

UiO : **Det juridiske fakultet**

«Du har nye varsler»

Om forbudet mot uanmodet elektronisk markedsføring overfor fysiske personer og forholdet til markedsføring via sosiale medier.

Kandidatnummer: 647

Leveringsfrist: 25. november 2019

Antall ord: 17 429



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og aktualitet. Problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning og begrepsavklaring.....	2
1.2.1	Begrepet «sosiale medier».....	2
1.2.2	Avgrensning.....	3
1.3	Rettskildebildet.....	4
1.3.1	Nasjonal lovtekst og lovforarbeider. Norsk rettspraksis.....	4
1.3.2	EU- og EØS-rettslige kilder.....	4
1.3.3	Utenlandsk rettspraksis.....	5
1.3.4	Forvaltningens egen oppfatning om gjeldende rett.....	5
1.3.5	Juridisk litteratur.....	5
1.4	Fremstillingen videre.....	6
2	OM SOSIALE MEDIER OG HVORDAN DE VIRKER	7
2.1	Overordnet. Historikk og kjennetegn ved sosiale medier.....	7
2.2	Sosiale medier som markedsføringskanal.....	7
2.3	Grunnleggende om ulike kommunikasjonsmåter i sosiale medier.....	8
2.3.1	Innledning.....	8
2.3.2	Innlegg i nyhetsstrøm.....	8
2.3.3	Meldinger sendt til innboks (direktemeldinger).....	10
2.3.4	Utsendelse av invitasjoner.....	10
2.3.5	Annonsevirkosomhet.....	10
2.4	Kort om sontringen mellom innholdstjenester og transporttjenester.....	11
3	OMFATTES SOSIALE MEDIER AV DAGENS SAMTYKKEKRAV I MARKEDSFØRINGSLOVEN § 15?	13
3.1	Innledning. Bestemmelsens ordlyd.....	13
3.2	Nærmere om oppbygningen av mfl. § 15 første ledd.....	14
3.2.1	Forholdet mellom hovedvilkåret og de angitte eksemplene.....	14
3.2.2	Kommunikasjonsverndirektivet og EUs ekompakke av 2002.....	14
3.2.3	Hovedregelen i art. 13 nr. 1 – e-post, faks og talemaskin.....	16
3.2.4	Tilleggsbeskyttelse etter art. 13 nr. 3 – andre kommunikasjonsmåter.....	17
3.2.5	Avvikende ordlyd mellom mfl. § 15 og direktivbestemmelsen. Betydningen for veien videre.....	18
3.3	Er sosiale medier «elektronisk post»?.....	19
3.3.1	Innledning.....	19

3.3.2	Henvendelsesvilkåret.....	20
3.3.3	«Sendes»	21
3.3.4	«Elektronisk kommunikasjonsnett»	25
3.3.5	«Lagres i nettet eller mottakerens terminalutstyr», «hentes»	25
3.3.6	Oppsummering og konklusjon.....	27
3.3.7	Utvidende tolkning av e-postbegrepet i lys av samtykkekravets formål?	27
3.4	Er sosiale medier «[e]lektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon»?	29
3.4.1	Innledning	29
3.4.2	Vilkåret om «[i]ndividuell kommunikasjon»	29
3.4.3	Nærmere om «elektroniske kommunikasjonsmetoder»	31
3.5	Oppsummering og konklusjon	39
4	HVILKE ENDRINGER MEDFØRER ARTIKKEL 16 I FORSLAGET TIL NY KOMMUNIKASJONSVERNFORORDNING FOR ADGANGEN TIL MARKEDSFØRING GJENNOM SOSIALE MEDIER?	41
4.1	Innledning	41
4.1.1	Bakgrunnen for den nye forordningen.....	41
4.1.2	Bestemmelsens oppbygging og ordlyd. Samtykkekravets inngangsvilkår.	42
4.2	Hva skal til for at det foreligger en sending av «direct marketing communication»? ...	42
4.3	Er sosiale medier «electronic communications services»?	44
4.3.1	Et annet innhold i kommunikasjonsvernforordningen? Betydningen av ekomkodeksen.	44
4.3.2	«Normally provided for remuneration»	46
4.3.3	«Electronic communications network»	47
4.3.4	«Exercising editorial control»	47
4.3.5	«Interpersonal communications service»	48
4.4	Oppsummering og konklusjon	51
	LITTERATURLISTE.....	52

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet. Problemstilling.

Temaet for denne oppgaven er forbudet mot uanmodet elektronisk markedsføring, og forholdet til markedsføring via sosiale medier.

Markedsføringsloven¹ § 15 gjennomfører artikkel 13 i EUs kommunikasjonsverndirektiv fra 2002² og forbyr i de fleste tilfeller næringsdrivende å sende markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler, dersom mottakeren ikke på forhånd har samtykket til dette.

Den teknologiske utviklingen har ledet til at digitale tjenester blir en stadig mer integrert del av nordmenns hverdag. Rask innovasjon og synkende priser på forbrukerelektronikk har gitt privatpersoner tilgang til smarttelefoner med apper, internett og tilgang til sosiale medier, slik som Facebook, Instagram, Snapchat og Twitter. Gradvis er slike kommunikasjons tjenester også i ferd med å avløse velkjente tjenester som SMS og tradisjonell e-post.

Nyere undersøkelser fra Statistisk sentralbyrå viser at blant nordmenn i aldersgruppen 16-79 år er det en andel på omlag 92 prosent som benytter seg av smarttelefon til private formål.³ Av samme undersøkelse fremgår det dessuten at i den samme aldersgruppen er det en andel på 66 prosent som benytter seg av sosiale medier daglig eller nesten daglig, en økning på 12 prosentpoeng siden 2015.

Den økende utbredelsen av sosiale medier gjør det tilsvarende attraktivt for næringsdrivende å benytte slike kanaler til markedsføring. For den næringsdrivende kan det å benytte sosiale medier til å komme i kontakt med nye kunder fremstå som en rask, enkel og kostnadseffektiv form for markedsføring. Fra en privatpersons ståsted, som benytter sosiale medier til daglig kommunikasjon med venner og familie, kan det å bli eksponert for slik markedsføring imidlertid fremstå som vel så påtrengende som tilsvarende henvendelser gjennom «tradisjonelle» elektroniske kanaler.

At den aktuelle markedsføringen skjer via «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon», er et vilkår for at den skal omfattes av forbuds- og samtykkebestemmelsen i mfl. § 15, jf. første ledd. Det er ikke opplagt hvordan sosiale medier forholder seg til dette. Sosiale medier var et ukjent fenomen i år 2000 da samtykkekravet for første gang kom inn i norsk rett, den gang som et krav etter det nå opphevede fjernsalgsdirektivet.⁴

¹ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (mfl.)

² Dir. 2002/58/EF. Også omtalt som “databeskyttelsesdirektivet”.

³ Statistisk sentralbyrå (2018)

⁴ Dir. 97/7/EF (opph.)

I første del av denne oppgaven er problemstillingen dermed hvorvidt samtykkekravet som følger av markedsføringsloven § 15 første ledd kommer til anvendelse på markedsføring gjennom sosiale medier.

Samtidig har EU-kommisjonen lagt frem et forslag til en ny kommunikasjonsvernforordning,⁵ som vil innebære en betydelig revisjon av europeisk kommunikasjonslovgivning. Deriblant vil den foreslåtte forordningen avløse det nåværende kommunikasjonsverndirektivet, som markedsføringsloven § 15 bidrar til å gjennomføre i norsk rett. Forslaget er i skrivende stund til behandling i EUs lovgivende organer og ikke endelig vedtatt.

I den foreslåtte forordningen reguleres uanmodet markedsføring i artikkel 16. I andre del av denne oppgaven blir derfor problemstillingen hvilke endringer samtykkekravet etter den nye bestemmelsen medfører for adgangen til å drive markedsføring gjennom sosiale medier, sammenlignet med dagens rettsstilstand.

Som jeg vil vise i det følgende, kan det virke som tiden og den teknologiske utviklingen har løpt fra dagens regulering i markedsføringsloven § 15, som i beste fall fremstår som uklar. Samtidig er det heller ikke gitt at EU-kommisjonens forslag til ny forordning svarer på alle utfordringene markedsføring i sosiale medier representerer.

1.2 Avgrensning og begrepsavklaring

1.2.1 Begrepet «sosiale medier»

Med begrepet «sosiale medier» menes i denne oppgaven programvare, applikasjoner og tjenester som tillater aktører i et personlig avgrenset internettbasert nettverk å kommunisere med hverandre, og som oppfyller tre kriterier:⁶

- 1) Hver bruker har sin egen profil som består av innhold skapt av brukeren selv, av andre brukere og/eller av systemet.
- 2) Brukeren kan lage en liste over relasjoner (venner, følgere eller lignende på tjenesten). Listen er i utgangspunktet synlig for andre brukere, og man kan gå videre til andre brukeres profiler fra listen.
- 3) Brukeren kan følge med på nyhetsstrømmer av brukergenerert innhold på tjenesten, interagere («like», kommentere o.l.) med slikt innhold og selv produsere nyheter.

Facebook, Instagram og Twitter er eksempler på sosiale medier som oppfyller disse kriteriene.

⁵ COM (2017) 10

⁶ De samme kriteriene benyttes av Aalen (2015) på s. 20, som igjen viser til Ellison og Boyd (2013).

1.2.2 Avgrensning

Et interessant spørsmål er hva som skal til for at det må konstateres at en person gyldig har avgitt samtykke til å motta markedsføring. Interessante underproblemstillinger er her f.eks. hvorvidt en tredjemann, f.eks. et nettsamfunn som Facebook, lovlig kan innhente samtykke på vegne av en ubestemt krets av annonsører som bruker deres plattform. Beslektet med dette er også spørsmålet om et samtykke kan overdras til en tredjemann, eller om det å registrere seg på et kommersielt drevet nettsamfunn i seg selv må anses som et samtykke til å bli utsatt for markedsføring.

Samtykkekravets nærmere innhold er imidlertid et så omfattende tema at det alene kunne fylt en hel masteroppgave. Jeg må derfor avgrense mot å behandle dette i det følgende.

Jeg vil heller ikke behandle reglene i markedsføringsloven § 15 og forslaget til ny forordning som unntar den næringsdrivende fra plikten til å innhente forhåndssamtykke, dersom den aktuelle markedsføringen er i anledning et eksisterende kundeforhold med mottakeren.⁷

Markedsføring i sosiale medier kan i visse tilfeller reise spørsmål om skjult reklame, ved at det av og til kan være vanskelig å vite om et gitt innlegg skriver seg fra en kommersiell aktør eller ei. Samtidig krever mfl. § 3 at reklame tydelig skal fremstå som nettopp dette. Spørsmål om skjult reklame faller dog utenfor oppgavens tema og vil dermed ikke bli behandlet. Det samme gjelder selve markedsføringsbegrepet i markedsføringsloven: Spørsmålet om hva slags utforming eller budskap en henvendelse må ha for å måtte forstås som markedsføring i lovens forstand.

Regelverket rundt næringsdrivendes markedsføring gjennom elektroniske kanaler står i nær sammenheng med personvernlovgivningen. Denne sammenhengen er særlig fremhevet i forslaget til ny kommunikasjonsvernforordning, som i tillegg til å regulere uønskede markedsføringshenvendelser, søker å «particularise and complement the general rules on the protection of personal data laid down in Regulation (EU) 2016/679 [GDPR] as regards electronic communications data that qualify as personal data».⁸

En utførlig behandling av personvernregelverket vil imidlertid sprengte rammene for denne oppgaven. Det må derfor avgrenses mot personvernrettslige spørsmål som måtte oppstå i forbindelse med markedsføring gjennom sosiale medier.

Jeg avgrenser også mot spørsmål om rekkevidden av krav om samtykke til reklame fra forbrukerne som kan finnes i standardvilkår og/eller retningslinjer for bruk, oppstilt av det enkelte nettsamfunn, og spørsmålet om i hvilken grad forbrukere kan påberope seg dette.

⁷ Hhv. mfl. § 15 tredje ledd, kommunikasjonsverndirektivet art. 13 nr. 2 og art. 16 nr. 2 i forslaget til ny kommunikasjonsvernforordning.

⁸ Fortalen avs. 5.

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Nasjonal lovtekst og lovforarbeider. Norsk rettspraksis.

Første del av oppgaven gjelder forståelsen av bestemmelsen i markedsføringsloven § 15. Bestemmelsens ordlyd og forarbeider er derfor naturlige rettskildefaktorer som vil bli behandlet. Dette omfatter også forarbeidene til bestemmelsens forløper,⁹ § 2 b i den tidligere markedsføringsloven.¹⁰ Som nevnt i innledningen er imidlertid den nåværende bestemmelsen av EU/EØS-rettslig opphav. Dette tilsier at nasjonale lovforarbeider må ha mindre vekt enn ellers.

Rettspraksis regnes tradisjonelt som en tungtveiende rettskilde i norsk rett.¹¹ Men et kjennetegn ved markedsføringslovens forbrukervernbestemmelser er at det ikke foreligger særlig med rettspraksis rundt disse, og bestemmelsen i mfl. § 15 er intet unntak fra dette. Det begrensede antall rettsavgjørelser som finnes synes ikke å være av relevans for oppgavens tema. Jeg vil derfor ikke komme inn på norsk rettspraksis i det følgende.

1.3.2 EU- og EØS-rettslige kilder

Det er naturlig å vie betydelig plass til EU- og EØS-rettslige kilder, ettersom bestemmelsen i mfl. § 15 er av EU-rettslig opphav og gjennomfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Kommunikasjonsverndirektivets originaltekst, praksis fra EU-domstolen, samt andre EU- og EØS-rettslige kilder vil derfor være av stor betydning ved tolkningen av den norske lovbestemmelsen.¹²

Det bør nevnes at det har vært gjort endringer i dette direktivet ved to anledninger siden vedtagelsen.¹³ Det siste av endringsdirektivene medførte også noen endringer i artikkel 13. Endringene er imidlertid av liten betydning for temaet i oppgaven her, og vil derfor ikke bli kommentert i det følgende. At det har vært gjort endringer innebærer imidlertid at jeg, i stedet for direktivet slik det opprinnelig ble vedtatt, i det følgende vil ta utgangspunkt i den konsoliderte versjonen av 19. desember 2009, hvor jeg henviser til kommunikasjonsverndirektivet.¹⁴

Den foreslåtte kommunikasjonsvernforordningen, temaet for oppgavens andre del, har også sitt opphav i EU. En naturlig konsekvens av dette er en hovedvekt på EU-/EØS-rettslige kilder også

⁹ Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) og Ot.prp. nr. 92 (2003-2004)

¹⁰ Lov 16. juni 1972 nr. 47 om markedsføring og avtalevilkår (mfl. 1972) (opph.)

¹¹ Eckhoff (2001) s. 159 flg.

¹² Sejersted mfl. (2011) s. 207-208

¹³ Endret ved dir. 2006/24/EF, samt dir. 2009/136/EF.

¹⁴ Tilgjengelig på <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02002L0058-20091219>. Hentet 17. september 2019.

i denne delen. Utgangspunktet for behandlingen vil her være Kommisjonens opprinnelige forslag, slik dette ble oversendt Rådet.¹⁵ For korthets skyld vil jeg enkelte steder benevne Kommisjonens forslaget som «forordningen» og «kommunikasjonsvernforordningen», til tross for at denne i skrivende stund ikke er endelig vedtatt.

1.3.3 Utenlandsk rettspraksis

Når det skal tas stilling til det nærmere innholdet i rettsregler av EU/EØS-rettslig opphav, kan det være av interesse å se hen til hvordan de samme rettsreglene er forstått i andre medlemsland. Jeg vil derfor komme inn på hvordan dansk høyesterett har tolket bestemmelsen om uanmodet markedsføring i den tidligere danske markedsføringsloven som, i likhet med mfl. § 15, var ment å gjennomføre artikkel 13 i kommunikasjonsverndirektivet. EU-domstolen legger imidlertid sjelden vekt på nasjonal rettspraksis,¹⁶ og dansk rettspraksis kan absolutt ikke anses som bindende for norske rettsanvendere.

Sosiale medier og digital teknologi er i sin natur internasjonale. De samme utfordringene markedsføring gjennom slike kanaler medfører for norske og europeiske privatpersoner, oppleves også andre steder i verden. Hvordan uanmodet elektronisk markedsføring er regulert i utenlandsk rett kan dermed tenkes å være av interesse for tolkningen av norske, så vel som EU-rettslige bestemmelser, gitt på bakgrunn av samme hensyn. Jeg vil derfor i noen grad komme inn på rettspraksis knyttet til amerikansk spam-lovgivning.

1.3.4 Forvaltningens egen oppfatning om gjeldende rett

En særegen situasjon foreligger ved at de nordiske forbrukerombudene¹⁷ har kommet frem til et felles tolkningsstandpunkt, hva gjelder forholdet mellom markedsføring via sosiale medier og artikkel 13 i kommunikasjonsverndirektivet.¹⁸ I dokumentet gis det uttalelser om hvordan ulike former for kommunikasjon i sosiale medier forholder seg til direktivbestemmelsen. Jeg vil komme inn på enkelte av disse uttalelsene i det følgende, samt deres rettskildemessige vekt.

1.3.5 Juridisk litteratur

Markedsføring via sosiale medier er i liten grad gitt noen utførlig behandling i juridisk teori. I norsk juridisk litteratur er forholdet mellom bestemmelsen i mfl. § 15 og markedsføring i sosiale

¹⁵ COM (2017) 10 final

¹⁶ Sejersted mfl. (2011) s. 58.

¹⁷ I Danmark; *Forbrugerombudsmanden*, i Sverige; *Konsumentverket*, i Finland; *Kilpailu- ja kuluttajavirasto (Konkurrens- och konsumentverket)*, på Island; *Neytendastofa*, på Færøyene; *Brúkarumboðið*. Fra 2018 har det norske Forbrukerombudet endret navn til Forbrukertilsynet.

¹⁸ De nordiske forbrukerombudene (2012)

medier i en viss utstrekning diskutert av Lunde og Michaelsen (2019), samt Grandal og Haug (2016). I internasjonal litteratur er kommunikasjonsverndirektivet behandlet av blant andre Scherer (2013), Nihoul og Rodford (2011), samt Walden (2012). Disse fremstillingene går imidlertid ikke i dybden når det gjelder markedsføring i sosiale medier. En nok så utførlig artikkel om temaet finnes imidlertid i Trzaskowski (2012), som jeg i det følgende vil vise til flere steder.

1.4 Fremstillingen videre

Før jeg går i gang med den nærmere analysen av bestemmelsen i mfl. § 15 første ledd, er det nødvendig å først gi en kortfattet redegjørelse for de vanligste formene for kommunikasjon i sosiale medier og hvordan disse virker. Det er også hensiktsmessig å si noen ord om den viktige sontringen mellom transport- og innholdstjenester, hva gjelder elektroniske kommunikasjon. Disse forholdene vil jeg gjøre rede for i kapittel 2, før jeg i kapittel 3 tar fatt på selve analysen.

I kapittel 4 går jeg over til oppgavens andre del og ser nærmere på samtykkekravet i artikkel 16 nr. 1 i den foreslåtte kommunikasjonsvernforordningen, og hvilke endringer dette medfører for adgangen til å drive markedsføring gjennom sosiale medier.

2 Om sosiale medier og hvordan de virker

2.1 Overordnet. Historikk og kjennetegn ved sosiale medier.

Nettsidene i internetts barndom bar preg av at man i realiteten bare flyttet tidligere papirbasert innhold over på dataskjermer.¹⁹ Teknologien og programvaren som var nødvendig for å kunne utforme og publisere nettsider, var på denne tiden relativt komplisert og lite tilgjengelig for andre enn profesjonelle.²⁰ Dette må antas å ha bidratt til at den tradisjonelle mediestrukturen med profesjonelle utgivere og redaktører og forbrukerne som lesere og passive mottakere fulgte med over til de første nettsidene på internett.²¹ Sosiale medier må sies å radikalt ha snudd om på dette bildet.

Ifølge Heggernes (2017) er formålet med sosiale medier å «knytte kontakter med eksisterende venner, finne nye venner, dele informasjon med venner og lese informasjon venner har publisert på nettverket».²² Her kan brukeren komme i kontakt med andre brukere og dele tekst, bilder, video og annet innhold. Ofte kan brukeren selv velge hvem vedkommende vil dele sitt innhold med, gjennom nettverkets personverninnstillinger: Om det som publiseres skal være synlig for dem han eller hun har forhåndsgodkjent ved å legge til i sin kontaktliste, eller om innholdet også skal være synlig for brukere utenfor denne kretsen.²³ På bakgrunn av disse kjennetegnene, er det ikke unaturlig å benytte betegnelsen «nettsamfunn» synonymt med sosiale medier.

Det finnes etter hvert et stort mangfold av slike nettsamfunn. Facebook,²⁴ med over 1,8 milliarder brukere på verdensbasis²⁵ og mer enn 3,4 millioner brukere i Norge,²⁶ må betraktes som det klart største. Men også andre nettsamfunn er i ferd med å få en betydelig brukerskare. For eksempel passerte bildedelingstjenesten Instagram én milliard aktive brukere globalt per måned i juni 2018.²⁷

2.2 Sosiale medier som markedsføringskanal

Potensialet til å nå ut til et stort antall personer kombinert med beskjedne kostnader, gjør at markedsføring gjennom sosiale medier kan fremstå som et nærliggende og kostnadseffektivt alternativ for næringsdrivende, sammenlignet med tradisjonelle kanaler.

¹⁹ Heggernes (2017) s. 169-170.

²⁰ Heggernes (2017) s. 170.

²¹ Heggernes (2017) s. 169-170.

²² Heggernes (2017) s. 173.

²³ Aalen (2015) s. 91.

²⁴ Tilgjengelig på <https://www.facebook.com/>.

²⁵ Heggernes (2017) s. 170

²⁶ Ipsos SoMe-tracker Q1 (2019)

²⁷ Tech Crunch (2018)

Bildet av sosiale medier som en attraktiv markedsføringskanal forsterkes av tre ytterligere faktorer. For det første tillater de fleste nettsamfunn at brukerne kan laste opp, dele og sende ut flere ulike former for innhold, f.eks. tekst, bilder, video og lydklipp. På den måten kan sosiale medier erstatte flere opptil flere av de tradisjonelle markedsføringskanalene.

For det andre er de fleste nettsamfunn utformet på en måte som gjør at brukerne enkelt kan viderele innhold de måtte finne interessant, med andre brukere. Antallet personer som får med seg en markedsføringskampanje kan således øke betraktelig dersom den spres videre av andre brukere.

Et tredje forhold av betydning er at markedsføring gjennom sosiale medier i stor grad vil være uavhengig av hvor mottakeren måtte befinne seg rent geografisk eller hvilken tid på døgnet det måtte være. Muligheten til å benytte sosiale medier via smarttelefon og nettbrett underbygger dette.

2.3 Grunnleggende om ulike kommunikasjonsmåter i sosiale medier

2.3.1 Innledning

Kommunikasjon gjennom sosiale medier kan skje på ulike måter. Når jeg i det følgende skal vurdere i hvilken grad markedsføring gjennom sosiale medier omfattes av samtykkekravet etter henholdsvis mfl. § 15 første ledd og artikkel 16 nr. 1 i forslaget til ny kommunikasjonsvernforordning, er det ikke alle steder hverken enkelt eller nødvendigvis nyansert å vurdere hvorvidt sosiale medier *generelt* omfattes. Ved bedømmelsen av en rekke vilkår må det sondres mellom de enkelte kommunikasjonsformene som finnes.

Hvilke kommunikasjonsformer som finnes, avhenger imidlertid av hvilket sosialt medium man studerer. Funksjonaliteten avhenger i stor grad av hvordan det enkelte nettsamfunn er utformet. Selv om det vil være variasjoner mellom de forskjellige plattformene er det likevel en del likhetstrekk mellom kommunikasjonsmetodene. Dette gjør det mulig å dele de vanligste kommunikasjonsformene inn i fire kategorier.

2.3.2 Innlegg i nyhetsstrøm

Nyhetsstrøm²⁸ er en funksjon som på de fleste nettsamfunn eksisterer i en eller annen form. Nyhetsstrømmen er en side hvor brukeren løpende får presentert de siste aktivitetene andre brukere på nettsamfunnet har foretatt seg, f.eks. tekst, bilder og videoklipp, som nylig er publisert av andre brukere.²⁹ Som et utgangspunkt er det opp til hver enkelt bruker å styre hvilke personer han eller hun ser slike nyhetsoppdateringer fra. Dette kan brukeren gjøre ved å ta stilling til hvilke andre brukere vedkommende skal ha på sin venne- eller kontaktliste på

²⁸ Også kjent under det engelske begrepet «news feed».

²⁹ Trzaskowski (2012) s. 1. Se også Aalen (2015) s. 20.

nettsamfunnet. På Facebook skjer dette ved at en bruker som ønsker å knytte kontakt med en annen, sender en såkalt «venneforespørsel». Denne kan motparten velge å enten godta eller avslå. Godtas forespørselen vil begge parter motta nyhetsoppdateringer om hverandres aktiviteter.

De fleste sosiale medier har en løsning hvor næringsdrivende kan opprette egne bedriftsprofiler. Disse skiller seg fra de personlige profilene på noen områder, hvor det viktigste nok er at det å «abonnere» på nyhetsoppdateringer om bedriftens aktiviteter og innlegg ikke er betinget av dennes samtykke, slik som for personlige profiler. En personlig bruker kan dermed ensidig velge å motta nyhetsoppdateringer fra en bedriftsprofil ved å følge³⁰ dennes profil. En annen vesentlig forskjell er at et abonnement på oppdateringer fra en bedriftsprofil normalt ikke gir bedriften gjensidig tilgang til oppdateringer om privatbrukerens aktiviteter.

Det er imidlertid ikke utelukkende opp til den enkelte bruker å styre hva som vises i nyhetsstrømmen ved å velge sine «venner» på kontaktlisten og hvilke bedrifter han eller hun vil følge. Gjennomgående opererer sosiale medier med et sett algoritmer som styrer prioriteringen av rekkefølgen aktiviteter vises i nyhetsstrømmen, samt *når* det vises.³¹

Nettsamfunnets algoritmer kan imidlertid også lede til at en bruker ser sine kontakters samhandling med tredjeparts-brukere vedkommende selv ikke har i sin kontaktliste eller abonnerer på oppdateringer fra.³² Dette innebærer at selv om en bruker på eksempelvis Facebook ikke har valgt å følge for eksempel Coca Colas profil, vil likevel innhold fra Coca Cola kunne vises for den aktuelle brukeren, dersom en av hans eller hennes kontakter har «likt» det aktuelle innholdet eller kommentert det. Hvorvidt innhold fra en bedrift på denne måten vises hos tredjeparts brukere, er imidlertid ikke et forhold bedriften nødvendigvis vil kunne ha kontroll over.³³

En viss styring med hvem bedriftens innlegg vises for vil virksomheten imidlertid kunne oppnå gjennom såkalt *fremming*. Sosiale medier som Twitter, Instagram og Facebook lar annonsører betale for at deres innhold skal få en prioritert visning hos visse brukergrupper.³⁴ Slik prioritering kan være basert på kriterier som brukernes øvrige interesser, hvem de aktuelle brukerne er «venner» med, samt andre parametere som kjønn, alder og bosted.³⁵

³⁰ Også omtalt som å «like».

³¹ Aalen (2015) s. 149

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Aalen (2015) s. 181

³⁵ Ibid.

2.3.3 Meldinger sendt til innboks (direktemeldinger)

Foruten å ha en nyhetsstrøm hvor brukerne kan følge med på hverandres aktiviteter, har de fleste sosiale medier en løsning som lar brukerne sende meldinger direkte til hverandre uten at dette blir synlig for andre brukere enn de som inngår i samtalen, tilsvarende SMS eller e-post. Et eksempel på en slik direktemeldingstjeneste er Facebooks *Messenger*-tjeneste³⁶ og Instagrams innebygde meldingstjeneste. Meldinger vil her sendes fra avsender og registreres i mottakerens innboks på nettsamfunnet.³⁷ Utsendelse av slike direktemeldinger fordrer at avsenderen spesifikt utvelger mottakeren eller mottakerne ved navn.

Som regel tillater sosiale mediers meldingsfunksjon at flere ulike typer innhold sendes gjennom tjenesten. Brukerne er dermed ikke begrenset til bare å sende tekstbaserte meldinger til hverandre, men kan også sende bilder, filmklipp og annet innhold, for eksempel filvedlegg tilsvarende som i en tradisjonell e-post.

2.3.4 Utsendelse av invitasjoner

En del sosiale medier åpner for at bedriftsbrukere kan invitere navngitte private brukere til å følge deres side og dermed motta innhold fra siden i egen nyhetsstrøm. Privatpersonen vil da motta et varsel og en forespørsel om å følge bedriftens profil, som vedkommende kan velge å godta eller avslå. Utsendelse av slike invitasjoner krever at avsenderen utpeker spesifikke og navngitte mottakere av invitasjonen.

Mange nettsamfunn tillater dessuten at brukerne oppretter egne sider i forbindelse med arrangementer. Her vil arrangøren ha mulighet til å publisere informasjon og innhold i anledning arrangementet, og brukere kommentere på dette, kommunisere med arrangøren og oppgi om de ønsker å delta eller ei. Også fra slike arrangementssider vil det være mulig å invitere navngitte brukere til å følge siden.

2.3.5 Annonsevirkosomhet

De fleste sosiale medier har løsninger som gir næringsdrivende muligheten til å annonsere. Slike annonser er ofte utformet med tanke på nettopp å se ut som annonser,³⁸ og er gjerne (men langt fra alltid) plassert adskilt fra innhold generert av brukerne. Dette for ikke å komme i konflikt med forbudet mot skjult reklame.

I stor grad er annonser på sosiale medier utformet og fungerer på samme måte som tradisjonelle bannerannonser på nett, slik man ofte møter i nettaviser og andre steder. Som regel vil ikke

³⁶ Tilgjengelig via <https://www.facebook.com/>, <https://www.messenger.com/> og som mobilapplikasjon.

³⁷ Trzaskowski (2012) s. 1.

³⁸ Ibid.

eksakt hvilke brukere en annonse vises for være underlagt annonsørens kontroll. Annonsøren vil imidlertid ofte kunne påvirke hvilke grupper av brukere annonsene vises for, basert på kriterier som for eksempel alder, kjønn, bosted eller utdanning.³⁹ I likhet med innlegg i nyhetsstrøm, vil annonsevisning også påvirkes av nettsamfunnets algoritmer, i tillegg til brukerens *cookies*.⁴⁰

2.4 Kort om sontringen mellom innholdstjenester og transporttjenester

Før jeg går over til behandlingen av mfl. § 15 første ledd er det også nødvendig å si noen ord om forskjellen mellom innholdstjenester og transporttjenester. Denne sontringen vil ofte være av betydning ved tolkningen av bestemmelser i kommunikasjonslovgivningen.

Tidligere var ulike typer av innhold og kommunikasjon knyttet opp mot en gitt overføringsteknologi, i den forstand at telefonsamtaler alltid foregikk over telefonnettet, fjernsyn ble sendt over fjernsynsnettet, SMS sendt over GSM-nettet o.l. Internett står imidlertid i den særstilling at så godt som alle former for innhold og kommunikasjon kan formidles over dette. Det gjør at det etterhvert er vanlig å sonde mellom det som kan betegnes som innholdstjenester og det som kan betegnes som transporttjenester når det gjelder elektroniske kommunikasjon.⁴¹ Europeisk ekomlovgivning bygger gjennomgående på en slik sontring,⁴² hvor transporttjenester reguleres av telelovgivningen og innholdstjenester reguleres av annen lovgivning, slik som e-handelsdirektivet⁴³ og handelspraksisdirektivet.⁴⁴

Med «transporttjenester» siktes det til selve infrastrukturen i nettverket: Tjenester og systemer som sørger for oppkobling og formidling av det signalet som bærer informasjonen som overføres, f.eks. en internettforbindelse.⁴⁵ Bredbåndlinjer, mobilt internett og telenettet er alle eksempler på transporttjenester.

På den annen side må «innholdstjenester» forstås som de forskjellige formene for innhold som kan formidles over transporttjenesten når denne først foreligger. Dette kan f.eks. være nettsider, videosamtaletjenester, spilltjenester, mobilapper, nett-TV eller andre underholdningstjenester som leveres over abonnentens internettforbindelse.

Når det gjelder sosiale medier, foregår kommunikasjon der via internett. Den enkelte bruker oppsøker tjenestens nettsted via en datamaskin, smarttelefon eller nettbrett, eventuelt ved å laste

³⁹ Facebook Business (2019)

⁴⁰ Også kjent som «informasjonskapsler». Se Heggernes s. 191 om virkemåten til cookies.

⁴¹ Walden (2012) s. 8-9. Se også avs. 5 i rammedirektivets fortale og Trzaskowski (2012) s. 3.

⁴² Trzaskowski (2012) s. 3-4.

⁴³ Dir. 2000/31/EF

⁴⁴ Dir. 2005/29/EF

⁴⁵ Se Nihoul og Rodford (2011) s. 2-3 om denne distinksjonen.

ned tilbyderens programvare på eget utstyr. Kommunikasjonen med andre brukere skjer dermed innad på nettstedet på tilbyderens servere. I relasjon til sontringen mellom transport- og innholdstjenester må sosiale medier dermed klart forstås som innholdstjenester.⁴⁶ Dette gjelder i utgangspunktet uavhengig av hvilken av kommunikasjonsmetodene nevnt under pkt. 2.3 flg. man står overfor.

Hvilken betydning dette får for tolkningen av mfl. § 15, vil jeg komme tilbake til i kapittel 3.4 flg., i forbindelse med behandlingen av lovens vilkår om «elektroniske kommunikasjonsmetoder».

⁴⁶ Trzasowski (2012) s. 5.

3 Omfattes sosiale medier av dagens samtykkekrav i markedsføringsloven § 15?

3.1 Innledning. Bestemmelsens ordlyd.

Markedsføringsloven § 15 første ledd har følgende ordlyd:

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

Av denne ordlyden kan det utledes fire kumulative vilkår som alle må være oppfylte for at kravet om forhåndssamtykke kommer til anvendelse.

For det første må det foreligge en markedsføringshenvendelse sendt som ledd i næringsvirksomhet. For det andre må henvendelsen være rettet mot en eller flere «fysiske personer. For det tredje må henvendelsen skje gjennom en elektronisk kommunikasjonsmetode. At henvendelsen skjer gjennom en elektronisk kommunikasjonsmetode er imidlertid ikke nok i seg selv. For det fjerde må kommunikasjonsmetoden være slik at den tillater «individuell kommunikasjon».

Som det fremgår av ordlyden sitert ovenfor, nevner bestemmelsen også tre spesifikke kommunikasjonsmidler: Elektronisk post, telefaks og automatisk oppringningssystem, hvorav «elektronisk post» er legaldefinert i bestemmelsens fjerde ledd.

Markedsføringsloven § 15 er dermed bygget opp slik at den først angir et hovedvilkår om hvilke kommunikasjonsmetoder som omfattes: «Elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon». Deretter nevnes det som tilsynelatende fremstår som eksempler på kommunikasjonsmetoder omfattet av dette hovedvilkåret: «(...) for eksempel elektronisk post, telefaks eller automatisert oppringningssystem (talemaskin)».

I § 15 fjerde ledd følger dessuten en nærmere definisjon av hva som i relasjon til første ledd skal forstås med «elektronisk post»:

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

3.2 Nærmere om oppbygningen av mfl. § 15 første ledd.

3.2.1 Forholdet mellom hovedvilkåret og de angitte eksemplene

Som vist inneholder mfl. § 15 første ledd både det som tilsynelatende må forstås som et hovedvilkår, «elektroniske kommunikasjonsmidler som tillater individuell kommunikasjon», og tre eksplisitt nevnte kommunikasjonsmidler angitt som eksempler. Slik ordlyden er utformet, oppstår det da spørsmål om hva som er forholdet er mellom dette angivelige hovedvilkåret og de særskilt opplistede kommunikasjonsmidlene.

Dersom de tre kommunikasjonsmidlene som nevnes spesifikt utelukkende er ment som pedagogiske eksempler på hva som kan tenkes å falle inn under den tilsynelatende vidtrekkende ordlyden i hovedvilkåret, kan den nokså tekniske e-post-definisjonen i fjerde ledd synes overflødig.

Virkingen av en slik tolkning blir at vilkåret «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon» i alle tilfeller vil være avgjørende for om et kommunikasjonsmiddel omfattes av samtykkekravet eller ei. De opplistede alternativene må da forstås som rene eksempler på kommunikasjonsmidler som typisk *kan tenkes* å falle inn under hovedvilkåret, men likevel slik at det alltid må foretas en selvstendig bedømmelse av hovedvilkåret, selv om et kommunikasjonsmiddel for eksempel må regnes som elektronisk post eller telefaks.

Et annet mulig tolkningsalternativ er å anse hovedvilkåret om «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon» og de tre opplistede kommunikasjonsmidlene som *alternative* grunnlag for samtykkekravet. De opplistede kommunikasjonsmidlene vil da få selvstendig betydning. Dersom det for eksempel foreligger bruk av elektronisk post i bestemmelsens forstand, vil dette da være et selvstendig og tilstrekkelig grunnlag for samtykkekravet. Det er da ikke nødvendig å samtidig vurdere hvorvidt det aktuelle kommunikasjonsmiddelet må forstås som en «elektronisk kommunikasjonsmetode som tillater individuell kommunikasjon».

For å ta stilling til hvilket tolkningsalternativ som må velges, er det nødvendig å se hen til ordlyden i kommunikasjonsverndirektivets artikkel 13, som bestemmelsen i mfl. § 15 er ment å gjennomføre.⁴⁷

3.2.2 Kommunikasjonsverndirektivet og EUs ekompakke av 2002.

Det er hensiktsmessig å gi en kort, generell redegjørelse for kommunikasjonsverndirektivet og dets historiske bakgrunn, før jeg går nærmere inn på den konkrete ordlyden i

⁴⁷ Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 5.

kommunikasjonsverndirektivets artikkel 13 og dens betydning for tolkningsspørsmålet oppstilt ovenfor.

Kommunikasjonsverndirektivet ble vedtatt av EU-parlamentet og Rådet i juli 2002, med 31. oktober 2003 som frist for gjennomføring i nasjonal rett for EUs medlemsland. Det ble besluttet innlemmet i EØS-avtalen ved beslutning i EØS-komiteen, med 1. august 2004 som gjennomføringsfrist for Norge.⁴⁸

Direktivet er en del av den såkalte ekompakken av 2002, bestående av totalt 5 direktiver,⁴⁹ hvis felles formål blant annet var forenkling og konsolidering av den eksisterende telelovgivningen i EU, samt å hindre divergerende kommunikasjonslovgivning blant medlemslandene.⁵⁰ Et trekk ved direktivene i denne «pakken» er at de på flere områder henviser til hverandres bestemmelser. Når kommunikasjonsverndirektivet så skal tolkes, vil derfor også bestemmelser i de andre direktivene i ekompakken være av betydning, særlig det såkalte rammedirektivet.

Flere av direktivene i ekompakken oppheves imidlertid med virkning fra desember 2020 som følge av at alle bestemmelsene i EUs nylig vedtatte ekomkodeks⁵¹ da trer i kraft. Betydningen av denne vil jeg komme tilbake til i kapittel 4.

Et viktig hensyn bak kommunikasjonsverndirektivet var ved vedtagelsen å bidra til en ajourføring av EUs personvernregelverk i lys av den teknologiske og markedsmessige utviklingen som hadde funnet sted siden vedtagelsen av dets forløper fra 1997.⁵² Direktivet pålegger medlemsstatene en rekke personverntiltak i forbindelse med telekommunikasjon, blant annet å sikre tilstrekkelig vern mot avlytning og andre former for overvåkning av brukere,⁵³ tiltak mot misbruk av trafikk- og posisjonsdata,⁵⁴ samt en rett for abonnenter til å reservere seg mot oppføring i katalogtjenester (telefonkataloger).⁵⁵

Mot slutten av første halvdel av 2000-tallet var imidlertid utsendelse og mottak av uanmodede e-postmeldinger, såkalt «spam», i ferd med å bli et betydelig internasjonalt problem. I en meddelelse fra Kommissjonen fra januar 2004 anslås det at mer enn 50 prosent av all e-post

⁴⁸ Dir. 2002/58-EØS notat

⁴⁹ I tillegg til kommunikasjonsverndirektivet består pakken av dir. 2002/21 (rammedirektivet), dir. 2002/19/EF (tilgangsdirektivet, dir. 2002/20/EF (tillatelsesdirektivet) og dir. 2002/22/EF (USO-direktivet). Samtlige er innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett. Ekompakken omtales nærmere i EØS-notatet utarbeidet i forbindelse med revisjonen i 2009. Tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2007/nov/endringer-i-ekompakken-i/id2431329/>, hentet 18. november 2019.

⁵⁰ Scherer (2013) s. 18.

⁵¹ Dir. 2018/1972/EU

⁵² Fortalen avs. 4 og 5. Se også Walden (2012) s. 616.

⁵³ Direktivet art. 5.

⁵⁴ Direktivet art. 6 og 9.

⁵⁵ Direktivet art. 12.

sendt i 2003, hele verden medregnet, var spam.⁵⁶ I samme melding anslås det videre at produktivitetstapet lidt av europeiske bedrifter som følge av spam i 2002 var om lag 2,5 milliarder euro.⁵⁷ Med dette som bakgrunn valgte man å også ta inn en bestemmelse om uanmodet kommunikasjon i direktivet, da i form av bestemmelsen i artikkel 13.

Artikkel 13 i direktivet forplikter medlemslandene til å gjennomføre i hovedsak to ordninger for å forhindre at fysiske personer utsettes for uanmodet markedsføring. For det første er medlemslandene forpliktet til å gjennomføre en ordning hvor den næringsdrivende må innhente forhåndssamtykke for å kunne sende markedsføring til fysiske personer gjennom tre spesifikke kanaler. Dette følger av art. 13 nr. 1, som jeg vil gjøre rede for nedenfor, under pkt. 3.2.3.

Dernest innebærer art. 13 nr. 3 en forpliktelse for medlemslandene til også å sørge for at fysiske personer beskyttes mot uønsket markedsføring gjennom *andre* kanaler enn de som spesifikt er angitt i nr. 1. Denne bestemmelsen vil bli redegjort for i punkt 3.2.4.

Direktivet kommer likevel bare til anvendelse på «electronic communications services», jf. bestemmelsen om direktivets virkeområde i artikkel 3. Det er grunn til å problematisere hvorvidt sosiale medier omfattes av dette vilkåret, dermed hvorvidt direktivbestemmelsene i det hele tatt er anvendelige på sosiale medier. Denne problemstillingen vil jeg imidlertid komme tilbake til nedenfor, under punkt 3.4.3 flg.

Kommunikasjonsverndirektivet må forstås som et minimumsdirektiv,⁵⁸ slik at det enkelte medlemsland kan velge et høyere forbrukerbeskyttelsesnivå enn det direktivet legger opp til.

3.2.3 Hovedregelen i art. 13 nr. 1 – e-post, faks og talemaskin

Jeg går nå over til å behandle den nærmere ordlyden i kommunikasjonsverndirektivets artikkel 13.

Hovedregelen i art. 13 fremgår av nr. 1, som har følgende ordlyd:

«The use of automates calling and communication systems without human intervention (automatic calling machines), facsimile machines (fax) or electronic mail for the purposes of direct marketing may only be allowed in respect of subscribers who have given their prior consent.»

Av denne ordlyden kan det utledes to kumulative vilkår for når en henvendelse er omfattet av direktivets krav om forhåndssamtykke.

For det første må den aktuelle henvendelsen skje gjennom en av de tre kommunikasjonsmåtene bestemmelsen nevner. Henvendelsen må dermed skje enten gjennom et automatisk system for

⁵⁶ COM(2004) 28 final, side 5.

⁵⁷ Meddelelsen, side 8.

⁵⁸ Fortalen avs. 8.

oppringning (talemaskin e.l.), telefaks eller elektronisk post. Derneft må formålet med den aktuelle henvendelsen være «direct marketing». Bestemmelsen oppstiller dermed både det som kan karakteriseres som et teknologikrav og et krav til henvendelsens formål, hvorav begge må være oppfylte for at mottakerens forhåndssamtykke er påkrevd.

Det såkalte teknologikravet i bestemmelsen innebærer at samtykkekravet er begrenset til å gjelde de tre kommunikasjonsmidlene som nevnes eksplisitt: talemaskin, telefaks og elektronisk post, de samme kommunikasjonsmidlene som mfl. § 15 første ledd nevner som eksempler på kommunikasjonsformer som faller inn under vilkåret «elektroniske kommunikasjonsformer som tillater individuell kommunikasjon».

Dette siste vilkåret har imidlertid ikke noe klart motstykke i direktivbestemmelsen.

3.2.4 Tilleggsbeskyttelse etter art. 13 nr. 3 – andre kommunikasjonsmåter

Kommunikasjonsverndirektivet forplikter ikke bare medlemslandene til å beskytte fysiske personer mot uønsket markedsføring gjennom de kanalene som eksplisitt nevnes i art. 13 nr. 1. Medlemslandene er også forpliktet til å sørge for et visst vern mot markedsføring også gjennom andre kanaler. Denne plikten fremgår av art. 13 nr. 3, som har følgende ordlyd:

«Member States shall take appropriate measures to ensure that unsolicited communications for the purposes of direct marketing, in cases other than those referred to in paragraphs 1 and 2, are not allowed either without the consent of the subscribers or users concerned or in respect of subscribers or users who do not wish to receive these communications, the choice between these options to be determined by national legislation (...).».

Medlemslandene må dermed også forhindre uanmodet markedsføring «in cases other than» via talemaskin, telefaks og elektronisk post, som nevnt i art. 13 nr. 1.

I motsetning til under art. 13 nr. 1 har medlemslandene her en viss valgrett med hensyn til hvordan kommunikasjonsmidlene som faller inn under denne bestemmelsen skal reguleres i nasjonal rett. Landene har muligheten til å velge om beskyttelsen enten skal gjennomføres ved et krav om å innhente forhåndssamtykke, slik som etter art. 13 nr. 1, eller ved å sørge for at personer som ikke ønsker å motta markedsføring gjennom de aktuelle kanalene kan reservere seg mot dette.

Som det fremgår av den siterte ordlyden finnes heller ikke her noe klart motstykke til markedsføringslovens vilkår om «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon». Ei heller noen nærmere presisering av hva som forstås med «other cases».

3.2.5 Avvikende ordlyd mellom mfl. § 15 og direktivbestemmelsen. Betydningen for veien videre.

Som vi har sett i det foregående, inneholder kommunikasjonsverndirektivets artikkel 13 nr. 1 og 3 to tilsynelatende selvstendige forpliktelser for medlemslandene.

For det første må medlemslandene etter direktivet art. 13 nr. 1 gjennomføre et samtykkekrav i nasjonal rett når det gjelder markedsføring overfor fysiske personer via telefaks, talemaskin og elektronisk post. For det andre må medlemslandene etter direktivet art. 13 nr. 3 sørge for at fysiske personer er tilstrekkelig beskyttet mot markedsføring i andre tilfeller enn via disse tre kommunikasjonsmidlene.

Slik samtykkebestemmelsen i mfl. § 15 første ledd har kommet til uttrykk, er imidlertid det sentrale inngangsvilkåret at foreligger bruk av «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon», et vilkår som ikke gjenfinnes i direktivet. Elektronisk post, telefaks og talemaskin nevnes imidlertid som eksempler på kommunikasjonsmidler som faller inn under dette vilkåret. Dette må ha betydning for tolkningen.

Når det som fremstår det sentrale inngangsvilkåret for samtykkekravet i mfl. § 15 første ledd ikke kan gjenfinnes i direktivet, men de eksplisitt nevnte kommunikasjonsmidlene telefaks, talemaskin og elektronisk post, er det nærliggende å velge det tolkningsalternativet som bidrar til at disse alternativene får selvstendig betydning. Dette innebærer at bruk av telefaks, talemaskin og elektronisk post må forstås som selvstendige og alternative inngangsvilkår til samtykkekravet.

Konsekvensen av denne tolkningen blir at dersom det først foreligger bruk av telefaks, talemaskin eller elektronisk post til markedsføring overfor en fysisk person, vil dette i seg selv utløse krav om samtykke etter mfl. § 15 første ledd, uavhengig av hvordan det blir å bedømme etter vilkåret om «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon».

Det synes da å være to alternative grunnlag for et eventuelt krav om forhåndssamtykke for markedsføring gjennom sosiale medier. For det første kan det foreligge krav om samtykke i kraft av at sosiale medier må forstås som «elektronisk post». For det andre ved at sosiale medier må anses som «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon», hvor dette ut fra ordlyden nok fremstår som det mest intuitive alternativet.

Når jeg i det følgende likevel vier betydelig plass til også å vurdere hvorvidt sosiale medier er «elektronisk post», er dette særlig fordi det synes å være primærstandpunktet til de nordiske forbrukerombudene.⁵⁹ Dette er det første spørsmålet vil jeg behandle nedenfor, i kapittel 3.3.

⁵⁹ De nordiske forbrukerombudene (2012) s. 5.

I kapittel 3.4 vil jeg så gå over til å behandle spørsmålet om hvorvidt sosiale medier må forstås som «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon. Her vil jeg også drøfte hvorvidt direktivet mfl. § 15 gjennomfører i det hele tatt er anvendelig på sosiale medier, og de eventuelle virkningene dette har for begge de alternative grunnlagene. At direktivet er anvendelig forutsettes imidlertid i kapittel 3.3.

3.3 Er sosiale medier «elektronisk post»?

3.3.1 Innledning

Det må synes nokså opplagt at sosiale medier ikke omfattes av alternativene telefaks og talemaskin i mfl. § 15 første ledd. Sosiale medier kan imidlertid ha noen likhetstrekk med ordinær e-post, som gjør det nærliggende å spørre om kommunikasjon gjennom sosiale medier omfattes av alternativet «elektronisk post».

Som nevnt er dette blant annet forutsatt av de nordiske forbrukerombudene i deres felles standpunkt om markedsføring via sosiale medier.⁶⁰ Lunde og Michaelsen virker imidlertid skeptisk til denne forståelsen og mener tilsynelatende at markedsføring gjennom sosiale medier først og fremst må vurderes etter hovedvilkåret om «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon» i mfl. § 15 første ledd.⁶¹

Begrepet «elektronisk post» er legaldefinert i mfl. § 15 fjerde ledd, og omfatter

«(...) enhver henvendelse i form av tekst, tale, lyd eller bilde som sendes via et elektronisk kommunikasjonsnett, og som kan lagres i nettet eller i mottakerens terminalutstyr inntil mottakeren henter den. Herunder omfattes tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon».

Av forarbeidene til markedsføringsloven følger det at «omgrepet 'elektronisk post' (...) svarer til [kommunikasjonsverndirektivet] artikkel 2 bokstav h»,⁶² som igjen definerer elektronisk post som

«(...) any text, voice, sound or image message sent over a public communications network which can be stored in the network or in the recipient's terminal equipment until it is collected by the recipient».

Ordlyden i direktivets definisjon må dermed langt på vei legges til grunn som sammenfallende med den norske ordlyden i mfl. § 15 fjerde ledd. Med dette som bakgrunn vil jeg dermed ta utgangspunkt i den norske ordlyden i det følgende, men mindre noe annet er særskilt angitt.

⁶⁰ De nordiske forbrukerombudene (2012) s. 5.

⁶¹ Lunde og Michaelsen (2019) s. 232.

⁶² Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 201.

Av ordlyden i legaldefinisjonen i mfl. § 15 fjerde ledd kan det utledes fem kumulative vilkår for at en kommunikasjonsmåte skal anses som «elektronisk post». For det første må det foreligge en henvendelse i bestemmelsens forstand. For det andre må den aktuelle henvendelsen «sendes» og sendingen må for det tredje skje via et «elektronisk kommunikasjonsnett». For det fjerde må henvendelsen kunne «lagres i nettet eller i mottakerens terminalutstyr», og for det femte «hentes» av mottakeren.

For å ta stilling til spørsmålet om hvorvidt sosiale medier må karakteriseres som elektronisk post, er det dermed nødvendig å vurdere hvordan sosiale medier forholder seg til de enkelte av disse vilkårene. Som antydning i kapittel 2 må det ved denne bedømmelsen sondres mellom ulike kommunikasjonsmåter.

3.3.2 Henvendelsesvilkåret

Henvendelsesvilkåret i e-postdefinisjonen etter mfl. § 15 fjerde ledd består av to komponenter. For det første må det foreligge en henvendelse i snever forstand. Og dernest, hvis det først foreligger en henvendelse, må budskapet i det aktuelle henvendelsen formidles til mottakeren «i form av tekst, tale, lyd eller bilde». Dette kan betegnes som et innholdsvilkår.

Innholdsvilkåret kan neppe sies å by på store tolkningsutfordringer. Gjennom å nevne både tekst, tale, lyd og bilde, må den antas å fange opp alle de former for innhold som både praktisk og teknisk er mulig å formidle gjennom sosiale medier. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette i det følgende.

Det kan imidlertid spørres hva som skal til for at det foreligger en henvendelse i bestemmelsens forstand.

En naturlig språklig forståelse av begrepet «henvendelse» må være at det i det minste foreligger en eller annen form for ytring fra en part som retter mot en mer eller mindre bestemt målgruppe. Som det fremgår av sitatet ovenfor i punkt 3.3 er begrepet «message» benyttet i den tilsvarende definisjonen i kommunikasjonsverndirektivets engelske utgave. I den danske versjonen av direktivet benyttes begrepet «meddelelse» og i den svenske «meddelande», uten dette øyensynlig innebærer språklige forskjeller av betydning.

Utgangspunktet må dermed være at vilkåret etter mfl. § 15 fjerde ledd, om at det må foreligge en henvendelse, må forstås som vidt og omfatte langt på vei de fleste former for ytringer. Utgangspunktet må dermed også være at samtlige av kommunikasjonsformene beskrevet i kapittel 2 omfattes av henvendelsesvilkåret.

I sin artikkel stiller imidlertid Trzaskowski spørsmålet om henvendelsesvilkåret i direktivets e-postdefinisjon likevel må gis et snevrere virkeområde enn ordlyden skulle tilsi, ved at det må

innfortolkes et krav om individualisering av henvendelsen gjennom at avsenderen utpeker spesifikke mottakere.⁶³

Dette begrunnes særlig gjennom en henvisning til hvordan «tradisjonell» e-post virker, nemlig at avsenderen av en alminnelig e-postmelding alltid er avhengig av å angi spesifikke mottakere av en melding.⁶⁴ Utsendelse av tradisjonelle e-postmeldinger er ikke mulig uten at avsenderen foretar en individuell utvelgelse av hvem som skal motta de aktuelle meldingene ved å angi den ønskede mottakerens e-postadresse.

Selv om et slikt individualiseringskrav nok kan tenkes å ha gode grunner for seg, er det imidlertid vanskelig å se at ordlyden «henvendelse» i tilstrekkelig grad gir dekning for et slikt krav.

På denne bakgrunn må det dermed legges til grunn at et individualiseringskrav ikke kan innfortolkes i henvendelsesvilkåret.

Virkingen av dette blir dermed at samtlige kommunikasjonsformene beskrevet i kapittel 2 må ansees som henvendelser i henhold til e-postdefinisjonen mfl. § 15 fjerde ledd.

Spørsmålet om et mulig individualiseringskrav aktualiseres imidlertid også i forbindelse med «sendes»-vilkåret, som jeg straks vil komme innpå.

3.3.3 «Sendes»

Et neste vilkår for at en henvendelse skal måtte anses som omfattet av e-postdefinisjonen i mfl. § 15 fjerde ledd, er at den aktuelle henvendelsen «sendes». Det tilsvarende vilkåret etter kommunikasjonsverndirektivet er «any (...) message *sent*».⁶⁵

Hva som skal til at en henvendelse oppfyller kravet om å «sendes» gir imidlertid ikke bestemmelsen i fjerde ledd noe klart svar på.

En naturlig språklig forståelse av «sendes» er at en eller annen form for kommunikasjon overføres fra én bestemt part, og til minimum én annen bestemt part, slik som for eksempel ved tradisjonell brevpost. Dette aktualiserer på ny spørsmålet om e-postdefinisjonen i § 15 fjerde ledd bør forstås slik at mottakerne av en gitt markedsføringshenvendelse må være individualiserte av avsenderen for at samtykkekravet skal kunne komme til anvendelse.

Også i forbindelse med dette vilkåret argumenterer Trzaskowski for at det må gjelde et individualiseringskrav, fortsatt på bakgrunn av virkemåten til ordinær e-post.⁶⁶ Den naturlige

⁶³ Trzaskowski (2012) s. 2.

⁶⁴ Trzaskowski (2012) s. 2.

⁶⁵ Jf. art. 2 (h). Min kursivering.

⁶⁶ Trzaskowski (2012) s. 2.

språklige forståelsen av begrepet «sendes» gjør imidlertid at Trzaskowskis argumentasjon fremstår som langt mer treffende her.

Trzaskowskis syn støttes også av forarbeidene til mfl. § 15, hvor departementet uttaler at «[b]estemmelsen gjelder bare der en næringsdrivende tar initiativet og aktivt sender ut markedsføringshenvendelser til nærmere angitte personer eller adresser».⁶⁷

Norske lovforarbeider har som utgangspunkt begrenset rettskildemessig vekt ved tolkningen av bestemmelser med EØS-rettslig opphav.⁶⁸ Vekten av den siterte forarbeidsuttalelsen svekkes ytterligere av at den er skrevet i anledning forløperen til dagens bestemmelse, § 2 b i markedsføringsloven (1972), som gjennomførte artikkel 10 i det nå opphevede fjernsalgsdirektivet.⁶⁹

At det gjelder et individualiseringskrav forutsettes dog også av de nordiske forbrukerombudene i deres felles standpunkt til markedsføring via sosiale medier og forholdet til bestemmelsen i kommunikasjonsverndirektivet art. 13.⁷⁰

Selv om forvaltningens rettsoppfatning i alle tilfeller, og her også lovens forarbeider må tillegges begrenset vekt ved tolkningen, fremstår det likevel som nærliggende at det må gjelde et slikt individualiseringskrav.

Vi kan for tankens skyld forutsette at en gitt markedsføringshenvendelse oppfyller samtlige av vilkårene i e-postdefinisjonen etter mfl. § 15 fjerde ledd, og dermed må regnes som elektronisk post omfattet av samtykkekravet etter mfl. § 15 første ledd. Samtidig forutsettes «sendes»-vilkåret ikke å inneholde et individualiseringskrav.

Den praktiske konsekvensen av det skisserte eksempelet blir at den næringsdrivende pålegges en plikt til å innhente forhåndssamtykke for all markedsføring som på en eller annen måte skriver seg fra virksomheten, og som vises når en privatperson logger seg inn på sin profil på et gitt nettsamfunn, uavhengig av om virksomheten har hatt noen innflytelse på hvorvidt markedsføringen skal vises for vedkommende eller ei.

Hensynet til å forhindre at forbrukerne «oversvømmes» med reklame kan isolert sett tale for en slik løsning, hvor flest mulig kommunikasjonsformer fanges opp. Et motargument er likevel at det fremstår som lite rimelig å pålegge en næringsdrivende et ansvar for å innhente samtykke i tilfeller hvor han ikke kontrollerer hvem markedsføringen vises for. Å innhente forhåndssamtykke kan representere en så stor praktisk utfordring at næringsdrivende vegrer seg

⁶⁷ Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33.

⁶⁸ Med mindre avgjørende vekt på forarbeidene bidrar til en korrekt gjennomføring av EØS-regelen i norsk rett. Se sak E-1/07, avs. 39.

⁶⁹ Dir. 97/7/EF.

⁷⁰ De nordiske forbrukerombudene (2012) på s. 6.

for å ta i bruk ny kommunikasjonsteknologi. I kommunikasjonsverndirektivets fortale har EUs lovgivere funnet grunn til å poengtere at det ikke er meningen at kommunikasjonsverndirektivet skal anvendes på en måte som skaper unødige hindre for utviklingen av ny teknologi.⁷¹

Et annet poeng er at de praktiske vanskelighetene kan lede til at næringsdrivende etter hvert vil innta samtykkeklausuler i sine standardavtaler og stille som kontraheringsvilkår at forbrukerne samtykker til å motta markedsføring i enhver digital kanal. Dette kan vanskelig sees på som et gode for forbrukerne.

Det synes da nærliggende å legge til grunn at «sendes»-vilkåret inneholder et slikt individualiseringskrav.

Innboksmeldinger og utsendelse av invitasjoner har det til felles med tradisjonell e-post at avsenderen er avhengig av å utpeke spesifikke og navngitte brukere på det sosiale mediet som mottakere av en henvendelse. Slik sett må disse kommunikasjonsmåtene nokså klart oppfylle kravet om individualisering. Om dette synes det også å være enighet i juridisk teori⁷² i tillegg til å være forutsatt av de nordiske forbrukerombudene.⁷³

Mer tvilsomt er hvordan markedsføring gjennom innlegg i nyhetsstrøm og annonsevirkosomhet forholder seg til dette kravet. En næringsdrivende som markedsfører seg gjennom disse kanalene vil som oftest hverken kunne kontrollere eller vite hvem markedsføringen faktisk vises for.⁷⁴ Å få innhentet forhåndssamtykke vil praktisk sett da være svært vanskelig for annonsøren. Dette tilsier at slik markedsføring i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig individualisert til å måtte betraktes som «sendt» til forbrukeren.

Det den næringsdrivende imidlertid *kan* påvirke, er bruken av fremming og andre former for målretting av markedsføringen.⁷⁵ Ved hjelp av slike verktøy vil det være mulig å rette et gitt innlegg eller en annonse inn mot en temmelig spesifisert gruppe brukere.⁷⁶ Et innlegg vil for eksempel kunne rettes inn mot for eksempel alle kvinner i et gitt alderssegment, bosatt i et gitt tettsted, i en gitt kommune, som har en gitt utdanning og som har gitte interesser.⁷⁷

Det kan spørres om ikke en slik utvelgelse er tilstrekkelig spesifisert til å oppfylle individualiseringskravet, slik at det må sondres mellom annonser og innlegg som er målrettet og de som ikke er det.

⁷¹ Fortalen avs. 8.

⁷² Lunde og Michaelsen (2019) synes å legge dette til grunn på s. 232. Også Trzaskowski (2012) på s. 2

⁷³ De nordiske forbrukerombudene (2012) s. 6.

⁷⁴ Se pkt. 2.3.2 og 2.3.5

⁷⁵ Se forrige note.

⁷⁶ Facebook Business (2019)

⁷⁷ Ibid.

I noen grad kan departementets uttalelser i Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) tas til inntekt for at heller ikke målrettede innlegg og annonser kan anses tilstrekkelig individualisert til å fordra forhåndssamtykke. På side 33 uttales det at «[e]t grensetilfelle foreligger der den næringsdrivende bestemmer hvilken reklame som skal vises når en bestemt forbruker oppsøker vedkommendes hjemmeside på internett. I dette tilfellet er det forbrukeren som aktivt oppsøker et forum der man må regne med å bli utsatt for markedsføring (...)».

Det er likevel ikke gitt at uttalelsen har overføringsverdi til problemstillingen her. Sentralt er her nettopp det at brukeren *ikke* har valgt å oppsøke en gitt næringsdrivendes profil, men likevel får presentert markedsføring derfra. Et annet poeng er at også denne uttalelsen knytter seg til tidligere lovs § 2 b og det nå opphevede fjernsalgsdirektivet.

Om målrettet markedsføring i sosiale medier legger de nordiske forbrukerombudene til grunn at det «kan anføres argumenter for å anse henvendelsen for å være sendt til brukeren av det sosiale medie [sic], hvis brukeren ikke kan forhindre mottakelsen av henvendelsen - feks. [sic] ved gjennom egne innstillinger å kunne sortere i henvendelser fra vennekretsen for å unngå å få kommersielle henvendelser».⁷⁸

Selv dette synspunktet nok kan ha gode grunner for seg, er det neppe i samsvar med lovens system. Både mfl. § 15 første ledd bestemmelsen i kommunikasjonsverndirektivet art. 13 nr. 1 bygger klart på en «opt-in»-løsning, altså at mottakeren aktivt må avgi forhåndssamtykke for at en markedsføringshenvendelse via e-post skal være lovlig. Det er da neppe rom for en tolkning som lar forhold ved *mottakeren* være styrende for om en henvendelse krever forhåndssamtykke eller ei. I praksis innebærer dette en reservasjonsløsning, som det ikke er lett å se at har hjemmel i loven. Og skulle en slik løsning likevel legges til grunn, oppstår det tvilsomme spørsmålet om hvilke krav som må stilles til hva mottakeren må foretatt seg for å forhindre henvendelsene.

Reelle hensyn kan anføres både for og mot at målrettet markedsføring oppfyller individualiseringskravet. Det kan hevdes at å motta markedsføring i sosiale media basert på utvelgelse gjennom gruppetilhørighet kan fremstå like invaderende for mottakeren som det å motta reklame gjennom personlig adressert e-post og dermed bør omfattes.

Den næringsdrivende vil like fullt stå overfor det praktiske problemet med å få innhentet samtykke. Et annet poeng er at målrettet markedsføring er en svært viktig inntektskilde for nettsamfunn som Facebook og lignende aktører. Dersom det legges til grunn at også målrettede innlegg i nyhetsstrøm, annonser o.l. også oppfyller individualiseringskravet, kan dette tenkes å få betydelige praktiske og økonomiske konsekvenser for selskapene bak de enkelte nettsamfunnene.⁷⁹ Dette kan igjen tenkes å ramme forbrukerne som i stor grad benytter seg av

⁷⁸ De nordiske forbrukerombudene (2012), s. 6.

⁷⁹ Denne ulempen kan imidlertid tenkes avhjulpet gjennom et lempeligere krav til hva som må forstås som et gyldig samtykke. Samtykkekravets nærmere innhold faller imidlertid utenfor oppgavens ramme jf. pkt. 1.2.

disse tjenestene ved f.eks. å kreve brukerbetaling. For enkelte vil dette kanskje medføre en større ulempe enn det å bli utsatt for målrettet markedsføring.

Vurderingen er tvilsom, men det synes nærliggende at innlegg og annonser må bedømmes likt, uavhengig av om de er målrettede eller ei.

Konklusjonen må etter dette bli at innboksmeldinger og utsendelse av invitasjoner i alle tilfeller måtte anses som omfattet «sendes»-vilkåret. Innlegg i nyhetsstrøm og publisering av annonser faller imidlertid utenfor.

3.3.4 «Elektronisk kommunikasjonsnett»

Det neste vilkåret som følger av e-postdefinisjonen i mfl. § 15 fjerde ledd, er at den aktuelle henvendelsen formidles via et «elektronisk kommunikasjonsnett».

Hvordan henvendelser gjennom sosiale medier forholder seg til dette vilkåret står i nær sammenheng med selve virkeområdet til kommunikasjonsverndirektivet,⁸⁰ hvilket jeg vil behandle i forbindelse med vilkåret om «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon» jf. mfl. § 15 første ledd. Jeg vil derfor komme tilbake til dette vilkåret nedenfor under punkt 3.4. Inntil videre forutsettes imidlertid dette vilkåret å være oppfylt.

3.3.5 «Lagres i nettet eller mottakerens terminalutstyr», «hentes».

Vilkåret om «lagres i nettet eller mottakerens terminalutstyr» må legges til grunn som svarende til «stored in the network or in the recipient's terminal equipment», slik det tilsvarende vilkåret er formulert i kommunikasjonsverndirektivet.⁸¹ Det samme gjelder også vilkåret om å «hentes», som for alle praktiske formål må legges til grunn som tilsvarende direktivets vilkår om «collected by the recipient».

Felles for ordlyden i begge vilkårene er at de utvilsomt bærer preg av hvordan kommunikasjon via tradisjonell e-post foregår.

Noe forenklet⁸² foregår utveksling av tradisjonell e-post ved at avsenderen skriver en e-postmelding i e-postprogrammet⁸³ installert på sin datamaskin og angir en mottakeradresse. Meldingen sendes så over internett til serveren hos avsenderens e-postleverandør. Derfra sendes meldingen videre til serveren tilhørende mottakerens e-postleverandør. Der vil meldingen bli

⁸⁰ Trzaskowski (2012) s. 3.

⁸¹ Direktivet art. 2 h).

⁸² Fremstillingen her tar utgangspunkt i nedlasting av e-post via POP3-protokollen. Henting av e-post over IMAP eller Microsoft Exchange avviker noe fra dette.

⁸³ F.eks. Microsoft Outlook, Mozilla Thunderbird el. Apple Mail.

værende inntil mottakeren åpner e-postprogrammet på *sin* maskin, og laster meldingen ned fra serveren og til den lokale maskinen.

Kommunikasjon i sosiale medier foregår derimot ved at den enkelte bruker oppsøker tjenestens nettsted på internett via en datamaskin, smarttelefon eller nettbrett, eventuelt ved å laste ned nettsamfunnets app. Kommunikasjonen mellom brukerne skjer dermed ved at det lastes opp innhold, utveksles meldinger, opprettes annonser o.l. innad på tilbyderens nettsted og servere.⁸⁴ Den tekniske funksjonaliteten bak kommunikasjonsmåtene i sosiale medier skiller seg derfor en del fra virkemåten til tradisjonell e-post.

Det er neppe helt dekkende for den praktiske virkeligheten å for eksempel å legge til grunn at en bruker av Facebook «henter» en innboksmelding sendt til ham, når han åpner Facebooks nettside og leser meldingen. Meldingen ligger stadig på Facebooks server, men vises i brukerens nettleser. Den lastes dermed ikke ned til den lokale maskinen på samme måte som ved bruk av et e-postprogram.

Enda mer tvilsomt fremstår det å hevde at et innlegg på et nettsamfunn «hentes» av de enkelte brukerne som får dette opp i sin nyhetsstrøm straks de har vært inne på nettsamfunnets nettsider og sett innlegget. Heller ikke vilkåret om å «lagres i nettet eller mottakerens terminalutstyr» passer særlig godt på måten sosiale medier fungerer på.

De nordiske forbrukerombudene synes imidlertid å forutsette at begge disse vilkårene kan anvendes på henvendelser i sosiale medier, og uttaler at dersom en henvendelse «kun vises for brukere som er online, men forsvinner hvis dette ikke er tilfellet, vil man ikke kunne si at henvendelsen lagres i nettet eller i mottakerens terminalutstyr, inntil den hentes av mottakeren».⁸⁵ Oppfatningen begrunnes blant annet med Kommisjonens svar på et skriftlig spørsmål fra en representant i Europarlamentet, om hvorvidt såkalte «pop-up»-annonser på internett måtte anses omfattet av kommunikasjonsverndirektivets e-postbegrep.⁸⁶

Det er imidlertid vanskelig å se helt store likheten mellom tidligere tiders pop-up-annonsering og markedsføring i sosiale medier. Og selv om likheten skulle være tilstrekkelig til å begrunne en viss overføringsverdi for uttalelsen, kan den neppe tillegges særlig stor rettskildemessig vekt.

Når de nevnte vilkårene synes å være så tett knyttet virkemåten til tradisjonell e-post synes nærliggende å legge til grunn at samtlige av de beskrevne formene for kommunikasjon i sosiale medier må falle utenfor vilkårene i mfl. § 15 fjerde ledd om «lagres i nettet eller mottakerens terminalutstyr» og «hentes».

⁸⁴ Se forøvrig pkt. 2.4 om sontringen mellom transport- og innholdstjenester.

⁸⁵ De nordiske forbrukerombudene (2012) s. 5.

⁸⁶ Skriftlig spørsmål nr. E-3392/02

3.3.6 Oppsummering og konklusjon

Som drøftelsene ovenfor viser må de viktigste kommunikasjonsformene i sosiale medier oppfylle vilkåret om å være «henvendelser» i e-postdefinisjonens forstand. Individualiseringskravet som følger av «sendes»-vilkåret avskjærer likevel at annonser og innlegg i nyhetsstrøm kan betraktes som elektronisk post.

Vilkårene om å «lagres i nettet eller mottakerens terminalutstyr» og at henvendelsen må «hentes» fremstår imidlertid så tett knyttet opp mot virkemåten til ordinær e-post og tilsvarende fjernt fra virkemåten til kommunikasjon i sosiale medier, at disse neppe kan anses omfattes. Utgangspunktet må dermed være at alle de beskrevne kommunikasjonsformene faller utenfor definisjonen av «elektronisk post» i mfl. § 15 fjerde ledd.

Virkingen av dette blir at de da heller ikke av omfattes av kravet om forhåndssamtykke etter mfl. § 15 første ledd i kraft av å være elektronisk post.

3.3.7 Utvidende tolkning av e-postbegrepet i lys av samtykkekravets formål?

Som antydnet i innledningen må det antas at uønskede markedsføringshenvendelser gjennom sosiale medier i mange tilfeller kan være vel så påtrengende som henvendelser gjennom ordinær e-post. Det kan da spørres om hensynet til forbrukerbeskyttelse kan begrunne en utvidende fortolkning av e-postbegrepet i mfl. § 15 fjerde ledd, slik at sosiale medier likevel må anses omfattet.

Forbrukerhensynet ble tilsynelatende utslagsgivende for dansk Højesteret ved tolkningen av e-postbegrepet i § 6 i den tidligere danske markedsføringsloven,⁸⁷ som også var ment å gjennomføre art. 13 i kommunikasjonsverndirektivet.⁸⁸

I forbindelse med en sak som gjaldt uanmodet utsendelse av SMS la Højesteret tilsynelatende mindre vekt på ordlyden i direktivets e-postdefinisjon enn forbrukerhensynet, da den kom til at den danske lovens e-postbegrep ikke bare omfattet SMS, men «alle former for meddelelser, som sendes elektronisk (...) [og] finder således anvendelse såvel på allerede kendte former for teknologi til elektronisk forsendelse af meddelelser som nye former, og uanset om disse betegnes som e-mails, talebeskeder, videobeskeder, mms'er, sms'er eller noget helt andet, og uanset om de helt eller delvis sendes via landbaserede eller luftbårne netværk».⁸⁹

Selv om forbrukerhensynet nok et stykke på vei kan begrunne en noe utvidende tolkning, kan det her synes som om danske Højesteret gikk vel langt. Det er neppe grunnlag for å trekke forbrukerhensynet så langt at det fullstendig fortrenger den nokså snevre e-postdefinisjonen

⁸⁷ Dansk markedsføringslov (2005)

⁸⁸ Frost (2006) s. 115

⁸⁹ UfR 2005.3446 H på s. 3449.

etter direktivet, slik at så godt som et hvert fremtidig og nåværende elektronisk kommunikasjonsmiddel må anses omfattet.

Et poeng er også, kanskje med unntak av innboksmeldinger, at kan det neppe være tvil om at tekstmeldinger skiller seg relativt mye fra kommunikasjon gjennom sosiale medier. Den omfattende teknologiske utviklingen som siden har funnet sted var neppe i Høyesterets tanker da dommen ble avsagt for over 14 år siden. Dette svekker dens vekt ved tolkningen av den norske markedsføringslovens e-postbegrep.

Det kan heller ikke utelukkes at en utvidende tolkning vil komme i konflikt med andre EØS-rettslige regler. Siden den danske avgjørelsen har handelspraksisdirektivet⁹⁰ trådt i kraft. Direktivet regulerer næringsdrivendes urimelige handelspraksis overfor forbrukere og inneholder en uttømmende svarteliste over visse aggressive markedsføringsmetoder.⁹¹ Handelspraksisdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv. Det innebærer at de enkelte medlemsland ikke har adgang til å opprettholde en rettstilstand i strid med direktivet.⁹² En utvidende tolkning av e-postbegrepet i den norske markedsføringsloven vil i dag kunne komme i konflikt med svartelistens uttømmende regulering.

Det synes etter dette tvilsomt at det er grunnlag for en tilsvarende tolkning av mfl. § 15 fjerde ledd, som etter dansk rettspraksis.

Dansk rettspraksis er imidlertid ikke alene om utvidende tolkning av spam-bestemmelser utfra hensynet til forbrukerbeskyttelse. Et annet eksempel finnes i den amerikanske dommen *MySpace, Inc. v. The Globe.com, Inc.*⁹³ som gjaldt tolkningen av e-postdefinisjonen i den føderale CAN-SPAM Act av 2003,⁹⁴ ikke helt ulik definisjonen vi finner i mfl. § 15 fjerde ledd og i kommunikasjonsverndirektivet art. 2.

Retten kom her til at også henvendelser på nettsamfunnet MySpace måtte forstås som e-post, da særlig fordi «[I]imiting protection to only electronic mail that falls within the narrow confines set forth by Defendant does little to promote the Congress's [sic] overarching intent in enacting CAN-SPAM»⁹⁵.

I fortalen til kommunikasjonsverndirektivet er det imidlertid ikke like lett å se spor av et tilsvarende ønske om en «overarching» regulering som for amerikanske CAN-SPAM. Foruten

⁹⁰ Dir. 2005/29/EF

⁹¹ Dir. 2005/29/EF, bilag I

⁹² Lunde og Michaelsen (2019) s. 33. Se også Grandal og Haug (2016) s. 60 flg.

⁹³ United States District Court, Central District of California. Case No. CV 06-3391-RGK (JCx), February 27th, 2007.

⁹⁴ The Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography And Marketing (CAN-SPAM) Act of 2003, i kraft fra 16. desember 2003. U.S. Code Chapter 103.

⁹⁵ Dommen s. 5.

å nevne viktigheten av beskyttelse mot uønskede henvendelser via samme tre kommunikasjonsformene som fremgår av art. 13 nr. 1,⁹⁶ trekker fortalen frem behovet for beskyttelse mot uønskede henvendelser som påfører mottakeren særskilte kostnader.⁹⁷ Selve definisjonen av e-postbegrepet i art. 2 h kommenteres ikke i det hele tatt.

Et viktig poeng er at den amerikanske reguleringen etter sin ordlyd utelukkende omfatter e-post. En bestemmelse tilsvarende kommunikasjonsverndirektivet art. 13 nr. 3 vedrørende andre kommunikasjonsformer finnes ikke i CAN-SPAM. Behovet for en utvidende tolkning av e-postbegrepet synes da mer nærliggende i amerikansk rett, enn når det gjelder markedsføringslovens og kommunikasjonsverndirektivets e-postbegrep.

Sammenfattet gir den danske og den amerikanske avgjørelsen neppe argumenter som gir tilstrekkelig grunnlag for en tilsvarende utvidende tolkning av e-postbegrepet etter mfl. § 15 fjerde ledd.

3.4 Er sosiale medier «[e]lektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon»?

3.4.1 Innledning

Som vi nå har sett faller sosiale medier utenfor markedsføringslovens legaldefinisjon av elektronisk post jf. § 15 fjerde ledd. Sosiale medier omfattes dermed ikke av samtykkekravet i mfl. § 15 første ledd i kraft av å være elektronisk post.

Spørsmålet blir da om sosiale medier likevel må ansees omfattet av samtykkekravet i kraft av å være «elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon».

For å ta stilling til dette må det både vurderes hvorvidt kommunikasjonsmetodene nevnt i kapittel 2 må forstås som «elektroniske kommunikasjonsmetoder» i bestemmelsens forstand og hvorvidt de «tillater individuell kommunikasjon».

Jeg ser først på vilkåret om individuell kommunikasjon.

3.4.2 Vilkåret om «[i]ndividuell kommunikasjon»

3.4.2.1 Betydningen av det tidligere fjernsalgsdirektivet

Som jeg tidligere har vært inne på finnes det hverken noe vilkår om «individuell kommunikasjon» eller «elektroniske kommunikasjonsmetoder» i kommunikasjonsverndirektivet. Utformingen av mfl. § 15 første ledd må imidlertid sees i

⁹⁶ Fortalen, avs. 40.

⁹⁷ Fortalen, avs. 42 og 44.

sammenheng med at kravet om forhåndssamtykke ved elektronisk markedsføring opprinnelig kom inn i norsk rett som en gjennomføring av artikkel 10 i det tidligere fjernsalgsdirektivet.⁹⁸

Av fjernsalgsdirektivet art. 10 nr. 1 fulgte det at

*«[u]se by a supplier of the following means requires the prior consent of the consumer:
- automated calling system without human intervention (automatic calling machine),
- facsimile machine (fax).»*

Med unntak av at denne bestemmelsen ikke nevner e-post, tilsvarer ordlyden her i stor grad ordlyden i det nåværende kommunikasjonsverndirektivet art. 13 nr. 1. Men i likhet med kommunikasjonsverndirektivet påla også fjernsalgsdirektivet medlemslandene en plikt til å beskytte forbrukere mot uønskede henvendelser gjennom andre kanaler enn de særskilt nevnte.

Artikkel 10 nr. 2 i fjernsalgsdirektivet innebar en plikt for medlemsstatene til å sikre at «means of distance communication, (...) which allow individual communications⁹⁹ may be used only where there is no clear objection from the consumer». Dette må forstås som bakgrunnen for den norske bestemmelsens vilkår om «individuell kommunikasjon».¹⁰⁰

«[M]eans of distance communication» var i henhold til fjernsalgsdirektivets art. 2 nr. 4 definert som «any means which, without the simultaneous physical presence of the supplier and the consumer, may be used for the conclusion of a contract between those parties».

Avgjørende for fjernsalgsdirektivets krav om individuell kommunikasjon var dermed hvorvidt kommunikasjonsmetoden muliggjorde en avtaleinngåelse mellom forbrukeren og den næringsdrivende. Ser man dette kravet i sammenheng med alminnelige avtalerettslige prinsipper, må forventningsprinsippet nødvendigvis medføre at partene på en eller annen måte gjensidig kan utveksle meldinger med hverandre for at det skal være mulig å inngå en avtale.¹⁰¹

Dersom vilkåret om «individuell kommunikasjon» i mfl. § 15 første ledd tolkes i samsvar med fjernsalgsdirektivet, er det vanskelig å se at andre kommunikasjonsmetoder i sosiale medier enn innboksmeldinger oppfyller vilkåret. Blant de kommunikasjonsmåtene som er nevnt i kapittel 2, er dette det eneste som tillater gjensidig og likeverdig meldingsutveksling mellom partene.

⁹⁸ Dir. 97/7/EF.

⁹⁹ Min kursivering.

¹⁰⁰ Jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 33.

¹⁰¹ Woxholth (2014) s. 33.

Spørsmålet blir da hvordan lovens vilkår om «individuell kommunikasjon» nå må tolkes i lys av at fjernsalgsdirektivet er opphevet og bestemmelsen i artikkel 10 er avløst av artikkel 13 i kommunikasjonsverndirektivet.

3.4.2.2 Et annet individualiseringskrav under kommunikasjonsverndirektivet?

Som jeg tidligere har vært inne på inneholder ikke kommunikasjonsverndirektivets artikkel 13 noe vilkår om «individuell kommunikasjon», utover et krav om at den aktuelle markedsføringen må være «direct marketing».¹⁰²

Ordlyden «direct» tilsier riktignok at det må skje en eller annen form for individualisering, men det er vanskelig å her utlede noe tilsvarende krav om at kommunikasjonsmetoden kan benyttes til avtaleinngåelse, som etter fjernsalgsdirektivet.

Mer nærliggende er det å oppfatte dette vilkåret som et individualiseringskrav av samme format som det som kan utledes av «sendes»-vilkåret i e-postdefinisjonen etter mfl. § 15 fjerde ledd.

Utgangspunktet må dermed være at innboksmeldinger og utsendelse av invitasjoner oppfyller vilkåret om «individuell kommunikasjon», mens innlegg i nyhetsstrøm og annonser faller utenfor. For øvrig viser jeg til drøftelsen ovenfor under 3.3.3.

3.4.3 Nærmere om «elektroniske kommunikasjonsmetoder»

3.4.3.1 Rekkevidden av det tidligere fjernsalgsdirektivet

Jeg går nå over til å behandle markedsføringslovens vilkår om «elektroniske kommunikasjonsmetoder».

Tas vilkåret på ordet kan det synes som klart at sosiale medier av enhver art må falle innenfor, idet kommunikasjon i sosiale medier jo foregår ved hjelp av elektronisk utstyr, som PC eller smarttelefon. Imidlertid må også dette vilkåret må sees i sammenheng med artikkel 10 i det tidligere fjernsalgsdirektivet.

Som nevnt i forbindelse med behandlingen av vilkåret om «individuell kommunikasjon», var det avgjørende for fjernsalgsdirektivets samtykkekrav at det aktuelle kommunikasjonsmiddelet kunne benyttes til avtaleinngåelse mellom den næringsdrivende og forbrukeren. Fjernsalgsdirektivets samtykkekrav var således teknologinøytralt, ved at det ikke betinget bruk av en gitt teknologi.¹⁰³

Når artikkel 10 i fjernsalgsdirektivet skulle gjennomføres i norsk rett fant imidlertid departementet at begrepet «fjernkommunikasjonsmidler» var egnet til å etterlate tvil om

¹⁰² Jf. art. 13 nr. 3.

¹⁰³ Om dette, se også punkt 3.4.2.1 ovenfor.

markedsføring via post måtte anses omfattet av bestemmelsen.¹⁰⁴ Departementet foreslå derfor å heller benytte begrepet «telekommunikasjonsmetoder» i den nye bestemmelsen i mfl. (1972) § 2 b.¹⁰⁵

Ettersom fjernsalgsdirektivet var et minimumsdirektiv stod medlemslandene ved gjennomføringen i nasjonal rett i utgangspunktet fritt til å gi forbrukerne en større beskyttelse enn det som fulgte av direktivet.¹⁰⁶ På denne bakgrunn valgte departementet dermed å stille krav om forhåndssamtykke heller enn en reservasjonsløsning slik direktivbestemmelsen legger opp til.

Slik den opprinnelig ble vedtatt, fikk dermed mfl. (1972) § 2 b følgende ordlyd:

«Det er forbudt i næringsvirksomhet uten mottakerens forutgående samtykke å rette markedsføringshenvendelser til forbrukere ved hjelp av telekommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel elektronisk post, tekstmelding til mobiltelefon, telefaks eller automatisert oppringningssystem (talemaskin).»

Vilkåret om «telekommunikasjonsmetoder» skulle i henhold til forarbeidene¹⁰⁷ svare til det tilsvarende vilkåret i teleloven § 1-6 bokstav a.¹⁰⁸ Telelovens bestemmelse definerte igjen telekommunikasjon som «overføring av lyd, tekst, bilder eller andre data ved hjelp av lys, radiosignaler eller andre elektromagnetiske signaler i et kommunikasjonssystem for signalbefordring».

Slik denne definisjonen er formulert kan det neppe være særlig tvil om at den kun omfatter transporttjenester. Begreper som «elektromagnetiske signaler» og «signalbefordring» er lite treffende for innholdstjenester, men meget karakteristiske for transporttjenester.¹⁰⁹

Om denne definisjonen heter det i forarbeidene til teleloven at uttrykket «telekommunikasjon» omfatter «telekommunikasjons virksomhet [sic] uavhengig av valgte tekniske løsninger, i kabler eller trådløst, jordbundet eller via satellitt».¹¹⁰ Uttalelsen er imidlertid nærliggende å forstå dithen at begrepet «telekommunikasjon» skal omfatte enhver form for *transporttjeneste*, slik at innholdstjenester faller utenfor.

¹⁰⁴ Trzasowski (2012) s. 5.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 12 jf. også Ot. prp. nr. 36 (1999-2000) s. 7

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Lov 23. juni 1995 nr. 39 om telekommunikasjon (teleloven). Opph. 2003.

¹⁰⁹ Se pkt. 2.4 om sontringen mellom transport- og innholdstjenester.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 36 (1994-1995) s. 28 flg.

I forbindelse med at teleloven i 2003 ble opphevet og erstattet av ekomloven,¹¹¹ ble vilkåret om «telekommunikasjonsmetoder» erstattet med «elektroniske kommunikasjonsmetoder», uten at noen realitetsendring dermed var tilsiktet fra departementets side.¹¹²

Ved at man på denne måten valgte å gjennomføre fjernsalgsdirektivet art. 10 nr. 2 med en annen begrepsbruk enn direktivet, kan det antas at den tidligere samtykkebestemmelsen i mfl. (1972) § 2 b fikk et snevrere virkeområde enn det Norge var forpliktet til å gjennomføre i nasjonal rett etter den teknologinøytrale direktivbestemmelsen.

Prinsippet om direktivkonform tolkning ville nok likevel ha ledet til at det norske vilkåret om «elektroniske kommunikasjonsmetoder» hadde måttet blitt tolket utvidende til også å omfatte innholdstjenester som sosiale medier, i den utstrekning tjenesten muliggjør en avtaleinngåelse som forutsatt i fjernsalgsdirektivets definisjon av fjernkommunikasjonsmidler i art. 2 nr. 4.

3.4.3.2 Overgangen fra fjernsalgsdirektivet til kommunikasjonsverndirektivet

Når kommunikasjonsverndirektivet senere ble innlemmet i EØS-avtalen og avløste deler av fjernsalgsdirektivet, ble det ikke gjort noen større endringer i ordlyden i mfl. (1972) § 2 b.

Med unntak av at personkretsen vernet av samtykkekravet ble endret fra «forbrukere» til «fysiske personer» og et nytt tredje ledd om unntaket for henvendelser i anledning eksisterende kundeforhold, samt at e-postdefinisjonen ble tatt inn i et nytt fjerde ledd, ble bestemmelsens hovedvilkår værende uendret.¹¹³

Om kommunikasjonsverndirektivets art. 13 nr. 3 la departementet til grunn at denne «ikkje gjer grunn til lovendringar».¹¹⁴ Dermed skjedde det påfallende at bestemmelsen i mfl. (1972) § 2 b gikk fra å gjennomføre en forpliktelse i ett direktiv, til å gjennomføre en forpliktelse i et helt annet direktiv, uten at lovgiver fant det nødvendig å endre bestemmelsens hovedvilkår. Ved vedtagelsen av den nåværende markedsføringsloven, ble ordlyden fra tidligere lovs § 2 b videreført i sin helhet i nåværende § 15.¹¹⁵

At mfl. § 15 nå gjennomfører et annet direktiv enn tidligere, må likefullt ha betydning for tolkningen. Spørsmålet blir da om det at bestemmelsen nå er ment å gjennomføre artikkel 13 i kommunikasjonsverndirektivet leder til at vilkåret om «elektroniske kommunikasjonsmetoder»

¹¹¹ Lov 21. juni 2003 nr. 56 om elektronisk kommunikasjon (ekoml.)

¹¹² Ot. prp. nr. 58 (2002-2003) s. 130.

¹¹³ Om forståelsen av mfl. (1972) § 2 b etter endringene foranlediget av kommunikasjonsverndirektivet viser departementet interessant nok til proposisjonen utarbeidet i forbindelse med gjennomføringen av fjernsalgsdirektivet. Se Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) på s. 39, som viser til Ot.prp. nr. 62 (1999-2000).

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 24.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 201.

nå må tolkes annerledes enn under fjernsalgsdirektivet, nærmere bestemt om vilkåret fortsatt må tolkes som teknologinøytralt, slik at det kan omfatte sosiale medier som innholdstjeneste.

Kommunikasjonsverndirektivet art. 13 nr. 3 forplikter medlemslandene til å beskytte fysiske personer mot direkte markedsføring «in cases other than» e-post, telefaks og talemaskin.¹¹⁶ Ordlyden «in other cases» trekker i retning av at dette er en «catch all»-bestemmelse, som tar sikte på å beskytte mottakeren mot enhver uønsket markedsføringshenvendelse, uavhengig av hvilken teknologi avsenderen bruker.

Dette tilsier at markedsføringslovens begrep om «elektroniske kommunikasjonsmetoder» fortsatt må tolkes på samme måte som under fjernsalgsdirektivet, nemlig at direktivets tilsynelatende teknologinøytrale formulering gis avgjørende vekt ved tolkningen, og det sees bort ifra forarbeidenes henvisninger til de teknologispesifikke bestemmelsene teleloven og ekomloven.

Ved tolkningen av bestemmelsene i kommunikasjonsverndirektivet må det dog tas hensyn til at dette direktivet hører til en annen gruppe av direktiver enn det tidligere fjernsalgsdirektivet.

Fjernsalgsdirektivet var av markedsrettslig karakter¹¹⁷ og kom til anvendelse på all handelspraksis utenfor fast utsalgssted.¹¹⁸ Kommunikasjonsverndirektivet er imidlertid en del av den felleseuropeiske telelovgivningen.¹¹⁹ Dette medfører at dets bestemmelser bare kommer til anvendelse på de kommunikasjonsmidlene som faller innenfor dets virkeområde.¹²⁰

Selv om ordlyden i kommunikasjonsverndirektivets art. 13 nr. 3 tilsynelatende er teknologinøytral og dermed fanger opp sosiale medier, kan imidlertid ikke bestemmelsen rekke lenger enn selve direktivet den er en del av.

For å ta stilling til om direktivbestemmelsen kan anvendes i samsvar med sin ordlyd og omfatter sosiale medier, er det dermed nødvendig å vurdere hvorvidt sosiale medier i det hele tatt omfattes av kommunikasjonsverndirektivets virkeområde.

3.4.3.3 Kommer kommunikasjonsverndirektivet til anvendelse på sosiale medier? Betydningen av rammedirektivets begrepsdefinisjoner.

Kommunikasjonsverndirektivets virkeområde er regulert i artikkel 3.

¹¹⁶ Jf. art. 13 nr. 1. Se også pkt. 3.2.4.

¹¹⁷ Grandal og Haug (2016) s. 16

¹¹⁸ Art. 1 jf. art. 2 nr. 1.

¹¹⁹ Trzaskowski (2012) s. 3-4

¹²⁰ Ibid.

Her heter det at direktivets virkeområde er «the processing of personal data in connection with the provision of publicly available electronic communications services in public communication networks in the community (...)».¹²¹

Av dette kan det utledes to kumulative vilkår, som medfører at en kommunikasjonsmetode er underlagt direktivets bestemmelser når begge disse vilkårene er oppfylte.

For det første må den aktuelle kommunikasjonsmetoden benytte et offentlig kommunikasjonsnett. Men for det andre må den samtidig være det direktivet betegner som en elektronisk kommunikasjonstjeneste. Vilåret om offentlig kommunikasjonsnett er også en del av direktivets e-postdefinisjon, slik at det både er av betydning ved bedømmelsen av direktivets virkeområde som sådan og ved bedømmelsen av hvorvidt en gitt kommunikasjonsmetode må forstås elektronisk post i direktivets forstand.¹²²

Hverken vilåret om «*electronic communications services*» eller «*public communication networks*» er definert i direktivet. Av artikkel 2 første ledd følger det likevel at definisjonene i det såkalte rammedirektivet¹²³ gjelder tilsvarende for kommunikasjonsverndirektivets bestemmelser.

Rammedirektivet har i henhold til dets artikkel 1 nr. 1 som formål å etablere «a harmonised framework for the regulation of electronic communications services, electronic communications networks, associated facilities and associated services (...) throughout the Community», og angir en rekke tekniske legaldefinisjoner med betydning for ekomsektoren.

For å ta stilling til hvordan sosiale medier forholder seg til disse vilkårene, er det derfor nødvendig å se hen til hvordan disse defineres i rammedirektivet.

Jeg ser først på rammedirektivets definisjon av «public communications network».

Etter artikkel 2 d) i rammedirektivet er «public communications network» definert som «an electronic communications network¹²⁴ used wholly or mainly for the provision of electronic communications services available to the public which support the transfer of information between network termination points».¹²⁵

¹²¹ Mine understrekinger.

¹²² Se kap. 3.3.3 flg.

¹²³ Dir. 2002/21/EF

¹²⁴ Min understreking.

¹²⁵ Konsolidert utgave av 19. desember 2009. Tilgjengelig på <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1570358468332&uri=CELEX:02002L0021-20091219>. Hentet 6. oktober 2019.

«[E]lectronic communications network» er igjen definert i artikkel 2 a), og omfatter

«transmission systems and, where applicable, switching or routing equipment and other resources, including network elements which are not active, which permit the conveyance of signals by wire, radio, optical or other electromagnetic means, including satellite networks, fixed (circuit- and packet-switched, including Internet) and mobile terrestrial networks, electricity cable systems, to the extent that they are used for the purpose of transmitting signals, networks used for radio and television broadcasting, and cable television networks, irrespective of the type of information conveyed».

Når internett eksplisitt trekkes frem i den siterte definisjonen kan det neppe være tvilsomt at internett også må forstås som et «public communications network» i rammedirektivets forstand, og dermed også etter kommunikasjonsverndirektivet. Sosiale medier er dermed ikke unntatt kommunikasjonsverndirektivets virkeområde alene på det grunnlag at kommunikasjonen skjer via internett.

Avgjørende for om kommunikasjon i sosiale medier omfattes av kommunikasjonsverndirektivets virkeområde blir da hvorvidt slike tjenester kan forstås som «electronic communication services», som nevnt i art. 3.

Også dette begrepet har en nærmere definisjon i rammedirektivet. I henhold til artikkel 2 c) første punktum må «electronic communication services» forstås som

«a service normally provided for remuneration which consists wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, including telecommunications services and transmission services in networks used for broadcasting (...)».

For at en tjeneste skal omfattes av denne definisjonen må den for det første vanligvis ytes mot vederlag. For det andre må den i sin helhet eller først og fremst bestå av overføring av signaler i et offentlig kommunikasjonsnett. Jeg ser først på det sistnevnte kravet.

Som jeg har vært inne på i det foregående, er signaloverføring og lignende formuleringer begreper som normalt må forbindes med transporttjenester.¹²⁶ Er nærliggende tolkning av ordlyden i rammedirektivets definisjon er da at begrepet «electronic communication services» er begrenset til bare å gjelde transporttjenester, slik at innholdstjenester må falle utenfor.

Som tidligere nevnt må kommunikasjon gjennom sosiale medier klart forstås som innholdstjenester. Ordlyden i den siterte definisjonen trekker da i retning av at sosiale medier faller utenfor rammedirektivets definisjon av «electronic communication services», og dermed

¹²⁶ Se pkt. 3.4.2.1.

utenfor kommunikasjonsverndirektivets virkeområde. Som vi straks skal se, synes en slik forståelse også å følge av nyere rettspraksis fra EU-domstolen.

3.4.3.4 EU-domstolens tolkning i Gmail-dommen

Det nærmere innholdet i rammedirektivets definisjon av «electronic communications services» belyses imidlertid i en nyere tolkningsavgjørelse fra EU-domstolen.¹²⁷

Bakgrunnen for saken var at det tyske BNetzA¹²⁸ var av den oppfatning at Googles webbaserte e-posttjeneste Gmail måtte forstås som en elektronisk kommunikasjonstjeneste i rammedirektivets forstand, som utløser registreringsplikt etter tysk kommunikasjonslovgivning.¹²⁹

Tyske myndigheter traff dermed vedtak om tvangsmulkt som en konsekvens av den angivelig misligholdte registreringsplikten. Vedtaket ble så bragt inn for tyske domstoler av Google, som blant annet anførte at den aktuelle tjenesten falt utenfor rammedirektivets definisjon av «electronic communications services». I tolkningsanmodningen fra den tyske domstolen ble EU-domstolen forelagt spørsmålet om denne definisjonen også omfatter «web-based email services which are supplied over the open internet and do not themselves provide internet access».¹³⁰

EU-domstolen påpekte da at det i forbindelse med reguleringen av kommunikasjonstjenester «is necessary to separate the regulation of transmission from the regulation of content»,¹³¹ altså at det må sondres mellom transport- og innholdstjenester. Selv om domstolen kunne slutte seg til tyske myndigheters anførsler om at Gmail-tjenesten i noen grad overfører signaler via internett, er det ikke uten videre gitt at tjenesten dermed i sin helhet eller i hovedsak består av slik signaloverføring.¹³² Domstolen uttalte deretter, at

*«[t]he fact that the supplier of a web-based email service actively participates in the sending and receipt of messages [from] the open internet for the purposes of transmitting them to their recipients, does not appear to be sufficient to enable that service, on the technical level, to be regarded as consisting ‘wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks’ within the meaning of Article 2 (c) of the Framework Directive».*¹³³

¹²⁷ Sak C-193/18 Google LLC mod Forbundsrepublikken Tyskland (*Gmail*)

¹²⁸ Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Føderale kommunikasjonsmyndigheter i Tyskland.

¹²⁹ Dommen avs. 2.

¹³⁰ Dommen avs. 25 (1).

¹³¹ Dommen avs. 30.

¹³² Dommen avs. 34-35.

¹³³ Dommen avs. 37.

EU-domstolens uttalelser her må også være av betydning for spørsmålet om sosiale medier omfattes av den samme definisjonen.

Som det fremgår av sitatet fra dommen, medfører ikke det at en web-basert tjeneste tilbyr formidling av meldinger *i seg selv* at tjenesten i sin helhet eller i hovedsak består av signaloverføring, slik definisjonen av «electronic communication services» i rammedirektivet krever. Dette må også gjelde sosiale medier, som i likhet med Gmail, nok så klart må betraktes som en web-basert innholdstjeneste¹³⁴ med mulighet for formidling av ulike typer meldinger. Det synes da klart at heller ikke sosiale medier kan omfattes av dette begrepet.

Ettersom kommunikasjonsverndirektivets virkeområde er begrenset til nettopp å gjelde «electronic communication services»,¹³⁵ må utgangspunktet etter Gmail-avgjørelsen være at kommunikasjon i sosiale medier faller utenfor kommunikasjonsverndirektivets virkeområde. Dette må igjen få konsekvenser for tolkningen av bestemmelsene i direktivets i art. 13 nr. 1 og nr. 3.

Når det gjelder tolkningen av bestemmelsen i direktivet art. 13 nr. 1 får Gmail-avgjørelsen neppe noen praktiske konsekvenser. Som vist i kap. 3.5 omfatter e-postbegrepet neppe kommunikasjon i sosiale medier. For bestemmelsen i art. 13 nr. 3 blir imidlertid virkningen av Gmail-avgjørelsen langt mer praktisk. At sosiale medier faller utenfor kommunikasjonsverndirektivets virkeområde må bety at disse også faller utenfor «sekkealternativet» om «other cases», selv om ordlyden isolert sett må antas å omfatte å romme slike tjenester. Som tidligere nevnt kan ikke de enkelte bestemmelsene rekke lenger enn selve direktivet de er en del av.

Dette tilsier at kommunikasjonsverndirektivet i utgangspunktet ikke er til hinder for at næringsdrivende sender forbrukere markedsføring via alle kommunikasjonsformer i sosiale medier, uavhengig av om mottakeren har samtykket på forhånd eller ei.

3.4.3.5 Utvidende tolkning i lys av hensynet til teknologinøytralitet?

I sin artikkel fra 2012 stiller Trzaskowski spørsmål om ikke kommunikasjonsverndirektivets begrep om «electronic communication services» bør tolkes slik at sosiale medier likevel omfattes, særlig i lys av at Kommisjonen angivelig tilstrebet at kommunikasjonsverndirektivet skulle være teknologinøytralt.¹³⁶

At EU nok hadde slike intensjoner, støttes av uttalelsene i avsnitt 4 i direktivets fortale. Her heter det at direktivets forgjengere «has to be adapted to developments in the markets and technologies for electronic communications services in order to provide an equal level of

¹³⁴ Se pkt. 2.4.

¹³⁵ Jf. art. 3.

¹³⁶ Trzaskowski (2012) s. 5.

protection of (...) privacy for users of publicly available electronic communications services, *regardless of the technologies used*».¹³⁷

Selv om disse uttalelsene nok vitner om at EU opprinnelig hadde et ønske om ikke å avgrense direktivets virkeområde til å gjelde spesifikke former for teknologi, er det vanskelig å forene dette ønsket med direktivets henvisning til rammedirektivets begrepsdefinisjoner. Som vi har sett medfører EU-domstolens Gmail-avgjørelse at rammedirektivets definisjon av «electronic communications services» nokså klart ikke omfatter nettbaserte innholdstjenester. Og som tidligere nevnt er et sentralt formål med rammedirektivet å etablere et felles begrepsapparat for de rettsaktene som inngår i ekompakken vedtatt i 2002. Det er da vanskelig å se at det skulle være rom for at det samme begrepet tolkes annerledes i kommunikasjonsverndirektivet enn rammedirektivet. Den siterte uttalelsen i fortalen må da ha begrenset vekt.

Det må etter dette legges til grunn at EU-domstolens tolkning av rammedirektivets begrep «electronic communications services» i Gmail-dommen også må gjelde det tilsvarende begrepet i bestemmelsen om kommunikasjonsverndirektivets virkeområde i art. 3. Det må da konkluderes i samsvar med utgangspunktet oppstilt ovenfor, nemlig at sosiale medier ikke omfattes av kommunikasjonsverndirektivets samtykkekrav, til tross for den vide ordlyden i art. 13 nr. 3.

Når sosiale medier faller utenfor kommunikasjonsverndirektivets virkeområde må dette også få følger for tolkningen av vilkåret om «elektroniske kommunikasjonsmetoder» etter mfl. § 15 første ledd. Tilsynelatende er det da ikke lenger være noen plass for en utvidende tolkning av vilkåret, slik at også innholdstjenester som sosiale medier omfattes, på samme måte som under det tidligere fjernsalgsdirektivet.

Virkingen av dette må da bli at utsendelse av markedsføring via sosiale medier, uavhengig av valgt kommunikasjonsmetode, faller utenfor samtykkekravet etter mfl. § 15 første ledd.

3.5 Oppsummering og konklusjon

Som drøftelsene i det foregående har vist, omfattes ikke kommunikasjon i sosiale medier av kravet om innhenting av forhåndssamtykke ved elektronisk markedsføring, slik bestemmelsen i mfl. § 15 første ledd må tolkes i lys av Norges forpliktelser etter kommunikasjonsverndirektivet. Konsekvensen av dette blir da at næringsdrivende må ha anledning til å sende markedsføring til privatpersoner via sosiale medier, uhindret av kravet om forhåndssamtykke oppstilt i mfl. § 15 første ledd.

Bruken av sosiale medier er økende i alle lag av befolkningen og det er liten grunn til å tro at økningen vil avta med det første. Etter hvert må det antas at sosiale medier også tas i bruk som

¹³⁷ Min kursivering. Se også uttalelsene i avs. 8, som trekker i samme retning.

manges primære kommunikasjonskanal, på bekostning av tjenester som SMS og e-post. Det er lite som tilsier at behovet for beskyttelse av privatlivets fred gjør seg mindre gjeldende her kontra mer tradisjonelle kommunikasjonsformer.

Som drøftelsene i kapittel 3 har vist, fordrer imidlertid det at det gjøres betydelige endringer av dagens lovgivning, dersom markedsføring via sosiale medier skal kreve eksplisitt forhåndssamtykke. Hvilke endringer den foreslåtte kommunikasjonsvernforordningen innebærer, er tema for kapittel 4.

4 Hvilke endringer medfører artikkel 16 i forslaget til ny kommunikasjonsvernforordning for adgangen til markedsføring gjennom sosiale medier?

4.1 Innledning

4.1.1 Bakgrunnen for den nye forordningen.

I denne delen av oppgaven vil jeg se nærmere på hvordan markedsføring gjennom sosiale medier regulert forholder seg til samtykkekravet som følger av Kommisjonenens forslag til ny forordning.

Siden 2015 har EU hatt en strategi om å gjøre EØS-området til et fellesmarked for digitale tjenester, et såkalt «Digital Single Market».¹³⁸ Men EU har erkjent at oppnåelse av dette målet fordrer oppdaterte og harmoniserte regelverk for digitale tjenester.¹³⁹ På denne bakgrunn har Kommisjonen iverksatt et omfattende revisjonsarbeid når det gjelder reguleringen av elektronisk kommunikasjon og markedet for digitale tjenester i EU.

Som et ledd i dette revisjonsarbeidet, fikk kommisjonen i 2017 utarbeidet en rapport hvor kommunikasjonsverndirektivet evalueres.¹⁴⁰ I rapporten påpekes det at slik ordlyden i mange av kommunikasjonsverndirektivets bestemmelser er utformet, er de egnet til å etterlate tvil om hvorvidt nyere innholdstjenester omfattes av direktivets virkeområde. Denne usikkerheten har igjen ledet til ulik fortolkning av direktivet i de enkelte medlemslandene,¹⁴¹ til tross for direktivets formål om økt harmonisering.¹⁴²

Om kommunikasjonsverndirektivets bestemmelse om uanmodet markedsføring heter det betegnende nok i rapporten, at «confusion exists as to whether or not the Article is applicable to messages sent by means of information society services, in particular via (...) social media platforms such as Facebook, Twitter, etc.».¹⁴³

Blant annet på bakgrunn av rapportens funn, la EU-kommisjonen frem et forslag til en ny kommunikasjonsvernforordning¹⁴⁴ til erstatning for dagens direktiv og som et forsøk på botemiddel når det gjelder uklarhetene i direktivet. Kommunal- og moderniseringsdepartementet sendte forslaget på nasjonal høring i Norge i mars 2017 og har

¹³⁸ COM (2015) 192 final s. 3.

¹³⁹ COM (2015) 192 final s. 20.

¹⁴⁰ “Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector” (2017). Tilgjengelig på http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=41232, hentet 30. september 2019.

¹⁴¹ Rapporten s. 29.

¹⁴² Direktivets fortale, avs. 8.

¹⁴³ Rapporten s. 177-179.

¹⁴⁴ COM (2017) 10

vurdert det som EØS-relevant.¹⁴⁵ Forslaget er i skrivende stund til behandling i EUs organer, men er ikke endelig vedtatt.

4.1.2 Bestemmelsens oppbygging og ordlyd. Samtykkekravets inngangsvilkår.

I kommunikasjonsvernforordningen reguleres uanmodet elektronisk markedsføring i artikkel 16. Hovedregelen følger av nr. 1, som har følgende ordlyd:

«Natural or legal persons may use electronic communications services for the purposes of sending direct marketing communications to end-users who are natural persons that have given their consent».

En forskjell fra ordlyden i både mfl. § 15 første ledd og kommunikasjonsverndirektivet art. 13 er dermed at forordningens samtykkebestemmelse er formulert som tillatelse heller enn et forbud. Det har imidlertid neppe noen praktisk rettslig betydning.

Av den siterte ordlyden kan det utledes fire kumulative vilkår som alle må være oppfylte for at forordningens samtykkekrav kommer til anvendelse.

For det første må den aktuelle henvendelsen skje gjennom «electronic communications services». Dernest må henvendelsen innebære en «sending [of] «direct marketing communication». I tillegg må mottakeren må være en fysisk «end-user», altså en sluttbruker.¹⁴⁶

Jeg ser først på vilkåret om sending av «direct marketing communications».

4.2 Hva skal til for at det foreligger en sending av «direct marketing communication»?

I kommunikasjonsvernforordningen er begrepet «direct marketing communications» definert som «any form of advertising, whether written or oral, sent to one or more identified or identifiable end-users of electronic communications services (...)».¹⁴⁷

At definisjonen nevner skriftlig og muntlig markedsføring er neppe av noen praktisk betydning. Ordlyden «any form of advertising» må forstås slik at den innebærer at enhver form for henvendelse må omfattes av begrepet, så lenge dens formål er markedsføring. Hvorvidt en konkret henvendelse for eksempel består av tekst og bilder eller video må da være uten betydning for om kravet til forhåndssamtykke kommer til anvendelse på en gitt henvendelse.

¹⁴⁵ Revisjon dir. 2002/58-EØS notat

¹⁴⁶ I motsetning til etter gjeldende rett, hvor mottakeren må være en «fysisk person» jf. mfl. § 15 (1) og «user» eller «subscriber» jf. kom.dir. art. 13 nr. 1 og 3. Ordlydsforskjellen representerer likevel neppe noen realitetsforskjell.

¹⁴⁷ Artikkel 4 nr. 2 bokstav f). Min understreking.

Som vist i kapittel 3, må det i dagens regulering av elektronisk markedsføring etter mfl. § 15 og kommunikasjonsverndirektivet art. 13 innfortolkes et krav om en eller annen form for individualisering av en markedsføringshenvendelse, selv om dette ikke uttrykkelig følger av ordlyden i disse bestemmelsene. Uten tilstrekkelig grad av individualisering, vil ikke den næringsdrivende være forpliktet til å innhente forhåndssamtykke.

Et krav til individualisering følger også av kommunikasjonsforordningens samtykkebestemmelse. Allerede det at bestemmelsen i artikkel 16 nr. 1 krever at en henvendelse «sendes» til mottakeren peker i retning av dette. I kommunikasjonsvernforordningens bestemmelse er imidlertid et krav om individualisering kommet eksplisitt til uttrykk ved at den siterte legaldefinisjonen av «direct marketing communication» krever at markedsføringen må sendes til «identified or identifiable end-users».

Avgjørende for om markedsføring sendt via sosiale medier oppfyller forordningens individualiseringskrav, blir da hvorvidt kommunikasjonsmetoden som benyttes medfører at henvendelsen rettes mot «identified or identifiable end-users».

Som tidligere lagt til grunn, må innboksmeldinger og utsendelse av invitasjoner anses som tilstrekkelig individualiserte etter dagens regulering, mens innlegg i nyhetsstrøm og annonsevirkosomhet i utgangspunktet *ikke* er det.

Ordlyden i alternativet om «identified (...) end-users» er nærliggende å forstå som at omfatter tilfeller hvor den næringsdrivende kjenner mottakerens identitet og retter henvendelsen spesifikt mot denne. Innboksmeldinger og utsendelse av invitasjoner må dermed klart falle inn under dette, mens innlegg i nyhetsstrøm og annonsevirkosomhet i utgangspunktet må falle utenfor, ettersom hvorvidt slike henvendelser vises hos mottakeren ikke ubetinget er underlagt den næringsdrivendes kontroll.

Så langt må det dermed konstateres at vilkåret om «identified (...) end-users» etter forordningen samsvarer med individualiseringskravet som følger av dagens regulering, jf. mfl. § 15 (1) og kommunikasjonsverndirektivet art. 13.¹⁴⁸

Kommunikasjonsvernforordningens definisjon av «direct marketing communication» omfatter imidlertid også henvendelser sendt til «identifiable end-users», altså *identifiserbare* brukere. Det kan da spørres om forordningens individualiseringskrav likevel er annerledes enn etter gjeldende rett. At man har valgt å ta inn alternativet «identifiable» kan trekke i retning av at Kommisjonen i den nye forordningen har ønsket å utvide kretsen av personer som er vernet av kravet om forhåndssamtykke til også å omfatte tilfeller hvor en næringsdrivende sender markedsføring til personer vedkommende ikke nødvendigvis kjenner identiteten til, men som potensielt vil være mulig å identifisere.

¹⁴⁸ Se ovenfor under pkt. 3.3.3 og 3.4.2 om individualiseringskravet *de lege lata*.

Dette aktualiserer igjen spørsmål knyttet til visse former for målrettet markedsføring. Vil f.eks. innlegg i nyhetsstrømmen, som vises gjennom fremming overfor visse personkretser, nå måtte anses tilstrekkelig individualiserte til å omfattes av kommunikasjonsvernforordningens individualiseringskrav? Vilkåret om «identifiable» kan tyde på at dette spørsmålet nå må svares bekreftende, i alle fall i tilfeller hvor mottakerkretsen er utvalgt på grunnlag av så presise kriterier at det vil være mulig å finne frem til mottakernes identiteter. Det er imidlertid ikke grunn for meg til her å gå nærmere inn på dette spørsmålet. Som vi snart skal se, vil forordningens vilkår om «electronic communications service» i alle tilfeller avskjære muligheten for at dette spørsmålet settes på spissen i praksis.

Konklusjonen må etter dette blir at innboksmeldinger og utsendelse av invitasjoner i alle tilfeller måtte forstås som utsendelse av «direct marketing communications» jf. art. 16 nr. 1 i forordningen. Motsatt må gjelde innlegg i nyhetsstrøm og publisering av annonser som i utgangspunktet må falle utenfor på grunn av manglende individualisering.

4.3 Er sosiale medier «electronic communications services»?

4.3.1 Et annet innhold i kommunikasjonsvernforordningen? Betydningen av ekomkodeksen.

I motsetning til kommunikasjonsverndirektivet, opererer forordningens bestemmelse om uanmodet markedsføring bare med én kategori av kommunikasjonsmidler: «electronic communications services». Forordningen har dermed ikke en tilsvarende sonndring som det nåværende direktivet, hvor e-post, telefaks mv. reguleres av bestemmelsen i art. 13 nr. 1 og *øvrige* kommunikasjonsmetoder reguleres av art. 13 nr. 3.

Om man står overfor en «electronic communications service», er dessuten avgjørende for om kommunikasjonsvernforordningen i det hele tatt kommer til anvendelse på tjenesten, jf. bestemmelsen om forordningens virkeområde i artikkel 2.

Om den aktuelle kommunikasjonsmetoden omfattes av dette vilkåret, altså om det er «electronic communications service», vil være avgjørende for om næringsdrivende plikter å innhente forhåndssamtykke ved markedsføring via sosiale medier.

Det er her grunn til å minne om at «electronic communications services» er det samme begrepet som avgrenser kommunikasjonsverndirektivet virkeområde.¹⁴⁹ Som vi så i kapittel 3 må begrepet slik det er definert i rammedirektivet tolkes slik at nettbaserte innholdstjenester som sosiale medier faller utenfor.

Dersom sosiale medier skal anses omfattet av kommunikasjonsvernforordningens likelydende begrep, fordrer dette dermed at begrepet har et annet innhold enn etter

¹⁴⁹ Jf. direktivet art. 3

kommunikasjonsverndirektivet og rammedirektivet, slik dette er redegjort for ovenfor i kapittel 3.

I likhet med kommunikasjonsverndirektivet inneholder forordningen egne begrepsdefinisjoner, samtidig som den også viser til definisjoner i andre rettsakter. I motsetning til kommunikasjonsverndirektivet, viser imidlertid ikke kommunikasjonsvernforordningen til rammedirektivets definisjon av «electronic communications services», men til hvordan dette begrepet er definert i den før nevnte ekomkodeksen.¹⁵⁰

Som nevnt i kapittel 3 ble rammedirektivet vedtatt i EU i 2002 som en del av EUs første ekompakke, bestående av en rekke direktiver. Høsten 2016 la imidlertid Kommisjonen frem et forslag til revisjon av det felleseuropeiske regelverket den første ekompakken brakte med seg, i form av en ekomkodeks.¹⁵¹

Ekomkodeksen er gitt i direktivs form, og søker i likhet med rammedirektivet å etablere et felles rammeverk av legaldefinisjoner i forbindelse med elektronisk kommunikasjon og å bidra til en helhetlig og harmonisert regulering av den europeiske ekombransjen.¹⁵² Kodeksen er imidlertid ikke bare ment å avløse rammedirektivet, men også tillatelsesdirektivet, tilgangsdirektivet og USO-direktivet.¹⁵³ Ekomkodeksen er dermed et omfattende direktiv.

Ekomkodeksen ble endelig vedtatt i EU 11. desember 2018, og trådte i kraft den 20. i samme måned og er vurdert av departementet som EØS-relevant.¹⁵⁴ På grunn av direktivets omfattende karakter er medlemslandene gitt en frist til 21. desember 2020 for gjennomføring i nasjonal rett.¹⁵⁵ De ovenfor nevnte direktivene fra første ekompakke oppheves da også først fra denne dato, jf. ekomkodeksen art. 125 første ledd.

For å ta stilling til om sosiale medier omfattes av forordningens vilkår om «electronic communications services», er det dermed nødvendig å se hen til hvordan ekomkodeksens definerer dette begrepet.

I henhold til artikkel 2 nr. 4 i ekomkodeksen må begrepet «electronic communications service» forstås som

«a service normally provided for remuneration via electronic communications networks, which encompasses, with the exception of services providing, or exercising editorial control over, content transmitted using electronic communications networks and services, the following types of services:

(a) ‘internet access service as defined in point (2) of the second paragraph of Article 2 of Regulation (EU) 2015/2120;

(b) ‘interpersonal communications service; and

¹⁵⁰ Dir. 2018/1972/EU. Jf. kommunikasjonsvernforordningen art. 4 nr. 1 bokstav b)

¹⁵¹ Revisjon dir. 2002/19, dir. 2002/20, dir. 2001 og dir. 2002/22-EØS notat

¹⁵² Fortalen avs. 5.

¹⁵³ Ekomkodeksen art. 125. Se også fortalen avs. 1-2 og 321.

¹⁵⁴ Revisjon dir. 2002/19, dir. 2002/20, dir. 2001 og dir. 2002/22-EØS notat.

¹⁵⁵ Jf. art. 124 nr. 1.

(c) services consisting wholly or mainly in the conveyance of signals such as transmission services used for the provision of machine-to-machine services and for broadcasting».

Av denne definisjonen kan det utledes fire kumulative vilkår som alle må være oppfylte for at den aktuelle tjenesten skal anses omfattet av bestemmelsens definisjon: For det første må tjenesten være «normally provided for remuneration», altså mot vederlag. For det andre må tjenesten tilbys via et «electronic communications network». For det tredje må tilbyderen ikke utøve redaksjonell kontroll over tjenesten og for det fjerde må tjenesten omfattes av minst ett av alternativene i bestemmelsens bokstaver (a) til (c).

Jeg ser først på vilkåret om at tjenesten vanligvis må tilbys mot vederlag.

4.3.2 «Normally provided for remuneration»

Store nettsamfunn som Facebook og Instagram krever normalt ikke betalt for privatpersoners bruk av tjenestene. Det kan da spørres hvordan sosiale medier forholder seg til dette vilkåret. Ordlyden «*normally provided for remuneration*»¹⁵⁶ trekker dog i retning av at tradisjonell brukerbetaling ikke kan forstås som noe absolutt krav.

Hvordan vilkåret om vederlag er å forstå, er utdypet i ekomkodeksens fortale. I fortalen fremheves det at i den digitale økonomien er det å besitte personlig informasjon om brukere, i økende grad ansett for å være av økonomisk verdi.¹⁵⁷ Deretter uttales det at

*«[e]lectronic communications services are often supplied to the end-user not only for money, but increasingly and in particular for the provision of personal data or other data. The concept of remuneration should therefore encompass situations where the provider of a service requests and the end-user knowingly provides personal data (...) or other data directly or indirectly to the provider. It should also encompass situations where the end-user allows access to information without actively supplying it».*¹⁵⁸

Det kan naturlig nok spørres hvorvidt privatpersoner som registrerer seg på f.eks. Facebook med viten og vilje samtykker til en slik innsamling av persondata. Dette spørsmålet faller imidlertid utenfor oppgavens ramme. Utgangspunktet må dermed være at sosiale medier oppfyller tjenestedefinisjonens vilkår om vederlag, dersom brukeren gjennom sin registrering tilbyr leverandøren sine personlige data.

¹⁵⁶ Min kursivering.

¹⁵⁷ Fortalen avs. 16.

¹⁵⁸ Ibid.

4.3.3 «Electronic communications network»

Definisjonens neste vilkår er at tjenesten foregår via et «electronic communications network». Ekomkodeksens definisjon av dette begrepet følger av art. 2 nr. 1 og er tilnærmet identisk med rammedirektivets definisjon av samme begrep. Internett nevnes eksplisitt også i ekomkodeksens definisjon og det er derfor ikke grunn til å problematisere dette vilkårets forhold til sosiale medier.

4.3.4 «Exercising editorial control»

Det neste vilkåret knytter seg til at tjenesteleverandøren ikke må utøve redaksjonell kontroll over tjenesten. I motsetning til vederlagsvilkåret omtales ikke dette vilkåret noe nærmere i kodeksens fortale. Men det er imidlertid nærliggende å anta at Kommisjonen har ønsket å unnta fra definisjonen medier som leverandøren på en eller annen måte utøver en redaksjonell kontroll over, nettaviser og lignende tjenester.

Også ved bedømmelsen av dette vilkåret må det sondres mellom de forskjellige formene for kommunikasjon i sosiale medier.

Hvem som ser annonser og innlegg i nyhetsstrøm, vil som nevnt gjerne være styrt av det enkelte nettsamfunns algoritmer. Det enkelte nettsamfunn må nødvendigvis utøve innflytelse over hvordan disse algoritmene fungerer. Allerede på grunnlag av dette er det nærliggende å slutte at denne typen kommunikasjon må anses å være underlagt en form for redaksjonell kontroll.

Det er imidlertid kjent at store nettsamfunn som Facebook også driver en mer aktiv form for kontroll med hvilke innlegg og annonser som tillates publisert på plattformen. Et kjent eksempel på dette er Facebooks sletting av statsminister Erna Solbergs innlegg med et kjent fotografi fra Vietnamkrigen.¹⁵⁹ Så lenge et nettsamfunn fører denne typen kontroll med annonser og innlegg i nyhetsstrøm, må det legges til grunn at kravet om fravær av redaksjonell kontroll ikke er oppfylt for disse kommunikasjonsformene.

En tilsvarende kontroll føres imidlertid normalt ikke med utsendelse av invitasjoner og innboksmeldinger. Disse må dermed i utgangspunktet oppfylle kravet om fravær av redaksjonell kontroll. Dette også selv om det aktuelle nettsamfunnet fører kontroll med publiserte innlegg i nyhetsstrømmen.

Vi ser her at allerede på grunn av vilkåret om fravær av redaksjonell kontroll, må markedsføring gjennom annonser og innlegg i nyhetsstrøm i sosiale medier falle utenfor ekomkodeksens definisjon av «electronic communications services». Konsekvensen av dette blir da at samtykkekravet i kommunikasjonsvernforordningens artikkel 16 ikke omfatter disse kommunikasjonsformene. Som vi straks skal se, skaper imidlertid også vilkåret om

¹⁵⁹ NRK (2016)

«interpersonal communications service» vanskeligheter, når det gjelder annonser og innlegg i nyhetsstrøm.

4.3.5 «Interpersonal communications service»

Det fjerde og siste vilkåret for at en tjeneste skal omfattes av ekomkodeksen og kommunikasjonsvernforordningens begrep «electronic communications services», er at den aktuelle tjenesten omfattes av et av de tre alternativene som fremgår av bestemmelsens bokstav (a) til (c).

Sosiale medier må klart falle utenfor alternative som følger av bokstavene a og c. Det aktuelle alternativet er dermed her bokstav b, «interpersonal communications service». Spørsmålet blir dermed om dette vilkåret omfatter sosiale medier.

I henhold til ekomkodeksen art. 2 nr. 5 er en «interpersonal communications service» igjen definert som

«a service normally provided for remuneration that enables direct interpersonal and interactive exchange of information between a finite number of persons, whereby the persons initiating or participating in the communication determine its recipient(s) (...)».

Av denne definisjonen kan det utledes fire kumulative hovedvilkår, som alle må være oppfylte for at en tjeneste må omfattes av vilkåret om «interpersonal communications service».

For det første må den aktuelle tjenesten være «normally provided for remuneration». For det andre må den innebære «direct interpersonal and interactive exchange of information». For det tredje må den være mellom «a finite number of persons» og for det fjerde er det et vilkår at «the persons initiating or participating in the communication determine its recipient(s)».

4.3.5.1 «Normally provided for remuneration»

Vilkåret om at tjenesten vanligvis må ytes mot vederlag er det samme som følger av første ledd i ekomkodeksens artikkel 2 nr. 4, og som er behandlet ovenfor under pkt. 4.3.2. Dette må som den klare hovedregel anses oppfylt for sosiale medier, i kraft av at tilbyderen får tilgang til persondata. For øvrig viser jeg til fremstillingen ovenfor.

4.3.5.2 «Direct interpersonal and interactive exchange of information»

At den aktuelle tjenesten må innebære «direct interpersonal and interactive exchange of information» må forstås som et krav til at tjenesten muliggjør *gjensidig* kommunikasjon. Altså at tjenesten tillater at mottakeren kan svare den opprinnelige avsenderen. Dette er klart forutsatt

i ekomkodeksens fortale som blant annet trekker frem e-postmeldinger, lydsamtaler og andre meldingstjenester som eksempler på tjenester som oppfyller dette vilkåret.¹⁶⁰

Det kan imidlertid spørres om dette kravet må forstås slik at det kreves at mottakeren må være i stand til å svare via nøyaktig den samme kommunikasjonsmetoden som han mottok henvendelsen fra, eller om det er tilstrekkelig at det aktuelle nettsamfunnet åpner for svarmulighet i *en eller annen form*. Det mest nærliggende synes imidlertid å være det førstnevnte tolkningsalternativet, i lys av de nevnte uttalelsene i kodeksens fortale.

I så fall fremstår gjensidighetskravet som uproblematisk, i alle fall når det gjelder innboksmeldinger. På samme måte som den næringsdrivende kan sende markedsføringsmeldinger til en brukers innboks, vil den samme brukeren normalt kunne besvare henvendelsen ved å sende melding tilbake til den *næringsdrivendes* innboks. For innlegg i nyhetsstrøm, utsendelse av invitasjoner, samt annonsepblisering, fremstår et slikt gjensidighetskrav vanskeligere å oppfylle.

I motsetning til innboksmeldinger, bærer disse kommunikasjonsformene preg av å være enveiskommunikasjon. Annonser på sosiale medier er som regel ikke mulig å besvare direkte til annonsøren. Det samme gjelder dersom en privatperson mottar en invitasjon fra en næringsdrivende om å «like» vedkommendes side eller delta på et arrangement. Skal en privatperson besvare denne typen henvendelser må det skje via en annen kommunikasjonsmetode, f.eks. gjennom å sende innboksmelding. Utgangspunktet må da være at disse faller utenfor.

En form for svarmulighet finnes riktignok når det gjelder innlegg i nyhetsstrøm. «Mottakeren» på mange nettsamfunn kunne kommentere på det aktuelle innlegget og på den måten ha en slags form for gjensidig kommunikasjon med avsenderen. På f.eks. Facebook og Instagram er dog slike kommentarer synlige også for andre brukere. Muligheten for likeverdig gjensidig kommunikasjon mellom partene foreligger da ikke, slik ekomkodeksens begrepsbruk synes å forutsette.

4.3.5.3 «*Finite number of persons*»

Det neste kravet ekomkodeksen oppstiller for at en tjeneste skal regnes som en «interpersonal communications service», er at kommunikasjonen foregår mellom a «finite number of persons», altså en bestemt krets av personer.

Om dette kravet heter det i direktivets fortale at «[i]nterpersonal communications services only cover communications between a (...) not potentially limited, number of natural persons».

¹⁶⁰ Fortalen avs. 17.

Uttalelsene i fortalen må forstås slik at henvendelser med potensial til å nå en ubestemt krets av personer ikke oppfyller vilkåret. Igjen ser vi at innboksmeldinger og utsendelse av invitasjoner tilsynelatende må omfattes, mens annonsevirkosomhet og innlegg i nyhetsstrøm faller utenfor idet disse i prinsippet kan bli vist for samtlige av nettsamfunnets brukere.

Selv om målrettet markedsføring og fremming riktignok gir den næringsdrivende muligheten til særskilt å rette et budskap inn mot visse personkretser, medfører ikke denne målrettingen at andre personer uten videre blir avskåret fra å se det samme innholdet. F.eks. vil brukere som særskilt har valgt å følge avsendervirkosomhetens side kunne se det samme innholdet i sin nyhetsstrøm. Slik målretting må da være av uten betydning ved bedømmelsen av dette vilkåret.

4.3.5.4 «The persons initiating or participating in the communication [must] determine its recipient(s)»

Det siste vilkåret i ekomkodeksens definisjon av «interpersonal communications services» er at «the persons initiating or participating in the communication determine its recipient(s)», altså et krav om at det er opp til avsenderen, eller en annen deltager i kommunikasjonen, å avgjøre hvem mottakeren av en henvendelse, som sendes via tjenesten skal være.

Denne ordlyden er vanskelig å forstå som noe annet enn at avsenderen (i alle fall i første omgang) må ha avgjørende innflytelse på utvelgelsen av hvem som mottar henvendelser sendt via den aktuelle tjenesten. Også eksemplene på omfattede kommunikasjonsmidler trukket frem i fortalen¹⁶¹ trekker i retning av dette. Muligheten til å bestemme mottaker eller samtalepartner er et vesentlig trekk ved både e-post, lydsamtaler (via telefon) og meldingstjenester tilsvarende SMS.

Utgangspunktet må dermed være at kommunikasjonsmetoder, hvor hvem som mottar en henvendelse bestemmes av andre forhold enn særskilt utvelgelse av fra avsenders side, ikke omfattes av dette vilkåret. Virkningen av dette må følgelig bli at vi igjen ser at innboksmeldinger må ansees omfattet. Også utsendelse av invitasjoner er nærliggende å anse som omfattet, mens innlegg i nyhetsstrøm og annonser faller utenfor.

¹⁶¹ Fortalen avs. 17.

4.4 Oppsummering og konklusjon

Som vi har sett i kapittel 4 vil Kommissjonens forslag til ny kommunikasjonsvernforordning medføre vesentlige endringer i forbudet mot uanmodet elektronisk markedsføring sammenlignet med gjeldende rett.

Dersom forslaget vedtas av EU i sin opprinnelige utgave, må det sies å bidra til en betydelig grad av rettsavklaring. For det første gjennom at kravet om at en markedsføringshenvendelse må være individualisert for å kreve innhenting av forhåndssamtykke nå kommer eksplisitt til uttrykk i forordningen.¹⁶² Den største rettsavklaringen oppnås nok likevel, for det andre, gjennom at forordningen i stedet for å vise til rammedirektivets begrepsdefinisjoner, viser til den nye ekomkodeksens definisjoner.

Ekomkodeksens relativt klare definisjon av «interpersonal communications service» bidrar til å rydde av veien tvilen under dagens regulering om hvorvidt innlegg i nyhetsstrøm, utsendelse av invitasjoner og annonser i sosiale medier utløser kravet om forhåndssamtykke. Tilsynelatende medfører den foreslåtte forordningen at bare innboksmeldinger i sosiale medier vil kreve mottakerens forhåndssamtykke i fremtiden.

Det kan etter dette synes som om Kommissjonen bevisst har valgt å unnta andre kommunikasjonsformer i sosiale medier fra samtykkekravet. Vedtas den foreslåtte forordningen uendret, kan det da se ut som at EU har valgt å prioritere å la nettsamfunnene fortsette med dagens forretningsmodell og fortsatt la næringsdrivende nå ut til forbrukere gjennom å drive markedsføring via nyhetsinnlegg, annonser og utsendelse av invitasjoner, uten å måtte innhente forhåndssamtykke.

Som nevnt i innledningen, er likefullt bruken av sosiale medier stadig økende og det er neppe grunn til å tro at det bare er uønsket reklame gjennom innboksmeldinger i sosiale medier som oppleves som påtrengende av brukerne. Forbrukerne må da likevel finne seg i å motta slik markedsføring i fremtiden, selv om de ikke på forhånd har bedt om den.

Forordningen vil dessuten utvilsomt innebære at det må gjøres endringer i bestemmelsen i markedsføringsloven § 15. Dette innebærer en sjanse for lovgiver til å skape samsvar mellom nasjonal rett og våre EØS-rettslige forpliktelser, til forskjell fra hvordan ordlyden i bestemmelsen er utformet i dag.

¹⁶² Art. 4 nr. 2 bokstav f).

Litteraturliste

Juridisk teori

- Aalen (2015) Aalen, Ida. *Sosiale medier*. Bergen, 2015
- De nordiske forbrukerombudene (2012) Forbrukertilsynet. «De nordiske forbrukerombudenes standpunkt til markedsføring via sosiale medier av 3. mai 2012.» 2012 <https://www.forbrukertilsynet.no/content/2012/04/Felles-nordisk-standpunkt-om-markedsf%C3%B8ring-via-sosiale-medier.pdf>, hentet 25. september 2019.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg., ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001
- Ellison og Boyd (2013) Ellison, Nicole B. & Boyd, Danah M. *Sociality Through Social Network Sites*. Oxford, 2013
- Facebook Business (2019) Facebook. «Reach Your Core Target Audience.» 2019 <https://www.facebook.com/business/ads/ad-targeting>, hentet 26. september 2019.
- Frost (2006) Frost, Kim. «Regulering og santionering af spam». *Ugeskrift for Retsvæsen* 2006 B, s. 115.
- Grandal og Haug (2016) Grandal, Morten og Haug, Frode Elton. *Markedsføringsrett i et nøtteskall*, 1. utgave. Oslo, 2016
- Heggernes (2017) Heggernes, Tarjei Alvær. *Digital forretningsforståelse*, 2. utgave. Bergen, 2017
- Ipsos SoMe-tracker Q1 (2019) Ipsos. «Sosiale medier tracker Q1'19.» 2019 https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2019-04/ipsos_some_1_kvartal_2019.pdf, hentet 27. august 2019.
- Lunde og Michaelsen (2019) Lunde, Tore og Michaelsen, Terje Lundby. *Markedsføringsloven med kommentarer*, 3. utgave. Oslo, 2019
- Nihoul og Rodford (2011) Nihoul, Paul og Rodford, Peter. *EU Electronic Communications Law – Competition and Regulation on the European Telecommunications Market*. 2nd edition. Oxford, 2011
- NRK (2016) Zakariassen, Gaute mfl. «Facebook slettet Solbergs Vietnam-bilde». *NRK Kultur*, <https://www.nrk.no/kultur/facebook-slettet-solbergs-vietnam-bilde-1.13127580>, hentet 23. oktober 2019.

- Scherer (2013) Scherer, Joachim (red.). *Telecommunication Laws in Europe – Law and Regulation of Electronic Communications in Europe*. 6th edition. West Sussex, 2013
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*. 3. utgave. Oslo, 2011
- Statistisk sentralbyrå (2018) Statistisk sentralbyrå. «Bruk av IKT i husholdningene». 2018 <https://www.ssb.no/teknologi-og-innovasjon/artikler-og-publikasjoner/fire-av-fem-nordmenn-bruker-sosiale-medier>, hentet 27. september 2019.
- Tech Crunch (2018) Tech Crunch. «Instagram hits 1 billion monthly users, up from 800M in September» 2018. , hentet 27. august 2019.
- Trzaskowski (2012) Trzaskowski, Jan. “Uanmodet kommunikation i sociale medier”. *Ugeskrift for Retsvæsen* 2012 B, s. 310
- Walden (2012) Walder, Ian (red.). *Telecommunications Law and Regulation*. 4th edition, Oxford 2012
- Woxholth (2014) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 9. utgave. Oslo, 2014

Norske lover

- 1972 Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (opph.) (markedsføringsloven 1972)
- 1995 Lov 23. juni 1995 nr. 39 om telekommunikasjon (teleloven) (opph.)
- 2003 Lov 21. juni 2003 nr. 56 om elektronisk kommunikasjon (ekoml.)
- 2009 Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Lovforarbeider og andre offentlige dokumenter

Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)	<i>Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)</i>
Ot.prp. nr. 92 (2003-2004)	<i>Endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)</i>
Ot.prp. nr. 58 (2002-2003)	<i>Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)</i>
Ot.prp. nr. 62 (1999-2000)	<i>Endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)</i>
Ot.prp. nr. 36 (1999-2000)	<i>Lov om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven)</i>
Ot.prp. nr. 36 (1994-1995)	<i>Lov om telekommunikasjon (teleloven)</i>
Dir. 2002/58-EØS-notat	Kommunikasjonsverndirektivet – posisjonsnotat 2005. Tilgjengelig på https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2005/des/kommunikasjonsverndirektivet/id2430060/ , hentet 13. november 2019.
Revisjon dir. 2002/58-EØS notat	Forslag til kommunikasjonsvernforordning – foreløpig posisjonsnotat 2019. Tilgjengelig på https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2017/juni/forslag-til-kommunikasjonsvernforordning/id2555751/ , hentet 30. september 2019.

Revisjon dir. 2002/19, dir. 2002/20, dir. 2001 og dir. 2002/22-EØS notat

Forslag til Europaparlaments- og Rådsdirektiv om etablering av en europeisk kodeks for elektronisk kommunikasjon – foreløpig posisjonsnotat 2018. Tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/nov/ekomkodeksen/id2555877/>, hentet 14. oktober 2019.

Direktiver, forordninger og andre EU/EØS-dokumenter

- Dir. 2018/1972/EU Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2018/1972/EU av 11. desember 2018 om opprettelse av en europeisk kodeks for elektronisk kommunikasjon [ekomkodeksen]
- Dir. 2015/1535/EU Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2015/1535/EU av 9. september 2015 om en informasjonsprosedyre med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informasjonssamfunnets tjenester [Informasjonsprosedyredirektivet]
- Dir. 2009/136/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/136/EF av 25. november 2009 om endring av direktiv 2002/22/EF om forsyningsplikt og brukerrettigheter i forbindelse med elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester, direktiv 2002/58/EF om behandling av personopplysninger og beskyttelse av privatlivets fred i den elektroniske kommunikasjonssektor og forordning (EF) nr. 2006/2004 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av lovverk om forbrukerbeskyttelse
- Dir. 2006/24/EF Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2006/24/EF av 15. mars 2006 om lagring av data som fremkommer ved bruk av offentlig elektronisk kommunikasjon, samt endring i europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/58/EF
- Dir. 2005/29/EF Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked [mv.] [Handelspraksisdirektivet]

Dir. 2002/58/EF	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personopplysninger og personvern i sektoren for elektronisk kommunikasjon [Kommunikasjonsvernordningen]
Dir. 2002/22/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/22/EF av 7. mars 2002 om universelle tjenester og forbrukerrettigheter knyttet til elektroniske kommunikasjonsnettverk og –tjenester [USO-direktivet]
Dir. 2002/21/EF	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2002/21/EF av 7. mars 2002 om felles rammeregler for elektroniske kommunikasjonsnett og –tjenester [Rammedirektivet]
Dir. 2002/20/EF	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2002/20/EF av 7. mars 2002 om tillatelser til etablering og drift av elektroniske kommunikasjonsnettverk og –tjenester [Tillatelsesdirektivet]
Dir. 2002/19/EF	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2002/19/EF av 7. mars 2002 om tilgang til, og samtrafikk mellom elektroniske kommunikasjonsnettverk og tilhørende elementer [Tilgangsdirektivet]
Dir. 2000/31/EF	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse juridiske aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked [e-handelsdirektivet]
Dir. 98/34/EF	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 98/34/EF av 22. juni 1998 om en informasjonsprosedyre med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (opph.) [Informasjonsprosedyreordningen]
Dir. 97/7/EF	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 97/7/EF av 20. mai 1997 om forbrukervern ved fjernsalgsavtaler (opph.) [Fjernsalgsdirektivet]
COM (2017) 10	Forslag til Europaparlaments- og Rådsforordning om respekt for privatliv og beskyttelse av personopplysninger i forbindelse med elektronisk kommunikasjon og om opphevelse av direktiv 2002/58/EF [Forslag til ny kommunikasjonsvernordning]

COM (2015) 192 final	Meddelelse fra Kommissjonen til Europaparlamentet, Rådet, Det Europeiske Økonomiske og Sosiale Utvalg og Regionsutvalg om en strategi for et digitalt indre marked i EU
COM (2010) 2020	Meddelelse fra Kommissjonen: EUROPA 2020 En strategi for intelligent, bærekraftig og inkluderende vekst.
COM (2004) 28	Meddelelse fra Kommissjonen til Europaparlamentet, Rådet, Det Europeiske Økonomiske og Sosiale Utvalg og Regionsutvalg om bekjempelse av spam, spyware og skadelig programvare
Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector (2017)	EU-kommisjonen. «Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector». 2017 http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=41232 , hentet 30. september 2019.
E-3391/02	Skriftlig forespørsel E-3392/02 fra Astrid Thors (ELDR) til Kommissjonen. Uønskede reklamevinduer i Windows og beskyttelse av personopplysninger i telekommunikasjonsnett. Besvart 27. januar 2003.

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak C-193/18 Google LLC mot Forbundsrepublikken Tyskland ECLI:EU:C:2019:498

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

Sak E-1/08 Straffesak mot A

Utenlandske lover

Dansk markedsføringslov (2005)

Lov 2005-12-21 nr. 1389 om markedsføring

CAN-SPAM Act (2003)

The Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography And Marketing (CAN-SPAM) Act of 2003, i kraft fra 16. desember 2003. U.S. Code Chapter 103.

Utenlandsk rettspraksis

MySpace, Inc. v. The Globe.com, Inc.

MySpace, Inc. v. The Globe.com, Inc. (United States District Court, Central District of California) 27. februar 2007. Case No. CV 06-3391-RGK (JCx).

<http://www.internetlibrary.com/pdf/Myspace-Globe-CD-Ca.pdf>, hentet 29. september 2019

UfR 2005.3446 H

Traktater, konvensjoner og folkerettslige instrumenter

EMK

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.