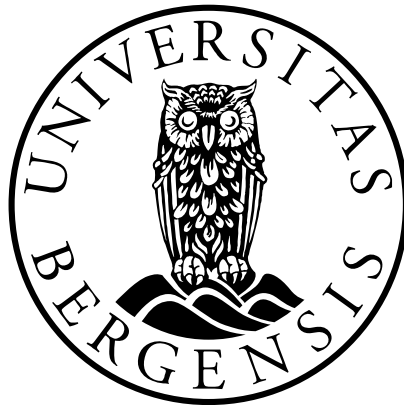


Markedsføringslovens vern av barn og unge mot usunt kroppspress

Stenger EU-retten for Norges adgang til å vedta strengere regler?

Kandidatnummer: 151

Antall ord: 14325



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. Mai 2019

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	2
1.2	VIDERE FREMSTILLING	3
1.3	AVGRENSNINGER OG PRESISERINGER.....	3
1.4	HÅNDHEVING.....	4
1.5	OVERSIKT OVER RETTSKILDEBILDET.....	4
1.5.1	<i>Loven og forarbeider</i>	4
1.5.2	<i>Direktivet om urimelig handelspraksis (handelspraksisdirektivet)</i>	5
1.5.3	<i>Rettspraksis og forvaltningspraksis</i>	6
1.5.4	<i>EU-domstolens praksis</i>	7
1.5.5	<i>Utenlandsk praksis</i>	7
1.5.6	<i>ICC Kodeks for reklame</i>	7
2	MARKEDSFØRINGSLOVENS VERN AV BARN OG UNGE MOT UHELDIG KROPPSPRESS	9
2.1	INNLEDNING.....	9
2.2	MARKEDSFØRINGSLOVEN KAPITTEL 4	9
2.2.1	<i>Markedsføringsloven § 19</i>	11
2.2.2	<i>Markedsføringsloven § 20</i>	13
2.2.3	<i>Markedsføringsloven § 21</i>	22
2.2.4	<i>Lovstridsprinsippet</i>	31
2.3	GJØR DEN TEKNOLOGISKE UTVIKLINGEN AT BARN OG UNGE IKKE I TILSTREKKELIG GRAD VERNES MOT USUNT KROPPSPRESS GJENNOM MFL. §§ 19-21?	32
2.4	OPPSUMMERING.....	34
3	ER HANDELSPRAKSISDIREKTIVET TIL HINDER FOR AT NORGE KAN VEDTA STRENGERE REGLER?	36
3.1	INNLEDNING.....	36
3.2	STORTINGET OG REGJERINGENS FORSLAG OM STRENGERE REGLER.....	37
3.3	HANDELSPRAKSISDIREKTIVET OG FULLHARMONISERING.....	38
3.3.1	<i>Helseunntaket</i>	41
3.3.2	<i>Smaks- og anstendighetsunntaket</i>	43
3.4	KONKLUSJON	43
4	AVSLUTNING	44
5	KILDEREGISTER	46
5.1	LOVGIVNING	46
5.2	OFFENTLIGE DOKUMENTER	47
5.3	DOMMER, FORVALTNINGSAVGJØRELSER OG ANDRE AVGJØRELSER.....	48
5.4	VEILEDNINGER OG RETNINGSLINJER.....	49
5.5	LITTERATUR.....	50
5.6	RAPPORTER.....	51
5.7	ANDRE KILDER.....	51
6	VEDLEGG	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Jakten på den perfekte kropp opptar mange barn og unge. Fokuset har for mange utviklet seg til å bli et usunt kroppspress. Den voldsomme økningen av barn og unges bruk av sosiale medier synes å være en bidragsyter til dette. Sosiale medier er en attraktiv markedsføringskanal for næringsdrivende som selger produkter og behandlinger tilknyttet kropp og utseende, og mange barn og unge utsettes daglig for slik markedsføring. Temaet har vært gjenstand for offentlig debatt ved flere anledninger, for eksempel under programmet «Debatten» på NRK1,¹ som for øvrig hadde tre ganger så mange seere under 30 år ved denne sendingen enn vanlig.²

I oppgaven vil jeg redegjøre for markedsføringsloven av 9. januar 2009 nr. 2³ kapittel 4, herunder mfl. §§ 19-21, og vurdere om reglene verner barn og unge i tilstrekkelig grad mot markedsføring som skaper usunt kroppspress.

Stortinget og regjeringen har også satt kroppspresset mot barn og unge på dagsordenen. Stortinget har blant annet bedt regjeringen om å foreslå endringer i markedsføringsloven for å motvirke kroppspresset blant barn og unge.⁴ Norge er imidlertid, i kraft av å være medlem av EØS, forpliktet til å gjennomføre Direktiv 2005/29/EF, om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere (handelspraksisdirektivet). Dette direktivet begrenser medlemslandenes adgang til å forby handelspraksis som berører direktivets virkeområde.

Hovedproblemstillingene til denne avhandlingen er for det første i hvilken grad norske markedsføringsregler verner barn og unge mot usunt kroppspress, og for det andre om det fullharmoniserte direktivet om urimelig handelspraksis stenger for Norges adgang til å oppstille strengere regler nasjonalt.

¹ NRK1, «Debatten» sin sending 8. mars 2018 og 19. mars 2019.

² <https://www.nrk.no/kultur/ungdomsrekord-for-debatten-1.14483292> (sist nedlastet 07.05.19)

³ Heretter benevnt markedsføringsloven eller mfl.

⁴ Stortinget, vedtak nr. 853: <https://www.stortinget.no/nn/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=71755> (nedlastet 03.03.19).

1.2 Videre fremstilling

I del 1 vil jeg redegjøre for fremstillingen videre, avgrense og presisere avhandlingen, gi en kort innføring i de viktigste håndhevingsreglene og gi en oversikt over rettskildebildet.

Videre vil jeg i del 2 redegjøre for hvilket vern markedsføringsloven gir barn og unge mot markedsføring som skaper kroppspress. Kjernen av fremstillingen er reglene i kapittel 4, herunder §§ 19-21 som gir barn og unge et særlig vern mot markedsføring.

I del 3 vil jeg vurdere om Norge har adgang til å vedta strengere regler for å bekjempe kroppspresset. Her vil jeg presentere Stortingets og regjeringens lovendringsplaner for å bekjempe kroppspresset. Deretter vil jeg drøfte om handelspraksisdirektivet stenger for Norges adgang til å oppstille strengere regler.

Del 4 er avhandlingens avslutning der jeg drøfter hvordan jeg mener lovgiver kan oppstille strengere regler for å bekjempe kroppspresset.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Markedsføringsloven er *lex generalis*. Det vil si at loven får anvendelse på alle former for markedsføring og på alle markeder. Markedsføringsloven er også teknologi- og produktnøytral⁵ som vil si at loven gjelder for all reklame, uavhengig av hvor den er publisert eller hva det reklameres for.

Kroppspress oppleves gjerne ved at næringsdrivende reklamerer for kropps- og utseendefokuserte produkter og behandlinger på sosiale medier, gjennom bloggere eller såkalte «influencere». Gjennom avhandlingen vil denne typen reklame bli brukt som eksempel på markedsføring som kan skape kroppspress.

Med skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger mener jeg produkter og tjenester som brukes for å oppnå et bestemt skjønnhetsideal. Etersom markedsføringsloven er produktnøytral, regulerer den også markedsføring av slike produkter og tjenester.

⁵ Lunde, Tore, Ingvild Mestad og Terje Lundby (2015): *Markedsføringsloven med kommentarer*, 2. utgave, s. 77. Oslo: Gyldendal juridisk og Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) s. 191.

«Influencere» er personer som har evne til å påvirke eller være trendsetterne og som har sin egen kanal i sosiale medier.⁶ På norsk kalles de gjerne for påvirkere eller bloggere. Jeg vil i de følgende bruke de norske benevnelsene.

Et sosialt medium anses for å være en

*«online tjeneste, der privatpersoner har mulighet for å opprette profiler og kommunisere med hverandre, herunder å dele opplysninger og innhold, for eksempel tekst, bilder, lydfiler mv. Et sosialt medium kan for eks. være et chat-rom, spill eller en sosial nettverkstjeneste».*⁷

Mer konkrete eksempler på sosiale medier er Facebook, Snapchat og Instagram.

Markedsføringslovens regler om håndheving ligger utenfor avhandlingens hovedfokus, men de mest sentrale reglene vil presenteres kort nedenfor, i oppgavens punkt 1.4.

1.4 Håndheving

Forbrukertilsynet er markedsføringslovens tilsynsorgan, jf. mfl. § 35 første ledd, og Markedsrådet er klageorganet, jf. mfl. § 37 første ledd. Begge organene kan fatte enkeltvedtak etter mfl. § 39 første ledd, og gi sanksjoner ved brudd på markedsføringsloven, herunder tvangsmulkt etter mfl. § 42 eller overtredelsesgebyr etter § 43.

Ved markedsføring er den næringsdrivende ansvarlig for at reglene i markedsføringsloven er overholdt. I tillegg vil påvirkere og andre mellomledd som har publisert reklamen, ha et medvirkningsansvar for at markedsføringen ikke er lovstridig, jf. mfl. § 39 andre ledd.

1.5 Oversikt over rettskildet

1.5.1 Loven og forarbeider

⁶ Medietilsynet og Forbrukertilsynet, *Bakgrunnsnotat - Etske retningslinjer mot kroppspress i sosiale medier*, punkt 5.

⁷Forbrukertilsynet, *De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012*, punkt 1.

Markedsføringsretten har et sammensatt rettskildebilde. Den viktigste rettskilden er markedsføringsloven, som i all hovedsak en videreføring av markedsføringsloven av 1972. Videre er forarbeidene til markedsføringsloven, herunder ot.prp. nr. 55 (2007-2008), et viktig bidrag til tolkningen av loven.

I tillegg til markedsføringsloven er det også flere spesiallover som regulerer markedsføring av skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger. Særlovene det siktes til er helsepersonelloven, legemiddeloven, lov om medisinsk utstyr, matloven og kosmetikkloven.⁸ Disse er *lex specialis*, og går foran markedsføringsloven ved motstrid.

De mest relevante spesiallovene vil bli presentert nedenfor ved redegjørelsen av det såkalte «lovstridsprinsippet». Prinsippet innebærer at markedsføring som strider mot ufravikelige forbrukerbeskyttende spesialregler også vil kunne føre til brudd på rettslige standarder i markedsføringsloven, slik som § 2 om god markedsføringsskikk og § 6 om urimelig handelspraksis.⁹ På denne måten kan Forbrukertilsynet og Markedsrådet gripe inn mot urimelig markedsføring ut fra hensynet til forbrukerne.¹⁰ Markedsføringsloven og Forbrukertilsynet fungerer på denne måten som et sikkerhetsnett som kommer til anvendelse hvis noe ikke reguleres av spesialreglementet, eller dersom de aktuelle tilsynene ikke velger å etterfølge brudd på spesialreglementet. På bakgrunn av lovstridsprinsippet vil jeg derfor presentere de mest relevante forbrukerbeskyttende spesialreglene som regulerer markedsføring av enkelte skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger. Disse reglene kan bidra til å verne barn og unge mot kroppspress, og samtidig kan brudd på disse reglene føre til brudd på markedsføringsloven.

1.5.2 Direktivet om urimelig handelspraksis (handelspraksisdirektivet)

Norge er ikke medlem av EU, og er derfor i utgangspunktet ikke bundet av EU-retten. Derimot er Norge medlem av EØS, og etter EØS-avtalen artikkel 3 er Norge forpliktet til å oppfylle de forpliktelser som følger av avtalen.¹¹

⁸ Se Forbrukertilsynets *Notat om regulering og tilsyn med markedsføring av kosmetiske inngrep, legemidler, medisinsk utstyr, næringsmidler, skjønnhetspleie og kosmetikk*, som gir en oversikt over spesialreglene.

⁹ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 31 og s. 321.

¹⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 20

¹¹ EØS-avtalens hoveddel er implementert i norsk rett gjennom Lov av 1. januar 1994 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven), jf. EØS-loven § 1.

Direktiv 2005/29/EF, om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere (handelspraksisdirektivet), er innlemmet i EØS-avtalen. Norge er derfor bundet til å gjennomføre direktivet i norsk rett. Direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv som innebærer at medlemslandene ikke kan innføre egne nasjonale bestemmelser innenfor direktivets virkeområde.¹² Direktivet skal beskytte forbrukerne mot handelspraksis til skade for deres økonomiske interesser, jf. direktivet artikkel 1.

Handelspraksisdirektivet er gjennomført i norsk rett i markedsføringsloven, og ettersom det er et totalharmoniseringsdirektiv er markedsføringsloven utformet tett opp mot direktivets ordlyd.¹³ Direktivet vil dermed være et viktig tolkningsbidrag til markedsføringsloven. Samtidig vil direktivets virkeområde være sentral ved drøftelsen av om Norge kan vedta strengere regler for å beskytte barn og unge mot kroppspress.

1.5.3 Rettspraksis og forvaltningspraksis

Det er få domstolsavgjørelser i norsk markedsføringsrett. Det foreligger imidlertid omfattende forvaltningspraksis på området, særlig fra Markedsrådet, Forbrukertilsynet og Næringslivets konkurranseutvalg (NKU). Ettersom forvaltningspraksis, særlig avgjørelser fra Markedsrådet, har en så sentral plass i rettskildebildet, vil jeg redegjøre kort for hvilken rettskildemessig vekt slik praksis har.

Markedsrådet er et domstolliknende organ med stor faktisk og rettslig uavhengighet.¹⁴ Markedsrådet består av personer med juridisk kompetanse og kompetanse innen markedsføring, og prosessen rundt Markedsrådets avgjørelser har flere likhetstrekk med sivil rettergang. Dette taler for at deres avgjørelser bør tillegges større vekt enn forvaltningspraksis i sin alminnelighet. Ifølge juridisk litteratur bør Markedsrådets avgjørelser tillegges relativt stor rettskildemessig vekt, tilnærmet den samme som underrettspraksis.¹⁵

Ved vurderingen av rettskildevekten må det også ses hen til domstolenes adgang til å overprøve Markedsrådets vedtak. I Rt. 2006 s. 1348 (Østlandske Autobergning) kom Høyesterett til at domstolene hadde mulighet til å overprøve Markedsrådets urimelighetsvurdering av tilbakeholdsretten ved inntauing av feilparkerte biler, fordi

¹² Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 25

¹³ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 77

¹⁴ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 35

¹⁵ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 35

vurderingen ikke krevde «*særlige faglige forutsetninger eller særlig innsikt*». ¹⁶ I juridisk litteratur er det lagt til grunn at denne uttalelsen, sammenholdt med rettssikkerhetshensynet, taler for at domstolene har full prøvingskompetanse også ovenfor andre liknende skjønsmessige vilkår i markedsføringsloven. ¹⁷

Videre er det lagt til grunn i juridisk teori at Markedsrådets avgjørelser langt på vei må anses som uttrykk for gjeldende rett ved mangel på andre tungtveiende rettskildefaktorer. ¹⁸ Dette gjelder særlig hvis praksisen er utviklet over lang tid og er ensartet.

1.5.4 EU-domstolens praksis

Etter EØS-avtalen artikkel 6, skal direktivet om urimelig handelspraksis tolkes i samsvar med avgjørelser EU-domstolen har truffet før EØS-avtalen ble undertegnet den 2. mai 1992. Rettsavgjørelser fra EU-domstolen som er avsagt før dette tidspunkt er i utgangspunktet ikke bindende for norsk rett. Det følger imidlertid av Rt. 2002 s. 391 (GOD MORGON) at selv om avgjørelser før den tid ikke er formelt bindende for Norge, så skal likevel senere praksis tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov. ¹⁹

1.5.5 Utenlandsk praksis

Ettersom handelspraksisdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv har alle medlemslandene i EU og EØS samme regler innenfor virkeområdet til direktivet. Retts- og forvaltningspraksis fra medlemslandene vil derfor være en relevant rettskilde ved tolkningen av den norske markedsføringslovens regler som gjennomfører handelspraksisdirektivet. ²⁰ I denne avhandlingen har jeg særlig sett hen til rettspraksis fra Sverige og Danmark.

1.5.6 ICC Kodeks for reklame

The International Chamber of Commerce (heretter benevnt ICC) har utarbeidet retningslinjer for reklame og markedskommunikasjon som ble revidert i 2011. ²¹ Retningslinjene er ikke rettslig bindende, men inneholder bransjenormer og angir anerkjente

¹⁶ Rt. 2006 s. 1348, avsnitt 40 (Østlandske Autobergning)

¹⁷ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 35

¹⁸ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 36

¹⁹ Rt. 2002 s. 391, premiss 395-396 (GOD MORGON)

²⁰ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 34

²¹ ICC, «ICC Advertising and Marketing Communications Code», versjon fra 2018.

markedsføringsprinsipper. Bransjenormer har bare i begrenset grad selvstendig rettskildemessig vekt, men vil likevel være et moment ved vurderingen av om en handelspraksis er i strid med god forretningsskikk.²²

²² Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 37

2 Markedsføringslovens vern av barn og unge mot uheldig kroppspress

2.1 Innledning

Nedenfor vil jeg vurdere i hvilken grad markedsføringsloven verner barn og unge mot markedsføring som skaper kroppspress. Det rettslige grunnlaget for vurderingen er mfl. §§ 19-21 i kapittel 4 om markedsføring overfor barn.

Mfl. § 19 er en generell aktsomhetsregel som pålegger næringsdrivende å vise ekstra varsomhet ved markedsføring overfor barn og unge.

Videre er mfl. § 20 første ledd en presisering av det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6,²³ og regulerer hva det skal legges vekt på ved vurderingen av om markedsføring rettet mot barn er urimelig handelspraksis. Markedsføringsloven § 20 andre ledd inneholder et forbud mot såkalte «maseoppfordringer». Forbudet oppstilles også i den såkalte «svartelisten», som er et vedlegg til handelspraksisdirektivet, i punkt 28. Svartelisten er implementert i norsk rett i mfl. § 6 femte ledd og er gjennomført i forskrift om urimelig handelspraksis.²⁴ Svartelisten punkt 28 er på denne måten sentral ved redegjørelsen av innholdet i § 20 andre ledd.

Siste bestemmelse i barnekapittelet er mfl. § 21 som spesifiserer den rettslige standarden om god markedsføringsskikk i mfl. § 2. Markedsføringsloven § 21 oppstiller en rekke momenter i bokstav a)-d), som det skal legges vekt på ved vurderingen av om en reklame i strid med god markedsføringsskikk når den rettes mot barn. Ved redegjørelsen av mfl. § 21 vil dermed mfl. § 2 være sentral.

2.2 Markedsføringsloven kapittel 4

Det er ikke forbudt å rette reklame mot barn.²⁵ Markedsføringsloven kapittel 4 setter imidlertid begrensninger for hvordan reklame kan rettes mot barn. Kapittelet var nytt i markedsføringsloven fra 2009 og lovfester tidligere praksis om at markedsføring skal tolkes

²³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 74.

²⁴ FOR 2009-06-01 nr. 565: Forskrift om urimelig handelspraksis

²⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 59

strengere når den rettes mot barn eller når den kan sees eller høres av barn. Kriteriet «god markedsføringskikk» ble inntatt allerede 1. april 1997 ved en lovendring, og Stortinget sluttet seg til departementets vurdering om at det skal kunne stilles strengere krav enn ellers ved markedsføring rettet mot barn.²⁶ Forvaltningspraksis fra Forbrukertilsynet og Markedsrådet legger også til grunn at reglene skal tolkes strengere ved markedsføring rettet mot barn og unge.²⁷

I arbeidet med den nye markedsføringsloven av 2009, ble det i forarbeidene vurdert om det skulle oppstilles særskilte regler knyttet til markedsføring mot barn. Ved vurderingen fremhevet departementet at barn og unge i økende grad ble utsatt for kommersielt press som følge av at næringsdrivende brukte nye medier som mobiltelefon og internett for å nå ut til barn og ungdom.²⁸ Videre blir det vist til TemaNord-rapporten, «Kommersielt press mot barn og unge i Norden», som viser at det var en massiv oppslutning blant foreldre i de nordiske landene rundt utsagnet «*Reklame gjør at stadig flere unge er misfornøyd med utseendet*».²⁹ Dette viser at nye markedsføringsmåter som vokser frem som følge av nye medier, ikke er noe nytt, og at lovgiver også den gang mente at de nye mediene var en grunn til å gi barn og unge et særlig vern. Det er imidlertid klart at det siden den gang har skjedd en voldsom økning av markedsføring via sosiale medier, som igjen mange barn og unge er brukere av.

Kapittel 4 gjelder «markedsføring» overfor «barn». Det følger av forarbeidene at barn skal anses for å være mindreårige, dvs. personer under 18 år.³⁰ Barnebegrepet er imidlertid fleksibelt frem til fylte 18 år. Dette innebærer at vurderingen blir strengere dess yngre barnet er. Det skal blant annet legges vekt på barnets modenhet og hva den aktuelle reguleringen gjelder, jf. Markedsrådets vedtak MR-2012-1245-1 (Atomic I).³¹

En naturlig språklig forståelse av «markedsføring» tilsier at begrepet omfatter publiseringer av kommersielt innhold, og avgrenser mot reklame av ikke-kommersiell karakter. Det finnes ingen legaldefinisjon på hva markedsføring er. Det liknende begrepet «handelspraksis» er for øvrig definert i mfl. § 5 bokstav d.³² Begrepet markedsføring er imidlertid tilknyttet det generelle anvendelsesområdet til markedsføringsloven av 1972, herunder «handlinger foretatt

²⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 59

²⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 59

²⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 66

²⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 67

³⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 70

³¹ MR-2012-1245-1 (Atomic I) punkt 4

³² Se punkt 2.2.2.

i næringsvirksomhet», jf. mfl. 1972 § 1. I markedsføringsretten er det derfor en sammenheng mellom begrepene «markedsføring», «næring» og «næringsvirksomhet».³³

Hensynet til å beskytte næringsdrivende mot villedende reklame og hensynet til beskyttelse av forbrukerne, taler for at markedsføring ikke skal tolkes snevert. EU-domstolen uttalte blant annet i sak C-112/99 (Toshiba Europe) at reklame kan foreligge i «*særdeles varierende former*».³⁴

Påvirkere og bloggeres personlige ytringer på sine plattformer er ikke markedsføring, men ytringer som er vernet av yttingsfriheten, jf. Grunnloven § 100 og EMK art. 10. Men idet bloggere og påvirkere begynner å tjene penger på å omtale produkter og tjenester på sine plattformer, er deres ytringer markedsføring i lovens forstand. Reklame fra klinikker eller andre selskaper for skjønnhetsprodukter og skjønnhetstjenester er klart handlinger foretatt i næring og dermed markedsføring etter loven.

2.2.1 Markedsføringsloven § 19

Etter mfl. § 19 første ledd skal det «*når en handelspraksis rettes mot barn, eller for øvrig kan ses eller høres av barn,[...] vises særlig aktsomhet overfor barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet*».

Første ledd har to viktige elementer. For det første pålegges næringsdrivende som utformer markedsføringstiltak å vise særlig aktsomhet, ikke bare når reklamen er rettet mot barn, men også når den kan oppfattes av barn. Det strenge aktsomhetskravet gjelder med andre ord uavhengig av om barn er målgruppen for reklame eller ikke, så lenge reklamen kan sees eller høres av barn. For det andre skal den særlige aktsomheten rette seg mot barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet.

Etter mfl. § 19 andre ledd skal det ved vurderingen av om en handelspraksis er i strid med loven «*tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare*». Andre ledd retter seg mot håndhevingsmyndighetene,³⁵ først og fremst Markedsrådet og Forbrukertilsynet.

³³ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 40.

³⁴ Jf. C-112/99 (Toshiba Europe) avsnitt 28.

³⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 74

Markedsføringsloven § 19 er en generell aktsomhetsregel som pålegger næringsdrivende å vise ekstra varsomhet mot barn og unge ved all markedsføring, jf. forarbeidene.³⁶

Beskrivelsen «*påvirkelighet, manglende erfaring og naturlig godtroenhet*» i § 19 første ledd anses som en beskrivelse av kjennetegnet på gjennomsnittsforbrukeren i barnegruppen.³⁷ Ved vurderingen av om en handelspraksis er i strid med bestemmelsene i kapittelet er det disse egenskapene det skal tas hensyn til.

Det må legges til grunn at barn og unges påvirkelighet øker når reklamen publiseres av påvirkere eller bloggere enn når den publiseres av klinikker eller andre næringsdrivende. Påvirkere og bloggere er ofte forbilder og kjendiser som har stor påvirkningskraft på barn og unge, noe som taler for at det bør stilles strengere krav til aktsomhet ved markedsføring fra slike aktører.

Som nevnt gjelder aktsomhetskravet både når reklamen er rettet mot barn, og når den kan sees eller høres av barn. Spørsmålet er når barn og unge kan oppfatte markedsføring som kan skape usunt kroppspress. Typisk skjer dette gjennom reklame for skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger i sosiale medier. Aldersgrensen for å lage og bruke en profil på sosiale medier er 13 år, jf. personopplysningsloven § 5.³⁸ Grensen ble satt etter at EUs personvernforordning (GDPR), som ligger innenfor EØS-avtalens virkeområde, ble en del av norsk rett i juli 2018.³⁹ Medietilsynets barn og unge medier-undersøkelse fra 2018 viser likevel at 74 prosent av barn mellom 9-12 år er på sosiale medier,⁴⁰ og etter fylte 13 år er nesten alle barn brukere av sosiale medier.⁴¹ Det innebærer at barn helt ned i 9 års alderen bruker sosiale medier og kan bli eksponert for reklame som kan skape kroppspress. Dette taler igjen for at næringsdrivende som reklamerer for skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger må vise særlig aktsomhet i sin markedsføring på sosiale medier, da barn og unge helt ned i 9 års alderen kan se eller høre deres reklame.

³⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 204

³⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 74

³⁸ Lov av 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger

³⁹ <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/avg/forslag-til-personvernforordning/id2433856/> (sist nedlastet 07.05.19)

⁴⁰ Medietilsynets undersøkelse, *Barn og medier 2018*, s. 14

⁴¹ Medietilsynets nettsider: *Følger ikke aldersgrensene på sosiale medier* (publisert 16.08.18) <https://www.medietilsynet.no/om/aktuelt-2018/folger-ikke-aldersgrensene/> (sist nedlastet (07.05.19)

Til illustrasjon nevnes Forbrukertilsynets tilsynsaksjon som ble holdt 20.- 21. februar 2019⁴² som sjekket om påvirkere og klinikker markedsfører kosmetiske behandlinger i sosiale medier i henhold til markedsføringsloven. I etterkant sendte Forbrukertilsynet brev til seks klinikker og seks påvirkere.⁴³ I orienteringsbrev til Injeksjonsspesialisten AS,⁴⁴ skriver Forbrukertilsynet at vurderingen av om barn blir eksponert for deres markedsføring gjennom påvirkere avhenger av påvirkerens alder og profil. En eldre påvirker trenger i utgangspunktet ikke å vise like stor aktsomhet i sin markedsføring som en yngre påvirker må. I tillegg vil mange følgere på sosiale medier tale for at man må vise større aktsomhet i markedsføringen. I brev til Laserlegene – Østfold Laserklinikk ble det også lagt vekt på påvirkerens tilknytning til barn og unge.⁴⁵ Det ble blant annet fremhevet at påvirkeren hadde vært deltaker i en rekke tv-programmer som mange barn følger med på.

2.2.2 Markedsføringsloven § 20

Etter mfl. § 20 første ledd første punktum skal det ved vurderingen av om det foreligger «urimelig handelspraksis» etter mfl. § 6 «legges vekt på om handelspraksisen er særskilt rettet mot barn». Bestemmelsen er en presisering av det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6 første ledd.

Er en handelspraksis særskilt rettet mot barn skal virkningen av den vurderes ut fra barns perspektiv. Dersom handelspraksisen ikke er særskilt rettet mot barn skal det likevel legges vekt på om den «på grunn av art eller produkt, er egnet til å påvirke barn, og om den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen», jf. § 6 første ledd andre punktum. Den næringsdrivende og håndhevingsmyndighetene må ved vurderingen legge vekt på momentene i § 19 første og andre ledd, som legger vekt på barns særlige sårbarhet.⁴⁶

Før jeg redegjør nærmere for innholdet i mfl. § 20, vil jeg gjøre rede for den rettslige standarden «urimelig handelspraksis» etter mfl. § 6 første og andre ledd.

⁴²Forbrukertilsynet, *Stort omfang av markedsføring for kosmetiske behandlinger* (publisert 21.03.19) <https://www.forbrukertilsynet.no/stort-omfang-av-markedsforing-kosmetiske-behandlinger> (sist nedlastet 07.05.19)

⁴³ Se oppgavens vedlegg 1-3 der tre av brevene er vedlagt.

⁴⁴ Se oppgavens vedlegg 1.

⁴⁵ Se oppgavens vedlegg 3.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 204

Urimelig handelspraksis – mfl. § 6 (1)(2)

Mfl. § 6 første ledd fastslår at «[u]rimelig handelspraksis er forbudt». Bestemmelsen kalles gjerne for generalklausulen og gjennomfører direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 5 nr. 1.⁴⁷ Bestemmelsen har to vilkår. Det må foreligge «handelspraksis», og denne praksisen må være «urimelig».

Handelspraksis

Både mfl. §§ 6 og 20, og handelspraksisdirektivet, regulerer markedsføring som anses som «handelspraksis». Ordlyden taler for at det må foreligge handlinger av kommersiell karakter. Vilkåret er nærmere definert i mfl. § 5 bokstav d) 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 en ytelse til forbrukerne».

Tilsvarende definisjon finnes i direktivet art. 2 bokstav d). Forarbeidene gir ingen nærmere beskrivelse av hva som ligger i begrepet, men viser til definisjonen i mfl. § 5 bokstav d).

EU-domstolen har lagt til grunn at direktivets anvendelsesområde, i tillegg til den særlig brede formuleringen «urimelig handelspraksis», er betinget av to grunnleggende vilkår. Disse følger også av definisjonen over.

For det første må handelspraksisen være kommersiell, dvs. at den må komme fra næringsdrivende.⁴⁸ Selskaper som markedsfører skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger er klart næringsdrivende som driver handelspraksis. Spørsmålet er om påvirkere og bloggere kan anses som næringsdrivende.

Næringsdrivende er definert i mfl. § 5 bokstav b) som *«en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne».*

⁴⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 192.

⁴⁸ Jf. C-391/12 (Stuttgarter Wochenblatt, avsnitt 38).

Definisjonen av næringsdrivende i handelspraksisdirektivet artikkel 2 bokstav b) avviker noe fra markedsføringslovens definisjon, men disse ulikhetene utgjør ingen realitetsforskjell.⁴⁹ I ordlyden ”utøver” ligger det en forutsetning av at virksomheten er vedvarende eller av et visst omfang for å kunne være næringsdrivende etter loven.⁵⁰ Videre fastslår forarbeidene at alle som opptrer som ledd i en næringsvirksomhet er næringsdrivende.⁵¹

De største påvirkerne har etablert aksjeselskap som indikerer at virksomheten er vedvarende og av et visst omfang. Disse vil klart være juridiske personer som utøver næringsvirksomhet ved at de får betalt for å markedsføre produkter eller tjenester. Mer tvilsomt er det hvis påvirkere ikke har opprettet aksjeselskap og ikke mottar fordeler gjennom sin markedsføringen. Det er imidlertid ikke et krav om at næringsvirksomheten er profittbasert, jf. forarbeidene.⁵² Uansett vil påvirkere og bloggere som får betalt for å markedsføre selskapers produkter og tjenester, lett anses for å handle på næringsdrivendes vegne og som ledd i næringsvirksomhet.

I Markedsrådets vedtak MR-2018-1234 (Rasmussen) gjaldt saken et reklameinnlegg på bloggeren Anna Rasmussen sin Facebook-side. I saken var det ubestridt at Rasmussen var næringsdrivende som drev handelspraksis. Rasmussen drev bloggen «Anna Rasmussen» og tilknyttede profiler i sosiale medier gjennom sitt aksjeselskap Anna Rasmussen AS som omsatte for ca. 3 millioner kroner i siste regnskapsår. I tillegg var selskapets vedtaksfestede formål «*drift av blogg med tilhørende markedsføring og reklame, og andre produkter og tjenester som naturlig hører sammen med dette*», og selskapet fikk provisjon av handel som følge av markedsføringen. Markedsrådet konkluderte med at bloggeren i et Facebook-innlegg hadde brutt svartelisten punkt 19, ved å publisere en konkurranse med premier uten å dele ut premiene. Rasmussen måtte dermed betale et overtredelsesgebyr på kr. 100 000 for å ha brutt forskrift om urimelig handelspraksis § 1 punkt 19, jf. mfl. §§ 6 og 43.

I den svenske patent- og marknadsdomstolens dom PMT 11949-16 (Kissie)⁵³ var spørsmålet om bloggeren Alexandra Nilsson hadde reklamert i strid med forbudet mot skjult reklame på sin Instagramkonto. I dommen var det ubestridt at bloggeren var næringsdrivende. Bloggen

⁴⁹ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 65

⁵⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 190

⁵¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 191

⁵² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 190

⁵³ Patent- och marknadsdomstolens dom 2018-01-31 i mål nr. PMT 11949-16.

ble drevet gjennom selskapet Alexandra Media Sweden AB, og konsumentverket anså reklamen for å være utilbørlig og i strid med den svenske markedsføringsloven.⁵⁴

Det fremgår av skatteetatens artikkel «*Blogging og sosiale medier*» at skatteetaten anser bloggere som næringsdrivende når bloggen drives for egen regning og risiko, når den tar sikte på å ha en viss varighet og omfang, og er egnet til å gi overskudd.⁵⁵

På bakgrunn av ovennevnte er det klart at bloggere og påvirkere som har aksjeselskap er næringsdrivende. I tillegg vil momenter som at bloggen drives for egen regning og risiko, at den gir overskudd og tar sikte på å ha en viss varighet og omfang, tale for at en blogger eller påvirker er næringsdrivende.

Det andre vilkåret EU-domstolen har lagt til grunn er at handelspraksis må være direkte tilknyttet markedsføring, salg eller levering av et produkt til forbrukerne, jf. sak C-391/12 (Stuttgarter Wochenblatt, avsnitt 38). Vilkåret avgrenser mot handlinger knyttet til markedsføring av virksomheten eller salg av ytelser.⁵⁶ Samtidig innebærer vilkåret at handelspraksisen må ha eller kunne få økonomiske konsekvenser for forbrukeren.⁵⁷ Tilsvarende legges til grunn i direktivets fortale punkt 7.

Det er på det rene at selskaper som markedsfører skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger driver handelspraksis som kan få økonomiske konsekvenser for forbrukeren og er handlinger knyttet til salg av ytelser. Spørsmålet er om bloggere eller påvirkere kan anses for å drive handelspraksis.

Forbrukertilsynets veiledning om merking av reklame i sosiale medier oppstiller en rekke eksempler på reklame.⁵⁸ Av disse trekker jeg frem tre av disse. Det første er når man «*får betalt for å legge ut noe om et produkt, en tjeneste eller en næringsdrivende.*». Det andre er når man «*får låne noe, får ting gratis, får delta på arrangementer eller reiser, eller får gratis tjenester eller rabatter, mot en forventning om at du omtaler dette eller gir det eksponering.*». Det tredje er når man «*bruker annonselenker som gir deg betalt f.eks. per klikk eller kjøp.*». Disse typetilfellene er typisk for bloggere og påvirkere. Tilfellene har direkte tilknytning til

⁵⁴ Marknadsföringslagen (Sv)

⁵⁵ Skatteetaten, *Blogging og sosiale medier*. <https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/rapportering-og-bransjer/bransjer-med-egne-regler/internett/blogging/> (nedlastet 07.04.19)

⁵⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 191

⁵⁷ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 78

⁵⁸ Forbrukertilsynet (2018), Forbrukertilsynets veileder om merking av reklame i sosiale medier, s. 4.

markedsføring og salg. Dette taler for at bloggere og påvirkere driver handelspraksis ved slike eller liknende situasjoner.

Urimelighetskriteriet

Mfl. § 6 andre ledd presiserer hva som gjør handelspraksis «urimelig». Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår som begge må være oppfylt, jf. ordlyden «og». For det første må handelspraksisen stride mot «*god forretningsskikk overfor forbrukere*». For det andre må den være «*egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet*», jf. § 6 andre ledd.

Etter tidligere lovs urimelighetskriterium kunne ikke den aktuelle handlingen være av bagatellmessig betydning. Det måtte en viss grad av urimelighet til, og det var ikke tilstrekkelig at en rimeligere praksis kunne tenkes.⁵⁹ Det antas at kriteriet i ny og gammel lov ikke avviker nevneverdig fra hverandre.⁶⁰ I Rt. 1982 s. 1062, s. 1069 fastslo Høyesterett at det er en terskel som må overstiges for at noe skal anses for å være urimelig etter loven.

God forretningsskikk

Det første vilkåret, «god forretningsskikk», er en omformulering av direktivets krav om at praksisen må stride mot kravene til *yrkesmessig aktsomhet* i artikkel 5 nr. 2 bokstav a).⁶¹ Begrepet god forretningsskikk retter seg mot vanlig oppfatning av forretningsskikk i vedkommende bransje eller område.⁶² Vilåret innebærer at den næringsdrivende må tilrettelegge sin handelspraksis slik at forbrukerne får tilstrekkelig informasjon til å ta informerte beslutninger og slik at den ikke begrenser deres valgfrihet. Det er oppfatningen hos den jevne og fornuftig næringsdrivende som skal legges til grunn.⁶³

Kravet er en objektiv rettslig standard som det med rimelighet forventes at næringsdrivende skal kunne leve opp til i den enkelte bransje eller område.⁶⁴

I sosiale medier er det en bransjenorm at innlegg i sosiale medier som består av markedsføring, må merkes som «reklame» eller liknende for å gjøre leseren oppmerksom på

⁵⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 49

⁶⁰ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 87

⁶¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 192

⁶² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 48

⁶³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 48

⁶⁴ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 192

at det er markedsføring.⁶⁵ Brudd på denne kan er brudd på en bransjenorm og kan dermed være i strid med god forretningsskikk. Ettersom standarden er objektiv vil subjektive forhold, for eksempel at en blogger eller påvirker er nyoppstartet og ikke har satt seg inn i denne bransjenormen, være uten betydning.

Påvirkningsvilkåret

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at en handelspraksis skal anses for å være urimelig, er at praksisen må være *«egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet»*, jf. mfl. § 6 andre ledd. Tilsvarende vilkår fremgår også av direktivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b)⁶⁶ og blir kalt *påvirkningsvilkåret*.⁶⁷

Utgangspunktet for vurderingen er hvordan en handelspraksis er egnet til å påvirke gjennomsnittsforbrukeren. Det presiseres i forarbeidene at det ikke er relevant om eller hvordan en handelspraksis påvirker en enkelt forbruker. Det sentrale er hvordan den er *«egnet til å påvirke en «vanlig» eller «gjennomsnittlig» forbruker»*.⁶⁸

Vilkåret må leses i samsvar med direktivet artikkel 5 bokstav e). Her defineres vilkåret «vesentlig å endre» slik:

«bruk av handelspraksis som merkbart reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning, og dermed får forbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet».

Ordlyden «merkbart» taler for at en viss terskelhøyde må overstiges for at forbrukerens beslutningsevne skal anses for å være tilstrekkelig redusert. Etter forarbeidene er forbrukerens evne til å ta en informert beslutning merkbart redusert når næringsdrivende i sin handelspraksis tillegger en ytelse egenskaper den ikke har, gir ufullstendige opplysninger om pris eller fremstiller et tilbud som et spesialtilbud som i realiteten ikke er det.⁶⁹ EU-kommisjonens opprinnelige direktivforslag endret bestemmelsen fra *betydelig* redusert

⁶⁵ Forbrukertilsynet (2018) Forbrukertilsynets veileder om merking av reklame i sosiale medier, s. 5

⁶⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 192

⁶⁷ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 85

⁶⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 192

⁶⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 193

beslutningsevne til et mindre strengt *merkbarhetskrav*. Terskelen for at forbrukerens evne til å ta en informert beslutning er merkbart redusert kan dermed ikke settes for høyt.⁷⁰

Påvirkningen må føre til at forbrukeren treffer en transaksjonsbeslutning vedkommende ellers ikke ville gjort. Transaksjonsbeslutning er definert i direktivet artikkel 2 bokstav k) som

«enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett knyttet til produktet, enten forbrukeren beslutter å foreta en slik handling eller avstår fra det».

Ordlyden «enhver beslutning» er vid. Det kreves ikke at den økonomiske atferden faktisk er endret, men at praksisen er *egnet til* å få slike konsekvenser, jf. forarbeidene.⁷¹

Det følger av EU-kommisjonens veiledning til direktivet punkt 2.3⁷² at transaksjonsbeslutninger er beslutninger både før og etter kjøp, og beslutninger med direkte tilknytning til en beslutning om å kjøpe et produkt eller ikke kjøpe et produkt. En transaksjonsbeslutning vil derfor også omfatte det å sende en ordre, å gjøre en reservasjon eller å akseptere et kommersielt tilbud.

På bakgrunn av ovennevnte vil en handelspraksis som skaper kroppspress blant barn og unge oppfylle påvirkningsvilkåret dersom handelspraksisen får forbrukeren til å treffe en beslutning om å kjøpe eller en beslutning om ikke å kjøpe et produkt, som vedkommende ellers ikke ville ha truffet.

Den relevante persongruppen – mfl. § 20 (1) forts.

Ved vurderingen av om en handelspraksis er urimelig må det tas hensyn til om praksisen er egnet til å endre den økonomiske atferden til en *gjennomsnittsfbruker* i den aktuelle persongruppen som praksisen rettes mot, jf. mfl. § 6 tredje ledd første setning og direktivet artikkel 5 nr. 3 første setning. Bestemmelsene pålegger næringsdrivende å ta hensyn til særlig sårbare grupper i deres markedsføring. En slik særlig sårbar gruppe er barn.

Markedsføringsloven 20 første ledd fastslår eksplisitt at det ved vurderingen av om en

⁷⁰ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 87

⁷¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 193

⁷² EU-kommisjonen, Commission Staff Working Document, Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, 25. mai 2016. Punkt 2.3 s. 37.

handelspraksis er urimelig etter § 6 skal *«legges vekt på om handelspraksisen er særskilt rettet mot barn»*.

Det at handelspraksisen skal vurderes ut fra den særlig sårbare gruppens perspektiv forutsetter at *«den næringsdrivende burde ha forstått dette»*, jf. § 6 tredje ledd første setning og direktivet artikkel 5 nr. 3. Ordlyden taler for at vilkåret bare er oppfylt hvis de urimelige virkningene en handelspraksis påfører barn kan forutsees. Ifølge direktivets veiledning åpner vilkåret opp for en proporsjonalitetsvurdering mellom hvilken påvirkning en handelspraksis har på sårbare forbrukere, og hvilke vurderinger det med rimelighet kan forventes at en næringsdrivendes tar i betraktning.⁷³

Beskyttelsen av sårbare grupper omfatter ikke overdrevne påstander som ikke er ment å tolkes bokstavelig, jf. mfl. § 6 tredje ledd andre setning og direktivet artikkel 5 nr. 3 andre setning. Det må vurderes om overdrivelsen er egnet til å villede. Påstander som *«vasker hvitere enn hvitt»*, og *«brusen som får deg til å sveve»* er eksempler i forarbeidene på påstander som umulig kan anses for å være sanne.⁷⁴

Urimelighetsvurderingen av en praksis som er rettet til forbrukere generelt, men som i realiteten kun treffer barn som særlig sårbar gruppe skal vurderes etter gjennomsnittsledet av denne sårbare gruppen.⁷⁵ Som nevnt ved fremstillingen av § 19 anses beskrivelsen *«påvirkelighet, manglende erfaring og naturlig godtroenhet»* i § 19 første ledd som en beskrivelse av gjennomsnittsforbrukeren i barnegruppen, jf. forarbeidene.⁷⁶

I Kissie-dommen⁷⁷, vurderte Patent- og marknadsdomstolen i Sverige hvem gjennomsnittsforbrukeren som leste bloggen til Nilsson var. Basert på statistikker om Nilssons blogg, som ble hentet fra Google Analytics, konkluderte domstolen at gjennomsnittsforbrukeren var kvinner i alderen 18-34 år som bruker sosiale medier, og er faste lesere av hennes blogg og instagramkonto. Gjennomsnittsforbrukeren ble videre ansett for å ha grunnleggende engelskkunnskaper, og være noe mer oppmerksom enn alminnelige

⁷³ EU-kommisjonen, Commission Staff Working Document, Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, 25. mai 2016.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 51

⁷⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 193

⁷⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 74

⁷⁷ Patent- och marknadsdomstolens dom 2018-01-31 i mål nr. PMT 11949-16.

forbrukere når det kommer til å oppfatte hvilke innlegg på sosiale medier som er markedsføring og hvem som står for markedsføringen.⁷⁸

Til illustrasjon nevnes også her at det i Forbrukertilsynets tilsynsaksjon fra 20.-21. februar 2019,⁷⁹ ble lagt vekt på påvirkerens alder og profil, ved vurderingen av hvem som følger eller leser påvirkerens profiler på sosiale medier.

Maseoppfordringer – mfl. § 20 andre ledd

Mfl. § 20 andre ledd gjelder såkalte maseoppfordringer og tilsvarende svartelisten punkt 28. Her forbys reklame som inneholder «*direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte ytelser eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte ytelsene til dem*».

Ordlyden omfatter reklame som henvender seg direkte til barn og oppfordrer dem til å kjøpe en vare, eller til å overtale sine foreldre til å kjøpe varen. Etter forarbeidene rammer bestemmelsen kjøpsoppfordringer som «*kom og kjøp*», som henvender seg direkte til barn. Grensen for hvor direkte kjøpsoppfordringene må være for å rammes må etter forarbeidene trekkes i praksis.⁸⁰

Dersom ordlyden til en av svartelistens punkter er oppfylt, skal handelspraksisen anses for å være urimelig uten nærmere vurdering. En reklame som direkte oppfordrer barn til å kjøpe et skjønnhetsprodukt eller en skjønnhetsbehandling er derfor urimelig og i strid med mfl. § 20 andre ledd og svartelisten punkt 28, uten at det må foretas nærmere vurdering.

I MR-2012-1245-1 (Atomic I) fant Markedsrådet at formuleringer som «*Beliebers – det finnes fortsatt RIMI-kodekort igjen i mange butikker. Løp, kast deg på sykkelen eller få noen til å kjøre deg [...]*» og «*Bieberfever rundt på Rimibutikker i hele Norge i dag. Halvparten av kodekortene ligger fortsatt hos landets 308 Rimi-butikker [...] så LØP beliebers. Maks ett kort pr. person*», ikke var å anse som direkte kjøpsoppfordringer etter mfl. § 20 andre ledd.⁸¹

I etterkant begjærte Forbrukertilsynet at Markedsrådets vedtak skulle omgjøres. I omgjøringssak MR-2012-1245-2 (Atomic II) kom Markedsrådet til at de i den første saken hadde gått for langt i urimelighetsprøvingen og at det måtte trekkes en grense mellom ren

⁷⁸ Patent- og marknadsdomstolens dom 2018-01-31 i mål nr. PMT 11949-16, s. 32.

⁷⁹ <https://www.forbrukertilsynet.no/stort-omfang-av-markedsforing-kosmetiske-behandlinger> (lastet ned 29.04.19)

⁸⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 205

⁸¹ MR-2012-1245-1 (Atomic I) punkt 2.4.

tolking av svartelistens punkt 28 og prøving av om en handelspraksis er urimelig.⁸²

Markedsrådet bygde i den første saken på forarbeidsuttalelsen som sa at grensen for hva som blir omfattet av svartelisten punkt 28 må trekkes i praksis, og vurderes ut fra barns perspektiv. I omgjørings-saken uttalte Markedsrådet at forarbeidsuttalelsen stod i et spenningsforhold til det faktum at direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv og at § 20 andre ledd er formulert identisk med punkt 28.⁸³ Markedsrådet viste i dommen til den svenske marknadsdomstolens sak MD 2012:14 (Stardoll) som fastslår at direkte kjøpsoppfordringer mot barn, slik som «*köp flere*» og «*uppgradera*» er i strid med svartelistens punkt 28.

Avgjørelsene viser at markedsføring som er i strid med ordlyden i mfl. § 20 andre ledd og svartelisten punkt 28 alltid skal anses for å være urimelig uten at det foretas en urimelighetsvurdering.

I Forbrukertilsynets sak 14/570 (Elixia-saken) kom tilsynet til at det var en direkte kjøpsoppfordring i strid med mfl. § 6, jf. § 20 andre ledd å kontakte et 12 år gammelt barn direkte på telefon for å reklamere for et «teenZ-medlemskap» ved et treningssenter.

Til slutt må det nevnes at Forbrukertilsynet legger til grunn i sin veiledning om handelspraksis overfor barn og unge, at markedsføring som sendes direkte til barn på deres e-post eller mobiltelefon med direkte oppfordring til kjøp, som hovedregel alltid skal anses som en direkte kjøpsoppfordring.⁸⁴

På bakgrunn av ovennevnte vil reklame som direkte oppfordrer barn til å kjøpe skjønnhetsprodukter eller skjønnhetsbehandlinger være urimelig handelspraksis og forbudt i ethvert tilfelle, jf. svartelisten punkt 28 og mfl. § 20 annet ledd.

2.2.3 Markedsføringsloven § 21

Mfl. § 21 oppstiller fire momenter i bokstav a) til d) som det skal legges vekt på ved vurderingen av om markedsføring overfor barn er i strid med «god markedsføringsskikk» etter mfl. § 2. Bestemmelsen lyder:

⁸² MR-2012-1245-2 (Atomic II) punkt 4

⁸³ MR-2012-1245-2 (Atomic II) punkt 4

⁸⁴ Forbrukertilsynet (Oppdatert 2018), Forbrukertilsynets veiledning om handelspraksis overfor barn, punkt 5.4.

«Når markedsføring overfor barn vurderes etter § 2, skal det blant annet legges vekt på om markedsføringen

- a) oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd med vanlige sikkerhetsnormer,*
- b) spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit,*
- c) bruker skremmende virkemidler eller er egnet til å skape frykt eller angst, eller*
- d) bruker aggressive virkemidler som vold, seksualitet eller rusmidler.»*

Mfl. § 21 er en presisering av den rettslige standarden for god markedsføringsskikk i § 2.⁸⁵ Bestemmelsen skal sikre at næringsdrivende utøver god markedsføringsskikk ovenfor barn, og gjelder både når markedsføringen er rettet mot barn og når den kan ses eller høres av barn, jf. § 19 første ledd. Ved vurdering av om en reklame er i strid med god markedsføringsskikk ovenfor barn, skal det legges vekt på *«målgruppens alder og utvikling, herunder om reklamen retter seg mot små barn eller ungdommer»*, jf. forarbeidene.⁸⁶

I likhet med mfl. § 2 retter mfl. § 21 seg mot de etiske og moralske aspektene ved markedsføringen, og ikke mot de økonomiske hensynene til forbrukeren.⁸⁷ Det betyr at vi er utenfor virkeområdet til handelspraksisdirektivet, og § 21 er dermed en nasjonal bestemmelse der norsk praksis kan være ulik andre EU/EØS-lands praksis.⁸⁸ Hovedhensikten til § 21 er å *«beskytte barn og unge mot uheldige budskap eller virkemidler i reklamen, og ikke mot selve reklamen som sådan»*. Bestemmelsen er ikke rettet mot *«tiltak som er egnet til å påvirke etterspørselen, men derimot mot virkemidler eller handlinger som oppfattes som støtende ut fra mer allmenne betraktninger»*.⁸⁹

Listen med momenter i § 21 er ikke uttømmende, jf. ordlyden «blant annet» og forarbeidene.⁹⁰ Mfl. § 21 bokstav b) er særlig aktuell for denne avhandlingen, ettersom markedsføring av skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger kan spille på «sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit» og på denne måten skape kroppspress. Den videre fremstillingen avgrenses derfor til bokstav b).

⁸⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 205.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 70

⁸⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 205

⁸⁸ Grandal, Morten, og Frode Elton Haug (2016) *Markedsføringsrett i et nøtteskall*, s. 92. Oslo: Gyldendal juridisk.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 59

⁹⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 205

Før jeg redegjør nærmere for innholdet i § 21 bokstav b) vil det redegjøres for hva som ligger i den rettslige standarden «god markedsføringsskikk» etter mfl. § 2.

God markedsføringsskikk – mfl. § 2

Markedsføringsloven § 2 første ledd første punktum, inneholder den rettslige standarden om god markedsføringsskikk. Bestemmelsen lyder:

«Markedsføring må ikke stride mot god markedsføringsskikk».

Ved vurderingen av om markedsføringen er i strid med god markedsføringsskikk skal det for det første legges vekt på «om markedsføringen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, eller om det tas i bruk støtende virkemidler», jf. mfl. § 2 første ledd, andre punktum. For det andre skal det legges vekt på «om markedsføringen, på grunn av utforming, format, omfang eller andre virkemidler, fremstår som særlig påtrengende», jf. mfl. § 2 tredje ledd.

God markedsføringsskikk er en rettslig standard som skal vurderes etter alminnelige, anerkjente og utbredte samfunnsnormer. Videre skal hensynet til kollektive forbrukerinteresser og allmenne samfunnsinteresser være retningsgivende.⁹¹

Det fremgår av forarbeidene fra 1995-1996 til den tidligere markedsføringsloven, at markedsføringen må krenke grunnleggende moral- eller etikkoppfatninger som antas å være felles for et flertall av borgerne for at markedsføringen skal stride mot «god markedsføringsskikk». Videre er det ikke tilstrekkelig at en gruppe mennesker anser reklamen som «uheldig», «umoralsk», «stilløs» eller liknende. Standarden omfatter «de mer grove overtramp». ⁹² Forarbeidene til dagens mfl. § 2 fastslår at denne forståelsen i forarbeidene fra 1995-1996 fortsatt skal være retningsgivende.⁹³

På bakgrunn av ovennevnte må reklame som skaper kroppspress krenke grunnleggende moral- eller etikkoppfatninger som antas å være felles for et flertall av borgerne, for at markedsføringen skal stride mot god markedsføringsskikk. Det er ikke tilstrekkelig at reklamen anses for å være mindre heldig eller umoralsk.

⁹¹ Ot.prp. nr.55 (2007-2008) s. 188

⁹² Ot.prp. nr. 70 (1995-1996) s. 11

⁹³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 188

I Markedsrådet sak MR-1994-22 (Benetton) kom rådet til at reklame med avbildning av blodige klær som viste til krigen i Jugoslavia, var støtende og urimelig overfor forbrukerne. Saken kom før begrepet «god markedsføringsskikk» ble innført i loven, men er den mest kjente saken der Markedsrådet konkluderte med at uetisk markedsføring kan omfattes av markedsføringsloven.⁹⁴

Etter Markedsrådets sak MR-1999-21 (Esso) vil det også etter en konkret vurdering kunne være i strid med god markedsføringsskikk dersom markedsføringen bryter annen forbrukerbeskyttende lovgivning eller uskrevne sikkerhetsnormer. I dommen kom Markedsrådet til at en reklame som gav inntrykk av at politiet ikke tok kjøring på rødt lys alvorlig, var i strid med god markedsføringsskikk. Markedsrådet anså reklamen for å ligge i grenseland for hva som kunne aksepteres.

Praksis viser også at det vil kunne være i strid med god markedsføringsskikk å diskriminere ut fra religion, rase og kjønn.⁹⁵ Forbrukertilsynets sak 97-1271 (Norske Meierier) gjaldt en reklame for Moccapudding som viste den hellige Kaba-stenen i Mekka sammen med puddingen. Denne sammenstillingen ble ansett for å være i strid med god markedsføringsskikk, da den lett ville bli oppfattet som støtende. Forbrukertilsynet uttalte at det ved utformingen av reklame som kan krenke noens religiøse overbevisning, bør utvises stor varsomhet.

Videre er det i praksis eksempler på at bruk av kropp og sex i reklamen kan anses for å være i strid med god markedsføringsskikk. Det ble blant annet i Markedsrådets sak MR-1998-23 slått fast at en annonse for Dolly Dimple´s pizza var i strid med både god markedsføringsskikk og forbudet mot kjønnsdiskriminerende reklame. Annonsen hadde overskriften «*Greed!*» og viste en avkledd kvinne delvis tildekket av en pizza.

Miljøhensyn er etter forarbeidene også til en viss grad beskyttet av begrepet «god markedsføringsskikk».⁹⁶

Hva som anses som god markedsføringsskikk skal tolkes strengere ved markedsføring overfor barn, jf. §§ 19 og 21, og blant annet MR-2001-32 og MR-1999-1. Dette er relevant for vurderingen av mfl. § 21 bokstav b.

⁹⁴ Grandal, Morten (2009): Norsk lovkommentar til Markedsføringsloven nr. 2, note nr. 8.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 42.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 43

Markedsføring som «spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit», jf. § 21 bokstav b)

Etter mfl. § 21 bokstav b) skal det ved vurderingen av om en reklame overholder god markedsføringskikk overfor barn, legges vekt på om markedsføringen «*spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit*». Ordlyden taler for at markedsføring ikke skal få barn til å føle seg utenfor eller at de ikke blir akseptert i samfunnet fordi de ikke har et bestemt produkt eller kjøper en bestemt tjeneste. Spørsmålet er om markedsføring som skaper kroppspress kan anses for å spille på sosiale usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit.

Departementet uttaler i forarbeidene at «*reklame som spiller på usunne/urealistiske idealer vil kunne fanges opp av høringsforslagets bokstav b: «spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit»*». ⁹⁷ I forarbeidene til dagens markedsføringslov vurderte departementet om det bør tilføyes et eget punkt om barns selvbilde etter oppfordring fra helse- og omsorgsdepartementet. Begrunnelsen var at markedsføring av kosmetiske inngrep spiller på personers dårlige selvbilde, som er spesielt bekymringsfullt for barn.⁹⁸ Barne- og likestillingsdepartementet kom imidlertid til at «dårlig selvbilde» og «sosial usikkerhet», som fremgår av mfl. § 21 bokstav b, kun hadde nyanseforskjeller. Departementet fant ikke grunn til å oppstille et eget punkt om usunne og urealistiske idealer og kjønnsstereotyper da de mente at også dette gikk under bokstav b) om «sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit».⁹⁹

Det finnes ikke rettspraksis om § 21 bokstav b. I mangel på rettspraksis vil redegjørelsen derfor i stor grad baseres på forvaltningspraksis.

Markedsrådets avgjørelse MR-2001-09 gjaldt markedsføring av slankepreparatet Norgesdietten Pluss til barn og unge i alderen 10-14 år. Markedsrådet konkluderte i saken med at markedsføringen var i strid med tidligere markedsføringslov av 1972 § 1 første ledd, som tilsvarer dagens mfl. § 2 første ledd. Markedsrådet la blant annet vekt på spiseforstyrrelsesproblematikken blant barn og unge. Det ble bemerket at «*[m]ange unge har et vanskelig forhold til egen kropp og vekt, og markedsføringstiltaket kan anses for å nøre opp under slik usikkerhet, som i verste fall kan bidra til spiseforstyrrelser*».

⁹⁷ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 73

⁹⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 73

⁹⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 73

I avgjørelsen anførte Norgesdietten at det ikke var meningen at markedsføringen ble rettet mot barn og ungdom, og at dette skyldtes en datafeil. Anførselen førte imidlertid ikke frem da markedsføringsloven av 1972 § 1 ikke oppstilte noe krav til forsett. Det gjør heller ikke dagens mfl. § 21. Det følger dessuten eksplisitt av § 19 at reglene i barnekapittelet gjelder uavhengig av om barn er målgruppen for reklamen, så lenge den kan ses eller høres av barn. Det avgjørende er altså hvem reklamen faktisk treffer, og ikke hvem den næringsdrivende har til hensikt å rette reklamen mot.

I forarbeidene fremhever departementet også andre sider ved avgjørelsen. For det første at det stilles strengere krav til aktsomhet ved direkteadressert markedsføring til barn enn dersom tilsvarende adresseres til voksne.¹⁰⁰ For det andre at avgjørelsen er et eksempel på at Markedsrådet stiller svært strenge krav til dokumentasjon av slankende effekt ved markedsføring av slankeprodukter.¹⁰¹

Markedsrådets vurdering etter markedsføringsloven av 1972, var at direkte adressert reklame for slankeprodukter til barn i alderen 10-14 år er i strid med god markedsføringsskikk. Spørsmålet er om det samme gjelder for dagens markedsføringslov av 2009. Departementet berører temaet i forarbeidene til ny markedsføringslov av 2009.¹⁰² Etter forarbeidene vil det være opp til håndhevingsmyndighetene å foreta en konkret vurdering, og det fastslås her at det ikke kan oppstilles et uttrykkelig forbud mot direkte adressert markedsføring til barn.

Forbrukertilsynet har i flere saker ansett reklame som spiller på barns sosiale usikkerhet for å være i strid med god markedsføringsskikk. For eksempel ved å gi inntrykk av at barn vil bli ekskludert fra vennegjengen hvis de ikke har de rette merkevarene.¹⁰³ Illustrerende er Forbrukertilsynets sak nr. 92-2073 (Viking Fottøy AS) som gjaldt en reklame for Viking Fottøy AS. Reklamen viste tre glade barn leke sammen, mens det fjerde barnet satt i vinduet og så på. Reklamen hadde følgende tekst: «*Alle barna fikk være med å leke. Unntatt Anna-Li – Hun hadde Cherrox-kopi*». I saken uttalte Forbrukertilsynet at næringsdrivende må utvise forsiktighet med å spille på følelser mellom foreldre og barn i markedsføringen, og kom til at annonsen var i strid med god markedsføringsskikk.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 60

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 33

¹⁰² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 68-69

¹⁰³ Forbrukertilsynet (2018) «Forbrukertilsynets veiledning om handelspraksis overfor barn og unge», punkt 6.2.3.

En annen sak er FO-sak nr. 04/57 (Telenor Mobil AS). Saken gjaldt en reklame for kontantkort med et bilde av en forknytt og ulykkelig jente og med teksten: «*Har du glemt å kjøpe kontantkort til barna? Send en SMS til Telenor Mobil. Vi gjør det enklere for deg å holde løftene dine.*» Reklamen ble av Forbrukertilsynet ansett for å være urimelig og i strid med god markedsføringskikk etter markedsføringsloven 1972 § 1 første ledd.

Forbrukertilsynet begrunnet det med at reklamen for det første spilte på barn og unges sosiale usikkerhet og for det andre på foreldrenes dårlige samvittighet og frykt for at barna skulle føle seg utenfor.

Prinsippet i bokstav b) legges også til grunn i ICCs kodeks artikkel 18.¹⁰⁴ Kodeksen inneholder bransjenormer og angir anerkjente markedsføringsprinsipper. I kodeksen punkt 18.4 fastslår ICC blant annet at markedsføring ikke må gi inntrykk av at besittelse eller bruk av det reklamerte produktet gir barn eller ungdom fysiske, psykologiske eller sosiale fordeler over andre barn eller tenåringer, eller at man vil få motsatt effekt hvis man ikke er i slik besittelse eller bruk av produktet. Videre fastslår ICC at reklame som inviterer barn og tenåringer til å ta kontakt med markedsføreren er lovstridig.

NOVAs rapport «Stress og press blant ungdom» fra 2017 viser at mange unge jenter opplever at det kun er én «godkjent» måte å se ut på, og at hvis man avviker fra denne opplever blir man sett ned på.¹⁰⁵ Rapporten viser at frykten for å føle seg utenfor eller ikke bra nok henger sammen med kropps- og utseendefokuset. Reklame som skaper kroppspress kan på denne måten sies å bidra til sosial usikkerhet og dårlig selvtillit.

Som illustrasjon på at markedsføring av skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger kan stride mot mfl. § 21 bokstav b) nevnes Forbrukertilsynets tilsynsaksjon i februar i år. Som nevnt tidligere skulle aksjonen føre tilsyn av markedsføring for kosmetiske behandlinger hos påvirkere og klinikker.¹⁰⁶ I aksjonen ble det fokusert på markedsføring der klinikker benytter seg av påvirkere med unge følgere. I brevene til klinikkene vurderer Forbrukertilsynet om deres markedsføring av kosmetiske behandlinger gjennom påvirkere er i strid med mfl. § 2, jf. § 21 bokstav b. Forbrukertilsynet vurderte at flere av klinikkenes markedsføring av kosmetiske behandlinger *lett kunne bidra til sosial usikkerhet og dårlig selvtillit knyttet til*

¹⁰⁴ ICC «ICC Advertising and Marketing Communications Code», versjon fra 2018.

<https://iccwbo.org/publication/icc-advertising-and-marketing-communications-code/> (nedlastet 30.01.19)

¹⁰⁵ NOVA (2017). *Stress og press blant ungdom*, s. 10.

¹⁰⁶ <https://www.forbrukertilsynet.no/stort-omfang-av-markedsforing-kosmetiske-behandlinger> (lastet ned 29.04.19)

*barns utseende eller kropp.*¹⁰⁷ Videre ble det ansett for å være sannsynlig at mindreårige blir eksponert for markedsføringen, og at reklamen dermed kan være i strid med god markedsføringsskikk etter mfl. § 2 sml. §§ 19 og 21.

I brevet til selskapet Medisinske Hudbehandlinger og Estetikk AS¹⁰⁸ fremhevet Forbrukertilsynet at behandlingene som det ble reklamert for gir virkning mot klassiske hudproblemer barn og unge kan oppleve, som for eksempel akne eller store porer. Videre ble det lagt vekt på at reklame som fremhever disse virkningene kan bidra til et sterkere kropps- og utseendepress, som kan få negative konsekvenser for barns helse. Forbrukertilsynet anså det også problematisk at klinikken hadde markedsført en skjønnhetsbehandling gjennom en konkurranse i et innlegg hos bloggeren Iselin Svendsen. Dette fordi konkurranser øker engasjement og spredning, og i konkurransen ble ikke aldersgrensen for behandlingen opplyst. I tillegg ble behandlingen gitt bort gratis, noe som appellerer særlig til mindreårige.

Redegjørelsen over taler for at mfl. § 21 bokstav b) verner barn og unge mot markedsføring som skaper kroppspress når markedsføringen skaper sosial usikkerhet og/eller dårlig selvtillit. I tillegg taler forarbeidene for at markedsføring som skaper dårlig selvbilde blant barn og unge, også vil være i strid med god markedsføringsskikk da betegnelsen dårlig selvbilde anses for å ligge innunder vilkåret dårlig selvtillit. Videre viser Markedsrådets sak MR-2001-09 at det er i strid med bestemmelsen at reklame nører oppunder barns usikkerhet rundt kropp og vekt.

Andre momenter

Som nevnt over er ikke listen med momenter i mfl. § 21 uttømmende. Også andre momenter kan tillegges vekt ved vurderingen av om markedsføring overfor barn er i strid med god markedsføringsskikk.

Forbudet mot skjult markedsføring er et slikt moment.¹⁰⁹ Det er et prinsipp i markedsføringsretten at all markedsføring tydelig skal framstå som markedsføring. Prinsippet er lovfestet i mfl. § 3 første ledd. Barn og unge er særlig sårbare for skjult reklame da de i mindre grad enn voksne klarer å forstå og identifisere reklame. Forbudet skal sikre at reklame

¹⁰⁷ Se avhandlingens vedlegg 1 og 2.

¹⁰⁸ Se avhandlingens vedlegg 2.

¹⁰⁹ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 183.

lett gjenkjennes og identifiseres som reklame på grunn av dens utforming, presentasjon eller sammenblanding med andre elementer.¹¹⁰

Forarbeidene poengterer at «Nye medier og nye markedsføringsfenomener gjør skillet mellom markedsføring, underholdning og redaksjonelt stoff vanskelig å trekke. Både innhold og form kan være med på å gjøre markedsføringen vanskelig å identifisere. Ofte vil markedsføringen fremstå som noe annet enn markedsføring, typisk ved at den er blandet sammen med spill-, leke- og underholdningsaktiviteter».¹¹¹ Reklame i sosiale medier er et eksempel på et nytt medium som gjør det vanskeligere å skille personlige ytringer fra markedsføring.

Forbrukertilsynets veiledning om handelspraksis overfor barn tar også opp problematikken rundt skjult reklame på blogger og sosiale medier. Her står det at «Ved eksempelvis å bruke unge jenter til å markedsføre produkter eller tjenester på Instagram eller blogger, fremstår reklamen som den unges personlige ytringer heller enn reklame.»¹¹² Sitatene over viser at det er viktig at reklame som publiseres i sosiale medier, for eksempel gjennom påvirkere, klart skal merkes som reklame, da reklame i disse kanalene lett skjuler seg i mengden av personlige ytringer. På denne måten blir barn og unge mer bevisst på hvilke produkter og tjenester det skrives om av den grunn at påvirkeren eller bloggeren får betalt for det.

Danmark fikk ny markedsføringslov i 2017.¹¹³ Den nye loven har blant annet fått større fokus på skjult reklame på blogger. Etter den nye markedsføringsloven kreves det at bloggeren merker blogginnlegget som reklame dersom virksomheten har hatt en kommersiell hensikt med å sende produktet til bloggeren, jf. § 6 stk. 4. Det er den næringsdrivende som har ansvar for at den kommersielle hensikten kommer tydelig fram.¹¹⁴ Det er også deres ansvar å sikre at den kommersielle hensikten fremgår tydelig i bloggerens reklame.

Forbudet mot skjult reklame bidrar til at folk blir oppmerksom på når en blogger eller påvirker får betalt for å skrive om et skjønnhetsprodukt eller en skjønnhetsbehandling. På denne måten blir unge lesere oppmerksom på når deres forbilder markedsfører noe fordi de får betalt for det, og ikke fordi de selv har et ønske om å ha produktet eller ta behandlingen, og derfor har kjøpt det.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 60

¹¹¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 60

¹¹² Forbrukertilsynet (2018). *Forbrukertilsynets veiledning om handelspraksis overfor barn*, punkt 3.

¹¹³ Markedsføringsloven (Dk)

¹¹⁴ Møgelvang-Hansen, Riis og Trzaskowski (2017). «Markedsføringsretten, 3. udgave», s. 179-180.

2.2.4 Lovstridsprinsippet

Lovstridsprinsippet innebærer at markedsføring som strider med forbrukerbeskyttende spesialregelverk eller med vedtatte bransjenormer, også vil kunne rammes av rettslige standarder i markedsføringsloven, slik som god markedsføringsskikk og urimelig handelspraksis, jf. lovstridsprinsippet.¹¹⁵ Nedenfor vil jeg fremheve de reglene som er av særlig relevans for temaet til avhandlingen.

I medhold av helsepersonelloven¹¹⁶ § 13 tredje ledd har departementet gitt forskrift om markedsføring av kosmetiske inngrep.¹¹⁷ Etter forskriften § 4 skal ikke markedsføring av kosmetiske inngrep utformes slik at den er egnet til å virke støtende eller krenkende eller spille på folks lyter eller fordommer mot normale kroppsvariasjoner. Formålet med bestemmelsen er både å hindre at markedsføring spiller på og drar nytte av holdninger i samfunnet om at man skal se ut på en bestemt måte, og bidra til å forsterke personers oppfatning om at normal kroppsvariasjon kan og bør endres på, jf. forskriftens merknader til § 4. Hva som er normale kroppsvariasjoner avhenger av alder, etnisk opprinnelse og kjønn.¹¹⁸

Bestemmelsen får imidlertid begrenset relevans for kroppspresst barn og unge opplever, da terskelen for at noe skal anses for å være et kosmetisk inngrep er relativt høy, jf. forskriften § 3. Det er også sjeldent at påvirkere markedsfører slike inngrep. Det er mer normalt med bruk av påvirkere ved markedsføring for grovere former for behandlinger som ikke anses som kosmetiske inngrep.

Videre gir forskriften forbud mot reklame som inneholder «før-og-etter»-bilder av det kosmetiske inngrepet, jf. § 5. Det kan for eksempel ikke brukes bilder før og etter en fettsuging eller brystimplantasjon i markedsføring. Bestemmelsen forbyr derimot ikke helsepersonell å benytte slike bilder under konsultasjon med pasient, da dette kan anses som hensiktsmessig informasjon etter hpl. § 10.

I medhold av legemiddelloven § 2 fjerde ledd har Kongen gitt forskrift om legemidler (legemiddelforskriften).¹¹⁹ Forskriftens § 13-5 setter krav til reklame som er rettet mot

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 21-22 og Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 321.

¹¹⁶ Lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) fra 2009. Heretter benevnt hpl.

¹¹⁷ FOR 2005-07-01 nr. 749: Forskrift om markedsføring av kosmetiske inngrep.

¹¹⁸ Departementets merknader til Forskrift om markedsføring av kosmetiske inngrep § 4.

¹¹⁹ FOR 2009-12-18 nr. 1839: Forskrift om legemidler

allmennheten. Etter § 13-5 tredje ledd er det ikke tillatt å markedsføre reseptpliktige legemidler. Botox og kjemisk peeling er eksempler på slike reseptbelagte legemidler.¹²⁰

I medhold av matloven¹²¹ § 10 andre ledd har Kongen gitt forskrift om næringsmidler beregnet til bruk i energibegrenset kost for vektreduksjon (slankeproduktforskriften).¹²² Etter forskriften § 5 andre ledd er det ikke tillatt i merking eller markedsføring av slankeprodukter å gi opplysninger om hvor rask eller hvor stor vektreduksjon som kan forventes ved bruk.

Brudd på spesialreglene over kan føre til brudd på markedsføringsloven, jf.

lovstridsprinsippet. Spesialreglene kan også bidra til å verne barn og unge mot markedsføring som skaper kroppspress ved at de setter begrensninger for hvordan næringsdrivende kan markedsføre skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger. Reglene gjelder imidlertid markedsføring ovenfor forbrukere generelt, ikke barn spesielt, slik som markedsføringsloven kapittel 4. Barn er særlig sårbare, og trenger ytterligere vern enn voksne. Dette taler for at spesiallovene ikke gir et godt nok vern av barn og unge. Redegjørelsen viser også at § 4 i forskrift om markedsføring av kosmetiske inngrep er lite praktisk. Brudd på spesialreglene vil uansett være et moment ved vurderingen av om markedsføring er urimelig handelspraksis.¹²³

2.3 Gjør den teknologiske utviklingen at barn og unge ikke i tilstrekkelig grad vernes mot usunt kroppspress gjennom mfl. §§ 19-21?

Fremveksten av sosiale medier har skapt nye markedsføringskanaler for næringsdrivende som gjør det lettere å komme i direkte kontakt med barn og unge. Markedsføringsloven og dens forarbeider er omtrent ti år. I forarbeidene til dagens markedsføringslov ble mobiltelefon og internett fremhevet som nye markedsføringskanaler som bidro til å øke det kommersielle presset mot barn og unge. Forarbeidene er imidlertid ti år gamle. Selv om markedsføringsloven er teknologinøytral har ny teknologi gjort det mulig å bruke digital markedsføring på helt nye måter enn tidligere, med større volum og påvirkningskraft ovenfor barn.

¹²⁰ Forbrukertilsynet, *Notat om regulering og tilsyn med markedsføring av kosmetiske inngrep, legemidler, medisinsk utstyr, næringsmidler, skjønnhetspleie og kosmetikk*, punkt. 4.2.2.

¹²¹ Lov av 19. desember 2003 nr. 124, om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven)

¹²² FOR 1998-10-01 nr. 949: Forskrift om næringsmidler beregnet til bruk i energibegrenset kost for vektreduksjon.

¹²³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 192

God markedsføringskikk og urimelig handelspraksis overfor barn er rettslige standarder som skal utvikle seg i takt med samfunnsutviklingen. Dette taler for at standardene skal kunne gi barn og unge tilstrekkelig vern mot kroppspress uavhengig av den teknologiske utviklingen. Dette støttes av forarbeidene til markedsføringsloven som slår fast at generalklausulen, god markedsføringskikk, har vært et fleksibelt verktøy som fanger opp praksis når utviklingen går for raskt til at lovgiver klarer å regulere utviklingen gjennom spesifikke regler.¹²⁴

Da Danmark fikk ny markedsføringslov i 2017¹²⁵ var formålet til den nye loven å sikre gode og ensartede forbrukerforhold i lys av den teknologiske utviklingen innen kommersiell kommunikasjon, og å sikre velfungerende markeder og effektiv konkurranse.¹²⁶

Ehvervsministeriet skriver at markedsføringsloven trengte sårt ettersyn for å ha en tidsriktig lov.¹²⁷ Det fremgår av rapporten fra markedsføringslovsutvalget at de under arbeidet med ny markedsføringslov måtte erkjenne at en konsekvens av å sikre overenstemmelse mellom utkastet til ny markedsføringslov og EU-reglene, var at lovteksten kunne virke utdatert i forhold til den teknologiske virkeligheten forbrukerne og virksomhetene befinner seg i.¹²⁸ Regjeringen uttalte i høringsnotatet den 16. september 2016, vedrørende forslag til Lov om markedsføring,¹²⁹ at det er vanskelig å til enhver tid ta høyde for den teknologiske utviklingen fordi den er uforutsigbar og skjer så raskt. Derfor angir ikke den nye markedsføringsloven til Danmark konkrete medier eller kommunikasjonsformer. Kroppspress og barn og unges selvbilde er derimot ikke et tema i høringsnotatet eller i loven, noe som tyder på at det ikke er problematisert.

SIFOs rapport om «Retusjert reklame og kroppspress»¹³⁰ og NOVAs rapport om «Stress og press blant barn og ungdom»,¹³¹ taler for at reglene ikke verner barn og unge i tilstrekkelig grad. Dette fordi mange barn og unge til tross for dagens regelverk utsettes for markedsføring som skaper usunt kroppspress. SIFOs rapport om retusjert reklame og kroppspress viser at det er sammenheng mellom kroppspress og dårlig psykisk helse, og at 85 prosent av unge jenter

¹²⁴ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 42

¹²⁵ Markedsføringsloven (Dk)

¹²⁶ <https://em.dk/nyhedsarkiv/2017/april/folketinget-vedtager-ny-markedsfoeringslov/> (lastet ned 03.04.19)

¹²⁷ <https://em.dk/nyhedsarkiv/2017/april/folketinget-vedtager-ny-markedsfoeringslov/> (lastet ned 03.04.19)

¹²⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (8. Juli 2016). *Rapport fra udvalg om Markedsføringsloven*, s. 8.

¹²⁹ Erhvervs- og Vækstministeriet (Juli 2016) «Høringsnotat vedrørende forslag til Lov om markedsføring», s. 8-9.

¹³⁰ SIFO, etter oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet (2014). *Retusjert reklame og kroppspress*, oppdragsrapport nr. 1.

¹³¹ NOVA (2017) «Stress og press blant ungdom».

og 30 prosent av unge gutter i følge SIFO 2014 opplever kroppspress. Tallene er høye og skadene er alvorlige.

SIFOs oppdragsrapport om «Markedsføring og personvern i sosiale medier»¹³² viser at barn og unge eksponeres for reklame for Botox i sosiale medier. Hele 48 prosent av barna som ble spurt i undersøkelsen hadde fått reklame for plastisk kirurgi eller kosmetiske behandlinger med Botox, og som nevnt i avhandlingens punkt 2.2.1 bruker barn helt ned i 9 års alderen sosiale medier. Etter fylte 13 år er nesten alle på sosiale medier.

Drøftelsen over viser at nye medier også var et tema for ti år siden når loven ble til. Det er imidlertid et større press fra sosiale medier i dag, og rapportene viser at mange barn og unge opplever kroppspress fra sosiale medier. Dette til tross for at markedsføringsloven består av rettslige standarder som skal endre seg i takt med normene i samfunnet. På bakgrunn av ovennevnte er min konklusjon at mfl. §§ 19-21 ikke gir barn og unge tilstrekkelig vern mot usunt kroppspress.

2.4 Oppsummering

Etter fremstillingen i del 2 er det klart at verken mfl. §§ 19-21 eller spesialreglene knytter seg direkte mot kroppspress. Reglene kan imidlertid gjøre seg gjeldende ovenfor reklame som skaper usunt kroppspress ved at den anses for å være urimelig handelspraksis eller i strid med god markedsføringsskikk. Dette gjelder særlig mfl. § 21 bokstav b) ved at bestemmelsen verner barn og unge mot markedsføring som skaper sosial usikkerhet og dårlig selvtillit hos barn. Videre retter bestemmelsen seg mot de etiske og moralske aspektene ved markedsføringen, og ikke mot de økonomiske hensynene til forbrukeren.

Mfl. § 20 vil i utgangspunktet ikke verne barn og unge mot markedsføring som skaper kroppspress, kun av den grunn at reklamen skader barn og unges helse. Dette fordi bestemmelsen skal verne forbrukernes økonomiske interesser. Likevel kan det ikke utelukkes at reklame som skaper kroppspress kan brukes på en slik måte at den anses for å være urimelig, og på den måten berører forbrukernes økonomiske interesser.

¹³² SIFO etter oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet, «Markedsføring og personvern i sosiale medier – en flermetodisk undersøkelse med barn som medforskere», oppdragsrapport nr. 13 – 2018.

Også spesialreglene gir barn og unge vern mot kroppspress, men kun i begrenset grad da disse reglene ikke retter seg særlig mot barn og unge. Det vises særlig til legemiddelforskriften § 13-5 (3) som forbyr markedsføring av Botox rettet mot allmennheten.

Drøftelsen viser imidlertid at markedsføringsloven ikke i tilstrekkelig grad verner barn og unge mot usunt kroppspress, da mange barn og unge opplever kropps- og utseendepress. Hensynet til barn og unges helse taler for at Norge bør innføre strengere regler for å verne barn og unge mot usunt kroppspress. Spørsmålet er om Norge har adgang til å vedta strengere regler. Dette vil jeg drøfte i avhandlingens del 3.

3 Er handelspraksisdirektivet til hinder for at Norge kan vedta strengere regler?

3.1 Innledning

Redegjørelsen i del 2 viser at markedsføringsloven gir barn og unge vern mot kroppspress. Dette vernet er imidlertid begrenset, og det er foreslått å vedta strengere regler. Den rettslige problemstillingen er om direktivet for urimelig handelspraksis er til hinder for Norges adgang til å vedta strengere regler.

Direktivet er i utgangspunktet fullharmonisert, jf. direktivets fortale punkt 11, 14 og 15. Det innebærer at alle medlemslandene må ha samme regler på direktivets virkeområde. Direktivet skal beskytte forbrukernes økonomiske interesser,¹³³ og hver enkelt medlemsstat kan derfor ikke oppstille egne regler som berører forbrukernes økonomiske interesser, jf. direktivet artikkel 4. Videre er det kun handelspraksis som opplistes i svartelisten som er urimelig og forbudt i *alle* tilfeller, uten at det må foretas en konkret helhetsvurdering, jf. fortalen punkt 17. Markedsføring som skaper kroppspress er ikke en praksis som er omfattet av noen av forbudene i svartelisten, slik at hver enkelt reklame må i utgangspunktet vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Direktivet oppstiller imidlertid noen unntak. Av disse er særlig to relevante. Det første er handelspraksis som begrunnes i forbrukernes «helse og sikkerhet», jf. direktivets artikkel 3 nr. 3 og fortalen punkt 9. Det andre er handelspraksis knyttet til «smak og anstendighet», jf. direktivets fortale punkt 7. Spørsmålet er om et forbud som skal bekjempe reklame som skaper kroppspress blant barn og unge omfattes av et av unntakene, slik at det faller utenfor direktivets anvendelsesområde og ikke strider med Norges forpliktelser til EØS-avtalen.

Nedenfor vil jeg først redegjøre for Stortinget og regjeringens forslag om lovendring for å bekjempe kroppspresset blant barn og unge. Deretter vil jeg vurdere om disse lovforslagene berører direktivets virkeområde, og dermed ikke kan vedtas. I så fall blir spørsmålet om et av unntakene kommer til anvendelse.

¹³³ jf. direktivet artikkel 1.

3.2 Stortinget og Regjeringens forslag om strengere regler

Regjeringen og Stortinget har flere ganger de siste årene satt kroppspresset blant barn og unge på dagsordenen. Stortinget har blant annet vist et ønske om å bekjempe kroppspresset mange barn og unge opplever, og har foreslått at det vedtas strengere regler om markedsføring ovenfor barn og unge.

I vedtak nr. 853 den 6. juni 2018 ba Stortinget regjeringen om å «foreslå endring av markedsføringsloven § 21, som regulerer god markedsføringsskikk overfor barn, for å hindre reklame rettet mot barn generelt, og motvirke kroppspress mot unge spesielt».¹³⁴ Videre ble det i Innstilling fra familie- og kulturkomiteen foreslått at «Stortinget ber regjeringen foreslå de nødvendige lovendringer for å forby kommersiell markedsføring av kosmetisk kirurgi og utrede hvordan kommersiell markedsføring av helseskadelige slankeprodukter kan forbys».¹³⁵

Miljøpartiet har også vist et ønske om å bekjempe kropp- og skjønnhetspresset blant barn og unge gjennom sitt representantforslag den 7. mars 2019. Her foreslås åtte tiltak som skal bidra til å bekjempe kroppspresset, deriblant et forbud mot markedsføring av kosmetisk kirurgi og et forbud mot markedsføring av slankemidler.¹³⁶

Like etter, under Høyres landsmøte den 15.-17. mars 2019, gav Høyre uttrykk for at partiet ønsker å vedta et forbud mot markedsføring av kosmetiske inngrep. Dette ble nedskrevet i Høyres resolusjon «Løft for barn og unges psykiske helse».¹³⁷

Videre gav Barne- og likestillingsdepartementet i 2018 i oppgave til Medietilsynet og Forbrukertilsynet å utforme en skisse til retningslinjer mot kroppspress i sosiale medier. Etter samarbeid mellom tilsynene og bransjen selv ble den ferdig 1. oktober 2018.¹³⁸ Skissen gir retningslinjer til påvirkerne samt deres nettverk og annonsører for å bekjempe kroppspresset i

¹³⁴ Stortinget, Representantforslag om kroppspress og reklameindustrien: <https://www.stortinget.no/nn/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=71755> (sist nedlastet 05.05.19)

¹³⁵ Familie- og kulturkomiteen, Innst. 344 S (2007-2008) punkt 5. <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2017-2018/inns-201718-344s.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

¹³⁶ Representantforslag 94 S (2018-2019), forslag 2 og 3: <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/representantforslag/2018-2019/dok8-201819-094s.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

¹³⁷ I resolusjon om «Løft for barn og unges psykiske helse». <https://hoyre.no/om-hoyre/partiet/landsmoter/> (sist nedlastet 09.05.19)

¹³⁸ Forbrukertilsynet og Medietilsynet, «Skisse til retningslinjer mot kroppspress i sosiale medier»: <https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/etiske-retningslinjer-kroppspress/20181001-skisse-til-retningslinjer-kroppspress.pdf>, lastet ned 23.01.19.

sosiale medier. Skissen oppfordrer blant annet påvirkere til å ikke markedsføre kosmetiske inngrep eller injeksjoner, og merke manipulerte bilder som skaper et falskt inntrykk av kroppsfasong og/eller utseende. Arbeidet med de endelige retningslinjene er sendt videre til Annonsørforeningen (Anfo) og Mediebedriftens landsforening (MBL) som i skrivende stund jobber med å utforme de endelige retningslinjene.¹³⁹ Retningslinjene er imidlertid ikke lovgivning, men kun en veiledning for bransjen. Ved siden av retningslinjene skal det utarbeides en veileder om hvordan retningslinjene skal etterleves i praksis. I tillegg skal det etableres et faglig utvalg som skal håndheve retningslinjene.¹⁴⁰

Både regjeringens initiativ til retningslinjer mot kroppspress i sosiale medier og Stortingets lovforslag viser at politikerne mener at dagens regelverk ikke gir god nok beskyttelse mot kroppspresset og at det er behov for strengere regler. Spørsmålet er om Norge har adgang å oppstille forbud for å bekjempe kroppspresset, eller om handelspraksisdirektivet stenger for dette.

3.3 Handelspraksisdirektivet og fullharmonisering

Det følger av handelspraksisdirektivet artikkel 1 at formålet med direktivet er:

(...)å bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende, og å oppnå et høyt nivå av forbrukervern gjennom tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser».

Nasjonale regler som beskytter forbrukernes ikke-økonomiske interesser faller etter ordlyden i artikkel 1 utenfor direktivets anvendelsesområde. Tolker man ordlyden isolert sett vil strengere regler for å verne barn og unge mot kroppspress ikke ha til hensikt å beskytte forbrukernes økonomiske interesser, og dermed falle utenfor direktivets område.

Grensedragningen mellom hvilke regler som verner forbrukernes økonomiske interesser og hvilke som ikke gjør det, er imidlertid avansert. En nasjonal regel kan på samme tid som den verner forbrukernes helse også verne forbrukernes økonomiske hensyn. Lovgivers ønske om forbud mot reklame for slankepiller og kosmetisk kirurgi, er motivert av hensynet til å beskytte barn og unges helse, og vil i utgangspunktet falle utenfor direktivets virkeområde.

¹³⁹ Informasjon fra samtale med MBL den 27.02.19.

¹⁴⁰ Informasjon fra samtale med Anfo den 27.02.19.

Likevel kan det ikke utelukkes at reklame som skaper kroppspress brukes på en slik måte at reklamen anses for å være urimelig, villedende eller aggressiv. På denne måten kan forbrukernes økonomiske interesser bli berørt slik at direktivet kommer til anvendelse.

Direktivet gir liten veiledning i om nasjonale regler som berører flere av forbrukernes interesser, inkludert de økonomiske, også omfattes av direktivets virkeområde. Det følger imidlertid av direktivets fortale punkt 7 at direktivet ikke berører handelspraksis som *hovedsakelig* gjelder andre formål. Dette taler for at et forbud som er begrunnet i forbrukernes vern mot kroppspress ikke omfattes av direktivets virkeområde.

I forbindelse med implementeringen av handelspraksisdirektivet i norsk rett skriver departementet i forarbeidene at det vil være mulig å lovfeste praksis etter markedsføringsloven når den ivaretar hensyn av ikke-økonomisk karakter. I tillegg vil det ifølge departementet være mulig å slå ned på reklame som er urimelig etter allmenne samfunnsmessige betraktninger, uavhengig av om handelspraksisen samtidig påvirker forbrukernes økonomiske disposisjoner.¹⁴¹ Dette taler for at et forbud mot handelspraksis som utelukkende har til formål å verne barn og unge mot usunt kroppspress faller utenfor direktivets virkeområde selv om forbudet også kan påvirke barn og unges økonomiske disposisjoner.

Liknende ble også lagt til grunn i forbindelse med arbeidet med implementeringen av handelspraksisdirektivet i dansk rett. Det danske markedsføringslovutvalget tolket direktivet dithen at det er forholdets *hovedhensyn* som er avgjørende for om det faller utenfor eller innenfor direktivets anvendelsesområde.¹⁴² Videre ble det, i likhet med de norske forarbeidene, antatt at forhold om allmenne samfunnsinteresser faller utenfor direktivets anvendelsesområde.¹⁴³

Sveriges Radio- og tv-lag (RTL)¹⁴⁴ § 7 forbyr næringsdrivende å rette reklame mot barn under 12 år i tv-sendinger, søkbar tekst-tv og bestillings-tv. I proposisjonen til ny marknadsføringslag¹⁴⁵ vurderte den svenske regjeringen om forbudet berører handelspraksisdirektivets virkeområde slik at regelen måtte endres ved implementeringen av

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 63-64.

¹⁴² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Juli 2016. «Rapport fra udvalg om markedsføringsloven», s. 205.

¹⁴³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Juli 2016. «Rapport fra udvalg om markedsføringsloven», s. 208.

¹⁴⁴ Radio- og tv-lag (Sv)

¹⁴⁵ Marknadsföringslagen (Sv)

direktivet.¹⁴⁶ Regjeringen vurderte at hensikten med forbudet mot barnereklame på TV er å sikre at barn ikke blir utsatt for reklame i et medium med spesiell innvirkning, som barn normalt tar til seg på en ukritisk måte og uten å forstå betydningen av. Regjeringen konkluderte med at forbudet ikke i *hovedsak* skulle verne forbrukernes økonomiske interesser, og derfor ikke var omfattet av direktivets anvendelsesområde.

Videre er det fast praksis i Marknadsdomstolen i Sverige at det er i strid med god markedsføringsskikk etter markedsføringslagen § 5, å sende direkte reklame til barn under 16 år uten samtykke fra barnets forsørger.¹⁴⁷ Etter departementets vurdering i de norske forarbeidene er det ikke adgang til å oppstille et slikt generelt forbud mot direkteadressert reklame til barn under 16 år fordi det omfattes av handelspraksisdirektivets virkeområde, og må vurderes konkret.¹⁴⁸ Et slikt generelt forbud vil lett være et forbud som berører forbrukernes økonomiske interesser i så stor grad at det er hovedformålet med forbudet.

EU-kommisjonens veiledning til direktivet fra 2016 punkt 1.2 taler imidlertid i motsatt retning. Etter veiledningen faller ikke bare nasjonale regler som kun beskytter forbrukernes økonomiske interesser innenfor virkeområdet til direktivet, men også de som både beskytter økonomiske interesser og andre interesser.¹⁴⁹

Ifølge juridisk teori¹⁵⁰ vil derimot en regel falle utenfor direktivets virkeområde hvis *hovedhensynet* som skal ivaretas er hensynet til miljø i seg selv. Hvis miljøargumenter derimot er brukt som salgsargument vil forholdet «utvilsomt» falle innenfor virkeområdet til direktivet. Forutsatt av at det samme gjelder ved hensynet til barn og unges helse vil et forbud som skal verne barn og unge mot kroppspress falle utenfor direktivets virkeområde, så lenge barn og unges helse ikke brukes som et salgsargument.

Problemstillingen rundt direktivets virkeområde og markedsføring rettet mot barn og unge behandles også i en nordisk rapport.¹⁵¹ I rapporten argumenteres det for at nasjonale regler eller praksis, som *hovedsakelig* er fastsatt på bakgrunn av ikke-økonomiske interesser, vil

¹⁴⁶ Prop. 2007/08:115 kapittel 6.13.3

¹⁴⁷ Bernitz, Ulf (2013). *Svensk och europeisk marknadsrätt 2, marknadsföringsrätten*, s. 141.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 68

¹⁴⁹ EU-kommisjonen, Commission Staff Working Document, Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, 25. mai 2016. Punkt 1.2.1, s. 9.

¹⁵⁰ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 79

¹⁵¹ Antonia Bakardjieva Engelbrekt: *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices. Report for the Nordic Council of ministers Committee on Consumer Affairs*, s. 61.

kunne eksistere parallelt med handelspraksisdirektivet. Mindre klart er det ifølge rapporten, om direkte forbud mot visse former for markedsføring kan opprettholdes ved siden av direktivet. Rapporten trekker frem Sveriges forbud mot direkteadressert reklame til barn under 16 år som eksempel. Det vil etter rapporten være vanskelig å hevde at slike mer generelle forbud hovedsakelig skyldes beskyttelse av forbrukernes ikke-økonomiske interesser.¹⁵²

Redegjørelsen ovenfor viser at rettskildene ikke er entydige. Selv om nasjonale regler som både beskytter økonomiske og andre interesser etter veiledningen til direktivet faller innenfor virkeområdet til direktivet, må det legges avgjørende vekt på de andre, enkelte mer tungtveiende, rettskildene som legger det motsatte til grunn. Nemlig at det er hovedhensynet eller hovedformålet til regelen som er avgjørende for om den faller innenfor eller utenfor direktivet. Videre viser drøftelsen at generelle forbud mot markedsføring lettere vil anses for å berøre forbrukernes økonomiske interesser.

Fokuset Stortinget har hatt på kroppspress skyldes deres satsning på barn og unges psykiske helse.¹⁵³ Forbud mot markedsføring av kosmetiske inngrep og slankemidler, eller andre liknende regler som skal bekjempe kroppspresset er klart at hovedsakelig er begrunnet i barn og unges helse, og ikke deres økonomiske hensyn.

Min konklusjon er at Stortingets forslag til forbud antakelig faller utenfor direktivets virkeområde, slik at Norge kan vedta strengere regler nasjonalt. Nedenfor vil jeg likevel drøfte om et eventuelt forbud kan falle innenfor helseunntaket og/eller smaks- og anstendighetsunntaket.

3.3.1 Helseunntaket

Handelspraksisdirektivet gir medlemslandene adgang til å oppstille egne forbud mot handelspraksis hvis det begrunnes i forbrukernes helse og sikkerhet, jf. direktivet artikkel 3 nr. 3. Direktivet artikkel 3 nr. 3 lyder:

«Dette direktiv berører ikke fellesskapsregler eller nasjonale regler vedrørende produkters helse- og sikkerhetsaspekter».

¹⁵² Antonia Bakardjieva Engelbrekt, s. 61.

¹⁵³ Det er blant annet Høyres resolusjon «Løft for barn og unges psykiske helse» et eksempel på. Her var fokuset barn og unges psykiske helse og resolusjonen inneholder forslag om å vedta forbud mot kosmetiske inngrep. <https://hoyre.no/om-hoyre/partiet/landsmoter/>, 01.04.19.

Etter direktivets fortale punkt 9 innebærer det at medlemsstatene kan «*opprettholde eller innføre begrensninger i og forbud mot former for handelspraksis med begrunnelse i forbrukernes helse og sikkerhet*». Unntaket er en naturlig følge av at direktivets formål er å beskytte forbrukernes økonomiske interesser. Spørsmålet er om et forbud mot handelspraksis som skaper usunt kroppspress blant barn og unge, kan begrunnes i barn og unges helse og sikkerhet.

Eksempler på handelspraksis som omfattes av unntaket er regulering tilknyttet produkter som alkohol, tobakk og legemidler, jf. fortalen punkt 9. De norske forbudene mot reklame for alkohol og tobakk er med andre ord ikke berørt av direktivet. Eksemplene er alle produkter som kun er skadelig for menneskers *fysiske* helse. En naturlig språklig forståelse av helse tilsier imidlertid at også forbrukernes psykiske helse omfattes.

I forarbeidene til markedsføringsloven av 2009 vurderte departementet at et eventuelt forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke rettet mot barn vil være begrunnet i hensynet til helse og sikkerhet og dermed ikke være omfattet av handelspraksisdirektivet. Videre fant EU-domstolen i sak C-339/15 (Vanderborght) at direktivet ikke var til hinder for at nasjonal lovgivning kunne forby enhver form for reklame for munn- og tannpleieytelser.

I sak C-151/17 vurderte EU-domstolen om et forbud mot markedsføring av «tobakk, der indtages oralt» i tobakksdirektivet¹⁵⁴ art. 1 c og 17 var gyldig. Saken skyldtes at det svenske selskapet Swedish Match AB, som markedsfører snus og andre røykfrie tobakksvarer, bestred gyldigheten til forbudet mot markedsføring av tobakk som inntas i munnen da de hevdet at det var i strid med grunnleggende prinsipper. EU-domstolen fant at forbudet ikke var i strid med grunnleggende EU-rettslige prinsipper og la stor vekt på hensynet til å beskytte barn og unges helse. Dommen viser at grunnleggende EU-rettslige prinsipper er sentrale ved vurderingen av om en medlemsstat kan oppstille nasjonale forbudsbestemmelser.

Rettskildene gir begrenset veiledning om hva som skal til for at helseunntaket kommer til anvendelse. SIFOs rapport om retusjert reklame og kroppspress viser imidlertid at kroppspress er et stort helseproblem blant barn og unge. Dessuten viser sistnevnte sak at hensynet til barn og unges helse står sterkt. Dette taler for at det er viktig å utnytte den nasjonale friheten handelspraksisdirektivet her åpner for. Under tvil er jeg derfor kommet til at et forbud mot handelspraksis som skaper kroppspress, omfattes av unntaket.

¹⁵⁴ Direktiv 2014/40/EU

3.3.2 Smaks- og anstendighetsunntaket

Etter direktivets fortale punkt 7 gjelder ikke direktivet juridiske krav knyttet til «smak og anstendighet». Dette fordi oppfatninger av hva som bør tillates av virkemidler i reklame og salg varierer avhengig av medlemslandets kultur og samfunn.¹⁵⁵ Fortalen eksemplifiserer at kundeoppsøking på gaten kan være uønsket i enkelte medlemsstater av kulturelle årsaker. Etter EU-kommisjonens veiledning til direktivet fra 2016 punkt 1.2¹⁵⁶ faller nasjonale regler som beskytter menneskelig verdighet og gir vern mot diskriminering av seksualitet, rase eller religiøsitet utenfor direktivet. Det gjør også bestemmelser som forbyr eller regulerer nakenhet, vold eller samfunnsskadelig opptreden. Nasjonale regler om kroppspress eller liknende er ikke nevnt.

Eksemplene viser at unntaket gis en relativt vid fortolkning og omfatter en rekke ulike hensyn.¹⁵⁷ Eksemplene er likevel ikke treffende for avhandlingens tema. Rettskildene gir ellers liten veiledning i hva som ligger i smaks- og anstendighetsunntaket. Strengere regler for å motvirke kroppspress er imidlertid heller begrunnet i barn og unges helse enn kultur og samfunn. På bakgrunn av dette mener jeg, med stor grad av tvil, at strengere regler som skal bekjempe kroppspress ikke vil omfattes av smaks- og anstendighetsunntaket.

3.4 Konklusjon

Redegjørelsen over viser at politikerne mener at reklame for skjønnhetsprodukter og skjønnhetsbehandlinger skaper et usunt kroppspress blant barn og unge som er ønskelig at bekjempes gjennom strengere regler.

Svaret på om Norges lovgiver har adgang til dette har vist seg å være komplisert da rettskildebildet er snevert. Jeg har tolket gjeldende rett dithen at et eventuelt forbud som skal bekjempe kroppspress faller utenfor direktivets anvendelsesområde. Hovedhensynet bak strengere regler er utvilsomt å verne barn og unges helse, og dermed faller forbudet utenfor direktivets virkeområde. I tillegg vil et eventuelt forbud omfattes av helseunntaket. At strengere regler også vil ha innvirkning på barn og unges økonomiske disposisjoner er kun en bivirkning.

¹⁵⁵ Lunde, Mestad og Lundby Michaelsen 2015 s. 29 og fortalen punkt 7.

¹⁵⁶ EU-kommisjonen, Commission Staff Working Document, Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, 25. mai 2016. Punkt 1.2, s. 9.

¹⁵⁷ Lunde, Mestad, & Lundby Michaelsen, 2015 s. 29.

4 Avslutning

Avhandlingen viser at markedsføringsloven kun i begrenset grad verner barn og unge mot markedsføring som skaper usunt kroppspress. Den viser også at Norge antakelig har adgang til å vedta strengere regler, da hovedhensynet bak dette er å verne forbrukernes helse, og ikke forbrukernes økonomiske interesser. Spørsmålet er hvordan lovgiver bør vedta strengere regler som er forenlig med gjeldende rett, og om forbud er den beste løsning på å bekjempe kroppspresset.

Jeg stiller meg positiv til politikernes lovforslag om forbud mot markedsføring av kosmetiske behandlinger og forbud mot markedsføring av slankemidler. Selv om hensynet til kommersiell yringsfrihet og næringsvirksomhet taler mot forbud, må det tungtveiende hensynet til barn og unges helse gå foran. Drøftelsen viser at dette er nødvendig og at handelspraksisdirektivet antakelig ikke stenger for muligheten til å oppstille slike forbud. Generelle forbud vil imidlertid lett anses for å ha til formål å verne forbrukernes økonomiske interesser og dermed være i strid med handelspraksisdirektivet. Generelle forbud må derfor unngås.

Et spørsmål er hvor et eventuelt forbud skal plasseres i regelverket. Det fornuftige mener jeg er at forbudene underlegges Forbrukertilsynet, og at det derfor plasseres i markedsføringsloven. Dette fordi markedsføringsloven er den generelle loven for markedsføring, og Forbrukertilsynet fører tilsyn med denne. Samtidig er kroppspress et av Forbrukertilsynets prioriteringsområder for 2019.¹⁵⁸

Lovgiver bør unngå å plassere et forbud i tilknytning til mfl. §§ 6-9, som skal verne forbrukernes økonomiske interesser. Mer naturlig er det å plassere forbudet i mfl. § 21 som beskytter allmenne etikk- og moraloppfatninger, og gjelder ved markedsføring overfor barn.

Drøftelsen viser imidlertid at barn og unge allerede har et visst vern mot kroppspress gjennom markedsføringsloven. Loven er imidlertid preget av rettslige standarder med vage formuleringer og uten klare forbud. Dette gjør at det blir vanskelig for aktørene å forstå innholdet i regelverket. Markedsføring som skaper kroppspress havner dermed lett i en gråsoner av det som er lovlig. Klarere regler som aktørene forstår vil gjøre det vanskeligere å

¹⁵⁸ <https://www.regjeringen.no/contentassets/929682b98fba4c788b1d65402677560d/forbrukertilsynet---tildelingsbrev-2019.pdf> (sist nedlastet 10.05.19)

markedsføre i gråsonen av det som er lovlig, samtidig som det sikrer forutsigbarhet til aktørene om hva slags reklame som er lovlig og ikke. På den andre siden anvendes generelle rettslige standarder nettopp for å sikre at reglenes aktualitet skal overleve endringer i samfunnet.

Retningslinjer til bransjen vil bøte på noen av de ovennevnte problemene. Som nevnt jobber Anfo og MBL med å utvikle retningslinjer som skal bekjempe kroppspress, og et faglig utvalg som skal håndheve retningslinjene. Ulempen med retningslinjene er at det blir vanskeligere for Forbrukertilsynet å sanksjonere da det blir uklart hvem som har håndhevingsansvaret. Forbrukertilsynet kan i kraft av lovstridsprinsippet gripe inn mot markedsføring som bryter bransjenormer. Dersom det samtidig skal eksistere et faglig utvalg som skal håndheve retningslinjene, blir spørsmålet hvem som har ansvaret.

For øvrig var det ved utarbeidelsen av dagens markedsføringslov, spørsmål om lovgiver skulle oppstille et eget forbud mot markedsføring av usunn mat og drikke overfor barn og unge. På dette tidspunktet var det nylig utarbeidet retningslinjer for markedsføring av mat og drikke overfor barn og unge. Etter forarbeidene stilte departementet seg positivt til retningslinjene og de mente at man bør avvete eventuell lovregulering til man så hvordan retningslinjene fungerte i praksis.¹⁵⁹ En mulig løsning kan derfor være at lovgiver, gjør som for ti år siden, og avventer en eventuell lovendring inntil retningslinjene er på plass slik at man først ser hvordan disse fungerer i praksis.

Likevel viser avhandlingen at forbud mot de groveste formene for markedsføring er nødvendig, herunder markedsføring av kosmetiske inngrep. Slike behandlinger reklameres det gjerne for i sosiale medier, som er en stor del av barn og unges hverdag. Ved å forby slik markedsføring sendes et klart signal til bransjen om at barn og unges helse er et tungtveiende hensyn som det skal tas hensyn til ved kropps- og utseendefokusert markedsføring.

Min konklusjon er at markedsføringsretten bør bekjempe kroppspresset gjennom forbud mot markedsføring av kosmetiske inngrep og ved å utarbeide retningslinjer til bransjen.

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 68

5 Kilderegister

5.1 Lovgivning

Norsk Lov

Lov 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold (Grunnloven)

Lov 12. april 1992 nr. 132 om legemidler mv. (legemiddeloven)

Lov 27. November 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven)

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. (helsepersonelloven)

Lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven)

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

Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Svensk lov

Marknadsföringslagen (2008:486) av 5. juni 2008

Radio- och tv-lag (2010:696) av 17. juni 2010

Dansk lov

Lov om markedsføring nr. 426 af 3. mai 2017

Forskrifter

FOR-1998-10-01 nr. 949: Forskrift om næringsmidler beregnet til bruk i energibegrenset kost for vektreduksjon.

FOR-2005-07-01 nr. 749: Forskrift om markedsføring av kosmetiske inngrep

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

FOR-2009-12-18 nr. 1839: Forskrift om legemidler

Traktater/konvensjoner

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992. (EØS-avtalen)

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) 4. november 1950

Direktiver

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked (Direktivet om urimelig handelspraksis)

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2014/40/EU av 3. april 2014 om innbyrdes tilnærming av medlemsstatenes lover og administrative bestemmelser om fremstilling, presentasjon og salg av tobakk og relaterte produkter og om opphevelse av direktiv 2001/37/EF (Tobakksdirektivet)

5.2 Offentlige dokumenter

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

Innst. S. nr. 119 (2006-2007). Innstilling om familie- og kulturkomiteen om samtykke til godkjenning av beslutning i EØS-komiteen nr. 93/2006 av 7. juli 2006 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere

Innst.327 S (2015-2016). Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Representantforslag fra stortingsrepresentantene Kjersti Toppe, Line Henriette Hjemdal, Kirsti Bergstø og Une Aina Bastholm om å forebygge kroppspress hos barn og unge

Innst.344 S (2017-2018). Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Representantforslag fra stortingsrepresentantene Kjersti Toppe, Line Henriette Hjemdal, Kirsti Bergstø og Une Aina Bastholm om å forebygge kroppspress hos barn og unge

Svenske forarbejder

Sverige Regjeringens proposition 2007/08:115 Ny marknadsföringslag, 6. mars 2008

5.3 Dommer, forvaltningsavgjørelser og andre avgjørelser

Norske rettsavgjørelser og forvaltningsavgjørelser

Høyesterettspraksis

Rt. 1982 s. 1062

Rt. 2002 s. 391 (GOD MORGON)

Rt. 2006 s. 1348 (Østlandske Autoberging)

Markedsrådet

MR-1994-22 (Benetton)

MR-1998-23

MR-1999-1

MR-1999-21 (Esso)

MR-2001-09 (Markedsføring av slankepreparat)

MR-2001-32

MR-2012-1245-1 (Atomic I)

MR-2012-1245-2 (Atomic II)

MR-2018-1234 (Anna Rasmussen AS)

Forbrukertilsynet

FO-sak 92-2073 (Viking fottøy AS)

FO-sak 97-1271 (Norske Meierier)

FO-sak 04-57 (Telenor Mobil AS)

FO-sak 14-570 (Elixia-saken)

Svensk forvaltningsavgjørelser

Marknadsdomstolen

MD 2012:14 (Stardoll)

Patent- og marknadsdomstolen

PMT 11949-16 (Kissie)

EU-domstolen

Sak C-112/99 (Toshiba Europe)

Sak C-391/12 (Stuttgarter Wochenblatt)

Sak C-339/15 (Vanderborght)

Sak C-151/17

5.4 Veiledninger og retningslinjer

EU-kommisjonen

EU-kommisjonen, Commission Staff Working Document, Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, 25. mai 2016. (Benevnt veiledningen) <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ucp-guidance-en.pdf>, (sist nedlastet 07.05.19)

Forbrukertilsynet

Forbrukertilsynet, De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012 <https://www.forbrukertilsynet.no/content/2012/04/Felles-nordisk-standpunkt-om-markedsf%C3%B8ring-via-sosiale-medier.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

Forbrukertilsynet, Forbrukertilsynets veiledning om handelspraksis overfor barn og unge – barn og markedsføring – barn og avtalevilkår (Oppdatert 01.01.2018)

<https://www.forbrukertilsynet.no/content/2017/12/Forbrukertilsynets-veiledning-om-handelspraksis-overfor-barn-og-unge.pdf>, (sist nedlastet 07.05.19)

Forbrukertilsynet og Medietilsynet, Notat om regulering og tilsyn med markedsføring av kosmetiske inngrep, legemidler, medisinsk utstyr, næringsmidler, skjønnhetspleie og kosmetikk <https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/etiske-retningslinjer-kroppspress/notat-om-regulering-og-tilsyn-med-markedsforing-av-kosmetiske-inngrep-l...pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

Forbrukertilsynet, Forbrukertilsynets veileder om merking av reklame i sosiale medier (oppdatert januar 2018) <https://www.forbrukertilsynet.no/content/2017/12/Forbrukertilsynets-veileder-om-merking-av-reklame-i-sosiale-medier.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

Forbrukertilsynet og Medietilsynet, Skisse til retningslinjer mot kroppspress i sosiale medier (2018) <https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/etiske-retningslinjer-kroppspress/20181001-skisse-til-retningslinjer-kroppspress.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

Forbrukertilsynet og Medietilsynet, Bakgrunnsnotat - Etske retningslinjer mot kroppspress i sosiale medier (2018) <https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/etiske-retningslinjer-kroppspress/20181001-bakgrunnsnotat-kroppspress-retningslinjer.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

Medietilsynet

Medietilsynet og Forbrukertilsynet, Skisse til retningslinjer mot kroppspress i sosiale medier (2018) <https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/etiske-retningslinjer-kroppspress/20181001-skisse-til-retningslinjer-kroppspress.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

Medietilsynet og Forbrukertilsynet, Bakgrunnsnotat - Etske retningslinjer mot kroppspress i sosiale medier (2018) <https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/etiske-retningslinjer-kroppspress/20181001-bakgrunnsnotat-kroppspress-retningslinjer.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

Den internasjonale straffedomstolen (ICC)

ICC, ICC Advertising and Marketing Communications Code

<https://iccwbo.org/publication/icc-advertising-and-marketing-communications-code/> (sist nedlastet 07.05.19)

5.5 Litteratur

Bernitz, Ulf (2013): *Svensk och europeisk marknadsrätt 2, marknadsföringsrätten*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Grandal, Morten (2009): *Norsk lovkommentar til Markedsføringsloven, nr. 2*.

Grandal, Morten og Frode Elton Haug (2016): *Markedsføringsrett i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal juridisk.

Lunde, Tore, Ingvild Mestad og Terje Lundby (2015): *Markedsføringsloven med kommentarer, 2. utgave*. Oslo: Gyldendal juridisk.

Møgelvang-Hansen, Peter, Thomas Riis og Jan Trzaskowski (2017): *Markedsføringsretten, 3. utgave*. København: Ex Tuto Publishing.

5.6 Rapporter

Engelbrekt, Antonia Baradjieva. u.d. *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries- Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices. Report for the Nordic Council of Ministers, Committee on Consumer Affairs*. Stockholm.

EU-kommisjonen (14. mars 2013). *Report from the commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Brussel: COM(2013) 139 final*.

SIFO, etter oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet (2014). *Retusjert reklame og kroppspress, oppdragsrapport nr. 1*.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (Juli 2016). *Rapport fra udvalg om Markedsføringsloven*.

NOVA (2017). *Stress og press blant ungdom*.

Press (2018). *Prosjekt perfekt*.

SIFO, etter oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet (2018). *Markedsføring og personvern i sosiale medier – en flermetodisk undersøkelse med barn som medforskere, oppdragsrapport nr. 13*.

5.7 Andre kilder

Familie- og kulturkomiteen, *Innst. 344 S (2007-2008)*:

<https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2017-2018/inns-201718-344s.pdf> (sist nedlastet 07.05.19)

Stortinget, *Representantforslag om kroppspress og reklameindustrien*:

<https://www.stortinget.no/nn/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Vedtak/Sak/?p=71755> (sist nedlastet 05.05.19)

Miljøpartiet, *Representantforslag om å redusere kropps- og skjønnhetspress blant unge*:

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=75337> (sist nedlastet 05.05.19)

Regjeringens nettsider: *Personvernforordningen (GDPR)*.

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/aug/forslag-til-personvernforordning/id2433856/> (sist nedlastet 05.05.19)

Forbrukertilsynets nettsider: *Stort omfang av markedsføring for kosmetiske behandlinger*,

datert 21.03.2019.. <https://www.forbrukertilsynet.no/stort-omfang-av-markedsforing-kosmetiske-behandlinger> (sist nedlastet 05.05.19)

Medietilsynets undersøkelse *Barn og medier 2018 – Foreldre og medier 2018*.

https://www.medietilsynet.no/globalassets/dokumenter/trygg_bruk/BM2018_personvern_alderesgrenser, (sist nedlastet 07.05.19)

Medietilsynets nettsider: *Følger ikke aldersgrensene på sosiale medier* (publisert 16.08.18)

<https://www.medietilsynet.no/om/aktuelt-2018/folger-ikke-aldersgrensene/> (sist nedlastet 07.05.19)

Skatteetatens nettsider: *Blogging og sosiale medier*. <https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/rapportering-og-bransjer/bransjer-med-egne-regler/internett/blogging/> (sist

nedlastet 05.05.19)

Høyres nettsider: I resolusjon om *Løft for barn og unges psykiske helse* <https://hoyre.no/om-hoyre/partiet/landsmoter/> (sist nedlastet 09.05.19)

Erhvervs- og Vækstministeriet, *Høringsnotat vedrørende forslag til Lov om markedsføring* (16. september 2016) <https://www.ft.dk/samling/20161/lovforslag/L40/bilag/1/1675273.pdf> (sist nedlastet 09.05.19)

Barne- og likestillingsdepartementet, *Tildelingsbrev til Forbrukertilsynet 2019*
<https://www.regjeringen.no/contentassets/929682b98fba4c788b1d65402677560d/forbrukertilsynet--tildelingsbrev-2019.pdf> (sist nedlastet 10.05.19)

NRKs nettsider: <https://www.nrk.no/kultur/ungdomsrekord-for-debatten-1.14483292> (sist nedlastet 07.05.19)

NRKs nettsider: *Debatten 19. mars – Bloggermakt og kroppspress*
<https://tv.nrk.no/serie/debatten/201903/NNFA51031919> (sist nedlastet 10.05.19)

6 Vedlegg

Vedlegg 1: Orienteringsbrev fra Forbrukertilsynet til Injeksjonsspesialisten AS.



FORBRUKERTILSYNET

Injeksjonsspesialisten AS

Dokumentet blir kun sendt pr. e-post

Deres ref.

Vår ref.
Sak nr: 19/566-1
Saksbehandler: Tanja Czelusniak
Dir.tlf: 909 26 159

Dato:
15.03.2019

Orienteringsbrev om bruk av påvirkere til å markedsføre kosmetiske behandlinger

Forbrukertilsynet fører tilsyn med at næringsdrivendes avtalevilkår og markedsføring som rettes til forbrukere ikke er i strid med markedsføringsloven. Vi fører også tilsyn med at næringsdrivende overholder angrerettloven, finansavtaleloven og forbrukervernregler i en rekke andre lover. For mer informasjon, se www.forbrukertilsynet.no.

I forbindelse med vår tilsynsaksjon 20.- 21. februar 2019 med reklame for skjønnhetsprodukter- og behandlinger i sosiale medier, har vi registret at dere bruker påvirkere¹ i markedsføringen av ulike skjønnhetsbehandlinger, inkludert «Aquagold», «Platelet-Rich Plasma», Juvederm, TCA Peel og dermapen. Under tilsynsaksjonen undersøkte Forbrukertilsynet innlegg i sosiale medier for 2019, med hovedfokus på innlegg lagt ut av påvirkere hvor de reklamerer for skjønnhetsprodukter – og behandlinger.

Vedlagt finner dere noen eksempler på innlegg vi fant som vedrører Injeksjonsspesialisten AS. Innleggene er lagt ut av påvirkere på sine Instagram-kontoer, hvor de markedsfører for ulike behandlinger som utføres hos dere.

Forbrukertilsynet vil understreke at vi ikke kan se at det foreligger noen klare brudd på markedsføringslovens regler om god markedsføringsskikk basert på funnene i vår tilsynsaksjon. Dette fordi vi ser at påvirkere som markedsførte «Aquagold» og «Platelet-Rich Plasma» i sine sosiale medier stort sett ser ut til å være eldre personer som ikke har en følgermasse under 18 år. Bruken av yngre påvirkere, f.eks. @solveigkg, vil imidlertid kunne ligge i gråsonen.

¹ Med begrepet påvirkere mener vi personer som er populære og/eller har mange følgere i sosiale medier.

Markedsføring av skjønnhetsbehandlinger gjennom påvirkere i sosiale medier vil kunne reise særlige spørsmål knyttet til markedsføringslovens regler om beskyttelse av barn. Forbrukertilsynet ønsker derfor at Injeksjonsspesialisten har et bevisst forhold til de særlige regler som gjelder for markedsføring ovenfor barn (punkt 1 og 2) og forbudet mot skjult reklame (punkt 3). I det følgende vil lovreglene kort blir redegjort for.

1. Særlige regler om beskyttelse av barn ved markedsføring

Som markedsføring regnes alt som kan være med på å fremme en næringsdrivendes salg av et produkt eller tjeneste, og som en påvirker eksempelvis legger ut fordi vedkommende får betalt for det, eller får andre fordeler ved å gjøre det. Der en påvirkker mottar sponsede produkter eller behandlinger legger Forbrukertilsynet som utgangspunkt til grunn at det vil være en forventning om omtale eller eksponering av den næringsdrivende, selv om dette ikke er uttrykkelig avtalt. Dette gjelder også dersom man betaler for behandlingen selv, men for eksempel får rabatt.

Markedsføringslovens (mfl.) kapittel 4 har særbestemmelser om beskyttelse av barn, som lovfester tidligere praksis om at markedsføringslovens regler tolkes strengere der markedsføring rettes mot barn eller for øvrig kan ses eller høres av barn. I disse tilfellene skal det etter mfl. § 19 utvises særlig forsiktighet og tas hensyn til barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlig godtroenhet.

Med barn menes i utgangspunktet mindreårige under 18 år. Barnebegrepet etter markedsføringsloven er likevel fleksibelt. Dette betyr at vurderingen vil være strengere jo yngre barn markedsføringen treffer. Forbrukertilsynet vil ved vurderingen av om et markedsføringstiltak er i strid med markedsføringslovens regler ta hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare.

Som det fremgår av bestemmelsen er det ikke bare der barn er målgruppen for markedsføringen at man må ta hensyn til barns sårbarhet, men i all markedsføring. Næringsdrivende er derfor ansvarlige for å vurdere om markedsføringen kan ses eller høres av mindreårige ved utformingen av et markedsføringstiltak. Dette er fordi barn også eksponeres for markedsføring som ikke er spesifikt rettet mot dem, der nettopp det at markedsføringen ikke er beregnet for barn gjør at innholdet er uegnet og urimelig for denne aldersgruppen.

Det følger av markedsføringsloven § 2 at markedsføring ikke må stride mot god markedsføringsskikk. Ved den generelle vurderingen legges det vekt på om markedsføringen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, eller om det tas i bruk støtende virkemidler. Når det gjelder vurderingen av om markedsføring overfor barn er i strid med god markedsføringsskikk skal det etter mfl. § 21 bokstav b blant annet legges vekt på om markedsføringen spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit. I

forarbeidene understrekes det at reklame som spiller på usunne eller urealistiske idealer vil kunne rammes av bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 73.

2. Markedsføring av kosmetiske behandlinger ovenfor barn

Barn og unge er i stor grad aktive brukere av sosiale medier, og disse gruppene følger ofte påvirkere i form av bloggere eller andre kjendiser. Medietilsynets rapport om barn og medier fra 2018 viser at «*ni av ti barn og unge i alderen 9 til 18 år bruker ett eller flere sosiale medier, og andelen øker med alderen. Fra 12-årsalderen til jenter og 13-årsalderen til gutter bruker omtrent alle sosiale medier*». Barn og unge bruker mye tid på mobilen; rundt halvparten brukte to timer eller mer dagen i forveien, og omtrent 90 % av jenter i alderen 15-16 bruker Instagram.²

Som nevnt innledningsvis har Forbrukertilsynet blitt oppmerksom på at påvirkere @idadir, @fitnessnora og @solveigkg har lagt ut innlegg på Instagram hvor de markedsfører for «Aquagold» og «Platelet-Rich Plasma» på vegne av Injeksjonsspesialisten AS. I lys av påvirkernes alder og profiler, legger Forbrukertilsynet til grunn av følgerne deres i sosiale medier ikke i hovedsak er barn under 18 år. Følgelig blir barn trolig ikke eksponert for markedsføringen.

Vurderingen av om barn blir eksponert for markedsføringen er konkret, og vil avhenge av påvirkers alder og profil. Dersom Injeksjonsspesialisten AS i fremtiden benytter seg av andre påvirkere i sin markedsføring, vil dermed vurderingen kunne stille seg annerledes.

På grunn av sin karakter og virkning, vil markedsføring av produkter som «Aquagold» og «Platelet-Rich Plasma» ovenfor barn og unge kunne bidra til et sterkere press når det gjelder utseende og kropp, noe som vil kunne ha negative konsekvenser for barns helse. Markedsføring av slike behandlinger ovenfor mindreårige vil med dette som bakgrunn lett kunne bidra til sosial usikkerhet og dårlig selvtillit knyttet til barns utseende eller kropp.

Etter Forbrukertilsynets vurdering vil markedsføring av kosmetiske behandlinger som «Aquagold», «Platelet-Rich Plasma», Juvederm, TCA Peel, dermapen eller lignende behandlinger hvor markedsføringen blir fremsatt på en måte som gjør det sannsynlig at mindreårige blir eksponert for markedsføringen derfor kunne være i strid med reglene om god markedsføringsskikk, jf. mfl. § 2 sml. §§ 19 og 21.

For øvrig vil vi påpeke at det ikke er tillatt å markedsføre for navnet eller virkestoffet for et reseptbelagt legemiddel mot allmenheten, jf. legemiddelforskriften § 13-5 (3). Eksempler på reseptbelagte legemidler er Botox og noen former for kjemisk peeling. Det er Legemiddelverket som fører tilsyn med markedsføring av legemidler.

² Medietilsynet, [Barn og Medier 2018](#)

3. Forbudet mot skjult reklame

I følge markedsføringsloven § 3 første ledd skal markedsføring utformes og presenteres slik at den tydelig fremstår som markedsføring. Det vil si at dersom en næringsdrivende velger å markedsføre et produkt eller en tjeneste i sosiale medier, må markedsføringstiltaket utformes slik at det klart og tydelig fremgår at det er markedsføring. Dersom man ikke merker innlegg som er markedsføring godt nok, vil dette være en villedende utelatelse av opplysninger fra markedsføringen i strid med mfl. § 8. All markedsføring som er i strid med mfl. § 8 er også i strid med forbudet mot urimelig handelspraksis i mfl. § 6 første ledd jf. fjerde ledd.

Forbudet mot skjult reklame gjelder for alle sosiale medier, som for eksempel Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat og blogger. Forbrukerne skal oppfatte at et innlegg inneholder markedsføring før eller samtidig som de ser innlegget. Det vil si at forbrukerne ikke skal måtte lete eller scrolle i et innlegg for å oppdage at det er reklame. Dersom innlegg som inneholder reklame blir delt på andre plattformer, må også delingen merkes som reklame.

For at merkingen av et reklameinnlegg skal oppfylle vilkårene i markedsføringsloven må merkingen ha:

- fremtredende plassering
- tydelig skrift, og
- stor nok skriftstørrelse.

I tillegg må det brukes begreper som gjør at forbrukerne skjønner at det er snakk om markedsføring. Etter Forbrukertilsynets vurdering vil ordene «reklame» og «annonse» være tilstrekkelig tydelige.

Videre skal det alltid fremgå av innlegget hvem den som publiserer innlegget markedsfører på vegne av, jf. ehandelsloven § 9 første ledd, første punktum. Det er tilstrekkelig at annonsøren blir omtalt i innlegget eller at det tydelig fremgår fra sammenhengen.

Dere kan finne mer informasjon om kravene til merking av markedsføring i sosiale medier i Forbrukertilsynets veiledning på <https://www.forbrukertilsynet.no/veiledning-reklame-some>.

4. Injeksjonsspesialistens ansvar ved brudd på markedsføringsloven

I tilfeller hvor en påvirker eller andre aktører markedsfører for tjenester eller produkter på vegne av Injeksjonsspesialisten AS, vil selskapet være ansvarlige for at reglene i markedsføringsloven overholdes. Dette inkluderer reglene om beskyttelse av barn ved markedsføring i mfl. kapittel 4, samt å sikre at markedsføringstiltak er utformet på en måte som er i samsvar med kravene til identifikasjon av reklame, jf. markedsføringsloven § 3, sml. §§ 8 og 6.

I tillegg vil også påvirkeren som har publisert markedsføringen og andre mellomledd ha et ansvar for å sørge for at markedsføringen ikke er lovstridig, jf. mfl. § 39 (3).

Ved brudd på markedsføringsloven har Forbrukertilsynet kompetanse til å fatte vedtak. Til et slikt vedtak vil det som hovedregel være knyttet en økonomisk sanksjon i form an enten en tvangsmulkt eller et overtredelsesgebyr.

Dersom dere har spørsmål eller har behov for veiledning, kan dere kontakte saksbehandler Tanja Czelusniak (tc@forbrukertilsynet.no).

Med vennlig hilsen
for Forbrukertilsynet

Tonje Hovde Skjelbostad
avdelingsdirektør

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen håndskrevet signatur

Kopimottaker:

- Statens legemiddelverk

Vedlegg:

- PDF-dokument med bilder hvor påvirkere markedsfører for ulike behandlinger som utføres hos dere.

Vedlegg 2: Brev fra Forbrukertilsynet til selskapet Medisinske Hudbehandlinger og Estetikk AS.



FORBRUKERTILSYNET

Medisinske Hudbehandlinger & Estetikk AS

Dokumentet blir kun sendt pr. e-post

Deres ref.

Vår ref.
Sak nr: 19/623-1
Saksbehandler: Tanja Czelusniak
Dir.tlf: 909 26 159

Dato:
15.03.2019

Vedrørende bruk av påvirkere til å markedsføre kosmetiske behandlinger

Forbrukertilsynet fører tilsyn med at næringsdrivendes avtalevilkår og markedsføring som rettes til forbrukere ikke er i strid med markedsføringsloven. Vi fører også tilsyn med at næringsdrivende overholder angrerettloven, finansavtaleloven og forbrukervernregler i en rekke andre lover. For mer informasjon, se www.forbrukertilsynet.no.

I forbindelse med vår tilsynsaksjon 20.- 21. februar 2019 med reklame for skjønnhetsprodukter- og behandlinger i sosiale medier, har vi registret at dere bruker påvirkere¹ i markedsføringen av ulike skjønnhetsbehandlinger, inkludert «Microgold» og kjemisk peeling. Under tilsynsaksjonen undersøkte Forbrukertilsynet innlegg i sosiale medier for 2019, med hovedfokus på innlegg lagt ut av påvirkere hvor de reklamerer for skjønnhetsprodukter – og behandlinger.

Vedlagt (i vedlegg 1) finner dere dokumentasjon på to innlegg publisert av påvirkeren Iselin Svendsen. Innleggene ble publisert på Iselin sin Instagram-konto 15.01.2019 og 23.01.2019, hvor hun markedsfører for «Microgold»-behandling og kjemisk peeling på vegne av Sophie Roll, kosmetisk sykepleier ved Medisinske Hudbehandlinger & Estetikk AS.

Som markedsføring regnes alt som kan være med på å fremme en næringsdrivendes salg av et produkt eller tjeneste, og som en påvirkere eksempelvis legger ut fordi vedkommende får betalt for det, eller får andre fordeler ved å gjøre det. Der en påvirkere mottar sponsede produkter eller behandlinger legger Forbrukertilsynet som utgangspunkt til grunn at det vil være en forventning om omtale eller eksponering av den næringsdrivende, selv om dette

¹ Med begrepet påvirkere mener vi personer som er populære og/eller har mange følgere i sosiale medier.

ikke er uttrykkelig avtalt. Dette gjelder også dersom man betaler for behandlingen selv, men for eksempel får rabatt.

Markedsføring av skjønnhetsbehandlinger, herunder «Mircogold» og kjemisk peeling, gjennom påvirkere i sosiale medier vil kunne reise særlige spørsmål knyttet til markedsføringslovens regler om beskyttelse av barn. Disse reglene vil det bli redegjort for nedenfor.

1. Særlige regler om beskyttelse av barn ved markedsføring

Markedsføringslovens kapittel 4 har særbestemmelser om beskyttelse av barn, som lovfester tidligere praksis om at markedsføringslovens regler tolkes strengere der markedsføring rettes mot barn eller for øvrig kan ses eller høres av barn. I disse tilfellene skal det etter mfl. § 19 utvises særlig forsiktighet og tas hensyn til barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet.

Med barn menes i utgangspunktet mindreårige under 18 år. Barnebegrepet etter markedsføringsloven er likevel fleksibelt. Dette betyr at vurderingen vil være strengere jo yngre barn markedsføringen treffer. Forbrukertilsynet vil ved vurderingen av om et markedsføringstiltak er i strid med markedsføringslovens regler ta hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare.

Som det fremgår av bestemmelsen er det ikke bare der barn er målgruppen for markedsføringen at man må ta hensyn til barns sårbarhet, men i all markedsføring. Næringsdrivende er derfor ansvarlige for å vurdere om markedsføringen kan ses eller høres av mindreårige ved utforming av et markedsføringstiltak. Dette er fordi barn også eksponeres for markedsføring som ikke er spesifikt rettet mot dem, der nettopp det at markedsføringen ikke er beregnet for barn gjør at innholdet er uegnet og urimelig for denne aldersgruppen.

Det følger av markedsføringsloven (mfl.) § 2 at markedsføring ikke må stride mot god markedsføringsskikk. Ved den generelle vurderingen legges det vekt på om markedsføringen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, eller om det tas i bruk støtende virkemidler. Når det gjelder vurderingen av om markedsføring overfor barn er i strid med god markedsføringsskikk skal det etter mfl. § 21 bokstav b blant annet legges vekt på om markedsføringen spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit. I forarbeidene understrekes det at reklame som spiller på usunne eller urealistiske idealer vil kunne rammes av bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 73.

2. Markedsføring av kosmetiske behandlinger i sosiale medier

Barn og unge er i stor grad aktive brukere av sosiale medier, og disse gruppene følger ofte påvirkere i form av bloggere eller andre kjendiser. Medietilsynets rapport om barn og medier fra 2018 viser at *«ni av ti barn og unge i alderen 9 til 18 år bruker ett eller flere sosiale medier, og andelen øker med alderen. Fra 12-årsalderen til jenter og 13-årsalderen til gutter*

bruker omtrent alle sosiale medier». Barn og unge bruker mye tid på mobilen; rundt halvparten brukte to timer eller mer dagen i forveien, og omtrent 90 % av jenter i alderen 15-16 bruker Instagram.²

Som nevnt innledningsvis har Forbrukertilsynet blitt oppmerksom på at påvirkeren Iselin Svendsen den 15.01.2019 og 23.01.2019 publiserte to innlegg på Instagram hvor hun markedsfører for «Microgold» og kjemisk peeling på vegne av Sophie Roll ved Medisinske Hudbehandlinger & Estetikk AS. Iselin Svendsen er 23 år gammel og har over 13 000 følgere på Instagram. I lys av hennes alder og profil legger Forbrukertilsynet til grunn at følgerne hennes i sosiale medier vil være unge, også under 18 år, og at mindreårige med dette blir eksponert for markedsføringen.

«Microgold» er et injeksjonsprodukt som består av ulike komponenter og inkluderer ofte Botox,³ fillers og Mesoterapi. Denne miksen injiseres ned i huden via gullbelagte nåler, og brukes for blant annet å oppnå glød, minske porer, forebygge akne og få glatt og jevn hud. Det er dermed tale om et kosmetisk produkt som har til formål å endre utseende til den som mottar behandlingen, ved å forbedre huden.

Kjemisk peeling er en samlebetegnelse på ulike hudbehandlinger som innebærer hudfornyelse, hvor formålet er å forbedre huden. Hvor inngripende behandlingen er, samt hvor lang nedetid det er etter behandlingen, varierer ut fra produktet man bruker samt hvor dypt ned i huden man går med peelingen.

Behandlingen med «Microgold» gir en umiddelbar virkning, også på klassiske «hudproblemer» som barn og unge kan oppleve, slik som akne eller store porer. I tillegg er utsagn som at man kan få «glatt og jevn hud»⁴, attraktive kvaliteter som det må legges til grunn at flere ønsker. På grunn av sin karakter og virkning, vil markedsføring av produkter som «Microgold» og kjemisk peeling ovenfor barn og unge kunne bidra til et sterkere press når det gjelder utseende og kropp, noe som vil kunne ha negative konsekvenser for barns helse. Markedsføringen får gjerne en enda større effekt når avsenderen er påvirkere som barn og unge følger og ser opp til.

Et annet moment som kan trekkes frem, er at Iselin Svendsen i sitt innlegg datert 15.01.2019 gir bort en gratis behandling av «Microgold» ved å avholde en konkurranse. Markedsrådet la til grunn i sitt vedtak av 18/1234 at «premierte konkurranser er et virkemiddel som i særlig grad er egnet til å tiltrekke seg forbrukerens oppmerksomhet, ikke bare til den konkrete konkurransen, men også til produktene som kan vinnes og foretakets øvrige markedsføring».

² Medietilsynet, [Barn og Medier 2018](#)

³ For øvrig vil Forbrukertilsynet påpeke at det ikke er tillatt å markedsføre for navnet eller virkestoffet for et reseptbelagt legemiddel mot allmenheten, jf. legemiddelforskriften § 13-5 tredje ledd. Eksempler på reseptbelagte legemidler er Botox og visse former for kjemisk peeling. Det er Legemiddelverket som fører tilsyn med markedsføring av legemidler. Legemiddelverket vil bli orientert om forholdet ved en kopi av dette brevet.

⁴ Hentet fra Medisinske Hudbehandlinger & Estetikk AS sin nettside: <https://medhud.no/microgold/>

En slik konkurranse, hvor en forbruker kan vinne behandlingen ved blant annet å «tagge» to eller flere venner, er med andre ord problematisk av flere grunner: For det første vil det skape et større engasjement og spredning av markedsføring rundt selve behandlingen og klinikken for øvrig. For det annet vil en slik behandling lettere appellere til personer under 18 år, ved at man får det gratis. Et tredje moment er at det i innlegget ikke er angitt noen aldersgrense for å ta behandlingen. Forbrukertilsynet har heller ikke identifisert at dere oppgir noen aldersgrense for behandlingen på deres nettside.

Samlet, vil markedsføring av disse behandlingene ovenfor mindreårige lett kunne bidra til sosial usikkerhet og dårlig selvtillit knyttet til barns utseende eller kropp. Å avholde en konkurranse som skissert ovenfor, vil også bidra til at markedsføringen spres og får mer oppmerksomhet. Etter Forbrukertilsynets vurdering vil markedsføring av «Microgold», kjemisk peeling eller lignende behandlinger hvor markedsføringen blir fremsatt på en måte som gjør det sannsynlig at mindreårige blir eksponert for markedsføringen derfor kunne være i strid med reglene om god markedsføringsskikk, jf. mfl. § 2 sml. §§ 19 og 21.

3. Medisinske Hudbehandlinger & Estetikk AS sitt ansvar ved brudd på markedsføringsloven

I tilfeller hvor en påvirker eller andre aktører markedsfører for tjenester eller produkter på vegne av Medisinske Hudbehandlinger & Estetikk AS, vil selskapet være ansvarlige for at reglene i markedsføringsloven overholdes. Dette inkluderer reglene om beskyttelse av barn ved markedsføring i mfl. kapittel 4.

I tillegg vil også påvirkeren som har publisert markedsføringen og andre mellomledd ha et ansvar for å sørge for at markedsføringen ikke er lovstridig, jf. mfl. § 39 (3).

Ved brudd på markedsføringsloven har Forbrukertilsynet kompetanse til å fatte vedtak. Til et slikt vedtak vil det som hovedregel være knyttet en økonomisk sanksjon i form an enten en tvangsmulkt eller et overtredelsesgebyr.

På bakgrunn av forholdene vi har redegjort for ber vi om Medisinske Hudbehandlinger & Estetikk AS' kommentarer og eventuelle forslag til endring av praksis for å **sørge for at mindreårige ikke eksponeres for markedsføring i strid med god markedsføringsskikk, og at dette sendes til oss snarest mulig og senest innen 5. april 2019.**

Tilbakemeldingen kan sendes på e-post til saksbehandler Tanja Czelusniak (tc@forbrukertilsynet.no).

Med vennlig hilsen
for Forbrukertilsynet

Tonje Hovde Skjelbostad
avdelingsdirektør

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen håndskrevet signatur

Kopimottakere:

- Iselin Svendsen
- Statens legemiddelverk

Vedlegg:

- Vedlegg 1: skjermbilde av innlegget til Iselin Svendsen
- Vedlegg 2: kopi av brev til Iselin Svendsen datert 15.03.2019

Vedlegg 3: Brev fra Forbrukertilsynet til Laserlegene - Østfold Laserklinikk.



Laserlegene - Østfold Laserklinikk

Dokumentet blir kun sendt pr. e-post

Deres ref.

Vår ref.
Sak nr: 19/624-1
Saksbehandler: Tanja Czelusniak
Dir.tlf. 909 26 159

Dato:
15.03.2019

Vedrørende bruk av påvirkere til å markedsføre kosmetiske behandlinger

Forbrukertilsynet fører tilsyn med at næringsdrivendes avtalevilkår og markedsføring som rettes til forbrukere ikke er i strid med markedsføringsloven. Vi fører også tilsyn med at næringsdrivende overholder angrerettloven, finansavtaleloven og forbrukervernregler i en rekke andre lover. For mer informasjon, se www.forbrukertilsynet.no.

I forbindelse med vår tilsynsaksjon 20.- 21. februar 2019 med reklame for skjønnhetsprodukter- og behandlinger i sosiale medier, har vi registret at dere bruker påvirkere¹ i markedsføringen av skjønnhetsbehandlinger, inkludert «Velashape». Under tilsynsaksjonen undersøkte Forbrukertilsynet innlegg i sosiale medier for 2019, med hovedfokus på innlegg lagt ut av påvirkere hvor de reklamerer for skjønnhetsprodukter – og behandlinger.

Vedlagt (i vedlegg 1) finner dere skjermbilder av en Instagram-video som ble publisert av påvirkeren Ulrikke Brandstorp (filmen er blitt «re-postet» av dere, på deres Instagram-profil) i uke syv inneværende år. I videoen markedsfører hun for Velashape-behandling på vegne av Laserlegene – Østfold Laserklinikk.

Som markedsføring regnes alt som kan være med på å fremme en næringsdrivendes salg av et produkt eller tjeneste, og som en påvirker eksempelvis legger ut fordi vedkommende får betalt for det, eller får andre fordeler ved å gjøre det. Der en påvirker mottar sponsede produkter eller behandlinger legger Forbrukertilsynet som utgangspunkt til grunn at det vil være en forventning om omtale eller eksponering av den næringsdrivende, selv om dette

¹ Med begrepet påvirkere mener vi personer som er populære og/eller har mange følgere i sosiale medier.

ikke er uttrykkelig avtalt. Dette gjelder også dersom man betaler for behandlingen selv, men for eksempel får rabatt.

Markedsføring av skjønnhetsbehandlinger, herunder Velashape, gjennom påvirkere i sosiale medier vil kunne reise særlige spørsmål knyttet til markedsføringslovens regler om beskyttelse av barn. Disse reglene vil det bli redegjort for nedenfor.

1. Særlige regler om beskyttelse av barn ved markedsføring

Markedsføringslovens kapittel 4 har særbestemmelser om beskyttelse av barn, som lovfester tidligere praksis om at markedsføringslovens regler tolkes strengere der markedsføring rettes mot barn eller for øvrig kan ses eller høres av barn. I disse tilfellene skal det etter mfl. § 19 utvises særlig forsiktighet og tas hensyn til barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet.

Med barn menes i utgangspunktet mindreårige under 18 år. Barnebegrepet etter markedsføringsloven er likevel fleksibelt. Dette betyr at vurderingen vil være strengere jo yngre barn markedsføringen treffer. Forbrukertilsynet vil ved vurderingen av om et markedsføringstiltak er i strid med markedsføringslovens regler ta hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare.

Som det fremgår av bestemmelsen er det ikke bare der barn er målgruppen for markedsføringen at man må ta hensyn til barns sårbarhet, men i all markedsføring. Næringsdrivende er derfor ansvarlige for å vurdere om markedsføringen kan ses eller høres av mindreårige ved utforming av et markedsføringstiltak. Dette er fordi barn også eksponeres for markedsføring som ikke er spesifikt rettet mot dem, der nettopp det at markedsføringen ikke er beregnet for barn gjør at innholdet er uegnet og urimelig for denne aldersgruppen.

Det følger av markedsføringsloven (mfl.) § 2 at markedsføring ikke må stride mot god markedsføringsskikk. Ved den generelle vurderingen legges det vekt på om markedsføringen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, eller om det tas i bruk støtende virkemidler. Når det gjelder vurderingen av om markedsføring overfor barn er i strid med god markedsføringsskikk skal det etter mfl. § 21 bokstav b blant annet legges vekt på om markedsføringen spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit. I forarbeidene understrekes det at reklame som spiller på usunne eller urealistiske idealer vil kunne rammes av bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 73.

2. Markedsføring av kosmetiske behandlinger i sosiale medier

Barn og unge er i stor grad aktive brukere av sosiale medier, og disse gruppene følger ofte påvirkere i form av bloggere eller andre kjendiser. Medietilsynets rapport om barn og medier fra 2018 viser at *«ni av ti barn og unge i alderen 9 til 18 år bruker ett eller flere sosiale medier, og andelen øker med alderen. Fra 12-årsalderen til jenter og 13-årsalderen til gutter bruker omtrent alle sosiale medier»*. Barn og unge bruker mye tid på mobilen; rundt

halvparten brukte to timer eller mer dagen i forveien, og omtrent 90 % av jenter i alderen 15-16 bruker Instagram.²

Som nevnt innledningsvis har Forbrukertilsynet blitt oppmerksom på at påvirkeren Ulrikke Brandstorp i uke syv inneværende år publiserte en video på Instagram hvor hun markedsfører Velashape på vegne av Laserlegene – Østfold Laserklinikk. Ulrikke Brandstorp er 23 år gammel og har over 8 000 følgere på Instagram. Hun har videre vært med på Stjernekamp, The Voice og Melodi Grand Prix – programmer som flere barn og unge følger med på. I lys av hennes alder og profil legger Forbrukertilsynet til grunn at følgere hennes i sosiale medier vil være unge, også under 18 år, og at mindreårige med dette blir eksponert for markedsføringen.

Slik Forbrukertilsynet forstår det, er Velashape en ikke-invasiv behandling som består av cellulittbehandling, figurforming og fettreduksjon. Det er dermed tale om en kosmetisk behandling som har til formål å endre utseende til den som mottar behandlingen, ved å redusere fett på spesifikke områder, øke lymfedrenasje og glatte ut huden.

Velashape-behandlingen gir en umiddelbar virkning, også på klassiske «problemer» som barn og unge kan oppleve, slik som uønsket fett og cellulitter. Det må legges til grunn at flere ønsker en slik behandling. På grunn av sin karakter og virkning, vil markedsføring av behandlinger som Velashape ovenfor barn og unge kunne bidra til et sterkere press når det gjelder utseende og kropp, noe som vil kunne ha negative konsekvenser for barns helse. Markedsføringen får gjerne en enda større effekt når avsenderen er påvirkere som barn og unge følger og ser opp til.

Etter Forbrukertilsynets vurdering vil markedsføring av Velashape eller lignende behandlinger hvor markedsføringen blir fremsatt på en måte som gjør det sannsynlig at mindreårige blir eksponert for markedsføringen derfor kunne være i strid med reglene om god markedsføringsskikk, jf. mfl. § 2 sml. §§ 19 og 21.

3. Laserlegene – Østfold Laserklinikk sitt ansvar ved brudd på markedsføringsloven

I tilfeller hvor en påvirker eller andre aktører markedsfører for tjenester eller produkter på vegne av Laserlegene – Østfold Laserklinikk, vil selskapet være ansvarlige for at reglene i markedsføringsloven overholdes. Dette inkluderer reglene om beskyttelse av barn ved markedsføring i mfl. kapittel 4.

I tillegg vil også påvirkeren som har publisert markedsføringen og andre mellomledd ha et ansvar for å sørge for at markedsføringen ikke er lovstridig, jf. mfl. § 39 (3).

² Medietilsynet, [Barn og Medier 2018](#)

Ved brudd på markedsføringsloven har Forbrukertilsynet kompetanse til å fatte vedtak. Til et slikt vedtak vil det vanligvis være knyttet en økonomisk sanksjon i form an enten en tvangsmulkt eller et overtredelsesgebyr.

På bakgrunn av forholdene vi har redegjort for ber vi om Laserlegene – Østfold Laserklinikk's kommentarer og eventuelle forslag til endring av **praksis for å sørge for at mindreårige ikke eksponeres for markedsføring i strid med god markedsføringskikk**, og at dette sendes til oss snarest mulig og senest innen 5. april 2019.

Tilbakemeldingen kan sendes på e-post til saksbehandler Tanja Czelusniak (tc@forbrukertilsynet.no).

Med vennlig hilsen
for Forbrukertilsynet

Tonje Hovde Skjelbostad
avdelingsdirektør

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen håndskrevet signatur

Kopimottakere:

- Ulrikke Brandstorp

Vedlegg:

- Vedlegg 1: skjermbilde av innlegget til Ulrikke Brandstorp
- Vedlegg 2: kopi av brev til Ulrikke Brandstorp datert 15.03.2019