søkemotoren Google Sweden AS (Google) var medvirkningsansvarlige for utilbørlig og villedende markedsføring for en annonse om slanking.⁸⁸ Nya Wermlands Tidning hadde på sin nettside www.nwt.se en googleannonse for slankeproduktet Nuvoryn. Ved å trykke på annonsen ble man lenket videre til en webside hvor man kunne bestille produktet. På denne websiden var det flere kommentarer fra kunder som hadde skrevet om hvor fort man gikk ned i vekt ved å bruke produktet. Konsumentverket uttalte at Google ved en minimum av kontroll burde ha oppdaget at annonsen sannsynligvis ville påvirket forbrukeren til å ta et velbegrunnet valg når den ga inntrykket av at man bare gjennom å innta slankeproduktet raskt ville gå ned i vekt.⁸⁹ Konsumentverket anså derfor Google for medvirkningsansvarlige for den utilbørlige markedsføringen gjennom å innføre annonsen både på www.nwt.se og til den andre websiden man ble lenket til når man trykket på annonsen på www.nwt.se.⁹⁰ Konsumentverket ville imidlertid forsøke å oppnå frivillig

⁸⁵ Konsumentverket, *Angående annonser på Facebook* (2013) s. 1

⁸⁶ Konsumentverket, *Angående annonser på Facebook*, (2013) s. 2

⁸⁷ Konsumentverket, *Angående annonser på Facebook*, (2013) s.3

⁸⁸ Konsumentverket, *Angående medverkan till vilsledande marknadsföring* (2012) s. 3

⁸⁹ Konsumentverket, *Angående medverkan till vilsledande marknadsföring* (2012) s. 2

⁹⁰ Konsumentverket, *Angående medverkan till vilsledande marknadsföring* (2012) s. 1

ordning med Google før det ble aktuelt å fatte et vedtak om medvirkningsansvar mot dem.⁹¹ Når Konsumentverket hevder at søkemotoren Google kan bli medvirkningsansvarlig for villedende og utilbørlig markedsføring, trekker det i retning av at sosiale medier også burde omfattes av medvirkningsansvaret i Norge.

I punkt 4.1 vises det til at aviser og ukeblader er det siste leddet før annonsen blir publisert og at det derfor er særlig viktig at § 39 tredje ledd omfatter mediene ukeblader og aviser. Jeg mener det samme gjør seg gjeldende for sosiale medier.

Et forhold som taler mot at sosiale medier kan bli medvirkningsansvarlige etter § 39 tredje ledd er at det er praktisk vanskelig for det sosiale mediet å kontrollere alle annonser før de publiseres. Det er både kostbart og tidkrevende. I tillegg har sosiale medier ofte et meget stort antall brukere i flere ulike land, så det kan bli et omfattende arbeid å gå igjennom hver enkelt annonse før de publiseres. I del 5 redegjøres det nærmere om dette.

Konklusjonen er at det i utgangspunktet foreligger et medvirkningsansvar for sosiale medier som mottar en ferdig annonse som den publiserer på internett.

4.3 Vedtak og håndheving av medvirkningsansvar

Etter mfl. § 35 andre ledd første punktum er hovedregelen at handlinger som Forbrukerombudet hevder er i strid med markedsføringsloven skal søkes opphørt ved at man kommer til frivillig ordning med den næringsdrivende.⁹² Det er den næringsdrivendes ansvar å iverksette nødvendige praktiske tiltak for å overholde det de har blitt enige om i den frivillige ordningen.⁹³ Hovedregelen innebærer således at en medieaktør som har publisert en ulovlig annonse på internett først skal inngå en frivillig ordning med Forbrukerombudet. Om en medieaktør ikke klarer å overholde en avtale om å stoppe den ulovlige markedsføringen i en frivillig ord-

⁹¹ Konsumentverket, *Angående medverkan till vilsledande marknadsföring* (2012) s. 3

⁹² Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 209

⁹³ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 146

ning og dermed velger å publisere den ulovlige annonsen på nytt, kan Markedsrådet⁹⁴ eller Forbrukerombudet⁹⁵ holde medieaktøren ansvarlig for medvirkning.

Mfl. § 36 inneholder noen *unntak* fra hovedregelen om frivillig ordning⁹⁶. Etter § 36 første ledd første setning er det ikke nødvendig å søke å oppnå frivillig ordning for handlinger som er i strid med forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd, § 10, forskrift gitt i medhold av § 10, § 11, § 12, § 13, § 14, § 15, § 16, § 17, § 18 første og annet ledd eller § 20 annet ledd. Det fremkommer av § 36 første ledd andre setning at dersom handlingen eller avtalevilkåret i det vesentlige er identisk med handlinger eller vilkår som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot, eller den næringsdrivende handler i strid med en skriftlig bekreftelse etter § 35 annet ledd, er det ikke nødvendig å søke frivillig ordning. Etter unntakene i § 36 første ledd kan en medieaktør holdes ansvarlig for medvirkning om en medieaktør kun har publisert én annonse som er i strid med markedsføringsloven.

Etter unntaket i mfl. § 36 andre ledd første punktum har den næringsdrivende 48 timer på å skaffe dokumentasjon for en "konkret" påstand. Bestemmelsene henger sammen med dokumentasjonspliktregelen i mfl. § 3 annet ledd.⁹⁷ Om en medieaktør ikke kan dokumentere en slankeprodukts påstand som for eksempel "Du vil gå ned 2 kg i uken om du spiser en av disse slankepillene hver dag" som en medieaktør kun har publisert én gang, kan Markedsrådet⁹⁸ eller Forbrukerombudet⁹⁹ holde medieaktøren ansvarlig for medvirkning.

Unntaket i mfl. § 36 andre ledd andre punktum innebærer at det ikke kreves frivillig ordning i "særlige tilfeller" hvor en påstand om "konkret" virkning "åpenbart" ikke kan dokumenteres. En medieaktør som publiserer en ferdig mottatt annonse i elektronisk skrift kun én gang kan dermed holdes ansvarlig for medvirkning om vilkåret i § 36 andre ledd andre punktum er oppfylt.

⁹⁴ Jf. § 35 tredje ledd første punktum

⁹⁵ Jf. § 35 tredje ledd andre punktum og § 36 første ledd første punktum

⁹⁶ Ot.prp.nr 55 (2007-2008) s. 209

⁹⁷ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 210

⁹⁸ Jf. § 35 tredje ledd første punktum

⁹⁹ Jf. § 35 tredje ledd andre punktum

Om det fattes vedtak om medvirkningsansvar etter mfl. § 39 tredje ledd mot en medieaktør etter samtlige unntak i § 36 når medieaktøren kun har publisert én annonse, mener jeg at hensynet bak medvirkningsansvaret ved å oppnå en mest mulig effektiv lov¹⁰⁰ blir fremmet. Dette mener jeg taler for at Forbrukerombudet og Markedsrådet, etter å ha konstatert at en annonse er i strid med en bestemmelse i markedsføringsloven, i praksis burde fatte vedtak om medvirkningsansvar mot en medieaktør etter kun å ha publisert én annonse.

Når en medieaktør kan holdes ansvarlig for medvirkning etter kun å ha publisert én annonse, mener jeg at bestemmelsen får en preventiv effekt ved at den retter seg mot handlinger i fortiden. Medieaktører vil dermed være påpasselige med å granske annonser før de publiseres for å unngå et mulig medvirkningsansvar. Ved å fatte et vedtak om medvirkningsansvar mot en medieaktør etter at den kun har publisert én annonse, kan bestemmelsen få en allmenn- og individualpreventiv virkning.

I henhold til mfl. § 39 første ledd kan Forbrukerombudet og Markedsrådet fatte vedtak om forbud, påbud, tvangsmulkt og overtredelsesgebyr etter mfl §§ 40- 43.

Et forbudsvedtak etter § 40 kan kombineres med et vedtak om tvangsmulkt etter § 42. Ordningen med tvangsmulkt ble videreført fra markedsføringsloven av 1995 til markedsføringsloven av 2009. Tvangsmulkten har som formål å sørge for at vedtakene til Forbrukerombudet og Markedsrådet blir etterlevd.¹⁰¹ Etter § 42 andre ledd andre punktum skal det ved utmålingen legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre vedtaket. Et vedtak om medvirkningsansvar mot en medieaktør som har publisert en ulovlig annonse kan dermed kombineres med et vedtak om tvangsmulkt. Om medieaktøren overholder vedtaket vil han ikke måtte betale tvangsmulkten.

Et vedtak om medvirkningsansvar etter mfl. § 39 tredje ledd mot en medieaktør kan også kombineres med et overtredelsesgebyr etter mfl. § 43. Bestemmelsen om overtredelsesgebyr ble innført som en ny bestemmelse når markedsføringsloven av 2009 trådte i kraft.¹⁰² Over-

¹⁰⁰ Ot.prp.nr 34 (1994-1995) s. 9

¹⁰¹ Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) s. 157

¹⁰² Ot.prp nr. 55 (2007-2008) s. 161

tredelsesgebyr har, i likhet med straff, både en preventiv og pønalt hensikt ved at den retter seg mot handlinger eller unnlater i fortiden.¹⁰³ Forskjellen på tvangsmulkt og overtredelsesgebyr er følgelig at førstnevnte har virkning fremover i tid, mens sistnevnte har virkning tilbake i tid på et forhold som allerede har skjedd. Et vedtak om overtredelsesgebyr etter § 43 kan fattes mot en medieaktør som har publisert en ulovlig annonse. I henhold til § 43 andre ledd skal det ved fastsettelse av gebyrets størrelse legges vekt på "overtredelsens grovhet, omfang og virkninger". I punkt 5.1 blir det gjennomgått flere momenter som kan ha betydning i vurderingen av om det foreligger et medvirkningsansvar. Flere av disse momentene kan også være aktuelle i vurderingen av overtredelsens grovhet, omfang og virkninger etter mfl. § 43 andre ledd og det vises derfor til punkt 5.1.

5 Grensen for medvirkningsansvaret

5.1 Momentene i vurderingen av om det foreligger et medvirkningsansvar

Det ble i punkt 4.1 og 4.2 konkludert med at det gjelder et medvirkningsansvar etter mfl. § 39 tredje ledd for medier som formidler annonser på internett. Det må imidlertid foretas en *helhetsvurdering* av om en medieaktør kan holdes ansvarlig for medvirkning ved publisering av en annonse i elektronisk skrift. Dette må vurderes konkret i hver enkelt sak. Jeg kommer i det følgende til å gjennomgå ulike momenter som kan inngå i denne vurderingen.

Et moment i vurderingen er om påstandene i den aktuelle annonsen er åpenbart urimelig, feilaktig, villedende og langtgående. MD 1995:2 sin uttalelse om at medvirkningsansvaret gjelder i de tilfeller det burde stått "helt klart" for avisen eller ukebladet ("tidningsbolaget") at annonsen var "otillbørlig"¹⁰⁴ har blitt sitert og brukt i tre etterfølgende avgjørelser av Konsumentombudsmannen og Marknadsdomstolen. Momenter i denne vurderingen er om annonsene inneholder "uppenbart orimliga och felaktiga påståenden" om produktets effekter slik at markedsføringen var "klart vilsledande"¹⁰⁵, at påstanden er "langtgående och resevasionslöst",

¹⁰³ Ot.prp nr. 55 (2007-2008) s. 158

¹⁰⁴ MD 1995:2 s. 10

¹⁰⁵ MD 2006:2 s. 7

"vilsledande" og "uppenbart oriktig"¹⁰⁶ og at påstandene var "synnerlige långsgående och uppenbart vilsledande".¹⁰⁷

Leserens umiddelbare forståelse av annonsen kan følgelig være et moment i vurderingen av om medvirkningsansvar foreligger. I både FF 2009:11b og FF 2012:5 er det uttalelser om hvordan annonsen fremstår for leseren. I FF 2009:11b mente Konsumentombudsmannen at annonsen ga leseren ved en "hastig översikt, klart intrycket" av at produktet avhjalp alle synsfeil.¹⁰⁸ I FF 2012:5 ble det uttalt at annonsen var utilbørlig når den "sannolikt påverkat konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut".¹⁰⁹ Det er altså av betydning om en leser, etter å ha raskt lest igjennom annonsen, sannsynligvis vil bli påvirket til å ta en beslutning.

Et annet moment er hvilken grad av granskning avisen burde foreta seg for å oppdage at annonsen er utilbørlig. MD 1995: 2 uttaler at granskningen ikke strekker seg lenger enn hva som kan konstateres "utan någon mera ingående utredning".¹¹⁰ FF 2012:5 uttaler at Aftonbladet burde ved en "minimum av kontroll" ha oppdaget at annonsene var villedende og utilbørlige.¹¹¹ Dette tyder på at det ikke kreves at aviser og ukeblader skal føre noen inngående kontroll av annonsen for å finne ut om påstandene i for eksempel en slankereklame har vitenskapelig støtte. Jeg mener det samme kravet kan stilles i Norge slik at det kun er ved en enkel gjennomlesning av annonsen at medieaktøren burde forstå at den vil være i strid med markedsføringsloven og derfor ikke kan publiseres.

Medieaktører mottar daglig et stort antall henvendelser om annonser med varierende innhold og utforming. Et krav om grundig kontroll ville både vært ressurs- og tidkrevende og dermed praktisk vanskelig. Jeg mener det derfor ikke burde stilles for høye krav til medieaktørene om hvor mye de må granske annonsen.

¹⁰⁶ FF 2009:11b Bilag 2 s. 3

¹⁰⁷ FF 2012:5 s. 5

¹⁰⁸ FF 2009:11b Bilag 2 s. 3

¹⁰⁹ FF 2012:5 s. 5

¹¹⁰ MD 1995.2 s. 10

¹¹¹ FF 2012:5 s. 5

Antall ganger en medieaktør har publisert en annonse kan også være et moment i vurderingen. Aftonbladet hadde i FF 2012:5 publisert den aktuelle annonsen hele fire ganger på tross av brev fra Konsumentverket og avisens løfter om å ikke publisere mer. Konsumentombudsmanen uttalte derfor at det ikke var "någon tvekan" at Aftonbladet skulle bli medvirkningsansvarlig.¹¹² Det skal altså mindre til for å holdes ansvarlig for medvirkning om en medieaktør velger å publisere en annonse når den har kunnskap om at denne er i strid med markedsføringsloven.

I de aktuelle annonsene i de svenske avgjørelsene mener jeg det er ganske tydelig at annonsene var i strid med markedsføringsloven. Påstandene var reservasjonsløse og annonseansvarlig i avis eller ukeblad mener jeg ut ifra en fornuftighetsvurdering burde skjønne at påstandene som "Vill du få tillbaka din normala syn på 8-14 veckor?"¹¹³, "Så länge du äter Algolean kan du äta hur mycket du vill och ändå gå ner i vikt, dag efter dag, vecka efter vecka"¹¹⁴ eller "Dässutom äter jag vad jag vill utan att gå upp i vikt"¹¹⁵ var feilaktig og av en urealistisk karakter. Om medieaktøren som gransker annonsene har foretatt en slik vurdering er følgelig et moment som kan komme inn å vurderingen av om det foreligger et medvirkningsansvar.

Vurderingen av hvilke krav som skal stilles til en medieaktør som mottar en ferdig annonse som skal publiseres, kan imidlertid være forskjellig avhengig av om annonsen skal publiseres i elektronisk eller trykt skrift. Jeg har derfor sendt mail til Aftenposten, VG, Dagbladet og Dagens Næringsliv for å spørre om hvilke rutiner de har ved kontroll av innholdet i en annonse, samt om de foretar lik kontroll av annonser som publiseres i elektronisk eller trykt skrift. Dagens Næringsliv har et krav om at annonser ikke "strider mot moral, god tone eller avisens oppfatning". Annonser skal ikke forveksles med redaksjonelt innhold og de skal merkes skikkelig. Avisen hevder at det ikke er noen forskjell på kontrollen de foretar av annonser som skal publiseres i elektronisk eller trykt skrift.¹¹⁶ Aftenposten oppgir at annonser som "strider mot loven, er villedende eller inneholder noe som bryter med samfunnets moralnormer og god tone, vil ikke bli innrykket". Bortsett fra noen tekniske regler som gjelder for annonser i elek-

¹¹² FF 2012:5 s. 5

¹¹³ FF 2009:11b Bilag 2 s. 2

¹¹⁴ MD 2006:21 s. 1

¹¹⁵ FF 2012:5 s. 1

¹¹⁶ Hanne Husøy, Dagens Næringsliv

tronisk skrift, har de lik kontroll av annonser i elektronisk og trykt skrift.¹¹⁷ VG og Dagbladet har ikke svart på henvendelsen min. Når flere medieaktører foretar lik kontroll av annonser som publiseres i elektronisk og trykt skrift kan det tale for at det bør stilles like krav til begge måtene å publisere annonser.

Dagbladet har et tilbud for ”selvbetjent annonsering” i deres nettavis dagbladet.no. Ut ifra ordlyden "selvbetjent annonsering" kan det stilles spørsmål om avisen overhodet foretar noen kontroll av denne typen annonsering før publisering, slik at det er annonsøren selv om publiserer annonsen på dagbladet.no. Tidligere i dette punktet har jeg vist til at det kreves at en medieaktør foretar en enkel gjennomlesing av annonsen før den publiseres, for å avdekke om den kan være ulovlig etter markedsføringsloven. Om Dagbladet eller andre medieaktører ikke foretar noen kontroll av annonsen, men heller overlater til annonsøren å publisere annonsen, mener jeg medieaktøren kan bli holdes ansvarlig for medvirkning hvis det viser seg at annonsen er i strid med markedsføringsloven og dette kunne ha vært oppdaget ved en enkel gjennomlesning av annonsen.

Hvilke tiltak en medieaktør iverksetter for å unngå å publisere en ulovlig annonse er et annet moment i vurderingen av om det bør fattes et vedtak om medvirkningsansvar. I punkt 4.2 ble det redegjort for at Forbrukerombudet i en sak med Facebook hevdet at Facebook kunne holdes ansvarlig for medvirkning ved å ha publisert ulovlige annonser på nettstedets sider.¹¹⁸ Forbrukerombudet sa de den siste tiden hadde registrert flere annonser med reklame¹¹⁹ for falske merkevarer som Canada Goose-jakker, Nike-sko, Uggs-støvler og Mulberry-vesker.¹²⁰ Når flere av annonsene ble påvist i strid med markedsføringsloven §§ 6-8, mente Forbrukerombudet at Facebook ikke har gode nok rutiner for å gjennomgå annonsene før de blir publisert. Facebook hevdet at det ikke er mulig å manuelt kontrollere alle annonser før de publiseres.¹²¹ Forbrukerombudet krevde ikke at Facebook kontrollerte alle annonser på forhånd, kun annonser fra spesifikke produktgrupper som Canada Goose, Nike og Ray-Ban hvor det er større sannsynlighet for at produktene er piratkopierte. Ombudet hevdet at selv om Facebook i

¹¹⁷ Tora Rønbeck, Aftenposten

¹¹⁸ Brev fra Forbrukerombudet til Facebook, 17.7.2013, s. 2

¹¹⁹ Brev fra Forbrukerombudet til Facebook, 11.12.2012 s. 1

¹²⁰ Forbrukerombudet, *Vil stoppe spam og falske merkevarer på Facebook*. (2012)

¹²¹ Brev fra Facebook til Forbrukerombudet, 22.4.2013 s. 1

ettertid fjerner annonser som Forbrukerombudet har påpekt er ulovlige, er ikke det tilstrekkelig for å unngå at villedende annonser blir publisert på det sosiale nettverket.¹²²

Flere av annonsene på Facebook er selvbetjente, slik at det er annonsørene som selv publiserer annonsene uten at Facebook foretar noen som helst forhåndskontroll av innholdet. Når annonsørene publiserer disse annonsene har de på forhånd godtatt Facebooks vilkår om at annonsene skal være i overensstemmelse med aktuelle lover og reguleringer.¹²³ Forbrukerombudet påpekte at Facebook ikke kan fri seg fra et medvirkningsansvar ved å ha denne selvbetjeningsfunksjon for annonsørene slik at de selv publiserer deres annonser.¹²⁴ Dette innebar at hvis Facebook ikke iverksatte tiltak for å forandre på selvbetjeningsfunksjonen av annonser slik at de unngår å publisere en ulovlig annonse, kan det være et moment som taler for at det bør fattes et vedtak om medvirkningsansvar.

Etter flere møter med Forbrukerombudet opprettet Facebook en funksjon hvor brukere som ikke vil motta flere markedsføringshenvendelser fra en næringsdrivende, kan trykke på en knapp øverst i hjørnet på markedsføringshenvendelsen slik at den ikke vil motta flere markedsføringshenvendelser fra denne i fremtiden. Facebook opprettet også en rapporteringsfunksjon. Hvis en bruker ser en annonse som den mistenker gjelder falske merkevarer eller av andre grunner er ulovlig, kan brukerne enkelt rapportere annonsen ved å trykke på en rapporteringsfunksjon øverst i hjørnet av annonsen. Facebook vil da få umiddelbart beskjed slik at de raskt og effektivt kan fjerne annonsen.¹²⁵ Facebooks rapporteringsfunksjon er retroaktiv slik at annonsen fjernes etter at den er publisert og vist for brukerne. Forbrukerombudet ville derimot at Facebook skal jobbe proaktivt for å forhindre at de publiserer ulovlige annonser om falske merkevarer ved at annonsen fjernes før den blir publisert.

Facebook innførte derfor automatiske tekniske sperringer som stopper ulike annonser med falske merkevarer før de blir publisert. Forbrukerombudet mente at dette var nok for å unngå

¹²² Brev fra Forbrukerombudet til Facebook, 17.7.2013 s. 2

¹²³ Brev fra Facebook til Forbrukerombudet, 28.1.2013 s. 1

¹²⁴ Brev fra Forbrukerombudet til Facebook, 17.7.2013 s. 2

¹²⁵ Brev fra Forbrukerombudet til Facebook, 1.10.2013 s. 1

et medvirkningsansvar forutsatt at de tekniske sperringene fungerte effektivt.¹²⁶ Dette innebærer at tiltakene en medieaktør iverksetter for å unngå å publisere ulovlige annonser må være effektive og til en viss grad proaktive for at medieaktøren ikke skal risikere å bli holdt ansvarlig for medvirkning.

5.2 Ulovlige annonser medieaktøren har fått kunnskap om

En medieaktør kan bli gjort oppmerksom på at en annonse den har publisert er ulovlig etter markedsføringsloven. Det er flere spørsmål som oppstår i denne sammenhengen og som kan være momenter som trekker i retning av at medieaktøren bør holdes ansvarlig for medvirkning. Et spørsmål er hvor tydelig og klar meldingen medieaktøren får må være for at den har en plikt til å fjerne annonsen. Et annet spørsmål er om medieaktøren ved å få kunnskap om at annonsen er ulovlig, også har en plikt til å ikke publisere annonsen på nytt i fremtiden.

Ehandelsloven § 18 inneholder en bestemmelse om at en tjenesteyter som lagrer informasjon på oppfordring fra en tjenesteyter kan bli straffe- og erstatningsansvarlig for lagring av ulovlige informasjon dersom han har utvist forsett¹²⁷ eller grov uaktsomhet.¹²⁸ Etter e-hl. § 18 andre ledd er tjenesteyteren i alle tilfelle straffri eller fri fra erstatningsansvar dersom han uten ugrunnet opphold treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen etter at forsettet eller den grove uaktsomheten etter første ledd forelå. Om tjenesteyteren har fått kunnskap om at informasjonen han lagrer er ulovlig har han altså en handleplikt til å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen. Sanksjonene etter e-hl. § 18 er straff -og erstatningsansvar, mens bestemmelsene i mfl. §§ 40-43 er administrative sanksjoner. Ansvarsgrunnlaget er derfor ulikt. Markedsføringsloven inneholder ikke en tilsvarende regel som e-hl. § 18. Medvirkningsbestemmelsen etter mfl. § 39 tredje ledd er selvstendig og gjelder derfor uavhengig av e-handelsloven. Jeg vil likevel trekke en analogi fra e-hl. § 18 vedrørende hensynet som ligger bak bestemmelsen om at en tjenesteyter har en handleplikt når han har fått kunnskap om at han lagrer ulovlig informasjon.

¹²⁶ Brev fra Forbrukerombudet til Facebook, 15.3.2013 s. 1

¹²⁷ E-hl. § 18 først ledd litra a og b

¹²⁸ E-hl. § 18 første ledd litra b

Forarbeidene til e-hl. § 18 gjennomgår viktige momenter i vurderingen av hvor detaljert meldingen en tjenesteyter får må være før han har en handleplikt.¹²⁹ Disse momentene gjør seg også gjeldende ved vurderingen av om en medieaktør har en handleplikt når han får kunnskap om at en annonse er ulovlig, og vil derfor bli brukt som eksempler.

Hvem meldingen kommer fra om at en annonse er ulovlig kan være et moment. Om meldingen kommer fra Forbrukerombudet med beskjed om at den for eksempel er villedende etter mfl. § 7, har medieaktøren en handlingsplikt til å fjerne annonsen og å ikke publisere den i fremtiden. Om meldingen derimot kommer fra en enkeltperson eller en næringsdrivende, for eksempel en konkurrerende medieaktør, må det foretas en konkret vurdering av hvor klar meldingen er. Momenter i denne vurderingen er hvor enkelt det er for medieaktøren å foreta undersøkelser for å avdekke om opplysningen i meldingen er korrekte.¹³⁰ Medieaktøren kan kontakte Forbrukerombudet og få en vurdering av om Ombudet tror annonsen er ulovlig. Uttalelsen fra Forbrukerombudet er derimot kun en vurdering og ikke et bindende vedtak, slik at de i ettertid kan vedta at annonsen var ulovlig.

Et annet moment er hvor stor tolkningstvil og usikkerhet meldingen etterlater. Om meldingen er lite seriøs og det er svært usikkert at påstandene er korrekte, kan det tale for at medieaktøren ikke har noen plikt til å hverken foreta undersøker eller fjerne annonsen.¹³¹ En usikker melding om at en annonse er ulovlig kan være et moment som taler mot at det burde fattes vedtak om medvirkningsansvar mot medieaktøren.

Ehandelsloven § 18 er en implementering av direktivet om elektronisk handel artikkel 14. I en avgjørelse av EU-domstolen fra 2011 var det spørsmål om en tjenesteytelse som leveres av operatøren av en online-markeds plass var omfattet av artikkel 14 om ansvarsfrihet i direktivet om elektronisk handel. Det var også spørsmål om i hvilke situasjoner operatøren av en online-markeds plass kan anses for å ha fått kunnskap om tingen som gjør at han ikke blir ansvarsfri etter artikkel 14.¹³² eBay er en operatør av en online-markeds plass hvor personer gjennom sin

¹²⁹ Ot. prp. nr. 4 (2003-2004) s. 33

¹³⁰ Ot. prp. nr. 4 (2003-2004) s. 33

¹³¹ Ot. prp. nr. 4 (2003-2004) s. 33

¹³² Sag C-324/09 L'Oréal SA m.fl. mod eBay International AG m.fl.

brukerkonto kan selge og kjøpe varer. Produsenten L'Oreal anla sak mot eBay og 17 selgere som hadde solgt flere av produsentens skjønnhetsprodukter uten tillatelse fra L'Oreal. Produktene var demonstrasjonsprodukter og vareprøver som ikke var beregnet på salg. Domstolen uttalte at ansvarsfriheten etter artikkel 14 ikke gjelder selv om en tjenesteyter ikke har spilt en aktiv rolle når denne har hatt kunnskap om forhold og omstendigheter "som normalt ville få en påpasselig erhvervsdrivende til å indse, at de omhandlede salgsbud var ulovlige, og i den utstrækning han var bevidst herom, ikke handlede øyeblikkelig i henhold til artikkel 14". Å ha en aktiv rolle innebærer ifølge domstolen at operatøren yter bistand i for eksempel å optimere salg.¹³³

Ved å trekke analogi fra dommen innebærer dette at medieaktører som ikke har tatt en aktiv del i utformingen av en annonse kan ha en handlingsplikt etter markedsføringsloven til øyeblikkelig å fjerne annonsen når de har fått kunnskap om at den er ulovlig. Et moment som kan tale for medvirkningsansvar er dermed om en medieaktør ikke øyeblikkelig har fjernet en annonse som han burde ha skjönt var ulovlig på bakgrunn av en melding om dens ulovlighet.

5.3 Forskjeller i grad av annonsegranskning for aviser/ukeblader og sosiale medier

Sosiale medier kan ha opptil en milliard brukere og det publiseres derfor et veldig stort antall annonser. Dette kan føre til praktiske vanskeligheter for det sosiale mediet når det må granske alle annonser før publisering, for å vurdere om de kan være ulovlige etter markedsføringsloven. Aviser og ukeblader har færre lesere og publiserer et mindre antall annonser enn sosiale medier. Det kreves derfor mindre organisering og ressurser for aviser og ukeblader for å granske annonsene før de blir publisert enn for sosiale medier. Det kan derfor stilles spørsmål om det burde være slik at sosiale medier kan foreta mindre grad av annonsegranskning enn aviser og ukeblader, slik at skranken for å bli holdt ansvarlig for medvirkning blir satt høyere for sosiale medier enn for aviser og ukeblader.

Prinsippet om teknologinøytralitet etter mfl. § 39 taler mot at sosiale medier burde foreta en mindre grad av annonsegranskning før de kan bli holdt ansvarlig for medvirkning. Et ulikt

¹³³ Sag C-324/09 L'Oréal SA m.fl. mod eBay International AG m.fl. premiss 127

krav til annonsegranskning vil føre til forskjellsbehandling mellom de ulike medieaktørene. Forarbeidenes uttalelser om hensynet til en mest mulig effektiv lov¹³⁴ vil også bli fremmet ved at det stilles et likt krav om annonsegranskning for alle medieaktører.

Det som taler for at sosiale medier burde foreta en mindre grad av annonsegranskning er forskjellen i antall annonser som blir publisert på henholdsvis sosiale medier og i aviser og ukeblader. Det betydelige omfanget av annonser på sosiale medier vil føre til store praktiske vanskeligheter med å granske annonsene før de publiseres. Annonsegranskningen vil bli både tid – og ressurskrevende. Et annet forhold er at sosiale nettverk kan være ulikt teknisk innrettet. Hvis enkelte sosiale medier er teknisk innrettet på en bestemt måte, kan det gi dem større praktiske problemer med å granske annonsene enn andre sosiale medier som er teknisk innrettet på en annen måte.

Jeg mener det burde foretas en *konkret vurdering* av hvor stor grad av annonsegranskning et sosialt medie må foreta. Grensen for hva som kreves av annonsegranskning for sosiale medier burde settes noe lavere enn for aviser og ukeblader. Et annet forhold er om annonsegranskningen til et sosialt medie derimot har vært helt fraværende. Om det sosiale mediet i dette tilfellet har publisert en annonse som de etter en rask gjennomlesning burde ha skjønt var ulovlig, er den manglende granskningen et moment som taler for medvirkningsansvar.

5.4 Forhåndssamtykke for å motta annonser på sosiale medier

Mfl. § 15 første ledd lyder slik:

"I næringsvirksomhet er det forbudt, uten mottakerens forutgående samtykke, å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel elektronisk post, telefaks eller automatisert oppringningssystem (talemaskin)."

Hvis bestemmelsen om forhåndssamtykke gjelder for sosiale medier, innebærer det at sosiale medier må få en forhåndsgodkjennelse fra brukerne deres for å kunne sende ut markedsfø-

¹³⁴ Ot.prp.nr 34 (1994-1995) s. 9

ringshenvendelser til dem. Om brukerne likevel mottar en annonse på deres brukerprofil som de ikke har gitt sin forhåndssamtykke til å motta, kan det bli spørsmål om det burde fattes et vedtak om medvirkningsansvar mot det sosiale mediet.

Jeg kommer først til å gjennomgå § 15 og redegjøre for hvordan rettstilstanden er i forhold til om sosiale medier omfattes av bestemmelsen. Deretter vil jeg drøftes hvilke momenter som kan komme inn i vurderingen av om sosiale medier og særlig Facebook kan holdes ansvarlig for medvirkning på grunn av brudd på bestemmelsen om forhåndssamtykke. Det finnes flere sosiale nettverk på internett, og Facebook er mest sannsynlig det mest brukte i dag. Facebook har rundt 3 millioner norske brukere¹³⁵ og i verdensbasis har det omtrent 1,15 milliarder brukere.¹³⁶ Det er derfor av stor interesse å drøfte markedsføringen på Facebook i forhold til § 15.

5.4.1 Uanmodet elektronisk kommunikasjon etter mfl. § 15

§ 2b i den tidligere markedsføringsloven av 1972 hadde en bestemmelse om uanmodet elektronisk kommunikasjon tilsvarende lik nåværende § 15 i markedsføringsloven av 2009. Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett og innebærer at praksis og forarbeidene for den daværende § 2b ved markedsføringsloven av 1972 er av interesse. Selv om det er foretatt små språklige justeringer er ikke det materielle innholdet endret.¹³⁷ Samtykkeerklæringen etter mfl. § 15 må være frivillig, uttrykkelig og informert.¹³⁸ Det er den næringsdrivendes ansvar å sikre at bestemmelsen om forhåndssamtykke blir overholdt.¹³⁹ § 15 er en implementering av kommunikasjonsverndirektivet artikkel 13. Kommunikasjonsverndirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv.¹⁴⁰ Dette innebærer at reglene som følger av direktivet skal være like i alle medlemslandene. Regelen om uanmodet kommunikasjon etter artikkel 13 kan altså ikke lages strengere i norsk rett, slik man kan gjøre med bestemmelser i minimumsharmoniseringsdirektiv.

¹³⁵ Irgens, Espen. *Norske brukere i sosiale medier* (2013).

¹³⁶ Aftenposten. *Facebook- trøbbel for over en milliard brukere* (2013).

¹³⁷ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 201

¹³⁸ Ot.prp.nr 62 (1999-2000) s. 33

¹³⁹ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012* (2012) s. 6

¹⁴⁰ 2002/58/EF art 1 nr. 1

Mfl. § 15 fjerde ledd og kommunikasjonsverndirektivet artikkel 2 bokstav h inneholder en definisjon av elektronisk post som lyder slik:

”Med elektronisk post menes i denne bestemmelse enhver henvendelse i form av tekst, tale, lyd eller bilde som sendes via et elektronisk kommunikasjonsnett, og som kan lagres i nettet eller i mottakerens terminalutstyr inntil mottakeren henter den. Herunder omfattes tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon.”

Jeg har ikke funnet noen rettspraksis fra Norge eller EU-retten som berører spørsmålet om markedsføringshenvendelser på sosiale medier omfattes av definisjonen av elektronisk post i § 15 fjerde ledd. Rettstilstanden er dermed uklar på dette området.

De nordiske forbrukerombudene utarbeidet i 2012 et standpunkt om markedsførings via sosiale medier.¹⁴¹ Formålet med standpunktet var å undersøke om markedsføringen på sosiale medier er i strid med gjeldende lover og å skape tydeligere retningslinjer på området.¹⁴² Det gjennomgås også hvilke regler næringsdrivende særlig skal være oppmerksomme på ved markedsføring på sosiale medier.¹⁴³ I Punkt 3 og bilag 1 redegjøres det for uanmodet kommunikasjon etter mfl. § 15 og om markedsføringshenvendelser på Facebook omfattes av definisjonen av elektronisk post. De finske og islandske forbrukerombudene har ikke sluttet seg til denne delen av standpunktet. Området uanmodet elektronisk kommunikasjon hører under det finske datatilsynet i Finland, som ikke har tatt stilling til deres synspunkter i saken. På Island hører det inn under en annen myndighet.¹⁴⁴

De nordiske forbrukerombudenes syn på hvordan de tolker loven kan ha rettskilderelevans om den gir uttrykk for forvaltningens rettssyn eller forvaltningspraksis. I innledningen til stand-

¹⁴¹ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (2012)

¹⁴² Forbrukerombudet, *Stiller krav til markedsføring i sosiale medier* (2012)

¹⁴³ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (2012) s. 3

¹⁴⁴ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (2012) s. 5

punktet forklares det at ordet "må" skal forstås som at det gis en anbefaling, mens ordet "skal/må" skal forstås slik at kravet følger direkte av loven.¹⁴⁵ Hvilke av ordene som brukes i standpunktet vil følgelig påvirke dens rettskilderelevans.

Markedsføringshenvendelser kan skje på ulike måter på sosiale medier, og avhenger for eksempel av hvordan det sosiale mediet er teknisk innrettet. På Facebook har brukerne sin egen Timeline, private profil, hvor det kommer opp bilder, statusoppdateringer og videoer brukeren selv har publisert. News Feeden er derimot en nyhetsside hvor det dukker opp nyhetsoppdateringer i form av bilder, tekst, videoer og liknende fra brukerens venner. I News Feeden er det også ulike typer markedsføringshenvendelser fra annonsører som markedsfører sine produkter. I høyre del av News Feeden er det en spalte som er forbeholdt annonser. Øverst på spalten står det "Sponset". Denne spalten vises kun når man er logget på Facebook på en datamaskin (altså ikke på mobil). De nordiske forbrukerombudene mener at annonsene i "Sponset" fanen ikke omfattes av kravet til forhåndssamtykke da denne fanen er forbeholdt reklame og ikke rettes individuelt til brukeren.¹⁴⁶ Med unntak av "Sponset" fanen mener de nordiske Forbrukerombudene at det må vurderes om markedsføringshenvendelsene på den resterende delen av News Feeden faller inn under mfl. § 15.¹⁴⁷

I henhold til definisjonen av elektronisk post skal markedsføringshenvendelsen bli "sendt" til mottakeren. Facebook er teknisk innrettet på en slik måte at mottakeren *henter opp* annonsen når han er online på det sosiale nettverket. Annonsen kan derfor ikke anses som å bli "sendt". På grunn av dette hevder de nordiske forbrukerombudene at det er usikkert om annonsene på News Feeden er omfattet av definisjonen av elektronisk post i mfl. § 15 fjerde ledd.¹⁴⁸ Forbrukerombudenes felles standpunkt ble vedlagt i et brev til EU-kommisjonær John Dalli, hvor de ber Dalli om å gi en avklaring på hvordan elektronisk post skal defineres. Dette forholdet

¹⁴⁵ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (2012) s. 2

¹⁴⁶ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (201) s. 4

¹⁴⁷ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (201) s. 5

¹⁴⁸ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (2012) s.12

mener de reiser spørsmålet om definisjonen av elektronisk post i kommunikasjonsverndirektivet, som ble skrevet på en tid da sosiale medier ikke eksisterte, er utdatert.¹⁴⁹ Det er en forutsetning for et indre marked at næringsdrivende har klare retningslinjer å forholde seg til. De nordiske forbrukerombudene mener at dette derfor burde bli drøftet på europeisk nivå, da sosiale medier eksisterer i samtlige EU-medlemsland.¹⁵⁰ De har foreløpig ikke fått svar fra EU-kommisjonen, og rettstilstanden er fremdeles uklar.

5.4.2 Medvirkningsansvar ved brudd på § 15

Om markedsføringshenvendelser på sosiale medier omfattes av § 15 må brukerne på sosiale medier som Facebook, Twitter, LinkedIn og MySpace gi et forhåndssamtykke for å få tilsendt markedsføring på sin brukerprofil. Hvis et sosialt medie sender ut en markedsføringshenvendelse til en bruker som ikke har gitt sitt forhåndssamtykke, foreligger det et brudd på § 15. Spørsmålet blir da om det kan bli fattet et vedtak om medvirkningsansvar mot det sosiale mediet ved brudd på § 15.

På grunn av usikkerheten av om sosiale medier omfattes av bestemmelsen om forhåndssamtykke samt de nordiske forbrukerombudenes syn på at § 15 trenger å oppdateres i forhold til dagens teknologi, synes jeg det er interessant å se på hvilke momenter og forhold som taler for at det burde fattes et vedtak om medvirkningsansvar mot det sosialt medie ved brudd på § 15. I momentene som gjennomgås i det følgende *forutsettes det* derfor at sosiale medier er teknisk innrettet på en slik måte at de omfattes av definisjonen av elektronisk post i mfl. § 15 fjerde ledd, slik at det gjelder et krav om forhåndssamtykke etter § 15 første ledd. Momentene som gjennomgås i det følgende inngår i en helhetsvurdering av om det bør fattes et vedtak om medvirkningsansvar, slik nevnt i punkt 5.1

Det kan oppstå flere problematiske situasjoner for et sosialt medie om det gjelder en bestemmelse om forhåndssamtykke for markedsføringshenvendelser etter mfl. § 15 første ledd. Et stort antall markedsføringshenvendelser blir markedsført på sosiale medier. For at det sosiale mediet skal overholde kravet i mfl. § 15 må hver enkelt bruker velge om den vil motta markedsføringshenvendelser fra den enkelte markedsfører. Dette innebærer at det sosiale mediet

¹⁴⁹ Øe, *Brev om definition af elektronisk post til EU-Kommissionen*. (2012) s. 1

¹⁵⁰ Øe, *Brev om definition af elektronisk post til EU-Kommissionen*. (2012) s. 2

må ha en liste eller liknende over alle næringsdrivende som ønsker å markedsføre sine produkter. Brukerne må velge om de vil motta markedsføringshenvendelser fra alle eller noen av de næringsdrivende på listen. Om en bruker velger å ikke motta markedsføringshenvendelser, innebærer det at om denne brukeren allikevel mottar markedsføringshenvendelser på sin News Feed, vil det foreligge et brudd på § 15.

Annonser fra næringsdrivende blir sendt til brukere basert på målrettede filtre som den næringsdrivende oppgir til Facebook.¹⁵¹ Om en næringsdrivende skal markedsføre en annonse om for eksempel møbler på Facebook, kan de gi Facebook målrettede filtre som ”kvinne”, ”20-35 år” og ”bor i Oslo”. Facebook har en algoritme som finner ut hvilke brukere som oppfyller samtlige filtre, slik at annonsen bare blir sendt til disse brukerne. Facebook kan dermed bare sende annonser på News Feeden til brukere som har gitt sitt forhåndsstykke. Det vil derimot foreligge et brudd på mfl. § 15 hvis en markedsføringshenvendelse blir vist for en bruker gjennom målrettede filtre som ikke har gitt sitt forhåndssamtykke.

I punkt 5.1 redegjorde jeg for at Facebook har en selvbetjeningsfunksjon for annonsører. Gjennom denne selvbetjeningsfunksjonen kan annonsører publisere annonser direkte på det sosiale nettverket uten at Facebook på forhånd kontrollerer innholdet i annonsen. Annonsørene bestemmer både i hvilke land annonsen skal bli vist og fyller inn ulike kategorier som spesifiserer hvilke grupper av brukere annonsen skal bli vist for.¹⁵² Mangel på kontroll av Facebook kan føre til at en markedsføringshenvendelse blir vist for en bruker som passer inn i kategoriene den næringsdrivende har satt, men som ikke har gitt sitt forhåndssamtykke. Dette vil være et brudd på § 15.

I alle disse tre eksemplene ovenfor vil det være et moment hvilken mulighet det sosiale mediet hadde til å hindre at en bruker som ikke hadde gitt sitt forhåndssamtykke om markedsføring fra en bestemt næringsdrivende, allikevel ble eksponert for en markedsføringshenvendelse fra denne næringsdrivende. Om Facebook hadde liten eller stor mulighet til å hindre brudd på § 15 vil være et moment som enten taler mot eller for medvirkningsansvar. Det samme

¹⁵¹ Brev fra Facebook til Forbrukerombudet av 28.1.2013 s. 4

¹⁵² Brev fra Facebook til Forbrukerombudet av 28.1.2013 s. 1

momentet vil gjøre seg gjeldende om andre sosiale medier har likende funksjoner som Facebook.

På Facebook har private personer profiler, mens næringsdrivende har sider. Man må først ha en personlig brukerprofil på Facebook for å kunne opprette en side. Den næringsdrivendes side må ifølge Facebooks regler og retningslinjer overholde alle gjeldende lover, regler og statutter.¹⁵³ En bruker følger en næringsdrivende ved å klikke på et "liker" ikon på den næringsdrivendes side. Annonser og annen markedsføringshenvendelse vil deretter komme opp på brukerens News Feed etter at den har "likt" den næringsdrivendes side. De nordiske forbrukerombudene mener at et klikk på "liker" ikonet ikke i seg selv oppfyller kravene til et forhåndssamtykke¹⁵⁴ da det ikke er "aktivt, frivillig, uttrykkelig, konkret og informert".¹⁵⁵ Jeg er enig med dette standpunktet og mener at en annonse i News Feeden om for eksempel et slankemiddel vil være i strid med § 15 om brukeren kun har klikket på "liker" ikonet og likt den næringsdrivendes side. Hvordan det sosiale mediet har utformet "liker" ikonet for at den skal oppfylle kravene til samtykke vil derfor være et moment i vurderingen av om § 15 er brutt. Dette kan igjen tale for eller imot at det bør fattes et vedtak om medvirkningsansvar mot Facebook eller et annet sosialt medie som har den samme "liker"- funksjonen.

Det er som nevnt tidligere flere måter for næringsdrivende å markedsføre seg på News Feeden på Facebook. En bruker kan få opp en markedsføringshenvendelse fordi en venn av en bruker har "delt" en opplysning fra en næringsdrivende, en venn har deltatt i en konkurranse fra en næringsdrivende eller en venn har "likt" en side fra en næringsdrivende. Hvis ikke brukeren har gitt sitt forhåndssamtykke til å motta markedsføring fra disse spesifikke næringsdrivende, foreligger det er brudd på § 15. Selv om markedsføringen skjer på grunn av aktiviteter fra brukerens venn, foreligger det fortsatt markedsføring som krever et forhåndssamtykke til alle brukere som blir eksponert for denne markedsføringen. På News Feeden til en bruker kan det også stå "sider du kanskje liker" eller "foreslåtte innlegg". Jeg mener dette i seg selv er markedsføring ved at brukeren blir eksponert for bilder og direkte linker til de ulike næringsdri-

¹⁵³ Facebook, *Vilkår for Facebook-sider* (2014), første avsnitt

¹⁵⁴ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (2012) s. 11

¹⁵⁵ De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. Mai 2012* (2012) s. 6

vende. Dette mener jeg derfor bryter med § 15 hvis ikke brukeren har eksplisitt gitt sitt forhåndssamtykke til å motta forslag om markedsføring fra disse spesifikke næringsdrivende.

Samlet mener jeg at alle disse formene for markedsføring fører til et brudd på kravet om forhåndssamtykke hvis ikke brukeren det vises for har avgitt et samtykke på forhånd om å motta markedsføring fra samtlige annonsører. Hvilke sperrer Facebook har for å hindre at dette skjer er et moment i helhetsvurderingen av om det bør fattes et vedtak om medvirkningsansvar mot Facebook eller andre sosial medier som har liknende markedsføringsmetoder.

Et annet moment er om overtredelsen av § 15 er grov. Om et sosialt medie for eksempel har sendt ut en markedsføringshenvendelse 1000 ganger i løpet av en kort periode til brukere som ikke har gitt sitt forhåndssamtykke, kan det vurderes om dette forholdet gjør at overtredelsen av § 15 anses som grov. Hvis det foreligger forhold som gjør at det har skjedd et grovt brudd på § 15 kan det tale for at det sosiale mediet burde holdes ansvarlig for medvirkning.

Et annet moment er om det kan fattes et vedtak om medvirkningsansvar mot et sosialt medie som ikke kunne hindre at en næringsdrivende publiserte en annonse for brukerne. De fleste sosiale medier har vilkår og retningslinjer som næringsdrivende må følge. Eksempelvis kan MySpace ha som vilkår at en næringsdrivende ikke skal publisere en annonse for brukerne uten MySpaces samtykke. På denne måten kan MySpace kontrollere hvilke annonser som skal publiseres for brukerne. Om en næringsdrivende bryter vilkårene for annonsering og publiserer en annonse om for eksempel en slankereklame, kan brukere som ikke har forhåndssamtykket til annonsen bli eksponert for slankereklamen. Det vil dermed foreligge et brudd på mfl. § 15 første ledd og spørsmålet blir følgelig om det kan fattes et vedtak om medvirkningsansvar mot MySpace. At den næringsdrivende brøt vilkårene og publiserte annonsen kan tale mot at MySpace kan holdes ansvarlig for medvirkning. På den andre siden kan det tenkes at MySpace kunne hindret situasjonen ved å legge inn en sperre slik at næringsdrivende som bryter slike vilkår allikevel ikke kan publisere annonsen. Om MySpace ikke har en slik sperre eller liknende funksjoner som hindrer at brukerne blir eksponert for annonser de ikke har gitt sitt forhåndssamtykke til å motta, kan det tale for at det bør fattes vedtak om medvirkningsansvar mot MySpace. Det må vurderes om det sosiale mediet har noen faktisk mulighet til å kontrollere at en næringsdrivende ikke bryter det sosiale mediets vilkår og retningslinjer, slik at kravet om forhåndssamtykke etter § 15 overholdes.

I punkt 5.2 ble det redegjort for situasjonen hvor et sosialt medie som har blitt *varslet* om at det publiserer en ulovlig annonse, allikevel fortsetter å publisere annonsen. Dette ble ansett som et forhold som talte for at det bør fattes vedtak om medvirkningsansvar. Jeg mener det samme kan gjøre seg gjeldende ved brudd på § 15. Eksempelvis oppdager en annonsør som selger biler på Twitter at han kan legge ut annonser om biltilbud slik at annonsen vises for brukere som ikke har gitt sitt forhåndssamtykke til annonser fra bilselgeren. Annonsøren gir beskjed til Twitter at de må opprette tekniske sperrer eller likende slik at ikke § 15 blir brutt. Slik som i punkt 5.2 mener jeg at det også i den foreliggende situasjonen må foretas en konkret vurdering av hvor seriøs meldingen fra bilselgeren er om at det skjer et brudd på markedsføringsloven § 15. Det kan også tenkes at brukeren som mottar annonsen om biltilbud varsler Twitter om at han mottar markedsføringsføringshenvendelser han ikke har gitt sitt forhåndssamtykke til etter § 15. Det blir dermed avdekket at Twitter har en svakhet ved dens tekniske innretning som gjør at § 15 blir brutt. Etter at Twitter har blitt varslet og således fått kunnskap om forholdet, kan det sosiale mediet velge å forholde seg passive og ikke iverksette tiltak for å hindre at brudd på § 15 skjer. Varselet det sosiale mediet mottok samt valget å forholde seg passiv på tross av kunnskapen om det ulovlige forholdet, mener jeg er et moment som taler for at bør fattes et vedtak om medvirkningsansvar mot det sosiale mediet.

6 Sammenfatning og konklusjon

Medvirkningsbestemmelsen i mfl. § 39 tredje ledd er generelt utformet. Både hensynet til en mest mulig effektiv lov, teknologinøytralitet, svensk praksis fra Konsumentombudsmannen og Marknadsdomstolen og andre rettskilder taler for at medier som formidler annonse på internett omfattes av medvirkningsansvaret i mfl. § 39 tredje ledd. Det ble dermed konkludert med at medvirkningsansvaret omfatter medier som formidler annonser på internett.

Det må imidlertid foretas en konkret helhetsvurdering av om en medieaktør bør holdes ansvarlig for medvirkning. Momenter i denne vurderingen er om annonsen er åpenbart urimelig, feilaktig, villedende og langtgående, hvilken grad av granskning medieaktøren burde foreta, leserens umiddelbare oppfatning av annonsen, antall ganger medieaktøren har publisert annonsen og hvilke tiltak medieaktøren har iverksatt for å unngå å publisere en ulovlig annonse. Om medieaktøren har fått kunnskap om at den har publisert en ulovlig annonse har den en handleplikt til å umiddelbart fjerne den. Hvem meldingen kommer fra, om den er seriøs eller

etterlater tolkningstvil og om medieaktøren burde ha skjønt at annonsen var ulovlig, er forhold som må vurderes konkret i hver enkelt sak. Forskjellen i antall annonser som publiseres mellom henholdsvis aviser/ukeblader og sosiale medier er et forhold som kan tale for at det burde vurderes konkret om det skal stilles ulike krav til hvor mye en medieaktør gransker en annonse før den risikerer å bli holdt ansvarlig for medvirkning.

Definisjonen av elektronisk post i bestemmelsen om forhåndssamtykke etter mfl. § 15 og kommunikasjonsverndirektivet artikkel 13 ble skrevet på et tidspunkt sosiale medier ikke eksisterte. Den teknologiske utvikling de siste årene taler derfor for at det er tid for å oppdatere definisjonen slik at den stemmer overens med dagens samfunnsforhold. Forutsatt at bestemmelsen om forhåndssamtykke gjelder for sosiale medier, er det flere momenter som kan tale for at sosiale medier burde holdes ansvarlig for medvirkning. Momenter i denne vurderingen er hvilken mulighet det sosiale mediet har og hvilke tiltak det iverksetter for å hindre at en bruker som ikke har gitt forhåndssamtykke etter § 15, allikevel mottar markedsføringshenvendelser fra næringsdrivende.

Jeg mener det er viktig at Forbrukerombudet som tilsynsorgan er proaktive og har god kontakt med medieaktører for å unngå at de bryter markedsføringsloven ved å publisere ulovlige annonser. Dette kan gjøres ved å for eksempel sende ut orienteringsbrev¹⁵⁶, rundskriv og at Forbrukerombudet selv utvikler standpunkter og retningslinjer om medieaktørers medvirkningsansvar ved manglende kontroll av annonser som blir publisert på internett.

¹⁵⁶ Slik som i: Forbrukerombudet, *Orienteringsbrev- Medvirkningsansvar ved publisering av villedende og ulovlig markedsføring av slankemidler*, (2012)

7 Litteraturliste

7.1 Lover og forskrifter

Markedsføringsloven	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. januar 2009 nr. 2
Markedsføringsloven	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16.juni 1972 nr. 47 – opphevet
Ehandelsloven	Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester av 23.5.2003 nr. 35
Forskrift 5. juni 2009 nr. 588	Om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv.

7.2 Forarbeider

Ot. prp. nr. 57 (1971-1972)	Lov om markedsmisbruk
Ot. prp. nr. 92 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov av 16. juni 1972 nr 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)
Ot.prp.nr. 62 (1999-2000)	Om lov om endringer i lov av 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)
Ot.prp.nr 55 (2007-2008)	Om lov om kontroll av markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
Ot.prp.nr.4 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

7.3 Rettsavgjørelser

Rt. 2008 s. 1555

7.4 Utenlandsk rett

Dansk markedsføringslov

Bekendtgørelse af lov om markedsføring nr. 1216 af 25. september 2013

Finsk markedsføringslov

Konsumentskyddslag 20.1.1978/38

Islandsk markedsføringslov

Lov om tilsyn med handelspraksis og markedsføring nr. 57/2005 med sene ændringer (dansk oversættelse)

2002/58/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (Direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation)

2005/29/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det inre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis)

7.4.1 Svensk marknadsföringsrett

Lover

Marknadsföringslagen 2008:486

Marknadsföringslagen 1995:450

Marknadsföringslagen 1975:1418

Forarbejder

Regjeringens proposition 2007/08:115

Ny marknadsföringslag

Regjeringens proposition 1994/1995:123

Ny marknadsföringslag

Kungl. Maj:ts proposition nr 57 år 1970.

Kungl Maj:ts proposition till riksdagen
med förslag till lag otillbörlig
marknadsföring, m.m.

Avgjørelser

MD 2006:21

MD 1995:2

MD 1987:5

MD 1983:6

MD 1982:4

FF 2012:5

FF 2009:11b

7.5 Litteratur

Lunde, Mestad og Michaelsen. *Markedsføringsloven med kommentarer*, 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2010

Brev fra Forbrukerombudet til Facebook. Sak nr. 12/2254-1. 11.12.2012

Brev fra Facebook til Forbrukerombudet. Sak nr. 12/2254-1. 28.1.2013

Brev fra Forbrukerombudet til Facebook. Sak nr. 12/2254-3. 15.3.2013

Brev fra Facebook til Forbrukerombudet. Sak nr. 12/2254-3. 22.4.2013

Brev fra Forbrukerombudet til Facebook. Sak nr. 12/2254-5. 17.7.2013

Brev fra Facebook til Forbrukerombudet. Sak nr. 12/2254-5. 1.10.2013

Brev fra Forbrukerombudet til Facebook. Sak nr. 12/2254-7. 13.12.2013

Forbrukerombudet, *Vedrørende krav på vegne av Max Berg P. Ltd.* Sak nr. 12/1828-1. 5.10.2012.

Forbrukerombudet, *Orienteringsbrev – Medvirkningsansvar ved publisering av villedende og ulovlig markedsføring av slankemidler.* Sak nr. 12/1151-12. 4.10.2012

Forbrukerombudet, *Vil stoppe spam og falske merkevarer på Facebook.* 18.12.2012

Forbrukerombudet, *Stiller krav til markedsføring i sosiale medier.* 3.5.2012

De nordiske forbrukerombudene, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012.* 3.5.2012

Øe, Henrik, *Brev om definition af elektronisk post til EU-Kommissionen.* 3.5.2012

Fra Konsumentverket til Google Sweden AB, *Angående medverkan till vilsledande marknadsföring*, dok.nr. 2012/898. 2.8.2012

Fra Konsumentverket til Facebook Sweden AB, *Angående annonser på Facebook*, dok.nr. 2013/681. 20.6.2013

Hanne Husøy, Dagens Næringsliv, svar på e-post.

Tora Rønbeck, Aftenposten, svar på e-post.

7.6 Internett

Irgens, Espen. *Norske brukere i sosiale medier* (2013). www.halogen.no/norske-brukere-i-sosiale-medier/ [sitert 10.3.2014]

Aftenposten. *Facebook- trøbbel for over en milliard brukere* (2013). www.aftenposten.no/nyheter/uriks/Facebook-trobbel-for-over-1-milliard-brukere-7346761.html#.UuqACHmuY48 [sitert 15.3.2014]

Nordisk ministerråd for lovsamarbeid. <http://www.norden.org/no/nordisk-ministerraad/ministerraad/nordisk-ministerraad-for-lovsamarbeid-mr-lag> [sitert 20.3.2014]

Facebook, *Vilkår for Facebook-sider*. (2014) https://www.facebook.com/page_guidelines.php [sitert 11.4.2014]

Konsumentverket, *KO:s arbete*, (2012) <http://www.konsumentverket.se/Om-oss/Sa-arbetar-vi/Vem-ar-KO/Kos-arbete/> [sitert 1.4.2014]

<https://www.lagen.nu>

<https://www.lovdata.no>

<https://www.retttsdata.no>