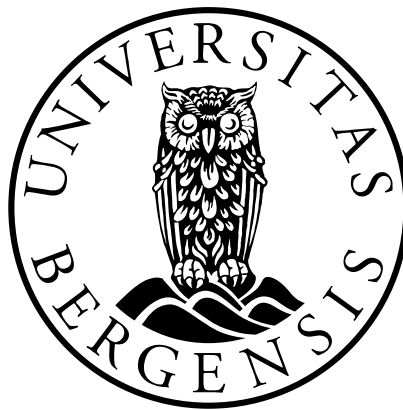


Markedsføring rettet mot barn og unge etter EUs direktiv om urimelig handelspraksis

*- Med eksempler fra norsk, svensk og dansk
markedsføringsrett*

Kandidatnummer: 167

Antall ord: 14981



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

30.05.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	2
1.1 Problemformulering og avgrensning av oppgaven.....	2
1.2 Fremgangsmåte.....	3
1.3 EU- rettslige prinsipper.....	4
1.4 Norges forpliktelser overfor EU.....	5
1.5 Metode og utfordringer knyttet til rettsområde.....	6
1.6 Aktualitet.....	8
1.7 Hensyn som gjør seg gjeldene på rettsområdet.....	9
2 Direktivet om urimelig handelspraksis og markedsføring rettet mot barn og unge	12
2.1 Direktivet om urimelig handelspraksis.....	12
2.1.1 Særlig om barnebegrepet.....	15
2.2 Direktivets regulering av markedsføring rettet mot barn og unge.....	15
2.3 Punkt 28 i Bilag I til direktivet om urimelig handelspraksis.....	18
2.3.1 Generelt om svartelisten punkt 28.....	18
2.3.2 Det nærmere innholdet i svartelisten punkt 28 og ordlyden “direkte oppfordringer til barn om å kjøpe(....)”.....	21
3 Eksempler på implementeringen av direktivet om urimelig handelspraksis i nasjonal rett.....	24
3.1 Reguleringen av markedsføring rettet mot barn og unge i norsk, svensk og dansk markedsføringsrett.....	24
3.1.1 Generelt om reguleringen av markedsføring rettet mot barn og unge i nasjonal rett etter implementeringen av direktivet om urimelig handelspraksis.....	24
3.1.2 Er det behov for en egen bestemmelse om urimelig handelspraksis rettet mot barn og unge i den norske markedsføringsloven?.....	31
3.2 Implementeringen av svartelisten punkt 28 i nasjonal rett.....	32
3.2.1 Generelt om implementeringen av svartelisten punkt 28 i norsk markedsføringsrett- med eksempler fra Sverige og Danmark.....	32
3.2.2 Aktuell praksis som omhandler anvendelsen av svartelisten punkt 28 i nasjonal markedsføringsrett.....	37
4 Avslutning.....	44
5 Kildeliste.....	46

1 Innledning

1.1 Problemformulering og avgrensning av oppgaven

Emnet for denne masteroppgaven er markedsføring rettet mot barn og unge etter direktivet om urimelig handelspraksis og hvordan disse reglene er implementert i norsk rett. Jeg vil også i noen grad vise eksempler fra svensk og dansk rett på tolking og implementering av direktivets regler.

Direktivet om urimelig handelspraksis¹ er fra 2005 og ble vedtatt som norsk rett av EØS-komiteen i 2006 og innlemmet i EØS-avtalen. Det inneholder generelle forbud mot urimelig handelspraksis og et eget bilag (svartelisten) som er mer detaljert. Direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv, som vil si at nasjonalstatene ikke kan innføre eller videreføre bestemmelser som fraviker direktivet.² Det er generelt sett ikke forbudt å rette markedsføring mot barn og unge som gruppe.³ Spørsmålet blir derfor hvilke eventuelle begrensninger direktivet om urimelig handelspraksis setter for markedsføring som særskilt er rettet mot barn og unge som forbrukergruppe.

Grunnet emnets omfang vil oppgaven avgrenses til å gjelde regulering av markedsføring rettet mot barn og unge i EUs direktiv om urimelig handelspraksis og spesielt bilag I (svartelisten) punkt 28. Videre vil norsk markedsføringsrett være hovedfokus ved siden av direktivet. Svensk og dansk markedsføringsrett skal brukes for å undersøke om den norske implementeringen av direktivet har vært vellykket. Den svenske og danske markedsføringsretten skal således benyttes for å se om det finnes andre perspektiver eller standpunkter som bør trekkes inn ved anvendelsen av direktivet i norsk markedsføringsrett.

¹ Europaparlaments- og Rådskolektiv 2005/29/EF av 11. Mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked. (Heretter kalt ”direktivet om urimelig handelspraksis” eller ”direktivet”)

² Lunde, Tore, Mestad, Ingvild, Michaelsen, Terje Lundby(2015) *Markedsføringsloven- En kommentar*. 2. Utgave. Gyldendal Juridisk. Gyldendal Norsk Forlag s 25

³ Ot.prp.nr.55(2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) s 59(heretter vist til som proposisjonen)

1.2 Fremgangsmåte

Oppgaven er delt inn i fire deler, en innledning, to hoveddeler og en avslutning. I oppgavens del 2 behandles direktivet om urimelig handelspraksis og markedsføring rettet mot barn og unge. Del 3 omhandler implementeringen av direktivet i nasjonal rett, som nevnt med eksempler fra svensk og dansk rett.

I del 2, som omhandler direktivet om urimelig handelspraksis sin regulering av markedsføring rettet mot barn og unge, vil hovedfokuset være på direktivets artikkel 5 og fortalens punkt 18. Videre er det et eget underpunkt som omhandler den såkalte ”svartelisten”⁴ punkt 28, fordi dette er en bestemmelse som særskilt gjelder regulering av markedsføring rettet mot barn og unge. Direktivets svarteliste er også tatt inn i en egen forskrift om urimelig handelspraksis i norsk markedsføringsrett.⁵ Det er også vist til andre bestemmelser der det er hensiktsmessig. Videre er det også et eget underpunkt som omhandler barnebegrepet. Dette er for å synliggjøre hvem som regnes som barn etter direktivet og den nasjonale markedsføringslovgivningen. Formålet med del 2 er å undersøke om barn og unge som forbrukergruppe ivaretas i tilstrekkelig grad under direktivet om urimelig handelspraksis.

Oppgavens del 3 tar for seg hvordan direktivet om urimelig handelspraksis er implementert i norsk rett. Det skal fortløpende trekkes inn svensk og dansk markedsføringsrett for ytterligere eksemplifisering og sammenlikning. Del 3 er delt inn i en del om implementeringen av direktivet i nasjonal rett generelt og implementeringen av svartelisten punkt 28 særskilt. Dette er fordi svartelisten punkt 28 inneholder et særskilt forbud mot markedsføring rettet mot barn og unge i særlige tilfeller. Grensene for anvendelsen av svartelisten punkt 28 vil illustreres med eksempler og aktuell praksis.

Avslutningsvis skal det foretas en oppsummering av oppgavens viktigste funn.

⁴ Svartelisten er et vedlegg til direktivet som inneholder en liste over 31 typer handelspraksis som alltid skal anses urimelig, det vil si at slik praksis er forbudt direkte uten at den må vurderes opp mot direktivets urimelighetskriterier (kilde: Europalov, *Handelspraksisdirektivet: om urimelig handelspraksis overfor forbrukere*, <http://europalov.no/rettsakt/handelspraksisdirektivet-om-urimelig-handelspraksis-overfor-forbrukere/id-687> (27.04.2016))

⁵ FOR 2009.06.01 nr 0565:(BLD) Forskrift om urimelig handelspraksis

1.3 EU- rettslige prinsipper

EUs direktiv om urimelig handelspraksis er en internasjonal konvensjon og dermed ikke som sådan en del av nasjonal rett.

Det dualistiske prinsipp er et folkerettslig prinsipp som viser at om det er motstrid mellom en folkerettsregel og en internrettslig regel, går den internrettslige regelen foran. Hvis en EU-rettslig regel skal bli gjeldende som intern rett, må dette vedtas særskilt. Dette kan gjøres ved at den vedtas særskilt og inkorporeres eller transformeres til nasjonal rett. I norsk rett følges det dualistiske prinsipp med noen modifikasjoner.⁶ Også de øvrige nordiske landene har tradisjonelt sett vært dualistiske.⁷ Direktivet om urimelig handelspraksis er gjort til norsk rett ved Norges tilslutning til EØS- avtalen. Dette tilsier at direktivets regler går foran ved motstrid i motsetning til for eksempel internasjonale folkerettslige regler.

Etter det like klart forankrede presumpsjonsprinsippet forutsettes den nasjonale retten å være i samsvar med de internasjonale regelverk som Norge er bundet av. I praksis innebærer dette at man så langt som mulig innenfor rettskildelæren søker å fastlegge rettsregelen slik at motstrid med for eksempel EU- retten ikke oppstår.⁸ Presumpsjonsprinsippet er således et sentralt tolkningsprinsipp. I den videre fremstillingen får dette betydning ved at den norske markedsføringsloven forutsettes å være i samsvar med direktivet.

Videre er subsidiarietsprinsippet et relevant prinsipp i EU-retten. Det er også kalt nærhetsprinsippet. Det er prinsippet om at beslutninger skal tas på et så lavt nivå som mulig. EU samlet handler utelukkende når det vil være mer effektivt enn å handle på nasjonalt, regionalt eller lokalt nivå. Unntaket er der EU har enekompetanse.⁹ Dette får utslag ved at EU som lovgiver har overlatt mesteparten av beslutningskompetansen når det gjelder direktivet til nasjonale beslutningsorganer.

Til slutt er prinsippet om direktivkonform tolking av betydning. Dette er et domstolskapt krav. Det er særlig forankret i traktatbestemmelsen om lojalitetsplikt. Det medfører at

⁶ Gisle, Jon, *Jusleksikon*(2010), 4 utgave. Kunnskapsforlaget s 83

⁷ Amundsen, Leif, *Dualisme*, <https://snl.no/dualisme%2Fjus> (29.02.2016)

⁸ Gisle, 2010 s 315

⁹ Store norske leksikon, *Subsidiaritet*(2005-2007), <https://snl.no/subsidiaritet> (29.02.2016)

rettsanvendere skal tolke nasjonal rett innskrenkende så langt som mulig for å gi EU- retten virkning.¹⁰

1.4 Norges forpliktelser overfor EU

Norge er ikke medlem av EU, men påvirkes likevel i stor grad av EUs politikk og regler. Dette er særlig grunnet EØS-avtalen, som i stor utstrekning pålegger Norge å implementere EU- rettslig materiale. Direktivet om urimelig handelspraksis er således et regelverk som Norge etter EØS- avtalen plikter å innføre i nasjonal rett.¹¹

Bestemmelsene som gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis i norsk markedsføringsrett er totalharmonisert på EØS-nivå. At direktivet er totalharmonisert innebærer en fullstendig harmonisering av de spørsmål som er omfattet av direktivets virkeområde og at medlemsstatene ikke kan innføre eller videreføre bestemmelser som avviker fra dette.¹² Rent materielt sett skal det derfor ikke ha noen betydning om urimelig handelspraksis vurderes etter den norske markedsføringsloven eller tilsvarende lovgivning i andre EU eller EØS-land.¹³

Formålet med EØS- avtalen er å ”fremme en vedvarende og balansert styrkning av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde”. Dette følger av EØS- avtalen artikkel 1. EØS- statene skal tilstrebe et dynamisk og ensartet samarbeidsområde og fremme en harmonisk utvikling av EØS. Dette betyr at Norge er forpliktet til å søke harmonisering av de lover og regler som er gitt for å sikre fri handel på tvers av landegrensene.¹⁴

Norge er på bakgrunn av EØS- avtalen forpliktet til å innføre direktivet om urimelig handelspraksis. Dette er fordi et av hovedformålene med direktivet er å oppnå økt harmonisering på det indre marked og et ønske om å redusere handelshindringer.¹⁵ Hensynet

¹⁰ Arnesen, Finn, Stenvik, Are, *Internasjonalisering og juridisk metode- særlig om EØS- rettens betydning i norsk rett*, Universitetsforlaget, 2009 s 60

¹¹ Stortinget, *EU/EØS- arbeidet*, sist oppdatert 31.07.2015 kl 09.55, <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Arbeidet/EUEOS-arbeid/> (29.02.2016)

¹² Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 25

¹³ Innst.O.nr.20(2008-2009) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv(markedsføringsloven) s 7 (heretter vist til som Innstillingen)

¹⁴ Følger av EØS- avtalens fortale fjerde og femte ledd.

¹⁵ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 20

til og målsetningen om like regler i de ulike medlemslandene har ikke fått full gjennomslagskraft fordi mange land har valgt å gjennomføre direktivet med tilpasninger i et allerede eksisterende regelverk. Norge er et av få land som har valgt å gjennomføre direktivet slik det er, med noen omskrivninger og tilpasninger. Flere land har ikke ønsket å gjøre dette siden det vil bryte med den nasjonale lovgivningsteknikken.¹⁶

1.5 Metode og utfordringer knyttet til rettsområde

Direktivet om urimelig handelspraksis er den primære rettskilden for oppgaven. Dette må tolkes etter EU- rettslige tolkningsprinsipper, noe som blant annet medfører at det legges noe mindre vekt på artiklens ordlyd enn ved tolking av nasjonal lovtekst. I EU- retten finnes det ikke forarbeider, man har derimot direktivets fortale, som kan benyttes som tolkingsbidrag.¹⁷ Ved tolking av direktiver fra EU som har et fremtredende harmoniseringformål, slik som direktivet om urimelig handelspraksis, vil dessuten praktiseringen av direktivet være en sentral tolkingsfaktor.¹⁸

Det er flere grunner til at selve direktivteksten kan ha begrenset betydning ved konvensjonstolking. Ordlyden kan være knapp og uklar, grunnet at den er et resultat av kompromisser under forhandlingene frem til den endelige utformingen av direktivteksten. Andre ganger kan eksistensen av flere språkversjoner gjøre det vanskelig å lese en entydig løsning ut av ordlyden. I EU- retten anses ikke ulikheter i betydningsinnhold som uttrykk for en reell motsetning, det må heller foretas en sammenliknende vurdering av språkversjonene.¹⁹ Dette reduserer den veiledningen ordlyden isolert sett kan gi, men åpner for muligheten til å hente argumenter andre steder. Det kan for eksempel hentes argumenter fra nasjonal rett.²⁰

Det kan få stor betydning for tolkingen og anvendelsen av et direktiv om det er et minimumsdirektiv eller et totalharmoniseringsdirektiv. Et minimumsdirektiv setter bare en grense eller ramme som medlemsstatene må holde seg innenfor. Så lenge de holder seg innenfor grensene kan innholdet av nasjonal rett fritt fastsettes. Direktivet om urimelig

¹⁶ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 21

¹⁷ Arnesen/Stenvik, 2009 s 27

¹⁸ Ibid. s 27

¹⁹ Ibid. s 27

²⁰ Arnesen/Stenvik, 2009 s 28

handelspraksis som er et totalharmoniseringsdirektiv gir ikke en slik handlefrihet. Her er det direktivets regler slik de er som skal gjennomføres.²¹

EU- domstolen og de andre EU-rettslige organene praktiserer en såkalt dynamisk tolkingsmetode, noe som innebærer at det søkes en tidsriktig og formålsrettet tolking.²² Skal ordlyden tas i betraktning er det viktig å være oppmerksom på skillet mellom språkversjoner og oversettelser. Oversettelser er noe hvert medlemsland selv utarbeider, og slike har ingen direkte relevans som tolkingsfaktor.²³ Teksten må forstås på direktivets egne premisser, og ikke i lys av nasjonal tradisjon og begrepsbruk.²⁴ Med formålet siktes det til direktivtekstens objektive formål, slik det kan utledes av fortalen, direktivets system og kontekst.²⁵ EU-domstolen har gitt uttrykk for at nasjonal praksis er av betydning når det gjelder avgjørelser som omhandler direktivet om urimelig handelspraksis og markedsføring rettet mot barn og unge.²⁶ Selv om direktivet ikke skal tolkes i lys av nasjonal tradisjon og begrepsbruk er det likevel slik at nasjonal rett også bør tillegges vekt ved tolkingen av direktivet. Dette er fordi en vektlegging av nasjonal rett ved tolkingen vil bidra til å fremme direktivets målsetning om lik rettsanvendelse blant medlemslandene.

En metodisk og materiell utfordring med oppgaven er det begrensede rettskildetilbudet når det gjelder markedsføring rettet mot barn og unge spesifikt. Dette skyldes blant annet manglende relevant praksis fra EU- domstolen. Det finnes foreløpig ingen avgjørelser fra Domstolen som omfatter problematikken eller spørsmålet om grensene for markedsføring rettet mot barn og unge etter direktivet.²⁷

I norsk rett finnes det per dags dato kun forvaltningsavgjørelser fra Markedsrådet og Forbrukerombudet som omhandler markedsføring rettet mot barn og unge. Avgjørelsene fra Markedsrådet og Forbrukerombudet har i utgangspunktet en begrenset rettskildemessig vekt. Dette er fordi det er mulig å anke avgjørelser fra Markedsrådet til de alminnelige domstolene. Domstolene har da full prøvingsrett.²⁸ Praksis fra Markedsrådet regnes likevel for å ha noe mer vekt enn vanlig forvaltningspraksis. Dette er fordi Markedsrådet er et domstolliknende

²¹ Arnesen/Stenvik, 2009 s 38

²² Arnesen/Stenvik, 2009 s 28

²³ Arnesen/Stenvik, 2009 s 29

²⁴ Arnesen/Stenvik, 2009 s 31

²⁵ Ibid. s 31

²⁶ Arnesen/Stenvik, 2009 s 34

²⁷ Proposisjonen s 205

²⁸ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 35

organ som har stor faktisk og rettslig uavhengighet.²⁹ Det finnes ingen relevant norsk rettspraksis som omhandler markedsføring rettet mot barn og unge etter direktivet om urimelig handelspraksis. Som følge av denne rettskildefattigheten, vil praksis fra nevnte forvaltningsorganer kunne få en mer fremskutt betydning enn det som er vanlig.

Det vil som nevnt også benyttes rettskilder fra svensk og dansk markedsføringsrett. Utgangspunktet er at kilder fra andre lands rett har liten selvstendig vekt ved tolking av norske rettskilder. Dette må likevel modifieres noe i forhold til denne oppgavens tema, siden direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv. Dette tilsier som nevnt at det skal håndheves likt i hele EU og EØS- området. Dermed vil andre lands rett kunne få større vekt ved vurderingen av nasjonale rettsspørsmål, enn det som ellers er vanlig.

Det finnes noe litteratur på rettsområdet, men denne går ikke særlig i dybden av vurderingene eller problematiserer nok i forhold til problemstillingen som omhandles her. Dette gjelder både norsk, svensk og dansk litteratur.

Veiledningene som foreligger fra de forskjellige Forbrukerombudene er ikke å regne som formelt bindende for de næringsdrivende. Videre har de i utgangspunktet ingen formell rettskildemessig vekt. Veiledningene er å regne som ”bør” regler og fungerer som noe den næringsdrivende oppfordres til å følge. De har ikke status som forskrift og gir ingen uttømmende fremstilling, men fungerer som informasjonsverktøy.³⁰ Veiledningene fungerer som et supplement til lovgivningen og den praksis som utvikles på direktivets og markedsføringsrettens område.

1.6 Aktualitet

Sosiale medier, TV og internett åpner for nye markedsføringsmuligheter for den næringsdrivende. Det kan kjøpes målrettede bannerannonser og opprettes profiler på sosiale medier med ulike muligheter for å få spredt virksomhetens reklamebudskap. Det foreligger en større mulighet for markedsførere til å dele innhold med forbrukere enn tidligere. Dette medfører at det ligger et stort ansvar hos den næringsdrivende. Den næringsdrivende kan lage annonser som skreddersys på bakgrunn av informasjon om brukerens kjønn og alder.

²⁹ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 35

³⁰ Forbrukerombudets veiledning om handelspraksis overfor barn og unge, juli 2009, endret november 2014 s 4(videre ”Forbrukerombudets veiledning om handelspraksis overfor barn og unge, 2014”)

Det har aldri vært enklere enn i dag for næringsdrivende å kommunisere et kommersielt budskap til barn og unge. Dette er fordi barn og unge blant annet er på internett og sosiale medier daglig og bruker kanalene aktivt. Markedsføring via internett og sosiale medier er effektivt og nesten kostnadsfritt. Det er ikke lenger samme behov for kostbare reklamekampanjer slik det var tidligere for at den næringsdrivende skal nå frem med sitt kommersielle budskap. Aldersgrensen på for eksempel Facebook er 13 år, men dette er etter amerikansk lov.³¹ Medietilsynet mener dette ikke er en aldersgrense norske brukere i utgangspunktet må forholde seg til.³² I Norge kan således også barn under 13 år lovlig være på Facebook og andre sosiale medier, og dermed disponeres for direkte markedsføring i stor grad.

Barn og unge er stadig yngre når de opptrer som forbrukere og opptrer i stadig nye kanaler. De har blitt en attraktiv målgruppe for den næringsdrivende. Bruk og hyppig tilgang på nye markedsføringskanaler gir annonsører nye og flere muligheter til å nå ut til dem enn tidligere.³³ Dette kan indikere et behov for nye og klarere regler, og dette aktualiserer spørsmålet om direktivet er egnet til å fylle dette ”tomrommet”, eller om det derimot er i ferd med å bli utdatert.

1.7 Hensyn som gjør seg gjeldene på rettsområdet

Hovedformålet med direktivet om urimelig handelspraksis er å beskytte forbrukernes interesser, ved å hindre at markedsføringen er villedende eller urimelig.³⁴ Direktivet skulle sikre en mest mulig presis og samordnet tolking av begrepet ”handelspraksis”. Etter direktivet defineres handelspraksis som ”enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne”.³⁵ Det er et allment akseptert prinsipp at barn trenger beskyttelse mot visse

³¹ Olsen, Lotte, Torjusen, Anette, *-Ikke ulovlig å bryte aldersgrensen på Facebook*, NRK Østfold, <http://www.nrk.no/ostfold/aldersgrensen-pa-sosiale-medier-folger-amerikansk-lov-1.12037126>, publisert 11.11.2014, kl 12.56 (15.03.2016)(videre Olsen/Torjusen, 2014)

³² Olsen/Torjusen, 2014

³³ Forbrukerombudets veiledning om urimelig handelspraksis overfor barn og unge, 2014 s 6

³⁴ Innst.S.nr.119(2006-2007) Innstilling fra familie og kulturkomiteen om samtykke til godkjenning av beslutning i EØS- komiteen nr.93/2006 av 7.juli 2006 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere s 1

³⁵ Direktivets artikkel 2 bokstav d

former for markedsføring. Barn regnes som en sårbar forbrukergruppe grunnet manglende livserfaring og en lite utviklet forståelse. Derfor må den næringsdrivende ta hensyn til at barn har et økt behov for beskyttelse mot markedsføring som kan villedde, utnytte eller skade dem.

Det foreligger flere forhold som tilsier at barn og unge har et ekstra behov for beskyttelse. Dagens barn og unge eksponeres for mye reklame i ulike kanaler. Mye av markedsføringen skjer via TV og internett. Barn ser reklame på en annen måte enn voksne. Grunnet manglende erfaring ser de reklamen i større grad som underholdning. Dette gjør at de ikke tar tilstrekkelig avstand til reklamens kommersielle innhold. De er ikke like kritiske som voksne.

Ved vurderingen av om en reklame rettet mot barn og unge skal forbys, skal det foretas en avveining av de næringsinteressene som gjør seg gjeldende mot hensynet til å beskytte barn og unge mot økt kommersielt press. Det taler ofte til barnas fordel at de er i en sosial utvikling og i en sårbar periode. Videre skal det vektlegges om reklamen er særlig påtrengende og hvilket medium som benyttes. For eksempel om det er snakk om en reklame som er direkte rettet mot barn og unge på internett eller via reklame på TV.³⁶

Det er hensynet til å beskytte barn og unge mot et kommersielt press som ofte er en av hovedbegrunnelsene for restriksjoner når det gjelder beskyttelse av barn og unge mot markedsføring. Dette er et hensyn som favner både innunder og utenfor direktivets virkeområde. Ofte er det tale om hensyn av økonomisk betydning, og det faller som hovedregel innunder direktivets virkeområde. Hensynet til å beskytte barn og unge mot et kommersielt press innebærer at en skal sikre at barn og unge ikke treffer kjøpsbeslutninger som de ikke er modne eller erfarne nok til å treffe.³⁷

Beskyttelsen av barn og unge som forbrukergruppe og hensynet til å beskytte mindreåriges interesser har utviklet seg gjennom forvaltningspraksis. Hensyn som ikke er av økonomisk art faller utenfor virkeområdet til direktivet. Mange ganger er hovedformålet med de aktuelle reglene et ønske om å beskytte barn og unge mot uheldige budskap eller virkemidler i markedsføringen. Det er da snakk om å beskytte barna mot det kommersielle presset og ikke markedsføringen alene.³⁸

³⁶ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 175

³⁷ Ibid. s 175

³⁸ Ibid. s 175

Disse særlige hensynene vil i noen grad måtte påvirke tolkingen av reglene som gjennomgås nedenfor.

2 Direktivet om urimelig handelspraksis og markedsføring rettet mot barn og unge

I del 2 av oppgaven skal jeg ta for meg reguleringen av markedsføring rettet mot barn og unge i direktivet om urimelig handelspraksis, det vil si de deler av direktivets regulering som særskilt gjelder markedsføring rettet mot barn og unge. Jeg skal herunder redegjøre for sammenhengene i direktivet, mellom de generelle artiklene og bilag 1 ("svartelisten"). Et gjennomgående spørsmål vil være i hvilke grad direktivet har egne bestemmelser om urimelig handelspraksis rettet mot barn og unge.

2.1 Direktivet om urimelig handelspraksis

Et grunnleggende formål med direktivet om urimelig handelspraksis er å fjerne handelshindringer i EUs indre marked og bidra til å øke forbrukerbeskyttelsen. Videre er målsetningen at direktivet skal føre til en enklere og mer effektiv håndheving av reglene om forbrukerbeskyttelse på det indre markedet. Det skal også føre til større forutberegnelighet for den næringsdrivende og øke forbrukernes tillit. Direktivet får bare anvendelse ved forhold mellom næringsdrivende og forbrukere, ikke næringsdrivende imellom.³⁹

Direktivet om urimelig handelspraksis ses på som et resultat av en lang prosess i retning av harmonisering av medlemsstatenes regler mot illojal konkurranse.⁴⁰ Før direktivet ble vedtatt var det store forskjeller i nasjonal markedsføringslovgivning både generelt og hva angår regler særskilt rettet mot barn og unge. Forskjellene ble ansett for å representere potensielle hindringer for det indre marked og minket forbrukerbeskyttelsen.⁴¹ Direktivet er inndelt i en fortale med 25 punkter og en hoveddel med 21 artikler fordelt på fire kapitler. Det består også av to vedlegg, bilag I og bilag II. I bilag I som også kalles "svartelisten" finnes det en liste på 31 punkter over praksis som under alle omstendigheter skal regnes som urimelig handelspraksis, derav tilnavnet.⁴² Direktivets rettslige grunnlag er nåværende artikkel 114 nr 1

³⁹ Europalov, *Handelspraksisdirektivet: om urimelig handelspraksis overfor forbrukere*, <http://europalov.no/rettsakt/handelspraksisdirektivet-om-urimelig-handelspraksis-overfor-forbrukere/id-687> (27.04.2016)

⁴⁰ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 22

⁴¹ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 23

⁴² Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 24

i FEUF⁴³, hvor det fremkommer at medlemsstatene er forpliktet til å opprettholde det indre markedet og til å få dette til å fungere.⁴⁴

Direktivet om urimelig handelspraksis bygger på et regelhierarki bestående av tre detaljnivåer. Det består av en rettslig standard i form av det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis som endrer forbrukernes økonomiske atferd⁴⁵. Videre har man forbudene mot villedende og aggressiv handelspraksis⁴⁶, og til sist den nevnte svartelisten, som inneholder en ikke uttømmende liste over forskjellige konkrete og meget spesifikke forhold som under alle omstendigheter skal betraktes som urimelig og dermed forbys. At et forhold ikke er på svartelisten, betyr med andre ord at det fortsatt kan være forbudt. Forhold som ikke er inntatt i svartelisten kan likevel være urimelig etter de generelle bestemmelsene i direktivet.⁴⁷

En grunnleggende tanke bak direktivet er at det skal fungere som et allment rammeverk, som komplementerer spesiallovgivningen. De svenske lovforarbeidene fremholder at direktivet blant annet gir utsatte forbrukergrupper som barn og unge en sterkere beskyttelse mot utilbørlige markedsføringsmetoder.⁴⁸

Direktivet om urimelig handelspraksis er som nevnt et totalharmoniseringsdirektiv. Dette innebærer at kravene til markedsføringen innenfor direktivets område er de samme for alle medlemsstatene. Medlemsstatene kan ikke innføre strengere eller mer vidtgående regler enn de som allerede følger av direktivet. Direktivet skal på denne måten bidra til at EUs indre marked fungerer tilfredsstillende. Det skal sikre et høyt nivå på forbrukerlovgivningen gjennom harmonisering av medlemsstatens lover og forskrifter om urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser.⁴⁹

Etter artikkel 1 gjelder direktivet kun ”urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser”. Det samme følger av direktivets fortale punkt 7. All praksis som er egnet til å påvirke en forbrukers transaksjonsbeslutning er således i utgangspunktet omfattet av direktivet. I direktivet er det i fortalens punkt 7 avgrenset mot juridiske krav knyttet til

⁴³ Konsoliderende udgaver af traktaten om den Europæiske Union og traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, *Lovharmonisering innen den indre marked*, 13. december 2007

⁴⁴ Bernitz, Ulf(2013) *Svensk och europeisk marknadsrett* 2, Nordstedts Juridik s 29

⁴⁵ Følger av direktivets artikkel 5

⁴⁶ Følger av direktivets artikkel 7 og 8

⁴⁷ Orientering fra Forbrugerombudsmanden- Nye bestemmelser i markedsføringsloven pr 1. des 2007- lov nr 1547 af 20. des 2006 om ændring af markedsføringsloven(Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrollundersøgelse mv.) s 10

⁴⁸ Prop.2007/08:115 s 130

⁴⁹ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 25

smak og anstendighet.⁵⁰ Dette er i fortalen punkt 7 videre begrunnet med at hva som omfattes av betegnelsen smak og anstendighet varierer betydelig mellom medlemsstatene. Det er videre vist til at for eksempel kundeoppsøking på gaten i enkelte tilfeller kan være uønsket av kulturelle årsaker. Dette skillet kan være problematisk med tanke på markedsføring rettet mot barn og unge, siden slik markedsføring i særlig grad kan spille på hensyn av både økonomisk og kommersiell art og hensyn som omfattes av smak og anstendighet. Flere saker fra Forbrukerombudet viser at hensynet til at barn trenger beskyttelse mot markedsføring ofte er begrunnet i noe annet enn økonomi.⁵¹

Noe av formålet med direktivet om urimelig handelspraksis er som nevnt å fjerne hindringer som setter stopper for et velfungerende indre marked. Slike hindringer kan blant annet skyldes ulik nasjonal lovgivning. Det var tidligere også dels varierende forbrukervernnormer som svekket forbrukerens tillit til det indre markedet. Dette var hindringer direktivet skulle viske ut. Et annet mål med direktivet var en harmonisering hvor forskjeller i rettstradisjon skulle utjevnes.⁵²

Svartelisten er som nevnt en liste over konkrete tilfeller som under alle omstendigheter er å regne som urimelig handelspraksis. Dette er korte og klare regler som skal være enkle å praktisere for rettsanvender og øke forutberegneligheten til både den næringsdrivende og forbrukeren med tanke på hvilke markedsføringsmetoder som under alle omstendigheter er forbudt. Etter min oppfatning kan det virke som at EU som lovgiver med svartelisten har hatt til hensikt å gi noen konkrete forbud som skal legge føringer for anvendelsen av de generelle artiklene i direktivet om urimelig handelspraksis.

Siden svartelisten lister opp konkrete tilfeller av handelspraksis som under alle omstendigheter er urimelig, fremstår det etter min mening som at de generelle artiklene i direktivet er for vide til å oppnå direktivets formål om totalharmonisering. De enkle og klare reglene som omfattes av svartelisten vil gjøre det lettere å få til en lik praktisering av direktivet på tvers av landegrensene. Dermed kan det ved de tilfellene svartelisten gjelder bli enklere å oppnå målsetningen om totalharmonisering.

⁵⁰ Følger av direktivets forale punkt 7

⁵¹ For eksempel MR-sak 9/01 som omhandlet reklame for slankemidler sendt til barn mellom 10-14 år. Dette fant Markedsrådet å være i strid med god markedsføringsskikk.

⁵² Lunde, Tore, *Urimleg handelspraksis, harmonisering av god forretningsskikk standarden i forbrukerforhold*, Lov og Rett, 2005 s 178-189(LoR-2005-178), Universitetsforlaget s 179

2.1.1 Særlig om barnebegrepet

Barnebegrepet er verken definert i direktivet eller i den nasjonale markedsføringslovgivningen. Barn er derimot definert i de norske lovforarbeidene som “mindreårige under 18 år”.⁵³ I de norske lovforarbeidene er utelatelsen av en definisjon av ”barn” i lovteksten begrunnet med at en slik definisjon ikke ville utgjøre noen forskjell.⁵⁴ En reklame kan for eksempel være urimelig dersom den retter seg mot eller er eksponert for små barn, men den kan være akseptabel dersom den retter seg mot eller er eksponert overfor eldre ungdommer.⁵⁵ Desto yngre målgruppen markedsføringen retter seg mot er, jo strengere blir urimelighetsvurderingen.⁵⁶ Målgruppens alder bakes således i stedet inn i helhetsvurderingen loven krever.

I den konkrete urimelighetsvurderingen som skal foretas etter bestemmelsene i direktivet vil målgruppens alder og utvikling ha betydning.⁵⁷ Dette følger for norsk retts vedkommende av de norske lovforarbeidene. Når det gjelder direktivet kommer kravet om at det skal tas hensyn til mindreårige særskilt bare indirekte til uttrykk i blant annet i artikkel 5 nr 3, hvor det fremkommer at det i urimelighetsvurderingen skal tas hensyn til om en klart identifiserbar gruppe av forbrukere er særlig sårbare for produktet eller praksisen på grunn av ”(...) alder eller godtroenhet(...)”. Det tillegges også vekt om reklamen retter seg mot yngre barn eller ungdommer.⁵⁸ For norsk retts vedkommende følger det av de norske lovforarbeidene at begrepet barn er ment å være fleksibelt, og at det ikke skal knyttes konkrete rettsvirkninger til en klar aldersgrense.⁵⁹

2.2 Direktivets regulering av markedsføring rettet mot barn og unge

Direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 5 er å regne som direktivets generalklausul. I artikkel 5 nr 1 fremkommer det at ”urimelig handelspraksis er forbudt”. Etter direktivets

⁵³ Proposisjonen s 70

⁵⁴ Proposisjonen s 70

⁵⁵ Gandal, Morten, Kommentarer til markedsføringsloven § 19 av 2009 på Rettsdata, <https://min.rettsdata.no/#/Dokument/gL20090109z2D2z2EK4?noteid=gN20090109z2D2z2E76> , sist hovedrevidert 13.03.2013, sist endret 01.02.2016(29.03.2016)

⁵⁶ Forbrukerombudets veiledning om urimelig handelspraksis overfor barn og unge, 2014 s 6

⁵⁷ Proposisjonen s 70

⁵⁸ Proposisjonen s 70

⁵⁹ Proposisjonen s 70

artikkel 5 nr 2 bokstav b er handelspraksis å anse som urimelig dersom den vesentlig endrer eller er egnet til å endre den økonomiske atferden med hensyn til produktet for gjennomsnittsfbrukeren som den når eller er rettet mot eller ”for gjennomsnittsmedlemmet av gruppen dersom en handelspraksis er rettet mot en bestemt gruppe forbrukere”. En slik bestemt forbrukergruppe kan være barn og unge.⁶⁰

Det fremgår av direktivets artikkel 5 nr 3 at dersom handelspraksisen er særskilt rettet mot en spesiell forbrukergruppe skal den vurderes ut fra ”perspektivet til et gjennomsnittsmedlem av denne gruppen”. Også i de tilfeller hvor markedsføringen ikke er rettet mot en spesiell forbrukergruppe åpnes det i artikkel 5 nr 3 for at det kan tas hensyn til spesielt sårbare grupper. Det utdypes videre i samme artikkel at det skal tas hensyn til ”Former for handelspraksis som er egnet til å vesentlig endre den økonomiske atferden til en klart identifiserbar gruppe av forbrukere som er særlig sårbare for denne praksisen eller det produktet praksisen gjelder på grunn av psykisk eller fysisk svakhet, alder eller godtroenhet(...)”. Det samme følger av direktivets fortale punkt 19.

Ordlyden ”godtroenhet” i direktivets artikkel 5 nr 3 forstås som å ukritisk stole på de aktuelle påstandene som fremkommer gjennom den konkrete handelspraksisen. Videre fremstår ordlyden som nøytral. Formålet med beskrivelsen i direktivets fortale punkt 19 er etter alt å dømme å beskytte forbrukerne, som av en eller annen grunn er mer utsatt for å bli påvirket av markedsføring. Det kan for eksempel dreie seg om at barn som forbrukergruppe ofte har lettere for å tro på påstander fremsatt i reklame enn andre forbrukergrupper.⁶¹ Barn og unge er ansett som generelt mindre kritiske enn alminnelige forbrukere. Det foreligger derfor vanligvis et lavere toleransepunkt for hva som er ansett lovlig med tanke på denne forbrukergruppen.⁶²

I fortalen punkt 18 fremgår det at ”alle forbrukere bør beskyttes mot urimelig handelspraksis”. EU- domstolen har likevel etter innføringen av direktivet funnet det nødvendig å undersøke den konkrete virkningen handelspraksisen har for en tenkt, typisk forbruker. I tråd med forholdsmessighetsprinsippet og for å muliggjøre effektiv anvendelse av den beskyttelsen det legges opp til, tar Domstolen utgangspunkt i en ”gjennomsnittsfbruker”. Dette er en

⁶⁰ Prop.2007/08:115 s 188

⁶¹ Europakommisjonen, Arbejdsdokument fra Kommissionens Tjenestegrene, Vejledning i Gennemførelsen/Anvendelsen af Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, Bruxelles, 3. December 2009(SEK 2009)1666) s 29-30

⁶² Bernitz, 2013 s 79

forbruker som er særlig informert, særlig oppmerksom og opplyst når det gjelder sosiale, kulturelle og språklige faktorer i overensstemmelse med EU- domstolens tolking.⁶³

Begrepet ”gjennomsnittsforbruker” må anses som en rettslig standard. Det betyr at de nasjonale domstolene og myndighetene må anvende sitt eget skjønn når de fastsetter gjennomsnittsforbrukerens typiske reaksjon i et gitt tilfelle.⁶⁴ Direktivets bruk av en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet gjennomsnittsforbruker er også i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Det er fokus på å forebygge at forbrukerne utnyttes i situasjoner hvor de er særlig sårbare overfor den aktuelle handelspraksisen.⁶⁵

Tolkingen av direktivets urimelighetsstandard vil på denne bakgrunn avhenge av om markedsføringen eller det markedsførte produktet er egnet til å påvirke en særskilt forbrukergruppe slik som for eksempel barn og unge. Videre står det i direktivets fortale punkt 18 at ”dersom en handelspraksis er særskilt rettet mot en bestemt gruppe forbrukere, for eksempel barn, er det ønskelig at virkningen av denne handelspraksisen vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnitt medlem av denne gruppen”. Det som her kommer til uttrykk er dermed i stor grad det samme som fremgår av direktivets artikkel 5 nr 3. Det er derfor legitimt at det i svartelisten er et eget punkt som, uten å innebære et totalforbud mot reklame rettet mot barn, beskytter disse særskilt mot direkte oppfordringer om kjøp.

EU- Kommisjonen⁶⁶ bruker tenåringer som eksempel på en forbrukergruppe som ofte utsettes for ufine forretningsmetoder. Som eksempel nevnes markedsføring av produkter med særlig appell til tenåringer som forbrukergruppe, og som utnytter at de ikke er modne nok til å gjennomskue markedsføringen.⁶⁷ Dette kan for eksempel være reklame for brus, elektronikk eller moteartikler. Tenåringer har ofte større kjøpekraft enn yngre barn og er derfor mer interessante å markedsføre mot. Disse er ofte i en uforutsigbar fase av livet, hvor det skjer store forandringer, noe som gjør dem særlig utsatte for påvirkning utenfra.

Et annet eksempel på barns særlige sårbarhet for markedsføring fremkommer også av EU-kommisjonens veiledning til direktivet. Det vises her til at barn kan være særlig sårbare for

⁶³ Prop.2007/08:115 s 188

⁶⁴ Prop.2007/08:115 s 188, følger også av direktivets fortale punkt 18

⁶⁵ Europakommisjonens Arbejdsdokument ved anvendelsen av direktivet om urimelig handelspraksis, 2009 s 24

⁶⁶ EUs overvåkende myndighet

⁶⁷ Europakommisjonens Arbejdsdokument ved anvendelsen av direktivet om urimelig handelspraksis, 2009 s 29-30

reklamer for dataspill.⁶⁸ Selv om hovedmålgruppen for et gitt markedsføringstiltak er voksne, vil den næringsdrivende med rimelighet kunne forventes å forutse at en slik reklame også kan få innvirkning på barn og unge som forbrukergruppe. At et dataspill er kompatibelt med en bestemt maskin kan være tilstrekkelig tydelig for en voksen forbruker, men kan villed barn og unge alt ettersom hvordan opplysningene gis.⁶⁹

Direktivet har i svartelisten punkt 28 et forbud mot å direkte påvirke barn til å kjøpe ting eller mase på foreldrene eller andre voksne om å kjøpe ting til dem. Det er uklart hvor sterke kjøpsoppfordringer som kreves. I fortalens punkt 18 fremgår det som nevnt at om en handelspraksis skal anses urimelig skal vurderes med utgangspunkt i ”gjennomsnittsforbrukeren”. Etter direktivets fortale punkt 17 skal det imidlertid ikke foretas en slik skjønsmessig vurdering som artikkel 5 nr 3 og fortalens punkt 18 legger opp til ved tolkingen av forbudene som omfattes av svartelisten. Det skal legges til grunn en objektiv norm ved tolkingen av ordlyden, slik at forbudet blir enklere å praktisere.

Bortsett fra det overnevnte har direktivets hoveddel ingen bestemmelser som direkte gjelder, eller gir særskilte restriksjoner mot markedsføring som særlig retter seg mot barn og unge. Vi må derfor til svartelisten punkt 28 for å finne grunnlag for ytterligere særskilt beskyttelse av denne forbrukergruppen.

2.3 Punkt 28 i Bilag I til direktivet om urimelig handelspraksis

2.3.1 Generelt om svartelisten punkt 28

Det finnes som det fremgår av oppgavens punkt 2.1 ingen egen artikkel som direkte gjelder barn og unge særskilt i direktivet om urimelig handelspraksis. Svartelisten i direktivets bilag I kan ses på som en presisering av direktivets innhold på noen særskilte områder som under alle omstendigheter anses urimelig. Deriblant forbudet mot å rette direkte kjøpsoppfordringer til barn i punkt 28. Bestemmelsene i svartelisten kan således ses på som et sett spesialregler, som supplerer det mer generelle direktivet. Formålet med svartelisten er å gjøre det helt klart for nasjonale myndigheter som håndhever direktivet, at denne typen praksis under alle

⁶⁸ Europakommisjonens Arbejdsdokument ved anvendelsen av direktivet om urimelig handelspraksis, 2009 s 30

⁶⁹ Europakommisjonens Arbejdsdokument ved anvendelsen av direktivet om urimelig handelspraksis, 2009 s 30

omstendigheter er urimelig overfor forbrukerne.⁷⁰ Svartelisten ivaretar på denne måten blant annet hensynet til rettslikhet og etterprøvbarehet.

Bilag I angir en liste over ”former for handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelige”.⁷¹ Svartelisten inneholder 31 ulike punkter med handelspraksis som alltid skal regnes som urimelig. At handelspraksis som omfattes av svartelisten alltid skal anses som urimelig er også understreket i direktivets artikkel 5 nr 5. Som direktivet om urimelig handelspraksis, skal svartelisten også anvendes i samtlige land som har implementert direktivet. Listen kan kun endres ved revisjon av direktivet. Det vil si at den kun kan endres på EU- nivå.⁷² Dermed er Norge, Sverige og Danmark forpliktet til å anvende punktene i svartelisten slik de står.⁷³

Etter svartelisten punkt 28 er det under alle omstendigheter å anse som urimelig handelspraksis “å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem”.⁷⁴ Forbudet mot å rette direkte kjøpsoppfordringer til barn etter svartelisten punkt 28 er teknologinøytralt. Dette gir punkt 28 et bredt virkeområde ved at forbudet gjelder reklame via alle typer markedsføringskanaler. Det kan også tyde på at svartelisten er utformet med hensyn til effektivitet og enkel håndheving for domstolene og nasjonalstaten.

Urimelighetsvurderingen er allerede foretatt av EU som lovgiver. I denne typen saker vil det være nok å slå fast om det i markedsføringen foreligger en direkte oppfordring til barn og unge til å kjøpe eller overtale foreldre eller andre voksne til å kjøpe de markedsførte produktene. Om dette er tilfellet er markedsføringen å regne som ulovlig.⁷⁵ En begrunnelse for at direkte kjøpsoppfordringer til barn og unge er forbudt, er at det kan utsette dem for urimelig kjøpepress. Å hindre at barn og unge blir utsatt for urimelig kjøpepress fremstår som et av hovedhensynene bak svartelisten punkt 28.

Selv om den norske språkversjonen av direktivet om urimelig handelspraksis i utgangspunktet er gitt samme gyldighet som de andre språkversjonene, er det likevel relevant å undersøke hvilke ordlyd av ”direkte(...) kjøpsoppfordringer” i svartelisten punkt 28 som er brukt i andre lands språkversjoner. I dette tilfellet den svenske, danske og engelske språkversjonen.

⁷⁰ Omgjøringsvedtak Justin Biebersaken, MR- 2012/1245-2 s 3

⁷¹ Følger av overskriften til Bilag I til direktivet

⁷² Orientering fra Forbrugerombudsmanden, 2007 s 10

⁷³ Orientering fra Forbrugerombudsmanden, 2007 s 10

⁷⁴ FOR 2009-06-01 nr 565: Forskrift om urimelig handelspraksis, punkt 28

⁷⁵ Forbrugerombudsmandens vejledning om børn, unge og markedsføring af 14. jun 2014, sag:FO-13 s 10

Hensikten med å undersøke og sammenlikne ulike språkversjoner av ordlyden ”direkte(...) kjøpsoppfordringer” er å kartlegge om det foreligger forskjeller i meningsinnhold mellom språkversjonene som kan redusere den veiledningen ordlyden i svartelisten punkt 28 isolert sett gir. Dette er fordi oppgaven har fokus på implementering av direktivet om i skandinavisk rett og fordi engelsk er å regne som et universelt språk.

Spørsmålet blir om det er ulikheter eller nyanser mellom språkversjonene som har hatt betydning for hvordan direktivet har blitt tolket av nasjonale rettsanvendere. EU- domstolen vil ikke foreta en eventuell vurdering på bakgrunn av den norske språkversjonen alene.⁷⁶ I den danske språkversjonen er ordlyden ”opfordrer direkte” anvendt. Ordlyden her tilsier at det er samme meningsinnhold i den danske språkversjonen som i den norske siden begge versjoner benytter ordet ”oppfordring”. I den svenske språkversjonen er ordlyden ”direkt uppmana” anvendt. En oversettelse av ordet ”uppmana” viser at det også her er tale om en ”oppfordring” slik ordet er brukt i den norske og den danske språkversjonen.

I den engelske språkversjonen av svartelisten punkt 28 er ordlyden ”direct exhortation” anvendt. En oversettelse av ordet ”exhortation” tilsier at det er tale om en formaning. Det må dermed foreligge en ”direkte formaning” etter den engelske språkversjonen av svartelisten punkt 28. Sammenlignet med vilkåret ”direkte oppfordring” i den norske språkversjonen tilsier ordlyden ”direkte formaning” at det kreves en noe sterkere oppfordring etter den engelske språkversjonen enn hva ordlyden i den norske, danske og svenske språkversjonen tilsier. Sammenlikningen av de ulike språkversjonene viser at det foreligger flere nyanser av ordlyden i svartelisten punkt 28.

Nyansene mellom de ulike språkversjonene kan tilsi at det er ulikt hvor listen ligger for hva som omfattes av vilkåret ”direkte kjøpsoppfordringer” i svartelisten punkt 28. Spesielt siden listen legges noe høyere for hva som omfattes av ordlyden i den engelske språkversjonen enn etter den norske, svenske og danske. Disse forskjellene mellom språkversjonene kan redusere veiledningen ordlyden isolert kan gi og det åpnes for at argumenter kan hentes fra andre rettskilder som praksis og hensyn.⁷⁷ Det er likevel tale om ganske små språknyanser, noe kan tilsi at meningsinnholdet samlet i svartelisten punkt 28 ikke er vesentlig forskjellig i de ulike språkversjonene.

⁷⁶ Arnesen/Stenvik, 2009 s 27

⁷⁷ Arnesen/Stenvik, 2009 s 28-29

2.3.2 Det nærmere innholdet i svartelisten punkt 28 og ordlyden “direkte oppfordringer til barn om å kjøpe(...)”

For å kartlegge grensene for anvendelsen av svartelisten punkt 28 blir spørsmålet hva som ligger i ordlyden ”direkte oppfordringer til barn om å kjøpe(...)”. Ordlyden tilsier at det må foreligge en form for direkte ytring og at det ikke er nok at de aktuelle ytringene fremsettes implisitt. Det må foreligge en uttrykkelig kjøpsoppfordring. Videre følger det av svartelisten punkt 28 at det må dreie seg om kjøp av ”annonserte produkter”. Et eksempel på en uttrykkelig kjøpsoppfordring kan være ”kjøp dette produktet nå, før det er for sent!”.

I de norske lovforarbeidene fremkommer det at det er uklart hvor uttrykkelig og sterk kjøpsoppfordringen må være for å rammes av svartelisten punkt 28.⁷⁸ Videre står det at en nærmere grense må trekkes i praksis.⁷⁹ Ordlyden og de norske forarbeidene understreker således at det er vanskelig å på forhånd gi en konkret og uttømmende liste over hva som rammes av forbudet. Derimot må det foretas en konkret vurdering av den aktuelle reklamen og undersøke hvilke ord og formuleringer som benyttes. I vurderingen må det tas hensyn til betydningen av å beskytte barn og unge mot urimelig kjøpepress. EU- Kommisjonen har i sitt informasjonsskriv angående kjøpsoppfordringer rettet mot barn og unge kommet med et mulig eksempel på en direkte kjøpsoppfordring som er, ”be mamma köpa boken”.⁸⁰

Spørsmålet blir om markedsføringskanalen har noe å si for tolkingen av svartelisten punkt 28. Bestemmelsens ordlyd isolert sett inneholder ikke noe som skulle tilsi dette. Dette taler dermed mot at markedsføring via noen typer markedsføringskanaler står i en annen stilling etter svartelisten punkt 28 enn andre. Dette støttes av hensikten med svartelisten som blant annet var at reglene skulle være enkle og praktiserbare. Dermed trekker det i retning av at hvilke markedsføringskanal den næringsdrivende benytter seg av ikke har noen betydning. Det er likevel slik at særlige markedsføringskanaler som internett gjør det enklere å komme med direkte og individualiserte oppfordringer til barn og unge. Slike oppfordringer gjøres i stadig større grad gjennom for eksempel spill og produktplassering som fanger barn og unges oppmerksomhet.⁸¹

⁷⁸ Proposisjonen s 63

⁷⁹ Proposisjonen s 205

⁸⁰ Bengtsson, Henrik, Kahn, Johan, *Den nya marknadsföringslagen*, Ny Juridik 2:08 s 15

⁸¹ Forbrukerombudets veiledning om urimelig handelspraksis overfor barn og unge, 2014 s 8

Som beskrevet under punkt 2.1 skal den aktuelle markedsføringen vurderes ut fra barn og unge som forbrukergruppes perspektiv. Dette tilsier at hvilke markedsføringskanal som benyttes kan ha betydning med tanke på reklamens påvirkningskraft og styrke. Som nevnt i oppgavens innledning, kan reklame på internett og TV gi et sterkere inntrykk på barn enn det en annonse i et ukeblad gir. Dette tilsier at svartelisten punkt 28 sin ordlyd er fleksibel nok til at markedsføringskanalen kan tillegges betydning. Dette medfører at det i hvert enkelt tilfelle må vurderes helt konkret om reklamen, slik den fremgår av markedsføringskanalen, inneholder en kjøpsoppfordring som kan oppfattes som ”direkte” etter svartelisten punkt 28.

I et felles nordisk standpunkt⁸² som de nordiske Forbrukerombudene utarbeidet i 2012, ble det enighet om at næringsdrivende ikke må direkte oppfordre eller oppmuntre barn til å kjøpe eller overtale deres foreldre eller andre til å kjøpe deres produkter. Dette er en nesten ordrett gjengivelse av svartelisten punkt 28.⁸³

Forbrukerombudene har i uttalelsen samlet kommet frem til momenter som bør ha betydning ved vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring etter svartelisten punkt 28. To av disse momentene er hvor klart kjøpsoppfordringen er formulert og hvilke inntrykk som skapes. Et annet moment som skal tas med i vurderingen er hvordan markedsføringen er rettet mot barnet. For eksempel om markedsføringen er gjort gjennom et medium som er rettet direkte mot barnet som forbruker. Et eksempel kan være markedsføring sendt direkte til barnets private mobiltelefon. Videre skal det også vurderes hvor produktet kan kjøpes. Om det for eksempel er mulig å klikke direkte på en lenke på internett. Produktets tilgjengelighet har også betydning i vurderingen. Det uttales i standpunktet at det vil være en umiddelbar oppfordring til kjøp hvis det i markedsføringen er en tekst med ”kjøp her” som er knyttet til en lenke til en nettside hvor det kan foretas kjøp.⁸⁴

Uttalelsen og momentene de nordiske forbrukerombudene har kommet frem til fremstår som ganske generelle og vidtrekkende. Det anvendes vide formuleringer som ”hvor produktet kan kjøpes” og en utstrakt gjengivelse av direktivets formuleringer og nasjonal lovtekst.

Uttalelsen tilfører i seg selv ikke annet nytt enn et forslag til klargjøring av grensene til svartelisten punkt 28. Momentene som fremkommer av uttalelsen er etter min mening ikke konkrete nok og gjør at næringsdrivende fortsatt har mulighet til å omgå reglene. Dette er

⁸² De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012

⁸³ De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier, 2012 s 8

⁸⁴ De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier, 2012 s 8

fordi de vage og det fortsatt er uklart hvor grensen for hva som omfattes av svartelisten punkt 28 og ”direkte oppfordringer til barn om å kjøpe(...)” går. Uttalelsen er heller ikke bindende for den næringsdrivende, noe som gjør at de ikke behøver å følge den.

Punktene de nordiske forbrukerombudene har satt opp i standpunktet er likevel et viktig bidrag i forsøket på å nærmere definere rekkevidden av svartelisten punkt 28 i henhold til nordisk rett. Momentene i standpunktet forsøker å illustrere grensene for hva som er tillatt i markedsføring rettet mot barn og unge. Selv om det bare er tale om en veiledning som i utgangspunktet har liten selvstendig rettskildemessig vekt, gir den en pekepinn for tolkingen av svartelisten punkt 28 og hvor grensene går. Videre er standpunktet med på å skissere det gjeldende rettskildebilde når det gjelder tolkingen av svartelisten punkt 28. Når det er mangel på andre mer autoritative kilder, som rettspraksis, vil en slik veiledning få større vekt og betydning.

Dette tilsier at barn og unge som forbrukergruppe har et særlig vern etter direktivet om urimelig handelspraksis. Det er i svartelisten at direktivets fokus på regulering av markedsføring rettet mot barn og unge kommer klarest frem, siden det der er regulert i et eget punkt.

3 Eksempler på implementeringen av direktivet om urimelig handelspraksis i nasjonal rett

I del 3 av oppgaven skal jeg ta for meg implementeringen av direktivet om urimelig handelspraksis i norsk, svensk og dansk markedsføringsrett. Det er implementeringen av direktivet i norsk rett som vil være hovedfokuset. Ved behandlingen av den norske implementeringen skal jeg, for å sette den norske løsningen i perspektiv, også se hen til hvordan det samme direktivet er blitt implementert i svensk og dansk markedsføringsrett der dette er hensiktsmessig.

3.1 Reguleringen av markedsføring rettet mot barn og unge i norsk, svensk og dansk markedsføringsrett

3.1.1 Generelt om reguleringen av markedsføring rettet mot barn og unge i nasjonal rett etter implementeringen av direktivet om urimelig handelspraksis

Direktivet om urimelig handelspraksis er gjort til nasjonal rett i Norge, Sverige og Danmark. Sverige og Danmark er medlemmer av EU, mens Norge er forpliktet etter EØS- avtalen til å implementere direktivet. Dette følger av EØS- loven § 1 hvor det står at ”bestemmelsene i hoveddelen i avtale om De Europeiske Samarbeidsområde skal gjelde som norsk lov(...)”. Videre følger det av EØS- loven § 2 første punktum at ”Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold”. Dette tilsier at EØS- loven er trinn høyere vanlig lov. Videre viser dette at om det er motstrid mellom to lovbestemmelser går EØS-lovens bestemmelser automatisk foran.

Da den någjeldende norske markedsføringsloven trådte i kraft i 2009⁸⁵ var den i hovedsak en videreføring av tidligere lov med de tilpasninger som var nødvendige etter direktivet om

⁸⁵ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. Januar 2009(markedsføringsloven), trådte i kraft 1. juni 2009(heretter markedsføringsloven/den norske markedsføringsloven)

urimelig handelspraksis.⁸⁶ I loven er det inntatt et eget kapittel om barn, kapittel 4, med egne bestemmelser om beskyttelse av denne gruppen særskilt. Kapittelet består av § 19 som er en alminnelig bestemmelse, § 20 som omhandler urimelig handelspraksis overfor barn og § 21 som gjelder god markedsføringsskikk overfor barn. Direktivet om urimelig handelspraksis gjennomføres ellers generelt i markedsføringsloven §§ 6-9 som slår fast at markedsføringen ikke skal være urimelig, herunder uriktig, utilstrekkelig veiledende eller aggressiv.

Den norske markedsføringsloven er generelt utformet. Bakgrunnen for at markedsføringsloven er generelt utformet er det såkalte ”lovstridsprinsippet” som innebærer at markedsføring som strider mot ufravikelig spesiallovgivning som gjelder forbrukerbeskyttelse også vil kunne anses som brudd på bestemmelser i markedsføringsloven. Dette gir Forbrukerombudet og Markedsrådet myndighet til å gripe inn mot urimelige handlinger ut fra hensynet til forbrukere.⁸⁷ Det følger av Forbrukerombudets og Markedsrådets praksis at de generelle reglene i markedsføringsloven skal tolkes strengere når det er snakk om markedsføring rettet mot barn og unge.⁸⁸

I den svenske marknadsföringslagen⁸⁹ finnes det ingen særskilte bestemmelser som omhandler markedsføring rettet mot barn og unge. Fraværet av egne særskilte lovbestemmelser som omhandler barn og unge tilsier at markedsføring rettet mot denne forbrukergruppen skal bedømmes etter samme materielle regler som reklame rettet mot voksne. Det følger likevel av de svenske lovforarbeidene at det stilles spesielt høye krav til sannferdighet og hederlighet når reklamen retter seg mot en målgruppe som antas å være mindre kritisk og mer mottakelig for reklamepåvirkning og overdrevne produktløfter.⁹⁰ Praksis fra den svenske Marknadsdomstolen viser at denne også tolker marknadsföringslagens bestemmelser mer restriktivt når det er tale om markedsføring rettet mot barn og unge.⁹¹ Marknadsdomstolen tolker hva som faller innunder de ulike bestemmelsene i loven og tolker dette konsekvent på bakgrunn av direktivet. Direktivet fungerer dermed som et bakteppe for Marknadsdomstolens tolking.⁹²

⁸⁶ Forbrukerombudets veiledning om urimelig handelspraksis overfor barn og unge, 2014 s 5

⁸⁷ Proposisjonen s 20

⁸⁸ Proposisjonen s 59

⁸⁹ Marknadsföringslag(2008:486)(heretter marknadsföringslagen/svenske marknadsföringslagen)

⁹⁰ Proposisjonen s 64 og Prop.2007/08:115

⁹¹ Konsumentverkets vagledning om markedsføring riktad till barn och unga, 2014 s 5

⁹² Konsumentverkets vagledning om markedsføring riktad till barn och unga, 2014 s 5

Det følger av den svenske markedsføringslagen 4 § at direktivets bilag I, svartelisten, er implementert i svensk rett. Dette tilsier at både direktivet og svartelisten er å regne som svensk rett, fordi når svartelisten er nevnt særskilt er det naturlig at selve direktivet også er gjort til svensk rett. I følge svensk teori kan 4 § og direktivets svarteliste anvendes overfor både forbrukere og næringsdrivende. Det argumenteres for at den svenske markedsføringslovgivningen går lenger enn direktivet, som bare gjelder markedsføring rettet mot forbrukere.⁹³

I Marknadsdomstolens avgjørelse i Stardollsaken⁹⁴, som omhandlet et spillsamfunn for jenter på internett, fremkom det at de aktuelle kjøpsoppfordringene som var fremsatt der var i strid med blant annet forbudet mot aggressiv markedsføring i markedsføringslagen 7 §. Et eksempel på en slik kjøpsoppfordring var ”LE DECOR LIMITED EDITION. Stardolls mest stilfulle och eftertraktade möbelkollektion har anlänt... men stannar inte länge. Köp dina favoritter från Limited Edition innan det är för sent”.⁹⁵ Kjøpsoppfordringene ga barna inntrykk av at de måtte bestemme seg i løpet av en begrenset tidsperiode, altså kjøpepress under tidspress. Dette ble ansett som aggressiv markedsføring.⁹⁶ Stardollsaken vil bli nærmere kommentert i oppgavens punkt 3.2.2.

Det følger av direktivets svarteliste punkt 7 at det er forbudt å feilaktig hevde at et produkt eller en tjeneste bare er tilgjengelig i en begrenset periode. Videre følger det av den norske markedsføringsloven § 9 at det aggressiv handelspraksis er forbudt. Dette tilsier at det som fremkommer av Stardollsaken også bør gjelde for norsk retts vedkommende.

Tilsvarende den norske markedsføringsloven inneholder også den danske markedsføringsloven⁹⁷ en bestemmelse som omhandler markedsføring rettet mot barn og unge. Det følger av lovens § 8 stk 1 at “Markedsføring rettet mot barn og unge skal være udformet med særlig hensyntagen til barn og unges naturlige godtroenhet og manglende erfaring og kritiske sans, som bevirker, at de er lette at påvirke og næmme at præge”. Denne bestemmelsen har noen likhetstrekk med direktivets artikkel 5 nr 3, hvor det som nevnt fremkommer at den næringsdrivende skal ta hensyn til den aktuelle forbrukergruppens godtroenhet. Videre har bestemmelsen også likhetstrekk med den norske markedsføringsloven

⁹³ Bernitz, 2013 s 43

⁹⁴ MD 2012: 14

⁹⁵ MD 2012:14 s 3

⁹⁶ Bernitz, 2013 s 139

⁹⁷ Lovbekendtgørelse nr 1216 ad 25. September 2013, som ændret ved lov nr 1460 af 17. December 2013.(videre vist til som ”den danske markedsføringsloven”)

§ 19 hvor det også skal vises særlig aktsomhet overfor "(...)barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet".

Etter den norske markedsføringsloven § 20 skal det ved vurderingen av om en handelspraksis er "urimelig" etter lovens generalklausul § 6 legges vekt på om handelspraksisen er særskilt rettet mot barn. Ordlyden "urimelig" forstås som at det må foreligge en handelspraksis som strider mot de hensyn loven bygger på. Det kan også være snakk om en allmenn fordømmelse av handelspraksisen. Lunde argumenterer for at det ikke er nok at det foreligger en rimeligere løsning og at dette kravet vil variere med målgruppen for handelspraksisen. Hva som er urimelig for barn vil for eksempel ikke alltid være det for voksne.⁹⁸

Den norske markedsføringsloven § 20 er å regne som en presisering av det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis som finnes i direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 5, det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis i den norske markedsføringsloven § 6 og at en handelspraksis er "særskilt rettet mot barn" i markedsføringsloven § 19.⁹⁹ Direktivets fortale punkt 18 sin ordlyd "særskilt rettet mot" vil på bakgrunn av dette tolkes på samme måte som ordlyden "rettet mot" i direktivets artikkel 5 og markedsføringslovens generalklausul § 6. Dette underbygges av at direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv, og at det ikke er adgang til å vedta mer restriktive regler enn det som følger av direktivet alene.

I tillegg til vilkåret "særskilt rettet mot barn" i den norske markedsføringsloven § 20 første ledd første punktum, oppstilles også et alternativt vilkår, "egnet til å påvirke barn", i annet punktum. Det vil derfor ikke være avgjørende om handelspraksisen er særskilt rettet mot barn og unge for at den skal anses urimelig. I de uklare tilfellene vil det være mer naturlig å foreta en vurdering av om handelspraksisen er "egnet til å påvirke barn" etter første ledd annet punktum enn etter det alternative vilkåret "særskilt rettet mot barn".

Ved vurderingen av om en handelspraksis er "egnet til å påvirke barn" er det også et tilleggsvilkår om at "den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen". Ordlyden tilsier at det stilles særlige krav til den næringsdrivende ved markedsføringen. Det norske Forbrukerombudet anvender normalt alternativet "egnet til å påvirke barn" fremfor å vurdere om en handelspraksis er "særskilt rettet mot barn", da "egnet

⁹⁸ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 87

⁹⁹ Proposisjonen s 33

til å påvirke barn” favner videre.¹⁰⁰ Vilkåret ”egnet til å påvirke barn” forstås som at den aktuelle handelspraksisen kan få barn til å opptre annerledes enn de ville gjort uten handelspraksisen, selv om de ikke er i målgruppen for markedsføringen.¹⁰¹ Ved vurderingen skal det ses hen til arten av handelspraksisen og hvilke produkt den gjelder. Arten av handelspraksisen vil typisk være hvordan markedsføringen fremstår.¹⁰² Det skal vurderes om reklamen fremstår som noe barn kan bli særlig påvirket av. Et eksempel på slik handelspraksis kan være reklamer på TV eller internett som tar i bruk animasjon som virkemiddel, siden dette er noe som kan fange barns oppmerksomhet særskilt.

Etter den danske markedsføringsloven er det også et krav om at markedsføringen er ”rettet mot barn og unge” for at § 8 skal kunne anvendes. Det fremkommer av den danske Forbrukermandens vejledning at lovforarbeidene eksemplifiserer dette med at en hjemmeside vil bli ansett å rette seg mot barn og unge hvis hjemmesiden i seg selv eller ved markedsføringen av hjemmesiden eller sentrale produkter fra hjemmesiden særlig henvender seg til barn og unge. Reklame på musikk- og fildelingstjenester og andre sosiale medier på internett, som ikke primært er rettet mot barn og unge, er derimot ikke omfattet av den danske markedsføringsloven § 8. Det er avgjørende om reklamen er vist på et sted som er rettet mot barn og unge som forbrukergruppe. Det skal foretas en konkret helhetsvurdering fra sak til sak.¹⁰³

Etter den norske markedsføringsloven § 19 skal det ikke mye til før en handelspraksis er egnet til å påvirke barn.¹⁰⁴ Markedsføringsloven § 19 første ledd er utformet som en generell aktsomhetsregel rettet mot næringsdrivende som utformer markedsføringstiltak.¹⁰⁵ Barn og unge mangler erfaring og har en naturlig godtroenhet og vil derfor være mer påvirkelige enn voksne. For at bestemmelsen ikke skal ramme tilfeller som den næringsdrivende ikke hadde forutsetninger for å kunne forstå, er det et tilleggsvilkår om at den næringsdrivende må kunne forventes å forutse barns særlige sårbarhet for at handelspraksisen skal kunne rammes av bestemmelsen.

¹⁰⁰ Forbrukerombudets veiledning om markedsføring overfor barn og unge, 2014 s 10

¹⁰¹ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 178

¹⁰² Forbrukerombudets veiledning om markedsføring overfor barn og unge, 2014 s 10

¹⁰³ Forbrukerombudsmandens vejledning om børn, unge og markedsføring, 2014 s 13

¹⁰⁴ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 177

¹⁰⁵ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 176

Bestemmelsen i markedsføringsloven § 20 første ledd er en presisering av det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis i § 6.¹⁰⁶ Etter den norske markedsføringsloven § 20 første ledd andre punktum er det i de tilfellene hvor en handelspraksis er egnet til å påvirke barn slik at en også må vurdere om ”den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen”. Ordlyden forstås dithen at det stilles krav om at den næringsdrivende må kunne tenke seg at barn vil kunne bli påvirket av den aktuelle markedsføringen. Videre forstås ordlyden som at det ikke er tale om hva den næringsdrivende faktisk har forutsatt, men hva den med rimelighet burde ha forutsett. Denne forståelsen legges til grunn på bakgrunn av behovet for å øke bevisstheten rundt nødvendigheten av å beskytte barn og unge mot urimelig handelspraksis.

I den norske markedsføringsloven § 6 tredje ledd anvendes formuleringen ”den næringsdrivende burde ha forstått dette” om markedsføring rettet mot en sårbar forbrukergruppe. Etter § 20 første ledd skal det vurderes ”om den næringsdrivende kan forventes å forutse(...)”. En tilsvarende formulering går igjen i direktivet. I artikkel 5 nr 3 er det formulert som ”den næringsdrivende med rimelighet kan forventes å forutse”. Selv om det foreligger tre ulike formuleringsmåter er det nærliggende at bestemmelsene tolkes likt. Dette støttes av at direktivet om urimelig handelspraksis er et totalharmoniseringsdirektiv, noe som tilsier at bestemmelsene i norsk lov skal tolkes i samsvar med direktivets bestemmelser. En av hovedmålsettingene med direktivet var å oppnå rettsenhet blant medlemslandene. Siden direktivet om urimelig handelspraksis er implementert i den norske markedsføringsloven er det naturlig at markedsføringsloven § 6 og § 20 tolkes i samsvar med direktivets ordlyd i artikkel 5.¹⁰⁷

Etter den danske Forbrugerombudsmandens vejledning fremkommer det at etter den danske markedsføringsloven § 8 stk 1 innehar ikke barn og unge den nødvendige erfaringen til å foreta objektive vurderinger når det gjelder reklame og lar seg påvirke av det umiddelbare uten større overveielser. De er lette å lokke med tilbud.¹⁰⁸ At barn og unge er lette å påvirke gir den næringsdrivende særlig gode grunner til å øke barn og unges interesser for merkevarer og prege deres forbruksmønster. Derfor er dette en særlig attraktiv gruppe å markedsføre mot. Den danske Forbrugerombudsmanden godkjente nylig en youtubevideo for en barnefestival til å ikke være i strid med § 8 stk 1. Dette var fordi det ble opplyst både muntlig og skriftlig i

¹⁰⁶ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 178

¹⁰⁷ Proposisjonen s 192

¹⁰⁸ Forbrugerombudsmandens vejledning om børn, unge og markedsføring, 2014 s 4

videoen at den var betalt av virksomheten.¹⁰⁹ Dette viser at det vil bero på en konkret vurdering om en reklame er innenfor det tillatte. Det er opp til de danske domstolene å avgjøre konkret om det er begått et straffbart forhold.¹¹⁰

I Sverige har regjeringen konstatert i lovforarbeidene at yngre barn ofte befinner seg i en særskilt utsatt posisjon ved ulike former for markedsføring.¹¹¹ Yngre barn tar til seg informasjon på en mer ukritisk måte og er mer påvirkelige enn ungdommer og voksne. Denne uttalelsen i forarbeidene viser at det også i Sverige opereres med et fleksibelt barnebegrep ved at det skilles mellom barn og ungdom. Yngre barns påvirkelighet gjør dem mer mottakelige for overdrevne produktløfter og andre liknende budskap som kan finnes i markedsføring.¹¹² Alt i alt konstateres det at yngre barn har begrenset erfaring og forkunnskaper for å kritisk bedømme ulike typer informasjon. Markedsføringen setter et sterkt preg på deres vurderinger og holdninger.¹¹³

I dansk markedsføringsrett er det også slik at den næringsdrivende som markedsfører seg mot barn og unge må holde seg innenfor markedsføringsloven § 8 og utforme markedsføringen på en måte som tar høyde for barns økte beskyttelsesbehov. Markedsføringen er underlagt en strengere vurdering enn når den er rettet mot voksne som forbrukergruppe. Det skal mindre til for at markedsføringsloven anses overtrådt. Desto yngre målgruppen det markedsføres mot er, desto mer skjerpes kravene.¹¹⁴

I Norsk markedsføringsrett skal virkningen av en handelspraksis som er særskilt rettet mot barn vurderes ut fra barns perspektiv. Dette følger indirekte av blant annet markedsføringsloven §§ 19 og 20. De næringsdrivende og håndhevingsmyndighetene skal ta i betraktning momentene som fremgår av § 19 første og annet ledd, som fokuserer på barns særlige sårbarhet. Etter markedsføringsloven § 20 første ledd annet punktum skal det uansett om handelspraksisen ikke er særskilt rettet mot barn vurderes hvorvidt markedsføringen likevel er egnet til å påvirke barn.

¹⁰⁹ Forbrugerombudsmanden, Sag 16/04672, <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Find-sager/Markedsfoeringsloven/Sager-efter-markedsfoeringsloven/boernogunge/Markedsfoering-af-festival-rettet-mod-boern-og-unge-paa-Youtube>(28.05.2016)

¹¹⁰ Forbrugerombudsmandens vejledning om børn, unge og markedsføring, 2014 s 1

¹¹¹ Prop 2007/08:115 s 131

¹¹² Prop 2007/08:115 s 131

¹¹³ Prop 2007/08:115 s 131

¹¹⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om børn, unge og markedsføring, 2014 s 3

Det klareste tilfellet av markedsføring som kan forbys etter den norske markedsføringsloven § 20 første ledd er der den næringsdrivende har utformet markedsføringen med den hensikt å nå ut til barn og unge. For eksempel ved bruk av markedsføringskanaler som retter seg direkte til dem.¹¹⁵ I en sak fra Forbrukerombudet som omhandlet medlemskap i jenteklubben Girl: IT ble det uttalt at praksis som innebærer at unge jenter som allerede er medlem sender e-post til venninner for å verve dem til klubben vil kunne være ”urimelig handelspraksis” i strid med markedsføringsloven § 6 og § 20 første ledd.¹¹⁶

3.1.2 Er det behov for en egen bestemmelse om urimelig handelspraksis rettet mot barn og unge i den norske markedsføringsloven?

Slik bestemmelsen i den norske markedsføringsloven § 20 første ledd er formulert stilles det spørsmål vedrørende om det er behov for en slik særskilt bestemmelse som et tillegg til lovens generelle bestemmelse § 6. Bestemmelsen innebærer i utgangspunktet ikke noe mer sammenliknet med det man ellers ville ha kommet frem til ved praktiseringen av prinsippet i markedsføringsloven § 19.¹¹⁷ Paragraf 20 første ledd kan regnes som overflødig siden det neppe er nødvendig med en presisering av det som allerede fremgår av markedsføringsloven § 19 og generalklausulen i § 6.

Videre fremkommer det av de norske forarbeidene at egne barnebestemmelser i markedsføringsloven kan være problematisk med tanke direktivets målsetning om regelforenkling og hensynet til å unngå dobbeltregulering i nasjonal lovgivning. Det vil også kunne virke ulogisk å ha særregler om beskyttelse av én sårbar gruppe, mens handelspraksis som kan skade andre sårbare grupper skal vurderes etter de generelle reglene i loven.¹¹⁸

Slik reguleringen av markedsføring rettet mot barn og unge har foregått i svensk markedsføringsrett trekker i retning av at reguleringen i den norske markedsføringsloven § 20 første ledd anses overflødig. I den svenske marknadsföringslagen er det som nevnt ikke en særskilt regulering av markedsføring rettet mot barn og unge. Markedsføring rettet mot barn og unge bedømmes etter de samme materielle bestemmelsene som markedsføring rettet mot voksne. De foretar en særskilt tolking av de generelle lovbestemmelsene og viser i tillegg til direktivet om urimelig handelspraksis sine bestemmelser.

¹¹⁵ Forbrukerombudets veiledning om urimelig handelspraksis overfor barn og unge, 2014 s 10

¹¹⁶ Forbrukerombudets veiledning om urimelig handelspraksis overfor barn og unge, 2014 s 12, FO-sak 13/1487

¹¹⁷ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 178

¹¹⁸ Innstillingen s 11

Bestemmelsen i den norske markedsføringsloven § 20 første ledd er likevel inntatt i loven fordi lovgiver anså det hensiktsmessig å synliggjøre reglene om markedsføring rettet mot barn i markedsføringsloven. Dette standpunktet er legitimt, da barn i dag stadig oftere blir utsatt for markedsføring og et økt kommersielt press. Dermed er det av økonomiske hensyn hensiktsmessig å ha egne bestemmelser som gjelder markedsføring rettet mot barn og unge i markedsføringsloven.¹¹⁹ Barn blir videre ansett som forbrukere i stadig yngre alder, og mindreårige betraktes som en særlig sårbar gruppe det er attraktivt å markedsføre mot.¹²⁰ Hensynet til den næringsdrivendes forutberegnelighet taler også for at en slik synliggjøring i markedsføringsloven er nødvendig.

Synliggjøringen vil også være med på å øke bevisstheten rundt behovet for å beskytte barn og unge mot markedsføring. Dette kan begrunnes i at det hele tiden oppstår nye markedsføringskanaler. De næringsdrivende tar i bruk kreative virkemidler som for eksempel bruk av internett for å lettere nå ut til barn og unge som forbrukergruppe. Dagens barn og unge er aktive mediebrukere.¹²¹ Denne tankegangen støttes av reguleringen av markedsføring rettet mot barn og unge i dansk markedsføringsrett. I den danske markedsføringsloven finnes det som nevnt en egen bestemmelse om markedsføring rettet mot barn og unge i § 8. Selv om denne bestemmelsen skiller seg fra den norske markedsføringslovens § 20, illustrerer den behovet for å regulere markedsføring rettet mot barn og unge særskilt i nasjonal markedsføringslovgivning.

3.2 Implementeringen av svartelisten punkt 28 i nasjonal rett

3.2.1 Generelt om implementeringen av svartelisten punkt 28 i norsk markedsføringsrett- med eksempler fra Sverige og Danmark

Direktivets svarteliste er som nevnt i oppgavens innledning tatt inn i en egen forskrift om urimelig handelspraksis i norsk markedsføringsrett.¹²² Ellers er svartelisten punkt 28 inntatt nesten ordrett i markedsføringsloven § 20 andre ledd. Etter markedsføringsloven § 20 andre

¹¹⁹ Innstillingen s 12

¹²⁰ Innstillingen s 11

¹²¹ Innstillingen s 12

¹²² FOR 2009.06.01 nr 0565: (BLD) Forskrift om urimelig handelspraksis

ledd er det forbudt å ta med i reklame ”direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte ytelser eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte ytelsene til dem”. Vilkåret i markedsføringsloven § 20 andre ledd, ”(...)overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte ytelsene til dem” omtales gjerne som såkalte maseoppfordringer i reklame. Dette vil si oppfordringer til barn om å overtale foreldre eller andre voksne om å kjøpe det annonserte produktet til dem.

Et eksempel fra Forbrukerombudets praksis som gjaldt såkalte maseoppfordringer var en reklamefilm fra Vestlia Resort.¹²³ Vestlia Resort sendte en periode en reklamefilm med to jenter på 12 år i hovedrollen. En av jentene skryter i filmen av familiens hytte på Vestlia Resort og at det er barnevennlig, med et bredt utvalg av aktiviteter. Mot slutten av reklamefilmen spør jenta ”kan ikke du få faren din til å kjøpe hytte her du også da?”. Venninnen svarer ”det må han bare gjøre!”.

Forbrukerombudet mente at reklamen rettet seg mot barn ved å blant annet ha barn som formidlere. Det ble reagert på at det i filmen forekom såkalte maseoppfordringer. Forbrukerombudet mente videre at reklamefilmen gir en tydelig oppfordring om å få barn til å påvirke foreldrenes kjøpsbeslutninger. Reklamefilmen ble senere endret.

Begrunnelsen for at den norske markedsføringsloven § 20 andre ledd er en ordrett gjengivelse av svartelisten punkt 28 er å unngå uklarheter og eventuell motstrid med direktivets bestemmelser.¹²⁴ Bestemmelsen i den norske markedsføringsloven § 20 andre ledd gir dermed uttrykk for en av direktivets sentrale regler om barn og unge. Det følger av markedsføringsloven § 6 femte ledd sammenholdt med Forskrift om urimelig handelspraksis § 1 punkt 28 at markedsføring i form av maseoppfordringer alltid skal anses urimelig.¹²⁵

Den svenske marknadsföringslagen har ingen egen lovbestemmelse som tilsvarende svartelisten punkt 28. Svartelisten er likevel inkorporert i svensk markedsføringsrett ved at den er henvist til i marknadsföringslagen 4 § tredje stycket. Det følger av marknadsföringslagen 4 § tredje stycket at en overtredelse av av svartelistens punkter under alle omstendigheter utgjør en

¹²³ Forbrukerombudets nettsider, *Vestlia Resort endret ulovlig TV-reklame rettet mot barn*, 06.10.2015, <https://forbrukerombudet.no/vestlia-resort-endret-ulovlig-tv-reklame-rettet-barn> (22.05.2016)

¹²⁴ Proposisjonen s 74

¹²⁵ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 178

handling som er i strid med god markedsføringskikk. Er det tale om en slik situasjon trenger ikke lovstridigheten å prøves.¹²⁶

Svartelisten er i dansk markedsføringsrett implementert i ”bekendtgørelsen om urimelig markedsføring i forbrugerforhold”.¹²⁷ Det følger av Bekendtgørelses § 2 at ”De former for markedsføring, der er opregnet i bilaget til denne bekendtgørelse, anses under alle omstændigheder for at være urimelige i forbrugerforhold”. Bilaget til Bekendtgørelsen er svartelisten. Direktivets svarteliste er dermed gjort til dansk markedsføringsrett gjennom en egen forskrift, slik som i norsk markedsføringsrett.

Ved vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring etter den norske markedsføringsloven § 20 andre ledd er det presisert i § 19 andre ledd at det skal tas hensyn til ”alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare”. Dette trekker i retning av at virkemidler som spiller på barns følelser er et relevant moment i vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring rettet mot barn og unge. Markedsføringsloven § 20 andre ledd kan ses på som en presisering av ønske om å verne barn mot urimelig kjøpepress. Dette taler for at reklame som anvender virkemidler som spiller på barns følelser bør anses urimelig etter markedsføringsloven § 20 annet ledd.

Et eksempel fra Forbrukerombudets praksis som gjaldt spørsmålet om det forelå direkte kjøpsoppfordringer var en sak som gjaldt bladet Donald Duck og Egmont forlag.¹²⁸ Forlaget sendte reklame i posten til barn som hadde abonnert på Donald Duck tidligere. I det utsendte brevet stod det følgende ”Få Donald rett hjem i postkassen. Valgfri gave fra Lego. Nesten halv pris”. Teksten var omkranset av fargerike blader og bilder av blader og Lego, som etter Forbrukerombudets mening hadde en klar appell til barn. Forbrukerombudet mente videre at dette var å regne som et tilfelle av direkte kjøpsoppfordringer til barn. Egmont forlag valgte på oppfordring fra Forbrukerombudet å stanse markedsføringen.

Videre spørsmål blir hva som skal til for at kravene i den norske markedsføringsloven § 20 andre ledd anses oppfylt. Hva som ligger i § 20 andre ledd og ”direkte oppfordringer(...)om å kjøpe” går ikke klart frem av bestemmelsens formulering. Vurderingen av hva som skal til av

¹²⁶ Levin, Marianne(2014). *Marknadsföringslagen- en kommentar*. Karnov Group s 40

¹²⁷ Bekendtgørelse nr 1084 af 14 september 2007 om urimelig markedsføring i forbrugerforhold

¹²⁸ Forbrukerombudets nettsider, *Donald Duck-forlag marknadsfører seg ulovleg til barn*, 01.04.2014, <https://forbrukerombudet.no/donald-duck-forlag-marknadsfører-ulovleg-barn> (22.05.2016)

kjøpsoppfordrende ord og uttrykk og hvor direkte markedsføringshenvendelsen må være for at kravene i § 20 andre ledd anses oppfylt overlates til praksis.¹²⁹ Klare tilfeller som vil rammes etter de norske lovforarbeidene er for eksempel en direkte henvendelse til barna slik som ”kom og kjøp!”.¹³⁰ Det er likevel uklart om andre mindre direkte henvendelser vil rammes og hvor grensen går. Denne uklarheten skyldes som nevnt innledningsvis mangel på relevant praksis fra både EU- domstolen og Markedsrådet. Mangelen på konkrete vurderingsmomenter er med på å gjøre denne grensedragningen vanskelig.

Det må vurderes om det enkelte markedsføringstiltak inneholder en direkte oppfordring til barn om å kjøpe eller overtale foreldre eller andre voksne om å kjøpe de annonserte produktene. Vurderingen etter markedsføringsloven § 20 andre ledd skal som nevnt gjøres utfra barnas perspektiv ved at det skal tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare. Dette følger av markedsføringsloven § 19.

Grensen for hvor sterke oppfordringer som skal til for at § 20 andre ledd anses overtrådt må som nevnt trekkes i praksis. Forbrukerombudet legger til grunn at markedsføring sendt direkte til barnet på e-post eller mobiltelefon og som inneholder en oppfordring til kjøp som hovedregel alltid skal anses som en direkte kjøpsoppfordring.¹³¹ Dette er begrunnet med at det oppnås direkte kontakt med barnet. Ved vurderingen av om det foreligger en direkte kjøps eller maseoppfordring må det vurderes hvor klart oppfordringen er formulert, herunder hvilket inntrykk som skapes.¹³²

Det vil være en direkte oppfordring til kjøp om den aktuelle markedsføringen inneholder oppfordringer slik som ”gå ut og kjøp boken nå!”. Videre skal det vurderes hvordan markedsføringen er rettet mot barnet, mediets art. Om markedsføringen for eksempel skjer via et medium som retter seg direkte og individuelt til barnet vil kjøpsoppfordringen lettere anses å være i strid med § 20 andre ledd. For eksempel markedsføring via en mobilapplikasjon. Til slutt skal det vurderes hvor lett det er å kjøpe det markedsførte produktet, altså tilgjengeligheten. For eksempel om kjøp kan gjennomføres ved å klikke på en lenke på internett.¹³³ Det vil være lettere å gjennomføre et kjøp via en lenke på internett enn via en tradisjonell annonse i et blad. Det vil umiddelbart være en oppfordring til kjøp om det i

¹²⁹ Proposisjonen s 205

¹³⁰ Lunde, Mestad, Michaelsen, 2015 s 179

¹³¹ Forbrukerombudets veiledning om markedsføring overfor barn og unge, 2014 s 13

¹³² Forbrukerombudets veiledning om markedsføring overfor barn og unge, 2014 s 14

¹³³ Forbrukerombudets veiledning om markedsføring overfor barn og unge, 2014 s 14

markedsføringen er en tekst hvor det står ”kjøp her” som er knyttet til en lenke til en side hvor man kan foreta et kjøp. Forbudet mot ”maseoppfordringer” tilsier at det ikke er avgjørende om barnet faktisk kan kjøpe produktet selv.¹³⁴ Dette viser at markedsføringsloven § 20 andre ledd og svartelisten punkt 28 inneholder et vidtrekkende forbud.

I noen tilfeller vil det være naturlig å vektlegge alle tre momentene som er gjennomgått over i vurderingen av om det foreligger en direkte kjøps eller maseoppfordring i strid med loven. I andre tilfeller vil oppfordringene være så tydelige at det ikke er behov for å vurdere samtlige momenter.

Dette er likevel momenter som ikke direkte fremkommer av lovteksten eller svartelisten punkt 28 direkte. Vurderingsmomentene har blitt utarbeidet av Forbrukerombudet med utgangspunkt i de norske lovforarbeidene, praksis og EU- retten.¹³⁵ De fremkommer kun av Forbrukerombudets egen veiledning, som i seg selv har liten rettskildemessig vekt. Likevel vil momentene ha en viss vekt når det på rettsområdet ikke foreligger mer vektige rettskilder. At det foreligger lite relevant rettspraksis på området gjør at det er vanskelig å trekke opp klare grenser for hva som omfattes av markedsføringsloven § 20 andre ledd og direktivets svarteliste punkt 28.

Et tenkt eksempel som det er usikkert om vil omfattes av forbudet i § 20 andre ledd kan være en annonse på et nettsted barn ofte besøker, for en populær klesbutikk. I annonsen er tilbudet formulert slik, ”Vi feirer skolestart, 3 for 2 på alle våre skolestartfavoritter, kom innom butikken for flere gode tilbud”. I dette tenkte eksempelet er det ikke mulig å benytte seg av tilbudet direkte via internett. For å få med seg tilbudet må barna aktivt oppsøke butikken. Videre er tilbudet heller ikke tidsbestemt, slik at det ikke fremstår som at barna har dårlig tid med å bestemme seg. Det oppfordres likevel til at barna skal komme innom butikken og annonsen lokker med at det er mulighet for flere gode tilbud. Her vil det være uklart om annonsen rammes av forbudet i § 20 andre ledd eller ikke.

¹³⁴ Forbrukerombudets veiledning om markedsføring overfor barn og unge, 2014 s 14

¹³⁵ Forbrukerombudets veiledning om markedsføring overfor barn og unge, 2014 s 13

3.2.2 Aktuell praksis som omhandler anvendelsen av svartelisten punkt 28 i nasjonal markedsføringsrett

I norsk markedsføringsrettspraksis foreligger det kun en sak som omhandler markedsføringsloven § 20 andre ledd og svartelisten punkt 28, Justin Biebersaken.¹³⁶ Saken gjaldt spørsmålet om Atomic AS markedsføring av billetter til en Justin Bieber konsert var i strid med markedsføringsloven § 20 andre ledd og § 6 femte ledd ved å rette direkte kjøpsoppfordringer til barn.¹³⁷

For den svenske Marknadsdomstolen pågikk det en tilsvarende sak omtrent samtidig med Justin Biebersaken. Dette var Stardollsaken som omhandlet spørsmålet om kjøpsoppfordringer på et nettsamfunn for jenter mellom 7-17 år ble rammet av svartelisten punkt 28 og direkte kjøpsoppfordringer rettet mot barn og unge.¹³⁸

Det fremkom av Markedsrådets behandling i Justin Biebersaken at det hadde foregått markedsføring på Rimibutikkens hjemmeside og markedsføring i form av bannerannonser på Facebook. Det hadde også vært sendt ut nyhetsbrev til de som hadde samtykket til dette. Arrangementet hadde også være markedsført på populære blogger for barn og unge, ved at bloggerne arrangerte konkurranser hvor en kunne vinne konsertbilletter. Vilåårene for å delta var at man måtte melde seg på arrangementet og invitere alle facebookvennene sine til å "like" Atomic AS sin facebookside og samtykke til å motta nyhetsbrev fra dem på deres nettsider. Deltagerne måtte også kommentere innlegget til bloggeren. Dette var første gang det var oppe en sak for Markedsrådet hvor Facebook var anvendt som markedsføringskanal.¹³⁹

Etter Markedsrådets oppfatning i saken skal markedsføringsloven § 20 andre ledd beskytte "barn" mot markedsføring, altså mindreårige under 18 år. Det fremkommer at tidligere praksis opererte med et mer nyansert og fleksibelt barnebegrep basert på barnas modenhet og hva det aktuelle tilfellet gjaldt. Markedsrådet mente det var klart at den nye markedsføringsloven videreførte et slikt fleksibelt barnebegrep, hvor den konkrete urimelighetsvurderingen skulle ta hensyn til den aktuelle målgruppens alder og utvikling.¹⁴⁰

¹³⁶ MR-2012-1245

¹³⁷ MR-2012-1245 s 2

¹³⁸ MD 2012:14

¹³⁹ MR-2012-1245 s 2

¹⁴⁰ MR-2012-1245 s 11

Markedsrådet mente at henvisningen til sakene som Forbrukerombudet og lovforarbeidene viste til gjaldt yngre barn enn i foreliggende sak. I saken mente Markedsrådet at det var snakk om eldre barn. De trakk frem at Justin Bieber tiltrekker seg primært ungdom i alderen 13-16 år. Det ble videre fremhevet at aldersgrensen for å opprette egen Facebookkonto er 13 år. Markedsrådet mente at den rettslige vurderingen måtte legges til grunn markedsføringskanalens egne aldersgrenser.¹⁴¹

Når det gjelder de omtvistede utsagnene mente Markedsrådet at disse var gitt med den hensikt å få solgt billetter til konserten. De hadde klare elementer av direkte kjøpsoppfordringer som ”løp, kast deg på sykkelen”, ”SUPRISE: våkn opp alle belibers!!! Om 10 minutter (kl 07.00) vil det legges ut et begrenset antall kodekort hos alle landets 308 Rimi-butikker (...) Det kan brukes til å kjøpe to Justin Bieber billetter allerede I DAG. Maks ett kort pr person” og ”Bieberfever rundt på Rimibutikker i hele Norge i dag. Halvparten av kodekortene ligger fortsatt hos landets 308 Rimibutikker (...) så LØP belibers. Maks ett kort pr. Person”.¹⁴²

Markedsrådet mente at det ut fra isolert lesning av disse utsagnene var tale om direkte kjøpsoppfordringer etter markedsføringsloven § 20 andre ledd. De mente likevel at grensen for hvor direkte kjøpsoppfordringene kan avgjøres konkret. Det slås fast at det i den konkrete vurderingen skal tas hensyn til andre faktorer som kan påvirke styrken i kjøpsoppfordringene. Markedsrådet mente det var tale om markedsføring overfor en moden aldersgruppe, at mange uten markedsføringen ville skaffet seg tilgang på samme informasjon gjennom andre kanaler uansett.¹⁴³

De aktuelle oppfordringene i Justin Biebersaken ble ikke sett på som at de utnyttet barn og unges påvirkelighet, tillitt eller manglende erfaring. De mente at informasjonen hadde hatt et mer praktisk rettet formål. Det påpekes at elementer av tidspress i et markedsføringsbudskap etter forholdene kan forsterke en kjøpsoppfordring. Markedsrådet mente likevel at det i saken ikke forelå elementer som skulle tilsi at det var snakk om overtredelse av markedsføringsloven § 20 andre ledd, siden det blant annet dreide seg om markedsføring som rettet seg mot eldre barn. Markedsrådet fant at det å benytte Facebook som informasjonskanal var akseptabelt.¹⁴⁴

¹⁴¹ MR-2012-1245 s 11

¹⁴² MR-2012-1245 s 11

¹⁴³ MR-2012-1245 s 11

¹⁴⁴ MR-2012-1245 s 11

Markedsrådet konkluderte i Justin Biebersaken med at de aktuelle kjøpsoppfordringene ikke var av en slik direkte og sterk karakter vurdert ut fra den forbrukergruppen som skal beskyttes etter den norske markedsføringsloven § 20 annet ledd.¹⁴⁵

I den Stardollsaken som gikk for svenske Marknadsdomstolen viste Konsumentverket¹⁴⁶ blant annet til disse uttalelsene fra nettstedet, ”Extra pengar! Uppgradera til Superstar och få extra Stardollars helt gratis! Superstars Ha ännu roligare på Stardoll! Uppgradera här!” og ”LE DECOR LIMITED EDITION. Stardolls mest stilfulla och eftertraktade möbelkollektion har anlänt... men stannar inte länge. Köp dina favoriter från Limited Edition innan det är för sent”.¹⁴⁷

Konsumentverket anførte at de aktuelle kjøpsoppfordringene skulle forbys på grunnlag av at det var tale om direkte kjøpsoppfordringer i strid med svartelisten punkt 28. Dette bestred Stardoll, som mente at svartelisten punkt 28 ikke kom til anvendelse siden det dreide seg om informasjon.¹⁴⁸

Marknadsdomstolen viste til markedsføringslagen 4 § og at direktivets svarteliste gjelder som svensk rett. Videre ble det vist til direktivets fortale punkt 18 om at det uten å innebære et totalforbud mot reklame rettet mot barn og unge så skal denne gruppen beskyttes mot direkte oppfordringer til kjøp. Marknadsdomstolen viste også til svartelisten direkte og da særlig punkt 28 og forbudet mot å rette direkte kjøpsoppfordringer til barn.¹⁴⁹ Konklusjonen i dommen ble at Marknadsdomstolen forbød Stardoll å anvende de aktuelle påstandene i sin markedsføring.¹⁵⁰

Markedsrådets vurdering i Justin Biebersaken fremstår etter min mening som uriktig. De velger å tolke utsagn som klart rammes av svartelisten punkt 28 dithen at det bare var tale om informasjon som i stor grad hadde et praktisk formål. Markedsrådet trår her direkte feil ved at de i altfor stor grad vektlegger at markedsføringen er rettet mot eldre barn og at disse ikke blir påvirket av de aktuelle utsagnene slik yngre barn hadde blitt. Det tas ikke hensyn til at tilfellene opplistet i svartelisten er handelspraksis som alltid skal anses urimelig.

¹⁴⁵ MR-2012-1245 s 11

¹⁴⁶ Svenske forbrukerombudet

¹⁴⁷ MD 2012:14 s 3

¹⁴⁸ MD 2012:14 s 26

¹⁴⁹ MD 2012:14 s 26

¹⁵⁰ MD 2012:14 s 1-2

Markedsføringsloven § 20 andre ledd er å regne som en gjengivelse av svartelisten punkt 28 og Markedsrådet går dermed for langt i å foreta en selvstendig tolking.

Marknadsdomstolens vurdering i Stardollsaken fremstår mer forsvarlig enn Markedsrådets vurdering i Justin Biebersaken. Det vises direkte til svartelisten punkt 28. Videre blir det kort og klart slått fast at oppfordringene som fremkommer er å regne som direkte kjøpsoppfordringer og rammes av forbudet i svartelisten punkt 28. Marknadsdomstolens fremgangsmåte fremstår etter min mening som riktig siden den ikke foretar noen selvstendig tolking av forbudet i svartelisten punkt 28.

På nåværende tidspunkt finnes det ikke dansk rettspraksis som fastslår rekkevidden av direktivets svarteliste punkt 28. Den danske Forbrugerombudsmanden mener det derfor skal foretas en tolking ut fra blant annet lovtekst og forarbeider i mangel av relevant praksis på området.¹⁵¹

Den danske Forbrugerombudsmanden viser derfor i mangel av andre rettskilder blant annet til OFT.¹⁵² OFTs veiledning punkt 7 inneholder to eksempler på hva som etter deres oppfatning kan være en ulovlig kjøpsoppfordring. Det ene eksempelet er ”Du er løbet tør for kirsebær. Kjøp flere NU fra butikken”, hvor en link fører forbrukeren direkte til butikken. Forbrugerombudsmanden er enig med OFT i at disse uttrykkene vil kunne være i strid med svartelisten punkt 28.¹⁵³

Det fremkommer videre av den danske Forbrugerombudsmandens veiledning om markedsføring rettet mot barn og unge at annen nordisk rettspraksis kan brukes som tolkingsbidrag ved vurdering av saker som gjelder anvendelsen av svartelisten punkt 28 i dansk rett.¹⁵⁴ Forbrugerombudsmanden holder dermed muligheten åpen for å benytte praksis fra blant annet Norge og Sverige.

Når det gjelder Markedsrådets avgjørelse i Justin Biebersaken legges det etter min mening for mye vekt på hvilken betydning aldersgruppen har for den konkrete vurderingen. Det er likevel grunnlag for å støtte deler av tankegangen til Markedsrådet i avgjørelsen. Facebook er et

¹⁵¹ Forbrugerombudsmandens vejledning om barn, unge og markedsføring, udkast sendt i offentlig høring den 24. April 2014 s 10

¹⁵² Britiske Office of Fair Trading, som i januar 2014 utsendte ”Principles of online and app-based games”. OFT er Storbritannias forbruker og konkurransemyndighet.

¹⁵³ Forbrugerombudsmandens vejledning om barn, unge og markedsføring, udkast, 2014 s 12

¹⁵⁴ Forbrugerombudsmandens vejledning om barn, unge og markedsføring, udkast, 2014 s 10

ypperlig medium til deling av informasjon til mange raskt og kostnadsfritt. Det må likevel ikke være snakk om kjøpsoppfordringer som feilaktig fremstår som informasjon.

Justin Biebersaken ble senere omgjort av Markedsrådet på oppfordring av Forbrukerombudet¹⁵⁵ I Markedsrådets nye behandling av Justin Biebersaken var spørsmålet om det tidligere vedtaket bygget på uriktig rettsanvendelse og måtte anses ugyldig.¹⁵⁶ Her fremkommer det at det i Markedsrådetst tidligere avgjørelse i saken forelå feil i rettsanvendelsen. Markedsrådet hadde gjort feil ved tolkingen av svartelistens punkter. Det skulle ikke foretas en selvstendig urimelighetsvurdering. Dette følger blant annet av EU-domstolens praksis.¹⁵⁷ Svartelistens punkter skal være enkle å anvende. Direktivet om urimelig handelspraksis er som nevnt et totalharmoniseringsdirektiv og det er dermed overlatt lite handlefrihet til nasjonalstaten. Det er ikke rom for at Markedsrådet eller andre nasjonale instanser foretar en slik skjønnsmessig vurdering slik Markedsrådet gjorde i Justin Biebersaken.

Svartelistens regler er å regne som ”spesialregler”. De skal av hensyn til både forbruker og næringsdrivende være enkle å forstå. Hensikten med reglene er å gi forbrukerne et særskilt vern i de tilfellene som er ramset opp. Svartelisten rammer kun de groveste tilfellene av urimelig handelspraksis, dermed foreligger det en begrenset mulighet til å anvende skjønn i slike saker. Det fremkommer av Justin Biebersaken at det likevel skal foretas en ordinær tolking av de respektive punktene i svartelisten for å fastlegge hvilke atferd som rammes. Markedsrådet viser i Justin Biebersaken til EU-domstolens avgjørelser i Purley Creative, som gjaldt svartelisten punkt 31, og 4Finance som gjaldt svartelisten punkt 14, til støtte for at det skal foretas en ordinær tolking av de respektive punktene i svartelisten for å fastlegge hvilke atferd som rammes. Dette tilsier at det samme må gjelde ved tolking av svartelisten punkt 28.¹⁵⁸ Justin Biebersaken har likevel en begrenset rettskildemessig verdi siden det er en forvaltningsavgjørelse. Praksis fra Markedsrådet regnes som nevnt innledningsvis likevel for

¹⁵⁵ Ble omgjort i mars 2013 og avgjørelsen MR-2012-1245-2

¹⁵⁶ MR-2012-1245-2 s 6

¹⁵⁷ Grandal, Morten, Kommentarer til markedsføringsloven av 2009 på Rettsdata,

<https://min.rettsdata.no/#/Dokument/gL20090109z2D2z2EzA720?noteid=gN20090109z2D2z2E76.gN20090109z2D2z2E78> (29.03.2016)

¹⁵⁸ MR-2012-1245-2 s 7

å ha mer vekt enn vanlig forvaltningspraksis. Dette er fordi Markedsrådet er et domstolliknende organ som har stor faktisk og rettslig uavhengighet.¹⁵⁹

Markedsrådet uttalte i den nye behandlingen at de norske lovforarbeidene bygger på en oppfatning om at forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn må undergis en nærmere tolking før det kan fastslås om direkte oppfordringer til kjøp rammes av direktivet om urimelig handelspraksis. Det fremgår at uttalelsene i forarbeidene står i et visst spenningsforhold til direktivet som er et totalharmoniseringsdirektiv. Dette gjelder blant annet direktivets system og struktur i form av en opplisting i svartelisten av former for handelspraksis som alltid skal anses urimelig. Det vises til at § 20 andre ledd ble formulert som en ordrett gjengivelse av forbudet i svartelisten punkt 28 for å unngå uklarheter og eventuell motstrid. Markedsrådet sluttet seg til Forbrukerombudets oppfatning om at lovgiver ikke har ment at § 20 andre ledd skulle ha noen annen funksjon i Norge enn det som var intensjonen bak svartelisten selv.¹⁶⁰

Det er likevel slik at det kan oppstå spørsmål om hvordan punktene i svartelisten nærmere er å forstå. Direktivets system og struktur tilsier at det må trekkes en grense mellom en ordinær tolking av de respektive punktene i svartelisten for å fastlegge hvilke atferd som rammes og en konkret prøving av om den aktuelle handelspraksisen er urimelig. Markedsrådet sluttet seg her til Forbrukerombudets anførsler og at det ved overtredelse av punkter i svartelisten vil være feil rettsanvendelse å foreta en selvstendig urimelighetsvurdering.¹⁶¹

Markedsrådet kom fram til at det tidligere vedtaket gikk for langt i å tolke bestemmelsen i § 20 annet ledd sett i lys av bestemmelsens implementering av svartelisten punkt 28. Vedtaket innebærer i realiteten en konkret prøving av den aktuelle handelspraksisens urimelighet. Dette gikk utenfor rammene for ordinær fortolking av svartelisten punkt 28. Vedtaket hadde ikke i tilstrekkelig grad lagt til grunn at også eldre barn er sårbare for direkte markedsføring.

Det som er spesielt med Markedsrådets fornyede behandling i Justin Biebersaken er at de ser til svenske Marknadsdomstolens behandling i Stardollsaken.¹⁶² Det uttales at denne

¹⁵⁹ Lunde, Mestad og Michaelsen, 2015 s 35

¹⁶⁰ MR-2012-1245-2 s 6-7

¹⁶¹ MR-2012-1245-2 s 6-7

¹⁶² MD 2012:14

avgjørelsen har direkte relevans for sakens spørsmål siden Stardollsaken også gjaldt svartelisten punkt 28.¹⁶³

Den danske Forbrugerombudsmanden har derimot valgt å vise til engelsk forvaltningspraksis ved tolkingen av svartelisten punkt 28. Det svenske og norske Forbrugerombudet viser ikke til annet enn hverandres rett ved vurderingen av om kjøpsoppfordringene omfattes av svartelisten punkt 28. Her skiller den danske Forbrugerombudsmanden seg fra de andre nordiske landene. Dette kan være begrunnet i mangel på egen relevant praksis i motsetning til Norge og Sverige som har hver sin sentrale avgjørelse som omhandler svartelisten punkt 28.

Etter det norske Markedsrådets vurdering var det ikke forskjeller av betydning mellom de direkte kjøpsoppfordringene som Marknadsdomstolen fant stridende med svartelisten punkt 28 i Stardollsaken og de omtvistede kjøpsoppfordringene i Justin Biebersaken. Markedsrådet fant ved å se til svensk markedsføringsrett at kjøpsoppfordringene i Justin Biebersaken rammes av markedsføringsloven § 20 andre ledd og at det tidligere vedtaket i saken bygget på uriktig lovanvendelse.¹⁶⁴

I omgjøringsvedtaket valgte Markedsrådet i stor grad å parallelltolke med Marknadsdomstolens avgjørelse i Stardollsaken. Markedsrådet uttaler bare at det ikke foreligger ”nevneverdige forskjeller” mellom de to sakene uten å drøfte dette nærmere.¹⁶⁵ De velger dermed å legge Stardollsaken nesten ukommentert til grunn for omgjøringsvedtaket.

Marknadsdomstolen var i sin vurdering av de omtvistede kjøpsoppfordringene i Stardollsaken mye kortere enn det Markedsrådet var i Justin Biebersaken. De viser bare til de omtvistede utsagnene, direktivet om urimelig handelspraksis sin fortale punkt 18, svartelisten punkt 28 og slår fast at det var tale om kjøpsoppfordringer som stred mot svartelisten punkt 28. De foretar ingen selvstendig urimelighetsvurdering. Dette anses som riktig anvendelse av svartelisten punkt 28.

¹⁶³ MR-2012-1245-2 s 7

¹⁶⁴ MR-2012-1245-2 s 6-7

¹⁶⁵ MR-2012-1245-2 s 6-7

4 Avslutning

Direktivet om urimelig handelspraksis ivaretar etter min vurdering barn og unge som forbrukergruppe i tilstrekkelig grad. Barn og unge er blant annet ivaretatt i direktivets generalklausul, artikkel 5. Deres særskilte vern er videre presisert i direktivets fortale punkt 18 og 19. De er også ivaretatt gjennom vilkåret ”gjennomsnittsleder” i direktivets artikkel 5 nr 2 bokstav b. Vilkaoret skal som nevnt under oppgavens punkt 2.2 vurderes annerledes nar målgruppen for markedsforingen er barn og unge. Da er det et ”gjennomsnittsleder” av forbrukergruppen barn og unge som skal tas i betraktning, ikke en gjennomsnittsfbruker generelt.

Markedsforing rettet mot barn og unge er i storre grad regulert i norsk markedsforingsrett enn i svensk og dansk. Norge har blant annet et eget kapittel i markedsforingsloven som kun gjelder markedsforing rettet mot barn og unge. I den svenske marknadsforingslagen, som nevnt under punkt 3.1.1 er ikke markedsforing rettet mot barn og unge regulert saerskilt. Etter den danske markedsforingsloven er markedsforing rettet mot barn og unge direkte regulert i § 8.

Norge har videre et mer vidtgaende regelverk nar det gjelder markedsforing rettet mot barn og unge enn det som folger av direktivet. Den norske markedsforingsloven inneholder blant annet ogsa bestemmelser som gjelder smak og anstendighet. En slik inngaende regulering av markedsforing rettet mot barn og unge som Norge har valgt er i utgangspunktet ikke nodvendig. Det hadde holdt med en henvisning til direktivet og svartelisten slik det gjores i svensk markedsforingsrett. Den norske markedsforingslovens regulering av markedsforing rettet mot barn og unge er likevel hensiktsmessig med tanke pa hensynet til forutberegnelighet for den naringsdrivende. Det kommer klart frem av loven at barn og unge har et saerlig vern.

Etter en gjennomgang av rettskildebildet ved markedsforing rettet mot barn og unge etter direktivet med eksemplifisering fra nasjonal rett, er det fortsatt uklart hvor grensene for hva som anses som ”direkte kjoepsoppfordring” etter svartelisten punkt 28 gar. Dette skyldes blant annet manglende relevant praksis fra EU- domstolen. De nordiske Forbrukerombudene har forsokt seg pa en veiledning som gjelder hva som skal anses som en direkte kjoepsoppfordring. Denne er likevel bare a regne som et tolkingsforslag og kan kun tillegges begrenset rettskildemessig vekt.

Ved vurderingen av markedsføring rettet mot barn og unge etter direktivet har det som nevnt i utgangspunktet ingen betydning hvilke markedsføringskanal som benyttes i markedsføringen. Dette er fordi direktivet er teknologinøytralt. Under oppgavens punkt 2.3.2 fremkommer det likevel at terskelen for om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring etter svartelisten punkt 28 er lavere dersom det er tale om markedsføring via for eksempel internett enn andre markedsføringskanaler. Det fremkommer videre at markedsføringen kan virke sterkere og mer direkte overfor barn og unge dersom den foregår via markedsføringskanaler som internett og TV.

5 Kildeliste

Love

Danske markedsføringsloven: Lovbekendtgørelse nr 1216 ad 25. September 2013, som ændret ved lov nr 1460 af 17. December 2013.

Norske markedsføringsloven: Lov 9 januar 2009 nr 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (Markedsføringsloven)

Svenske marknadsföringslagen: Marknadsföringslag (2008:486), 2008-06-05, ändring innført t.o.m. SFS 2015:955

Direktiver

Direktiv 2005/29/EØF av 11 mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked(Direktivet om urimelig handelspraksis)

Traktater

Konsoliderende udgaver af traktaten om den Europeiske Union og traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, Lovharmonisering innen den indre marked, 13 december 2007(FEUF)

Forskrifter

FOR-2009-06-01 nr.565: Forskrift om urimelig handelspraksis

Bekendtgørelse nr 1084 af 14 september 2007 om urimelig markedsføring i forbrugerforhold

Forarbejder:

Innst.O.nr.20 (2008-2009) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.(markedsføringsloven)

Ot.prp.nr.55 (2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Innst. S. nr. 119 (2006-2007) Innstilling fra familie og kulturkomiteen om samtykke til godkjenning av beslutning i EØS- komiteen nr.93/2006 av 7.juli 2006 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere

Svenske forarbeider

Prop. 2007/08:115, Regeringens proposition 2007/08:115

Praksis

Markedsrådet

MR-sak 12/1245-2: Forbrukerombudet- Atomic AS(Omgjøringsvedtaket i Justin Biebersaken)

MR-sak 12/1245: Forbrukerombudet - Atomic AS (Justin Biebersaken)

MR-sak 9/10 : Forbrukerombudet- Peter Manley

Marknadsdomstolen

MD:2012:14: Konsumentombudsmannen(KO)-Stardoll AB(Stardollsaken)

Forbrukerombudet

Sak om jenteklubben Girl:IT, FO-sak 13/1487

Forbrugerombudsmanden

Forbrugerombudsmanden, Sag 16/04672, <http://www.forbrugerombudsmanden.dk/Find-sager/Markedsfoeringsloven/Sager-efter-markedsfoeringsloven/boernogunge/Markedsfoering-af-festival-rettet-mod-boern-og-unge-paa-Youtube> (28.05.2016)

Veiledninger

EU- Kommissionen

Europakommissionen, Arbejdsdokument fra Kommissionens Tjenestegrene, Vejledning i Gennemførelsen/Anvendelsen af Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, Bruxelles, 3. December 2009(SEK 2009)1666)

De nordiske forbrugerombudene

Forbrugerombudet, De nordiske forbrugerombudenes standpunkt til markedsføring via sociale medier, 3 mai 2012

Forbrugerombudet

Forbrugerombudet, Forbrugerombudets vejledning om handelspraksis overfor barn og unge, juli 2009, endret november 2014

Forbrugerombudsmanden

Forbrugerombudsmanden, Sag: FO-13/10905, 1. Juli 2014, Forbrugerombudsmandens vejledning om børn, unge og markedsføring

Forbrugerombudsmandens vejledning om børn, unge og markedsføring, udkast sendt i offentlig høring den 24. April 2014

Orientering fra Forbrugerombudsmanden- Nye bestemmelser i markedsføringsloven pr 1 des 2007- lov nr 1547 af 20 des 2006 om ændring af markedsføringsloven(Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrollundersøgelse mv.)

Konsumentverket

Konsumentverket-KO, Vägledning om marknadsföring riktad till barn och unga, Konsumentverket 2014, Norlander, Cecilie

Fra Forbrukerombudets nettsider

Forbrukerombudets nettsider, *Vestlia Resort endret ulovlig TV-reklame rettet mot barn*, 06.10.2015, <https://forbrukerombudet.no/vestlia-resort-endret-ulovlig-tv-reklame-rettet-barn> (Lastet ned 22.05.2016)

Forbrukerombudets nettsider, *Donald Duck-forlag markedsfører seg ulovleg til barn*, 01.04.2014, <https://forbrukerombudet.no/donald-duck-forlag-markedsforer-ulovleg-barn> (Lastet ned 22.05.2016)

Litteratur

Lunde, Tore, Mestad, Ingvild, Michaelsen, Terje Lundby(2015) *Markedsføringsloven- En kommentar*. 2. Utgave. Gyldendal Juridisk. Gyldendal Norsk Forlag

Levin, Marianne(2014). *Markedsføringslagen- en kommentar*. Karnov Group

Bernitz, Ulf(2013) *Svensk och europeisk marknadsrett 2*, Nordstedts Juridik

Gisle, Jon, *Jusleksikon*(2010), 4 utgave. Kunnskapsforlaget

Arnesen, Finn, Stenvik, Are(2009) , *Internasjonalisering og juridisk metode- særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, Universitetsforlaget

Artikler

Stortinget, *EU/EØS- arbeidet*, sist oppdatert 31.07.2015 kl 09.55, <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Arbeidet/EUEOS-arbeid/> (Lastet ned 29.02.2016)

Olsen, Lotte, Torjusen, Anette, *-Ikke ulovlig å bryte aldersgrensen på Facebook*, NRK Østfold, <http://www.nrk.no/ostfold/aldersgrensen-pa-sosiale-medier-folger-amerikansk-lov-1.12037126>, publisert 11.11.2014, kl 12.56.(Lastet ned 15.03.2016)

Gandal, Morten Kommentarer til markedsføringsloven § 19 av 2009 på Rettsdata, <https://min.reettsdata.no/#/Dokument/gL20090109z2D2z2EK4?noteid=gN20090109z2D2z2E76> , sist hovedrevidert 13.03.2013, sist endret 01.02.2016(lastet ned 29 mars 2016)

Amundsen, Leif, *Dualisme*, <https://snl.no/dualisme%2Fjus>, publisert på nett 14.02.2009
(lastet ned 29.02.2016)

Bengtsson, Henrik, Kahn, Johan, *Den nya marknadsföringslagen*, Ny Juridik 2:08 s 7, 2008

Store norske leksikon, *Subsidiaritet*(2005-2007), <https://snl.no/subsidiaritet> (lastet ned
29.02.2016)

Store norske leksikon, *fire friheter*(2005-2007), https://snl.no/fire_friheter (lastet ned
26.04.2016)

Lunde, Tore, *Urimeleg handelspraksis, Harmonisering av god forretningsskikk-standarden i forbrukerforhold*, Lov og Rett 2005 s 178-189 - (LOR-2005-178), 2005, Universitetsforlaget