

Barne- og likestillingsdepartementet

Deres ref.
16/2012

Vår ref.
16/2047-2

Saksbehandler:

Dato:
28.11.2016

Høringssvar - endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler

Markedsrådet viser til høringsbrev 17. oktober 2016 vedlagt høringsnotat fra Barne- og likestillingsdepartementet med forslag om endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler.

Markedsrådet stiller seg positiv til de overordnede formålene med endringsforslagene –mer effektiv håndheving av markedsføringslovens regler og tydeliggjøring av Forbrukerombudets rolle som tilsyn.

I det følgende vil Markedsrådet kommentere utvalgte endringsforslag.

Til forslaget om at Forbrukerombudet gis vedtakskompetanse i alle saker (høringsnotatets punkt 4.2)

Markedsrådet stiller spørsmål ved om behovet for å tillegge Forbrukerombudet vedtakskompetanse i alle saker er tilstrekkelig utredet, herunder om det foreligger empirisk grunnlag for et slikt behov. Forbrukerombudet behandler et betydelig antall saker per år, og synes å lykkes godt i få næringsdrivende til å innrette seg etter loven gjennom informasjon, dialog og forhandlinger. Antallet saker som bringes inn for Markedsrådet tyder ikke på at det foreligger et stort behov for å utvide vedtakskompetansen.

Markedsrådet erkjenner likevel at det i visse tilfeller kan foreligge behov for raskere og mer effektiv inngripen mot enkelte aktører enn det som er mulig innenfor dagens system.

Spørsmålet om utvidelse av vedtakskompetansen må imidlertid avveies grundig mot de grunnleggende rettssikkerhetskrav som melder seg når ett og samme organ skal fylle en rolle både som pådriver i forbrukerspørsmål, herunder ved utforming av retningslinjer, normer og anbefalinger, samtidig som organet skal stå for etterforskning og sanksjonering av overtredelser av de samme normer. Vedtakskompetanse i alle saker vil derfor kunne skape særlige utfordringer når det gjelder hensynet til objektivitet og upartiskhet, i lys av den rollen Forbrukerombudet tradisjonelt har hatt som pådriver i forbrukerspørsmål i offentligheten. Dersom Forbrukerombudets virksomhet endres til en mer rendyrket tilsynsrolle, er det mindre betenkeligheter ved å gi ombudet økt vedtakskompetanse.

Hensynet til vedtaksorganets uavhengighet kan etter Markedsrådets vurdering uansett tale for at de mest inngripende vedtak, overtredelsesgebyr, som klart må regnes som straff etter EMK artikkel 6, fortsatt bør ligge hos Markedsrådet. Selv om andre tilsynsorganer er tillagt kompetanse til å treffe vedtak også om overtredelsesgebyr, må det tas i betraktning at slike vedtaks inngripende karakter stiller særlige krav til den forutgående saksbehandlingen. Markedsrådet peker i denne forbindelse på at det ikke er opplagt at en utvidet vedtakskompetanse vil resultere i økt effektivitet, målt i saksbehandlingstid. Det bør derfor også vurderes nærmere hvorvidt og eventuelt i hvilken utstrekning andre endringsforslag vil kunne bidra tilstrekkelig til økt effektivisering, uten at det er nødvendig å foreta en utvidelse av vedtakskompetansen.

Til forslaget om å fjerne kravet om at Forbrukerombudet må forsøke å komme til en frivillig ordning før det fattes vedtak (høringsnotatets punkt 4.3)

Markedsrådet har ikke prinsipielle motforestillinger mot at man opphever vilkåret om at Forbrukerombudet må ha forsøkt å komme fram til en frivillig ordning før det kan fattes vedtak. Markedsrådet antar at en fjerning av dette vilkåret vil kunne bidra til en vesentlig kortere saksbehandlingstid i en rekke saker. Etter Markedsrådets oppfatning bør det foretas en nærmere vurdering av hvilken effektivitetsgevinst som vil kunne oppnås av denne endringen alene. Høringsnotatet og grunnlagsdokumentene synes ikke å ha tatt i betraktning hvilken innvirkning forhandlingsmodellen har i den samlede saksbehandlingstiden. I vurderingen av behovet for effektivisering bør det således skilles klarere mellom ulike årsaksfaktorer som kan forklare tidsbruken innenfor de ulike stadier i saksbehandlingen.

Markedsrådet er for øvrig tilfreds med at en opphevelse av vilkåret ikke vil være til hinder for at Forbrukerombudet fortsatt vil kunne benytte forhandlinger med næringsdrivende som den primære arbeidsmetode for å sikre etterlevelse av markedsføringsloven.

Til forslaget om at Forbrukerombudet endrer navn til Forbrukertilsynet, eventuelt Markedsføringstilsynet (høringsnotatets punkt 4.4), og til forslaget om eventuell endring av Markedsrådets navn (høringsnotatets punkt 5.7)

Markedsrådet stiller seg positiv til en navneendring som løfter fram Forbrukerombudets tilsynsrolle, men vil peke på at alternativet «Markedsføringstilsynet» vil kunne innebære en viss forvekslingsrisiko med «Markedsrådet». Av den grunn, og for tydelig å kommunisere forbrukerinteressene, mener Markedsrådet at alternativet Forbrukertilsynet vil være et mer hensiktsmessig navnevalg.

Når det gjelder spørsmålet om endring av Markedsrådets navn, med bruk av betegnelsen «nemnd», har Markedsrådet ikke prinsipielle innvendinger til en slik endring. Selv om det som nevnt i høringsnotatet kan anføres at det eksisterende navnet «Markedsrådet» ikke er dekkende for rådets virksomhet, finner Markedsrådet likevel grunn til å fremheve at betegnelsen er godt innarbeidet. Noen tungtveiende argumenter mot navneendring foreligger imidlertid ikke.

Til forslaget om at Markedsrådet som hovedregel treffer avgjørelser i et utvalg på tre medlemmer (høringsnotatets punkt 5.2).

Markedsrådet er enig i departementets betraktninger om at hensynet til effektiv ressursutnyttelse og endringene i markedsføringsretten, tilsier at det gjøres endringer i Markedsrådets sammensetning.

Når det gjelder spørsmålet om hvor mange medlemmer rådet bør bestå av, bør løsningen se hen til hvordan andre tvisteløsningsnemnder er sammensatt. I nyere nemndsetableringer, for eksempel Pasientskadenemnda og Konkurranseskadenemnda, skal nemnda som hovedregel settes med tre medlemmer, men med adgang til å sette nemnda med fem medlemmer i visse tilfeller. Markedsrådet kan ikke se at det foreligger tungtveiende prinsipielle motforestillinger mot en tilsvarende løsning på markedsføringsrettens område. Markedsrådet finner for øvrig grunn til å påpeke at det fremstår som noe uklart hvordan ordningen med ekstra medlemmer utover de tre er tenkt organisert. Etter Markedsrådets vurdering bør det overveies å ta inn i selve loven, i stedet for i forskriften, en mer utfyllende bestemmelse om organisering og utnevning m.m. Det vises i denne forbindelse til det nye kapittel 8 i konkurranseloven, vedtatt ved lov 2016-04-15-2, særlig bestemmelsen i § 36 og de hensyn som ligger til grunn for denne, jf. NOU 2014: 11 (Konkurranseskadenemnda) s. 112 og s. 144–145 samt Prop. 37 L (2015–2016) s. 36–40 og s. 85–86.

Når det gjelder spørsmålet om hvem som skal utnevne Markedsrådets medlemmer, Kongen eller departementet, stiller Markedsrådet spørsmål ved om begrunnelsen for å endre dagens ordning med oppnevning i statsråd er tilstrekkelig tungtveiende. Det vises i denne forbindelse til de hensyn som ligger til grunn for at medlemmer i den nye Konkurranseskadenemnda skal oppnevnes av Kongen, se NOU 2014: 11 punkt 8.3.4 (s. 110) og Prop. 37 L (2015–2016) punkt 6.4.3 (s. 38–40).

Markedsrådet støtter forslaget om at visse saker bør kunne besluttes av rådets leder eller nestleder alene, som for eksempel klager på prosessledende avgjørelser, innsyn og pålegg om opplysninger, eller klager på Forbrukerombudets nedprioritering av saker. Markedsrådet slutter seg til forslaget om at rådets leder eller nestleder skal kunne beslutte om saken skal behandles av utvidet nemnd, eller av leder/nestleder alene. Når det gjelder nemndsmedlemmenes kompetanse, er Markedsrådet enig i at det ikke reguleres direkte i loven, men at det i forarbeidene legges føringer i retning av at medlemmene må ha kompetanse i rettsvitenskap, økonomi, teknologi eller markedsføring, og at leder og nestleder har erfaring fra å lede domstolsliknende prosesser.

Til forslaget om at Markedsrådet skal behandle klager på Forbrukerombudets avgjørelser om innsyn og opplysningsplikt (høringsnotatets punkt 5.3)

Markedsrådet støtter forslaget om at klager på Forbrukerombudets prosessledende avgjørelser, som avgjørelser om innsyn og opplysningsplikt, skal behandles av Markedsrådet i stedet for av departementet.

Til forslaget om at Forbrukerombudet ikke lenger skal kunne forelegge prinsipielle saker for Markedsrådet (høringsnotatets punkt 5.3.3.5)

Markedsrådet har ikke innvendinger til forslaget om å oppheve markedsføringsloven § 35 fjerde ledd. Etter Markedsrådets oppfatning vil behovet for avklaring av prinsipielle spørsmål kunne ivaretas gjennom ordinær klagesaksbehandling, og eventuelt gjennom rettslig prøving av vedtak.

Til forslaget om at Markedsrådets saksbehandling som hovedregel skal være skriftlig (høringsnotatets punkt 5.4)

Markedsrådet slutter seg til forslaget om at saksbehandlingen som hovedregel skal være skriftlig, i lys av at det fortsatt skal være adgang til å beslutte muntlig forhandling når dette framstår som hensiktsmessig av hensyn til sakens opplysning og effektiv ressursbruk.

I denne forbindelse ønsker Markedsrådet å fremheve at muntlige forhandlinger erfaringsmessig kan bidra til å kaste et helt annet lys over saken enn det som er mulig bare gjennom skriftlig behandling. Ikke minst gjelder dette spørsmål knyttet til utmåling av overtredelsesgebyr.

Et annet aspekt knyttet til forslaget om skriftlig behandling er at forslaget til ny forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling, jf. høringsnotatet punkt 8.2, ikke fremstår som tilstrekkelig gjennomarbeidet og tilpasset en skriftlig behandlingsform. Markedsrådet viser bl.a. til at forskriftsutkastet § 5 annet og tredje ledd er uklart, og kan muligens forstås slik at partene har et krav på muntlig forhandling. En stiller også spørsmål ved om det er nødvendig at partene skal varsles om Markedsrådets møte ved skriftlig behandling. For øvrig bør det overveies å utarbeide tydeligere rammer for skriftlig behandling, for eksempel adgangen til å gjennomføre telefon- eller videomøter, sirkulasjon av dokumenter m.m.

Til forslaget om at Forbrukerombudets og Markedsrådets uavhengighet reguleres direkte i loven (høringsnotatets punkt 6.2)

Markedsrådet støtter forslaget om at Forbrukerombudets og Markedsrådets uavhengighet reguleres direkte i loven.

Til forslaget om at opplysningsplikt etter markedsføringsloven går foran taushetsplikt etter annen lovgivning (høringsnotatets punkt 6.3)

Markedsrådet stiller seg bak forslaget om at opplysningsplikt etter markedsføringsloven går foran taushetsplikt etter annen lovgivning, slik at Forbrukerombudet har den samme adgang som andre tilsynsorganer til å kreve fremlagt relevante, taushetsbelagte opplysninger og til å gjennomføre granskinger.

Markedsrådet er enig i at opplysningsplikten begrenses på samme måte som etter konkurranseloven § 24, ved at den står tilbake for såkalt kvalifisert taushetsplikt, dvs. taushetsplikt som går foran vitneplikt etter straffe- og sivilprosessens regler. Etter Markedsrådets vurdering er det ikke hensiktsmessig med en mer spesifisert avgrensning i ordlyden av hvem som plikter å utlevere opplysninger, idet tilsvarende løsning som konkurranseloven § 24 vil gi tilstrekkelig klarhet.

Når det gjelder adgangen til å foreta granskinger stiller Markedsrådet spørsmål ved om ordlyden burde ha vært formulert mer i samsvar med konkurranseloven § 24 annet ledd, idet ordlyden ikke er spesielt klar med hensyn til adgangen til å beslaglegge eller kreve innsyn i elektronisk lagret materiale.

Til forslaget om at overtredelsesgebyr kan ilegges i flere saker (høringsnotatets punkt 6.5)

Markedsrådet har, i lys av de argumenter som fremgår av høringsnotatet punkt 6.5, ikke innvendinger til forslaget om å utvide hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr til å omfatte både markedsføringsloven § 6 fjerde ledd, jf. første ledd, ettersom forsettlig overtredelse i dag er straffesanksjonert etter mfl. § 48.

Selv om det er noe mer betenkelig å utvide hjemmelen for overtredelsesgebyr til å omfatte generalklausulen om urimelig handelspraksis, jf. § 6 første og annet ledd, som ikke er straffesanksjonert, finner Markedsrådet likevel grunn til å stille seg bak forslaget. Markedsrådet legger i denne forbindelse vekt på at rettslige standarder ikke er ukjent i strafferetten, og at det forutsetningsvis vil være de mer klare overtredelsene som det vil kunne være aktuelt å gripe inn mot, særlig når inngrepet er basert på det såkalte lovstridprinsippet.

Til forslaget om tidsbegrensning på vedtak (høringsnotatets punkt 6.7)

Markedsrådet er enig i forslaget om å gjeninnføre en bestemmelse om tidsbegrensning av vedtak, og slutter seg også til oppfatningen om at det vil kunne være behov for en tidsbegrensning utover 3 år, slik regelen tidligere var utformet.

En virkningstid på ti år kan i utgangspunktet synes noe lang, men Markedsrådet forstår forslaget slik at det er tale om en yttergrense, og at det i hvert enkelt vedtak skal treffes avgjørelse om en virkningstid som kan ligge godt innenfor yttergrensen på 10 år. Samtidig vil adgangen til fornyelse av vedtaket ivareta behovet for fortsatt inngrep dersom forholdene tilsier det når virkningstiden nærmer seg utløpet.

Til spørsmålet om foreldelse av adgangen til å ilegge administrative sanksjoner/reaksjoner

Markedsrådet er enig i at rettssikkerhetshensyn taler for at det innføres regler om foreldelse av adgangen til å ilegge administrative sanksjoner og/eller reaksjoner. Ettersom temaet er gjenstand for regulering i forslaget til revidert forordning om forbrukersamarbeid, er Markedsrådet enig i at spørsmålet bør utstå til spørsmålet er nærmere avklart i revidert forordning.

På vegne av Markedsrådet

Tore Lunde
Markedsrådets leder

