

Høringsnotat – ny lov om markedsføring og annen markedspraksis (markedsføringsloven)

Høringsfrist 1. november 2006

Kapittel 1. Innledning	5
Kapittel 2. Nærmere om hovedinnholdet i høringsnotatet.....	6
Kapittel 3. Om prosessen fram til høringsnotatet	9
Kapittel 4. Om oppbygningen av høringsnotatet	10
Kapittel 5 Direktivet om urimelig handelspraksis overfor forbrukere.....	11
5.1 Innledning.....	11
5.2 Om gjennomføring i norsk rett og generelt om direktivet.....	12
5.3 Nærmere om direktivets formål og virkeområde	15
5.4 Definisjoner – artikkel 2	20
5.5 Direktivets virkeområde og forholdet til annet regelverk – artikkel 3	23
5.6 Den frie bevegelse for varer og tjenester – artikkel 4.....	30
5.7 Generalklausulen – forbud mot urimelig markedspraksis – artikkel 5.....	31
5.8 Villedende handlinger - artikkel 6	45
5.9 Villedende utelatelser – artikkel 7	48
5.10 Aggressiv markedspraksis – å ”presse” forbrukerne – artikkel 8 og 9.....	53
5.11 Særlig om codes of conduct – bransjenormer – artikkel 10	55
5.12 Artikkel 11 – Håndheving	58
5.13 Artikkel 12 – Dokumentasjonsplikt.....	59
5.14 Artikkel 13 – Sanksjoner	60
5.15 Artikkel 14 – endringer i direktiv om villedende og sammenliknende reklame	61

5.16	Artikkel 15 – endring av fjernsalgsdirektivene	62
5.17	Artikkel 16 – endring av forbudsdirektivet og samarbeidsforordningen	62
5.18	Artiklene 17-21	62
5.19	Økonomiske og administrative konsekvenser	62
Kapittel 6.	Markedsføringsloven § 1	64
6.1	Innledning	64
6.2	Forholdet til EU/EØS-regelverk om markedsføring – direktivet	64
6.3	Dagens lovverk og praksis – i hvilken grad kan innholdet i eksisterende § 1 videreføres ved implementeringen av direktivet om urimelig markedspraksis?	66
6.4	Regulering i andre nordiske land	78
6.5	Departementets vurderinger - oppsummering	80
6.6	Forslag til lovbestemmelser	81
6.7	Økonomiske og administrative konsekvenser	82
Kapittel 7.	Beskyttelse av barn og unge i markedsføringen	83
7.1	Innledning	83
7.2	Forholdet til EU/EØS-regelverk om markedsføring – direktivet	84
7.3	Oversikt over dagens lovverk og praksis	85
7.4	Annet relevant regelverk, lovforslag m.v.	90
7.5	Regulering i andre nordiske land	91
7.6	Departementets vurdering	93
7.7	Forslag til egne barnebestemmelser i markedsføringsloven	97
7.8	Økonomiske og administrative konsekvenser	98
Kapittel 8.	Forbrukernes mulighet til å reservere seg mot adressert og uadressert reklame i posten, telefonmarkedsføring og dørsalg	99
8.1	Innledning	99
8.2	Innspill fra bransjen og organisasjonene	99
8.3	Gjeldende rett	100
8.4	EU/EØS-retten og nordisk rett	102
8.5	Direkte markedsføring – telefonmarkedsføring	103
8.6	Direkte markedsføring per post	109
8.7	Bør det innføres en rett til å reservere seg mot dørsalg?	111
8.8	Uadressert reklame og gratisaviser	112
8.9	Reklameinnstikk i aviser og andre trykksaker	115
8.10	Økonomiske og administrative konsekvenser	116
Kapittel 9.	Priser	118

9.1 Innledning, bakgrunn m.v.....	118
9.2 Relevante bestemmelser i direktivet om urimelig markedspraksis	119
9.3 Prismarkedsføring – villedende bruk av priser i markedsføringen.....	120
9.4 Prismerking.....	122
9.5 Regler om prisinformasjon	122
Kapittel 10. Tilgift og konkurranser/utlodninger	126
10.1 Innledning	126
10.2 Direktivet om urimelig markedspraksis og EØS-retten	127
10.3 Tilgift.....	128
10.4 Rabattkuponger og – merker	136
10.5 Konkurranser og utlodninger.....	139
10.6 Økonomiske og administrative konsekvenser	144
Kapittel 11. Garantier.....	146
11.1 Innledning	146
11.2 EU/EØS retten	146
11.3. Gjeldende norsk rett.....	147
11.4. Departementets vurderinger	149
Kapittel 12. Markedsføringsloven §§ 9 a og 20 – Forbud mot urimelige avtalevilkår og avgrensning mot konkurranselovgivningen	153
12.1 Innledning	153
12.2 Bør markedsføringsloven § 9 a endres?.....	153
12.3 Markedsføringsloven § 20 – avgrensning mot konkurranselovgivningen	155
12.4 Økonomiske og administrative konsekvenser	158
Kapittel 13. Usikret kreditt – lån til forbrukere	159
13.1 Innledning	159
13.2 EU-regelverk	159
13.3 Oversikt over gjeldende rett og praksis	160
13.4 Vurdering.....	161
13.5 Forslag	161
Kapittel 14. Håndheving og saksbehandlingsregler. Vedtakskompetanse	162
14.1 Håndhevingsapparat	162
14.2 Vedtakskompetanse	165
14.3 Økonomiske og administrative konsekvenser	177
Kapittel 15. Særlig om ”grenseoverskridende” håndheving.....	178

Kapittel 16. Reaksjoner og sanksjoner mot brudd på markedsføringsloven	179
16.1 Gjeldende rett – problemstillinger	179
16.2 EU/EØS-rettslige krav til reaksjoner og sanksjoner.....	180
16.3 Forslag til endringer – tvangsgebyr, overtredelsesgebyr.....	181
Kapittel 17. Diverse spørsmål i forbindelse med domstolsprøving.....	185
Kapittel 18. Lovens stedlige virkeområde	187
Kapittel 19. Reklamens bindende virkning.....	189
19.1 Bakgrunn.....	189
19.2 Nærmere om hva spørsmålet går ut på	189

Kapittel 1. Innledning

Markedsføringsloven ble vedtatt i 1972 og skal sikre at næringsdrivende opptrer redelig overfor hverandre og forbrukerne. Markedsføringsloven forbyr generelt handlinger som er urimelige eller villedende, og gjelder uansett hvilket medium markedsføreren bruker. Det er Forbrukerombudet og Markedsrådet som fører kontroll med at lovens bestemmelser overholdes.

Det er flere grunner til at departementet nå foreslår en ny markedsføringslov. Selv om loven har tålt overgangen til dagens multimediale samfunn svært godt, er det generelt behov for å se på enkelte av bestemmelsene med nye øyne. Loven har også blitt endret så mange ganger de senere årene at det er behov for en opprydning.

Hovedgrunnen til at revisjonen kommer nå, er et nytt EU-direktiv om urimelig handelspraksis overfor forbrukere. Direktivets regler vil erstatte deler av reglene i dagens lov som beskytter forbrukerne, og medfører at hele loven må omstruktureres.

I tillegg til forslagene til endringer som er en konsekvens av direktivet, har departementet gjennomgått lovens øvrige materielle bestemmelser med tanke på om de fungerer tilfredsstillende, og om det er behov for endringer også her.

Et viktig tema for lovarbeidet har vært markedsføringslovens håndhevings- og sanksjonssystem. Forbrukerombudets erfaring er at systemet for å stoppe de useriøse og spekulative virksomhetene som bryter loven, ikke er effektivt nok. Muligheten til å distribuere reklame raskt, til mange mottakere og uten store kostnader for avsender er mye større enn tidligere. Da øker også muligheten til å tjene penger på villedende reklame dersom myndighetene ikke har gode nok virkemidler.

Reglene om illojale konkurransehandlinger mellom næringsdrivende har ikke vært en del av denne revisjonen siden direktivet om urimelig handelspraksis kun gjelder forholdet mellom næringsdrivende og forbrukere. Dagens regler vil derfor i hovedsak bli videreført uten endringer. På grunn av at markedsføringsloven i sin helhet må omskrives, får bestemmelsene om næringsdrivende en annen plassering og et eget kapittel i loven. Dette vil imidlertid ikke ha betydning for det materielle innholdet i bestemmelsene.

Høringsnotatet er omfattende og inneholder i stor grad skisser til alternative løsninger. Departementet håper notatet gir høringsinstansene et godt grunnlag for å vurdere og ta stilling til hvilke løsninger som er ønskelige ut fra hensynet til forbrukere og næringsliv.

Kapittel 2. Nærmere om hovedinnholdet i høringsnotatet

Kapittel 1-4 Innledende kapitler

Kapittel 5 Direktivet

I kapittel 5 gjøres det nærmere rede for innholdet i direktivet om urimelig handelspraksis (begrepet markedspraksis brukes hovedsakelig i høringsnotatet), og for bakgrunnen for forslag til nye lovbestemmelser om urimelig markedspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser. Departementets hovedkonklusjon er at direktivet i liten grad avviker fra dagens lov når det gjelder hvilke elementer som er relevante ved vurderingen av om en handling er urimelig. Om gjeldende praksis vil kunne videreføres også med grunnlag i direktivets regler, er vanskelig å forutsi. De samme reglene skal innarbeides i hele EØS-området, og det vil ta tid før en enhetlig forståelse og praksis har utviklet seg.

Det er tatt inn to alternative forslag til lovtekst som gjennomfører direktivet, og det bes om høringsinstansenes syn på hvilken tekst som best vil ivareta brukernes behov. Innholdsmessig er forslagene like, det er i første rekke tale om ulike teknikker for å gjennomføre direktivet i norsk lov.

Kapittel 6 Resten av generalklausulen

I kapittel 6 drøftes det hvorvidt dagens generalklausul i markedsføringsloven § 1 første ledd, samt øvrige bestemmelser i § 1 annet til fjerde ledd, kan og bør videreføres ved implementeringen av direktivet. Departementets vurdering er at det vil være mulig å opprettholde nasjonale regler som springer ut fra hensyn av ikke-økonomisk karakter. Praksis etter § 1 som faller innenfor direktivets virkeområde, må derimot integreres i tolkningen av bestemmelsene som gjennomfører direktivet. Departementet mener det er mest hensiktsmessig å skille ut de deler av dagens lovregulering som faller henholdsvis innenfor og utenfor direktivets virkeområde i egne kapitler.

Kapittel 7 Barn

I dette kapitlet foreslår departementet at det innføres særregler om beskyttelse av barn i den nye markedsføringsloven, i den grad dette er mulig sett hen til direktivet om urimelig markedspraksis. Bakgrunnen for lovforslaget er at mindreårige må betraktes som en spesielt sårbar gruppe, sett i sammenheng med en utvikling der barn og unge i økende grad er gjenstand for oppmerksomhet fra de kommersielle aktørene, samt at det finner sted en stadig mer kreativ bruk av nye medier og virkemidler for å nå denne gruppen. Departementet foreslår å dele barnekapitlet opp i tre bestemmelser, nærmere bestemt én alminnelig bestemmelse, én bestemmelse om praksis som påvirker kjøpsbeslutninger, samt én bestemmelse om praksis som er urimelig på annet grunnlag.

Kapittel 8 Forbrukernes mulighet til å reservere seg mot adressert og uadressert reklame i posten, telefonmarkedsføring og dørsalg

I kapittel 8 ser departementet nærmere på mulige forbedringer av forbrukernes rett til å frabe seg direkte markedsføring og uadressert reklame. Blant annet drøftes ulike alternativer for å innskjerpe reglene om telefonmarkedsføring, og

departementet foreslår at det innføres rett til å reservere seg mot alle typer gratisaviser samt dørsalg. Det ses også nærmere på om reservasjonsordningen mot uadressert reklame kan gjøres mer effektiv. Dagens regler om direkte markedsføring via posten og innstikk i aviser foreslås videreført.

Kapittel 9 Prismarkedsføring

I kapittel 9 gis en oversikt over gjeldende rett med hensyn til prismarkedsføring og prisinformasjon til forbrukere. Det gjøres rede for direktivet om urimelig markedspraksis og dets regler om prismarkedsføring. Avslutningsvis diskuteres om dagens regler om prisinformasjon til forbrukere i § 3a med forskrifter kan videreføres. Departementet foreslår at de videreføres uendret.

Kapittel 10 Tilgift og utlodninger

I dette kapitlet drøftes dagens bestemmelser om bruk av tilgift (tilleggsytelser), rabattkuponger og tilfældighetskonkurranser/utlodninger i markedsføringen. Det gis en oversikt over gjeldende rett og problemer i praksis. Når det gjelder tilgift og konkurranser skisseres ulike alternativer til løsning, og fordeler og ulemper med disse. For rabattkuponger har departementet kommet til en foreløpig konklusjon om at forbudet mot kuponger m.v., som kan innløses, bør videreføres. Det gjøres rede for fordeler og ulemper med en slik løsning. De forskjellige alternativene til bestemmelser om henholdsvis tilgift, rabattkuponger og konkurranser/utlodninger kan også kombineres på flere måter.

Kapittel 11 Garantier

I kapittel 11 drøfter departementet om dagens bestemmelser om garantier i markedsføringsloven skal videreføres og eventuelt utbygges. Departementets foreløpige konklusjon er at dagens bestemmelse om *markedsføring* av garantier delvis vil bli konsumert av andre bestemmelser i lovforslaget. Det foreslås at det ikke videreføres en særbestemmelse om markedsføring av garantier. Det er videre spørsmål om dagens bestemmelse om krav til *garantivilkår* i forbrukerforhold skal videreføres. Departementet foreslår at denne bestemmelsen flyttes til kapitlet om kontroll med avtalevilkår og eventuelt utbygges med en bestemmelse om opplysningsplikt dersom det er krav om egenandeler ved bruk av garanti.

Kapittel 12 Forbud mot urimelige avtalevilkår og avgrensning mot konkurranselovgivningen

I kapittel 12 foreslås det å videreføre markedsføringsloven § 9 a, som gir hjemmel for å forby en næringsdrivendes bruk av urimelige vilkår i standardavtaler overfor forbrukere. Bestemmelsen fungerer bra og utgjør et fleksibelt instrument for å forhindre urimelige avtalevilkår rettet mot forbrukere.

Departementet foreslår at store deler av innholdet i markedsføringsloven § 20, som avgrenser mot konkurranseloven og pristiltaksloven, oppheves, fordi det samme vil følge av alminnelige tolkningsprinsipper. Imidlertid foreslås det å beholde en avgrensning mot pris og at denne flyttes til bestemmelsen om urimelige avtalevilkår. Det foreslås også å videreføre § 20 fjerde ledd om forholdet til konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende avtaler, samt forskriftshjemmelen i § 20 femte ledd om forholdet til regulerings- og kontrollbestemmelser i annen lovgivning.

Kapittel 13 Usikret kreditt

Dette kapitlet representerer Barne- og likestillingsdepartementets oppfølging av anmodningsvedtak nr. 86 av 2. desember 2004 (2004-2005). Vedtaket ble fattet på bakgrunn av et forslag i Dokument 8:66 (2003-2004) om tiltak for å hindre en ny gjeldskrise.

Departementet konkluderer med at en eventuell styrking av håndhevingen som omtalt i høringsnotatets kapitler 14-16 også ville føre til en styrket kontroll med form og innhold i markedsføring av usikret kreditt. I kapitlene drøftes en utvidelse av Forbrukerombudets håndhevingsmyndighet og effektivisering av ombudets bruk av administrative sanksjoner. Etter departementets syn er det ikke behov for ytterligere endringer i markedsføringsloven. Justisdepartementet vil på sin side vurdere endringer i finanslovgivningen.

Kapittel 14 Håndheving

I dette kapitlet foreslår departementet at Forbrukerombudet og Markedsrådet fortsatt skal håndheve markedsføringsloven. Det drøftes alternative løsninger når det gjelder Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtakskompetanse. Ett alternativ er å videreføre dagens ordning med at Markedsrådet har den primære kompetansen til å fatte forbudsvedtak, mens Forbrukerombudets vedtakskompetanse er begrenset til ”hastesaker”, og der saksforholdet har vesenlige likheter med tidligere Markedsrådssaker der forbud er nedlagt. Et annet alternativ er at Forbrukerombudet blir et tilsynsorgan med selvstendig, og ikke som i dag avledet, vedtakskompetanse. Med dette alternativet blir Markedsrådet klageinstans for Forbrukerombudets avgjørelser. Videre drøftes mulige endringer for å effektivisere Forbrukerombudets håndheving av loven, bl.a. ved at Forbrukerombudet når særlige behov tilsier det, kan treffe forbudsvedtak uten å ha forsøkt å komme til frivillig ordning med den næringsdrivende.

Kapittel 15 Grenseoverskridende håndheving

I kapittel 15 redegjør departementet for samarbeidsmekanismene innen EØS-området for håndheving av forbrukerregelverk over landegrensene.

Kapittel 16 Reaksjoner og sanksjoner

I kapittel 16 behandler departementet spørsmål om hvordan brudd på markedsføringsloven skal kunne sanksjoneres. Det foreslås å videreføre dagens ordning med tvangsgebyr ved overtredelse av forbudsvedtak. I tillegg reises spørsmål om enkelte bestemmelser i loven skal sanksjoneres med overtredelsesgebyr, dvs. at Forbrukerombudet kan ilegge en ”bot” for en overtredelse som allerede har skjedd. Under forutsetning av at det innføres mer effektive administrative sanksjoner, foreslås det innskrenkninger i dagens bestemmer om straff.

Kapittel 17 Diverse spørsmål i forbindelse med domstolsprøving

I dette kapitlet tar departementet opp spørsmål om tvangsfullbyrdelse av sanksjoner. I dag er det slik at Forbrukerombudet må gå til domstolene for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyr, dersom overtrederen ikke vedtar forelegget frivillig. Det foreslås å endre dette ved at vedtak om tvangsmulkt og overtredelsesgebyr skal være tvangsgrunnlag.

Kapittel 18 Lovens stedlige virkeområde

I kapittel 18 reiser departementet spørsmål om det bør innføres særskilte regler om lovens geografiske rekkevidde. Departementets foreløpige syn er at det er vanskelig å gi generelle og klare regler om dette i saker med tilknytning til utlandet. Det foreslås at spørsmålet om når markedsføringsloven kommer til anvendelse fortsatt skal avgjøres konkret i den enkelte sak.

Kapittel 19 Reklamens bindende virkning

Dette kapitlet behandler spørsmål om det bør knyttes ytterligere rettsvirkninger til reklameutsagn. Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det er hensiktsmessig med bestemmelser om erstatning for villedende markedsføring, om betydningen av reklameutsagn for mangelsbedømmelser mv. samt om reklameutsagn bør anses som et rettslig bindende tilbud.

Vedlegg 1: Utkast til ny lov om markedsføring og annen markedspraksis

Vedlegg 2: Foreløpig norsk oversettelse av direktiv 2005/29/EF

Vedlegg 3: Forslag til lovtekst, NOU 95:2

Kapittel 3. Om prosessen fram til høringsnotatet

Departementet startet arbeidet med å revidere loven i 2005. Forbrukerombudet har deltatt aktivt i prosessen og blant annet kommet med innspill om gjeldende rett og endringsbehov. Det ble høsten 2005 også sendt ut informasjon til ulike aktører om arbeidet som var igangsatt. I 2005 og 2006 har det vært avholdt uformelle diskusjonsmøter der bransjeorganisasjoner og andre interesserte har vært invitert for å drøfte særlige problemstillinger. Bransjen har i tillegg vært invitert til å komme med skriftlige innspill, både generelt og om spesielle tema. Flere har fulgt oppfordringen. Departementet har i tillegg hatt separate møter med ulike organisasjoner som har bedt om møter for å legge fram sitt syn på saken, både på politisk nivå og på embetsmannsnivå. Det er nærmere redegjort for innspillene i de relevante kapitlene i høringsnotatet.

Når det gjelder direktivet om urimelig handelspraksis, deltok departementet i EU-kommisjonens ekspertgruppe som forberedte direktivforslaget. Etter fremleggelse av forslag til direktiv har departementet blant annet fått regelmessig redegjørelser om prosessen fra Kommisjonen i EFTA-møter, i tillegg til møter med medlemmer i Europaparlamentet og med representanter for landene som har hatt formannskapet i perioden. I 2005/06 har Norge (departementet og til dels Forbrukerombudet) deltatt i Kommisjonens arbeidsgruppe for gjennomføring av direktivet, herunder i uformelle diskusjonsgruppemøter i Brussel, der direktivets bestemmelser har vært diskutert med representanter fra ulike land, og representanter for Kommisjonen har gitt sitt syn på hvordan direktivet skal forstås og innarbeides i nasjonal rett.

Det har også vært kontakt på nordisk nivå. En rapport med analyse av direktivet er skrevet av Antonina Bakardjieva Engelbrekt, finansiert av embetsmannskomiteen

for forbrukerspørsmål under Nordisk Ministerråd¹. I 2005/06 har det vært avholdt tre nordiske møter med deltakere fra Sverige, Danmark, Finland, Island og Norge der direktivet har vært diskutert.

Kapittel 4. Om oppbygningen av høringsnotatet

Alle kapitler i høringsnotatet inneholder en innledning med en kort omtale av innholdet i kapitlet og, hvis det er mulig, hovedkonklusjonene og hva som foreslås.

Hvert kapittel kan i utgangspunktet leses løsrevet fra resten av notatet. Der det er relevant er det tatt inn henvisninger til andre punkter i notatet.

Alle forslag til lovtekst fra hvert kapittel er tatt inn i et vedlegg til høringsnotatet som er kalt ”lovforslag”. Der departementet fremmer alternative forslag er alle alternativene tatt inn i dette vedlegget. Det er ikke skrevet spesialmerknader til lovteksten ut over det som er tatt inn i omtalen i de enkelte kapitlene.

¹ ”EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices. Report for the Nordic Council of Ministers, Committee on Consumer Affairs.” av Antonia Bakardjieva Engelbrekt Rapporten kan lastes ned på <http://www.norden.org/pub/sk/showpub.asp?pubnr=2005:424>

Kapittel 5 Direktivet om urimelig handelspraksis overfor forbrukere

5.1 Innledning

I dette kapitlet presenteres direktiv 2005/29/EF om virksomheters urimelige handelspraksis overfor forbrukerne (heretter omtalt som direktivet eller direktivet om urimelig handelspraksis). Direktivet er foreløpig ikke formelt innlemmet i EØS-avtalen, men det er ventet at dette vil skje i løpet av 2006. Frist for gjennomføring i norsk rett vil antakelig være 12. juni 2007, med frist for å tre i kraft 12. desember 2007. Dette er samme frist som for EU-landene. Departementet foreslår at det gjennomføres i norsk rett gjennom en ny markedsføringslov.

Direktivet vedlegges høringsnotatet i en foreløpig norsk oversettelse. Den endelige oversettelsen vil antakelig først foreligge høsten 2006. Alle EUs språkversjoner kan lastes ned fra EU-kommisjonens hjemmesider². Departementet gjør særlig oppmerksom på at det er usikkert hvordan begrepet "commercial practice" vil bli oversatt til norsk. I den foreløpige oversettelsen er "handelspraksis" brukt, mens departementet foreslår at man i den nye loven bruker begrepet "markedspraksis". I høringsnotatet er derfor markedspraksis brukt gjennomgående, med unntak av der direktivet siteres.

Direktivet viderefører og utvider forbrukerbeskyttelsesbestemmelsene i direktiv 84/450/EØF om villedende reklame (heretter omtalt som villedende reklame-direktivet). Dette direktivet anses gjennomført i markedsføringsloven § 2 og § 3. Direktivet om urimelig handelspraksis skiller seg på flere måter fra villedende reklame-direktivet. Mens det nye direktivet totalharmoniserer, var det gamle direktivet et minimumsdirektiv. For å sikre gjennomføring av det gamle direktivet var det dermed tilstrekkelig å fastslå at norsk rett minst var på samme nivå som direktivets egne regler, mens det nye direktivet verken åpner for strengere eller mindre strenge norske regler eller praksis enn direktivets egne. Villedende reklame-direktivet har bare regler om villedende og sammenliknende reklame, mens det nye direktivet i tillegg har et generelt forbud mot urimelige handlinger (tilsvarende markedsføringsloven § 1) og mot aggressiv markedsføring (som ikke har noe motstykke i dagens lov). I tillegg er direktivenes virkeområder ulike. Mens det nye direktivet bare beskytter forbrukere, beskytter det gamle (i likhet med dagens lov) både forbrukere og næringsdrivende.

I dette kapitlet stilles først spørsmål om hvordan direktivet bør gjennomføres i norsk rett, og to alternative lovforslag presenteres. Deretter gjennomgås direktivet artikkel for artikkel. Der det er relevant sammenholdes direktivets bestemmelser med gjeldende norsk rett. Gjennomgangen viser etter departementets mening at direktivet først og fremst representerer en annen systematikk og begrepsbruk enn vi har i dagens markedsføringslov. Det er vanskelig å se at innføring av direktivets regler vil medføre en vesentlig endring med hensyn til hvilke konkrete handlinger Forbrukerombudet og Markedsrådet vil kunne gripe inn mot. Redegjørelsen baserer seg imidlertid på departementets fortolkning av direktivet. Hvordan

² http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_en.htm

praksis faktisk vil utvikle seg og hvordan direktivet i siste instans vil bli fortolket av EF-domstolen, er det vanskelig å spå.

Vi ber om høringsinstansenes syn på de alternative lovtekstene. Innholdet i tekstene er det samme, det er måten å innarbeide direktivets regler i norsk lov som er ulik. Hvilken metode som velges vil avhenge av høringsinstansenes syn og hvordan andre land gjennomfører direktivet sammenholdt med kravene EØS-avtalen stiller til korrekt gjennomføring. Departementet ber også om høringsinstansenes syn på både departementets fortolkning av direktivet, de vurderinger som ligger til grunn for forslag til gjennomføring, og på forslagene til lovtekst på de ulike punkter.

5.2 Om gjennomføring i norsk rett og generelt om direktivet

5.2.1 Gjennomføring i norsk rett

I hvilken lov skal direktivet implementeres?

Området som reguleres av direktivet, er allerede i det vesentlige regulert i markedsføringsloven. Lovens anvendelsesområde er videre, ved at den ikke er begrenset til markedsføring som har virkning for forbrukernes økonomiske interesser, men også regulerer mer etiske aspekter ved markedsføring. Markedsføringsloven inneholder også bestemmelser om illojale konkurransehandlinger næringsdrivende imellom og om kontroll med urimelige avtalevilkår. Disse områdene reguleres ikke av direktivet. Departementet foreslår likevel at direktivet gjennomføres i norsk rett i ny markedsføringslov.

Departementet ser det som hensiktsmessig å videreføre både direktivets regler og markedsføringslovens resterende bestemmelser i en felles lov. Samlingen av urimelig markedsføring og urimelige avtalevilkår har ikke vært problematisk så langt. Departementet har heller ingen indikasjoner på at det er problematisk at bestemmelsene som bare gjelder forhold næringsdrivende imellom står i samme lov som forbrukerbestemmelsene.

Hvordan skal direktivet implementeres?

Direktivets bestemmelser anses i det vesentlige å dekket av dagens regler og omfattende forvaltningspraksis. Et hovedspørsmål er dermed i hvor stor grad det må innføres nye og mer detaljerte regler enn de eksisterende.

I henhold til EØS-avtalen artikkel 7 er det opp til nasjonale myndigheter å "bestemme formen og midlene for gjennomføringen" av et direktiv. EU/EØS-rettens ulovfestede krav til gjennomføring av direktiver innebærer i tillegg en forpliktelse til å sikre forutberegnelighet for borgerne ved at rettigheter og plikter fremgår klart og tydelig av nasjonale regler. Bare dersom direktivets regler går klart og tydelig frem av gjeldende lover eller av entydig og sikker rettspraksis kan man nøye seg med å konstatere harmoni. Videre har direktivets utforming betydning. Jo klarere og mer detaljert det er utformet, desto mindre er statenes mulighet til å fastsette generelle regler som utdypes i forarbeidene.

Departementet antar at man ikke har grunnlag for å slå fast at dagens regler vil oppfylle direktivets krav på absolutt alle punkter, selv om de materielt sett for en

stor del er sammenfallende. Spørsmålet er imidlertid hvor store endringer som må gjøres, herunder hvor tett opp til direktivet det er ønskelig og nødvendig å legge norsk lovtekst. Dagens generalklausul og villedningsbestemmelser i markedsføringsloven kjennetegnes ved at de er generelt utformet, og nærmere utdypet gjennom praksis. Direktivets regler er på sin side mer detaljerte og utfyllende. Dette er en naturlig følge av at man ønsker å sikre en felles forståelse av reglene i alle land der de skal bli en del av nasjonal rett.

På den ene side kan man anta at det vil være en fordel for brukerne av loven om den norske lovteksten ligger nær direktivteksten, i hvert fall så lenge det samme gjøres i alle EØS-landene. Viktigheten av at alle kan forholde seg til samme regelverk ved handel over landegrensene ble understreket av flere høringsinstanser da forslaget til direktiv var på nasjonal høring høsten 2003. Etter det departementet kjenner til, er det kun få land som tar sikte på å ta direktivet "rett inn" i sine nasjonale lover. Mange viser til at direktiver, i motsetning til EU-forordninger, ikke behøver å tas rett inn i nasjonal lov, og vil bare gjøre de nødvendige tilpasninger i sitt eksisterende regelverk. Når direktivet er gjennomført i alle EØS-land, vil altså de materielle reglene være de samme, men utformingen vil variere. Det er dermed lite som taler for at man ved grenseoverskridende markedsføring lett vil kjenne igjen direktivet i de ulike lands lover. Dette er igjen et argument for at man ved den norske gjennomføringen kan se bort fra hensynet til likhet med alle andre lands regelverk³. Så lenge EØS-avtalens krav til gjennomføring er oppfylt, kan det dermed gjøres tilpasninger til norsk system og tradisjon dersom dette er ønskelig.

5.2.2 To alternative lovforslag

Departementet mener det er en klar fordel om lovteksten er enkel og mest mulig tilgjengelig for brukerne. Vi har derfor utarbeidet ett forslag til lovkapittel II som følger direktivets systematikk og der direktivets vilkår og mest sentrale begreper er tatt inn. I forslaget er den delen av direktivet som har mer karakter av forklaringer og presiseringer som allerede er velkjente i det norske systemet tas inn i forarbeidene til loven (heretter omtalt som **[Alternativ 1]**). Dette alternativet er utarbeidet i tråd med norsk tradisjon for relativt kortfattet lovtekst og utfyllende kommentarer i forarbeidene, og er å betrakte som departementets forslag.

Samtidig kan det være fordeler med en mer direktivnær tilnærming, og vi har derfor i tillegg utarbeidet et alternativt forslag til lovkapittel II som ligger svært nær direktivteksten (heretter omtalt som **[Alternativ 2]**). Også her er det foretatt omskrivninger for å tilpasse teksten til norske forhold, men i tillegg er direktivets lister, og i noe større grad presiseringer og forklaringer tatt inn.

³ De nordiske markedsføringslovene har store likhetstrekk. I forbindelse med direktivet om urimelig markedspraksis har det vært avholdt møter mellom de ansvarlige for gjennomføringen i de enkelte land for å diskutere direktivet. Etersom de nasjonale lovene etter hvert skiller seg ganske mye fra hverandre har det imidlertid ikke vært arbeidet med tanke på en felles gjennomføringsmodell, men med tanke på en felles forståelse av direktivet.

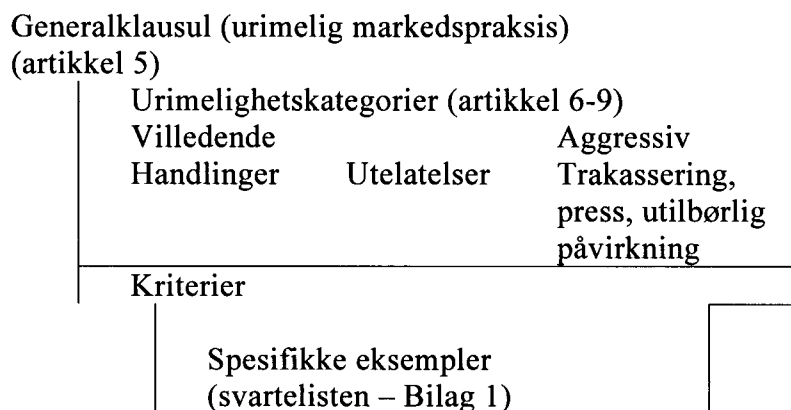
5.2.3 Nærmere om direktivets oppbygning og opplegget for høringsnotatet

Direktivet er bygget opp rundt et generelt forbud mot urimelig praksis i *artikkel 5*. Det generelle forbudet er utdypet både gjennom detaljerte definisjoner (*artikkel 2*), utfyllende forbud mot villedende (*artiklene 6 og 7*) og aggressiv praksis (*artiklene 8 og 9*), samt en detaljert liste i vedlegg 1 over praksis som alltid skal anses som forbudt (*Svartelisten*).

Direktivet gjelder bare handlinger fra næringsdrivende som er egnet til å skade forbrukernes økonomiske interesser. Blant annet forbrukeres helse/sikkerhet beskyttes ikke av reglene i dette direktivet, jf. *artikkel 3*. Det får heller ikke innvirkning på nasjonale regler om handlinger som anses urimelige ut fra etiske eller moralske hensyn.

Direktivet har til formål å tilnærme statenes bestemmelser om urimelig praksis, jf. *artikkel 1*. Mer spesifikke bestemmelser om markedspraksis i annen fellesskapslovgivning har imidlertid forrang. Direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv. Det innebærer at medlemsstatene må innføre direktivets regler, og at de innenfor direktivets virkeområde ikke kan opprettholde eller innføre regler som går lengre i forbrukerbeskyttelse enn direktivet selv.

Direktivet inneholder også bestemmelser med krav til medlemsstatenes håndhevingsapparat og sanksjonssystem (*artiklene 11-13*), bestemmelser om endringer i andre direktiver (*artiklene 14-16*) og bestemmelser som retter seg til medlemsstatene og Kommisjonen (*artiklene 17-21*).



Figuren over var tatt inn i det opprinnelige direktivforslaget som illustrasjon av direktivets struktur. Den viser at generalklausulen i artikkel 5 er ment å dekke også andre former for urimelig markedspraksis enn de som dekkes av artikkel 6-9. Den viser også at direktivets bestemmelser omfatter mer enn eksemplene som er tatt inn i svartelisten.

I det følgende gjennomgås direktivet artikkel for artikkel.

En kort redegjørelse for norsk rett på de enkelte områdene er tatt inn der dette er relevant, i tillegg til forslag til gjennomføring i norsk rett.

5.2.4 Totalharmonisering

På forbrukerområdet har det tidligere vært vanlig med minimumsharmonisering, det vil si at direktiver bare setter en minstestandard for forbrukerbeskyttelse. Medlemsstatene har dermed hatt muligheten til å gi forbrukerne bedre beskyttelse enn det direktivene krever. Direktivet om urimelig handelspraksis innfører derimot en felles standard som medlemslandene ikke kan fravike i verken den ene eller den andre retning. Denne totalharmoniseringen innebærer at den norske lovgivers handlingsrom er begrenset både med hensyn til hvilke av dagens norske regler som kan videreføres, og med hensyn til hvordan direktivet gjennomføres i norsk rett. Ved håndhevingen av det nye regelverket vil også Forbrukerombudet og Markedsrådet måtte tilpasse sin praksis til de nye reglene og den fortolkningspraksis som etter hvert vil utvikle seg på europeisk nivå. I siste instans vil det være EF-domstolen som avgjør spørsmål om direktivfortolkningen. For EFTA-landenes del vil det være EFTA-domstolen.

Ettersom direktivet for en stor del er basert på skjønnsmessige bestemmelser og standarder, og ettersom domstolene ved anvendelsen av regelverket skal ta hensyn til lokale forhold, vil det antakelig ta tid før målet om felles forståelse og praksis er oppnådd. EU-kommisjonen følger derfor medlemsstatenes gjennomføring av direktivet nøye.

5.2.5 Totalharmonisering over landegrensene

Det opprinnelige direktivforslaget inneholdt en lovvalgsbestemmelse. En næringsdrivende var kun forpliktet til å følge loven i det landet vedkommende var etablert. Bestemmelsen ble fjernet fra direktivet under henvisning til at direktivet totalharmoniserer, slik at regelverket uansett skal være det samme i alle land. Næringsdrivende skal dermed i utgangspunktet forholde seg til samme regler uansett hvor de retter sin virksomhet. Direktivet inneholder nå bare en klausul i *artikkel 4* om at friheten til å levere varer eller tjenester ikke kan begrenses av forhold som faller inn under direktivets virkeområde. Direktivet inneholder altså ikke lenger en uttrykkelig regel som avgjør hvilket lands myndigheter som skal føre tilsyn eller hvilket lands lov som kommer til anvendelse når en praksis vurderes.

5.3 Nærmere om direktivets formål og virkeområde

5.3.1 Direktivets formål

Direktivet er hjemlet i EF-traktaten artikkel 95. Bestemmelsen gir hjemmel for direktiver om harmonisering ”av medlemsstatenes lover og forskrifter som gjelder det indre markeds opprettelse og virkemåte”. I punkt 1 i fortalet til direktivet er det også vist til traktatens artikkel 153 nr. 1 og nr. 3(a). I følge disse bestemmelsene skal Fellesskapet bidra til å sikre et høyt forbrukerbeskyttelsesnivå ved tiltak som vedtas i henhold til artikkel 95.

At direktivet skal bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende og at det oppnås et høyt nivå av forbrukervern, fremgår også av formålsbestemmelsen i artikkel 1. Målet skal nås gjennom en harmonisering av medlemsstatenes

regelverk. Det er reglene om urimelig markedspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser som harmoniseres.

5.3.2 Direktivets virkeområde

Direktivet gjelder næringsdrivendes *handelspraksis* overfor forbrukere. Begrepet handelspraksis er i direktivet artikkel 2 bokstav d) definert som ”enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, som en næringsdrivende utfører, og som har direkte forbindelse med salgsfremmende tiltak, salg eller levering av et produkt til forbrukerne.”

Som nevnt i punkt 5.1, vil ”markedspraksis” bli brukt i det følgende, med unntak av sitater fra direktivet.

Definisjonen er sentral for å forstå hvilke handlinger fra næringsdrivende overfor forbrukere som reguleres av direktivet, og dermed også direktivets virkeområde. Definisjonen viser at direktivet omfatter enhver handling foretatt av en næringsdrivende overfor forbrukere i direkte forbindelse med markedsføring, omsetning eller levering av en ytelse. Direktivet omfatter også unnlatelser fra den næringsdrivendes side. En gjennomgang av direktivets svarteliste viser at begrepet omfatter svært mange ulike situasjoner.

Det er et krav at praksisen har en direkte sammenheng med markedsføring og salg til forbrukere. Dette utdypes i fortalens punkt 7: ” Dette direktiv vedrører handelspraksis som er direkte relatert til påvirkning av forbrukernes transaksjonsbeslutninger med hensyn til produkter. Det vedrører ikke handelspraksis som hovedsakelig gjelder andre formål, herunder kommersiell kommunikasjon rettet mot investorer, for eksempel årsrapporter og foretaks salgsfremmende dokumentasjon.” og i fortalens punkt 6: ” Videre berører dette direktiv ikke gjeldende reklame- og markedsføringspraksis som legitim produkt plassering, merkedifferensiering eller stimulerende tilbud som rettmessig kan påvirke forbrukernes inntrykk av produkter og påvirke deres atferd uten å redusere deres evne til å treffe en informert beslutning.”

Direktivet regulerer bare *urimelig* markedspraksis. Det regulerer altså bare hvilken praksis som er forbudt, og stiller i liten grad opp vilkår som praksis må oppfylle for å være tillatt. Kommisjonen har begrunnet dette med at å regulere urimelige handlinger gir bedre forutberegnelighet for hva som er rimelig.

Direktivet harmoniserer dessuten bare regelverk om urimelig markedspraksis overfor *forbrukere*.

En annen avgrensning følger av at direktivet kun regulerer urimelig praksis som skader forbrukernes *økonomiske* interesser. Dette gjenspeiles ved at det i alle direktivets materielle bestemmelser er et vilkår for urimelighet at forbrukeren tar en transaksjonsbeslutning vedkommende ellers ikke ville ha tatt.

I artikkel 2 bokstav k er begrepet transaksjonsbeslutning definert som: ” enhver beslutning som forbrukeren treffer om hvorvidt, hvordan eller på hvilke vilkår vedkommende kjøper, betaler helt eller delvis, beholder eller avhender et produkt eller utøver en avtalefestet rett i forhold til produktet, enten forbrukeren beslutter å handle eller avstår fra det”

En transaksjonsbeslutning er dermed enhver beslutning en forbruker kan tenkes å treffe med hensyn til et produkt, og som har økonomiske konsekvenser for forbrukeren.

En konsekvens av at direktivet beskytter forbrukernes økonomiske interesser, er at det må foretas en avgrensning mot hensyn av ikke-økonomisk karakter. I fortalens punkt 7 er det presisert at direktivet ikke vedrører ”juridiske krav med hensyn til smak og anstendighet”. Gjennom prosessen med direktivet er ”smak og anstendighetshensyn” blitt stående som en samlebetegnelse for hensyn som begrunner at en praksis er urimelig uten at forbrukernes økonomiske interesser er berørt. Dette området faller dermed utenfor direktivets virkeområde.

5.3.3 Gjeldende norsk rett

Markedsføringsloven har også et vidt anvendelsesområde. Forbudet i § 1 retter seg mot ”handling” som er urimelig overfor forbrukere. Loven retter seg både mot villedende fremstilling jf. § 2, og mot utelatelser i form av utilstrekkelig veiledende fremstilling jf. § 3. Som eksempel på at markedsføringsloven har et vidt anvendelsesområde, vises det gjerne til MR-sak 18/96 der Markedsrådet kom til at betalingspåminnelse ved maskinell oppringning kunne vurderes etter markedsføringsloven.

Virkeområdet til dagens markedsføringslov er ikke begrenset til å beskytte økonomiske interesser. Hovedeksemplet på en bestemmelse begrunnet i andre hensyn er regelen om kjønnsdiskriminerende reklame, jf. § 1 annet ledd. Men også generalklausulen i § 1 første ledd regulerer handlinger som strider mot allmenne moralnormer og etiske oppfatninger og som ikke nødvendigvis har noen direkte innvirkning på forbrukernes økonomiske interesser.

5.3.4 Konsekvenser av direktivet – vurderinger og forslag

5.3.4.1 Markedspraksis

Departementet legger til grunn at direktivet regulerer mer eller mindre samme handlinger som dagens lov. Som etter gjeldende rett vil enhver handling foretatt overfor forbrukere i forbindelse med markedsføring, salg og levering av ytelser omfattes. Det kan være spørsmål om direktivets virkeområde er noe større, ettersom direktivet også inneholder eksplisitte bestemmelser som gjelder ettersalgs-situasjonen, herunder service og oppfylning av avtaler. Selv om handlingsbegrepet i praksis har en vid betydning, kan det være hensiktsmessig at dette også går klart frem av loven. Dette gjelder uavhengig av om man ser på innføring av direktivets begrep og definisjon som en klargjøring av virkeområdet eller en utvidelse.

Departementet foreslår også at ”markedspraksis” innføres som et generelt begrep i lovens kapitler som regulerer handlinger foretatt i næringsvirksomhet rettet til forbrukere. Det foreslås også at det tas inn et forbud mot urimelig markedspraksis i lovens § 1-1. Departementet foreslår at det i denne forbindelse også tas inn en definisjon av markedspraksis som tilsvarer direktivets definisjon. Dette sikrer at loven har samme virkeområde som direktivet om urimelig markedspraksis.

5.3.4.2 Næringsdrivende imellom

Direktivet innfører for det første et skille mellom reglene om god forretningsskikk næringsdrivende imellom og reglene om urimelige handlinger overfor forbrukere. Enkelte av dagens bestemmelser gjelder uavhengig av hvem en handling retter seg mot og uavhengig av hvem den går ut over. Som et resultat av at forbrukerreglene totalharmoniseres, foreslår departementet at disse reglene splittes, slik at bestemmelser som gjelder forholdet næringsdrivende i mellom videreføres samlet i et eget kapittel. Det vises til forslag til lovkapittel V.

5.3.4.3 Økonomiske interesser – transaksjonsbeslutning

Direktivet beskytter forbrukernes økonomiske interesser. Testen på om den næringsdrivendes handlinger er urimelige er om de er egnet til å forårsake at forbrukeren tar en transaksjonsbeslutning han eller hun ikke ville ha tatt ellers. Transaksjonsbeslutning er som nevnt en beslutning som har økonomiske konsekvenser for forbrukeren, og som er knyttet til den næringsdrivendes produkt. Det er samme test som skal gjøres etter artikkel 5, 6, 7 og 8, selv om det er skrevet på litt ulik måte.

Spørsmålet er hvordan testen kan tas inn i lovteksten på en god måte. I **[alternativ 2]** er direktivets ordlyd og oppbygning brukt, ved at endring av økonomisk atferd (der transaksjonsbeslutningsvilkåret er innbakt i definisjonen) er brukt i § 2-2, mens transaksjonsbeslutningsvilkåret er brukt i de øvrige bestemmelsene.

Departementet mener imidlertid dette er en unødig komplisert tilnærming. For det første bør det fremgå direkte av loven at samme vilkår skal oppfylles i alle bestemmelser. For det andre er ”transaksjonsbeslutning” et tungt og fremmed begrep som gjør lovteksten mindre tilgjengelig. Det sentrale er etter departementets mening at det fremgår av lovteksten at den næringsdrivendes handlinger har betydning for forbrukernes atferd, slik at atferden endres. (At den skal ha negativ betydning ligger i at handlingen karakteriseres som urimelig for å være forbudt.) Videre bør det klart fremgå at dette har økonomiske konsekvenser for forbrukeren.

Departementet foreslår derfor i **[alternativ 1]** at termen ”endring av økonomisk atferd” benyttes i stedet for transaksjonsbeslutningsvilkåret. Dette er samme term som brukes i direktivets generalklausul, og departementet mener den er dekkende også for vilkåret om påvirkning av økonomisk beslutning slik det er skrevet i de øvrige bestemmelsene. Det vises også til punkt 5.7.1.2 og 5.7.1.3 der det redegjøres for vilkåret om ”endring av økonomisk atferd”.

5.3.4.4 Ikke-økonomiske interesser faller utenfor direktivet

Det har gjennom hele prosessen med direktivet vært fremholdt fra EU-kommisjonens side at ambisjonen om harmonisering har vært begrenset til markedspraksis som berører forbrukernes økonomiske atferd, og at regulering ut fra det som har vært betegnet som ”smak og anstendighet”, skulle holdes utenfor direktivets virkeområde. Begrunnelsen for unntaket synes å være at kulturelle og samfunnsmessige forskjeller mellom landene gjør at oppfatningene av hva som er aggressivt og dermed urimelig er svært ulike, og derfor vanskelige å harmonisere.

I fortalen til direktivet slås det fast at medlemsstatene kan ha egne nasjonale regler når disse er begrunnet i ”smaks- og anstendighets-betraktninger” (smaks- og anstendighetshensyn). Det vises til fortalen punkt 7. Handlinger som har mer indirekte påvirkning på forbrukerens beslutning om å kjøpe, vil dermed falle utenfor direktivets virkeområde. Benetton-reklamene fra 90-tallet kan nevnes som eksempler. Her ble det benyttet bilder med stor sjokkverdi, men uten sammenheng med produktene som ble solgt eller Benettons virksomhet for øvrig. Også slike reklamekampanjer har som mål å øke salgstallene for den næringsdrivende, men hvis disse påvirker forbrukerne, er det på en indirekte måte, uten å bruke argumenter relatert til økonomiske størrelser som kvalitet, pris eller service.

Det ene eksempelet som er gitt i fortalen er at medlemsstatene av kulturelle grunner kan forby kundeoppsøking på gaten. Selv om det kunne vært ønskelig med en bredere presisering, kan punktet i fortalen være nyttig for en forståelse av avgrensningen og begrunnelsen for den. Det gir en klar indikasjon på at et inngrep faller utenfor direktivet, når det er andre hensyn (i kategorien ”smak og anstendighet”) som er begrunnelsen for å vurdere det som urimelig, selv om tiltaket også må sies å være egnet til å påvirke forbrukernes økonomiske atferd. Dette følger også dels av formuleringen:

”Medlemsstatene bør derfor, i samsvar med Fellesskapets regelverk, fortsatt kunne forby former for handelspraksis på sine territorier med begrunnelse i smak og anstendighet selv dersom slik praksis ikke begrenser kundenes valgfrihet..”

Den naturlige forståelsen av setningen er at landene står fritt til å forby slike handlinger også når forbrukerens valgfrihet faktisk begrenses. Statene kan altså fortsette å forby handlinger som anses urimelige ut fra et smaks- og anstendighetsperspektiv, uavhengig av om disse berører økonomiske interesser eller ikke. Eksemplet med forbud mot gatesalg (hvor det påtrengende elementet overfor uforberedte forbrukere i høyeste grad kan påvirke den økonomiske atferden) peker i samme retning.

Eksempelet i fortalens punkt 7 gir dessuten en indikasjon på at landene, ved fastsettelsen av nasjonale verdier, kan tolke smaks- og anstendighetsbegrepet relativt vidt, og at det er et bredt spekter av hensyn som ligger til grunn for avgrensningen.⁴ Det må også antas at regler begrunnet i andre ikke-økonomiske

⁴ Som en antydning av typer markedsføring Forbrukerombudet har grepet inn mot på grunnlag av smaks- og anstendighetshensyn (andre hensyn enn forbrukerens økonomiske interesser) gjengis her momentene i en liste Departementet utarbeidet for Kommisjonen under arbeidet med direktivet:

- diskriminerer med hensyn til rase, religion eller nasjonalitet,
- krenker folks religiøse tro eller politiske oppfatninger,
- oppfordrer til atferd som skader miljøet, eller til atferd som kan skade liv og helse,
- blander sammen kommersielle budskap og veldedighet,
- anses uanstendig eller usømmelig,
- bruker illustrasjoner av dramatiske hendelser, ulykker etc. eller bilder som i markedsføringsammenheng må anses for å virke støtende,
- innebærer brudd på annen lovgivning,
- utnytter vekt/helseproblemer og/eller handikap,
- er rettet mot personer i en spesielt vanskelig/sårbar situasjon/livsfasen uten at dette tas tilbørlig hensyn til,
- tilbyr en belønning til forbrukere til gjengjeld for at de foretar handlinger som er uetiske eller

hensyn enn smak og anstendighet, eksempelvis regler begrunnet i hensynet til privatlivets fred, personvern etc. vil kunne opprettholdes, selv om de har kontaktflater med forbrukernes økonomiske interesser.

En del av dagens norske regelverk og praksis faller etter dette åpenbart utenfor området som harmoniseres av direktivet. Departementet er av den oppfatning at statene kan fortsette å forby handlinger som anses urimelige ut fra et smaks- og anstendighetsperspektiv, uavhengig av om disse også berører økonomiske interesser eller ikke.

5.3.4.5 Forslag - oppsummering

Departementet foreslår at begrepet ”markedspraksis” innføres i loven, med en definisjon i § 1-1.

Departementet foreslår at direktives regler gjennomføres i et eget lovkapittel II, kalt Forbrukernes økonomiske interesser, jf **[alternativ 1]** og **[alternativ 2]**.

Departementet foreslår videre at reglene som gjelder næringsdrivende imellom videreføres i et eget lovkapittel, jf. utkastets **kapittel V**.

Departementet foreslår videre at regler som ivaretar andre hensyn enn forbrukernes økonomiske interesser, videreføres i et eget lovkapittel, jf. utkastets **kapittel III**.

5.4 Definisjoner – artikkel 2

5.4.1 Skal direktivets definisjoner tas inn i loven?

Generelt tas definisjoner bare inn i en lov der det er et særskilt behov for å klargjøre begreper som brukes i loven. Hvis innholdet i begrepene fremstår klart også uten en definisjon, bør definisjoner ikke tas inn. Hvis begrepet som defineres kun brukes ett sted, bør det vurderes om definisjonen innarbeides i den aktuelle bestemmelsen.

Definisjonene det her er snakk om, er en del av et totalharmoniseringsdirektiv. Når utgangspunktet er at direktivets regler skal fortolkes på samme måte i hele EØS-området, kan det være en fordel om informasjonen som ligger i definisjonene er lett tilgjengelig. Ikke alle definisjonene er like relevante, og noen er av en slik karakter at de passer bedre som forklaringer i forarbeidene til de enkelte bestemmelsene, enn som en del av lovteksten. Veiledningsbehovet som oppstår fordi regler om urimelig praksis er ukjente i noen rettssystemer, gjør seg heller ikke like sterkt gjeldende for norske forhold. På grunn av omskrivningene som er foretatt i forslag til lovtekst i **[Alternativ 1]**, er det få definisjoner som er relevante. De aktuelle definisjonene foreslås da innarbeidet i de relevante bestemmelsene.

umoralske,

- er i strid med likeverdet mellom kjønnene, utnytter det ene kjønnns kropp, eller gir inntrykk av en støtende eller nedsettende vurdering av kvinne eller mann.

I en mer direktivnær lovtekst, vil definisjonene kun relatere seg til bestemmelser som gjennomfører direktivet og bør gjengis innledningsvis i kapitlet som gjennomfører direktivet. Også her vil et alternativ være å innarbeide i hvert fall noen av definisjonene i lovteksten der dette er mulig. I **[Alternativ 2]** er definisjonene samlet i en bestemmelse, jf. § 2-1.

I det følgende gjøres det nærmere rede for definisjonene av forbruker, næringsdrivende og produkt, jf. artikkel 2 bokstavene a-c). De øvrige definisjonene omtales i forbindelse med de relevante bestemmelsene i direktivet.

5.4.2 Forbruker

I artikkel 2 bokstav a er forbruker definert som: ” enhver fysisk person som i forbindelse med handelspraksis som omfattes av dette direktiv, opptrer for formål som ligger utenfor vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, ” . Dette er standarddefinisjonen som er brukt i andre direktiver.

Gjeldende forbrukerdefinisjon i norsk lovgivning tilsvarer det forbrukerbegrepet som er utviklet i EUs forbrukerrett. I forbindelse med utarbeidelsen av forbrukerkjøpsloven ble samme forbrukerdefinisjon innført i flere lover: ”en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet”. For en nærmere redegjørelse for hva som ligger i begrepet, vises til forarbeidene til forbrukerkjøpsloven⁵.

Dagens markedsføringslov inneholder imidlertid ikke en definisjon av forbrukerbegrepet. Dette har sammenheng med at det i denne loven anvendes et videre forbrukerbegrep enn ellers i lovverket ved at loven, i tillegg til fysiske personer, beskytter sammenslutninger av forbrukere, som borettslag eller sameier.

Departementet foreslår i utgangspunktet at det ikke tas inn en definisjon av forbruker i loven, jf. **[Alternativ 1]**.

Dersom man innfører direktivets definisjon, vil enkelte grupper få en annen status enn de har etter dagens lov, og Forbrukerombudet vil ikke lenger kunne ivareta deres interesser. Etersom dagens forbrukerbegrep uansett vil videreføres i resten av loven, ville en slik forbrukerdefinisjon kun gjelde de delene av loven som er gjennomføring av direktivet. Å la lovens kapitler beskytte ulike forbrukergrupper vil virke forvirrende. Departementet kan ikke se at det vil være problematisk å gi direktivets regler samme anvendelse overfor en større forbrukergruppe enn direktivet krever⁶.

Dersom man tar inn en definisjon, blir spørsmålet hvordan den skal utformes. Enten kan man innføre standarddefinisjonen i tråd med direktivet, eller man kan ta inn et tillegg som synliggjør gjeldende rett, jf. **[Alternativ 2]** § 2-1 bokstav a).

⁵ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) pkt 3.3 (side 30 flg.)

⁶ Dersom for eksempel sameier og borettslag etter EØS-retten er å anse som næringsdrivende, vil de være beskyttet mot villedning gjennom direktivet om villedende reklame. Dette direktivet er et minimumsdirektiv slik at dersom direktivet om urimelig markedspraksis inneholder strengere regler, er det ikke noe i veien for at disse gruppene gis en mulig bedre beskyttelse.

5.4.3 Næringsdrivende

I artikkel 2 bokstav b er en næringsdrivende definert som: ”enhver fysisk eller juridisk person som i handelspraksis som omfattes av dette direktiv, opptrer for formål som gjelder vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, og alle som opptrer i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne”

Direktivet gjelder fysiske eller juridiske personer som utøver næringsvirksomhet overfor forbrukere, og enhver som handler i en næringsdrivendes navn eller på en næringsdrivendes vegne. Ettersom direktivet er produktnøytralt og omfatter varer, tjenester eller andre ytelser (jf. nedenfor), omfatter det også alle former for næringsvirksomhet knyttet til omsetning til forbrukere.

Direktivets definisjon indikerer at det stilles krav til at den næringsdrivende faktisk utøver en virksomhet. At en privatperson selger en bruktbil hvert tredje år, kan neppe sies å være utøvelse av en virksomhet. Om det kan stilles krav om for eksempel formell registrering som næringsdrivende er uklart. Det antas at også personer som driver omsetning av produkter på deltid i kortere tidsrom anses som næringsdrivende. Dette underbygges av at personer som handler i en næringsdrivendes navn eller på dennes vegne også er omfattet av definisjonen.

Markedsføringsloven gjelder handlinger foretatt ”i næringsvirksomhet”. I praksis er det antatt at det stilles krav til at næringsvirksomheten ”drives vedvarende”, jf. en uttalelse i Konkurranselovutvalgets innstilling fra 1966. Om en privatperson selger bilen sin vil handlingen altså ikke være omfattet av markedsføringsloven, selv om han eller hun gir villedende opplysninger. Også offentlig virksomhet kan drive næringsvirksomhet i markedsføringslovens forstand. Det er ikke krav om at formålet med virksomheten er å tjene penger, også virksomhet der overskuddet går til allmenntilgode formål kan være omfattet.⁷

Departementet legger som utgangspunkt til grunn at direktivets næringsdrivende-begrep tilsvarer en person som handler i næringsvirksomhet slik dette forstås i dagens markedsføringslov.

Departementet mener videre at definisjonen av næringsdrivende er overflødig, ettersom det fremgår av den foreslåtte definisjonen av markedspraksis i utkast til § 1-1 at reglene gjelder handlinger foretatt i forbindelse med markedsføring, salg eller levering av ytelser til forbrukere. Det bør være tilstrekkelig at direktivets definisjon omtales i forarbeidene til bestemmelsene.

Departementet foreslår i utgangspunktet at det ikke tas inn en definisjon av næringsdrivende i loven, jf. [Alternativ 1]. En litt forkortet versjon av direktivets definisjon er tatt inn i [Alternativ 2] § 2-1 bokstav b).

5.4.4 Produkt

I artikkel 2 bokstav c) er produkt definert som: ”alle varer eller tjenester, herunder fast eiendom, rettigheter og forpliktelser”

Direktivet gjelder markedspraksis som påvirker forbrukernes transaksjonsbeslutninger vedrørende produkter. Det sentrale er den næringsdrivendes

⁷ For en nærmere redegjørelse vises til Løchen og Grimstads kommentarutgave s 20-21

handlinger for å påvirke forbrukeren, og det har i utgangspunktet ingen relevans hvilket produkt den næringsdrivende selger. Direktivet er således produktnøytralt, noe som går fram av denne definisjonen. Når det presiseres at ”produkt” også omfatter ”fast eiendom, rettigheter og plikter”, innebærer det vel at også eiendoms- og utleiemegleres virksomhet vil være omfattet av direktivet.

Også markedsføringsloven er produktnøytral, og det presiseres i enkeltbestemmelsene at de gjelder handlinger knyttet til omsetning av ”varer, tjenester eller andre ytelser”, jf bl.a. §§ 2 og 3.

Departementet legger til grunn at direktivets virkeområde tilsvarer markedsføringslovens på dette punktet. Det kan være uheldig å innføre begrepet produkt i den norske loven, ettersom produkt ofte brukes om varer. Departementet foreslår at man i de nye bestemmelsene bruker begrepet ”ytelse” som er produktnøytralt. Departementet mener en definisjon av ”ytelse” ikke er nødvendig, jf. **[alternativ 1]**. Alternativt kan man bruke produktbegrepet og ta inn en definisjon slik det er gjort i **[Alternativ 2]** § 2-1 bokstav c).

5.5 Direktivets virkeområde og forholdet til annet regelverk – artikkel 3

Artikkel 3 sin funksjon er i første rekke å veilede medlemsstatene med hensyn til hvilket område som totalharmoniseres og hvilke konsekvenser direktivet får på tilgrensende områder, slik at medlemsstatene kan foreta de nødvendige avgrensninger og endringer i nasjonal rett. Departementet foreslår at artikkel 3 ikke gjennomføres i lov. En gjennomgang av de ulike punktene følger nedenfor.

5.5.1 Artikkel 3 nr. 1 – urimelig markedspraksis

I artikkel 3 redegjøres det nærmere for hvilket område som harmoniseres av direktivet, og hvilken virkning de nye reglene får på områder som allerede er EU-regulert.

Artikkel 3 nr.1 lyder: ”Dette direktiv får anvendelse på foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere som fastsatt i artikkel 5 før, under og etter en handelstransaksjon knyttet til et produkt.”

Det understrekes for det første at direktivet gjelder urimelig markedspraksis *før, under og etter* en handelstransaksjon. Det er ikke krav om at det faktisk inngås en avtale eller foretas en transaksjon. Definisjonen av markedspraksis i artikkel 2 underbygger at direktivet kan komme inn i bildet ved enhver kontakt en næringsdrivende har med forbrukere med sikte på å påvirke forbrukere til for eksempel å kjøpe en ytelse.

Grensen mellom markedsføring og avtaleinngåelse er flytende. Direktivet gjelder både markedsføring før og praksis i forbindelse med selve avtaleinngåelsen, og kommer dermed inn som et supplement til andre regler om for eksempel hvilke opplysninger forbrukerne skal få i den prekontraktuelle fasen. I svartelisten i vedlegg I til direktivet finnes eksempel på praksis som har nær tilknytning til avtaleinngåelsen, for eksempel at forbrukeren får inntrykk av at hun eller han ikke kan forlate lokalene før en avtale er inngått, jf. punkt 24. Også vold og trusler om vold fra den næringsdrivendes side er nevnt i direktivet artikkel 8 og 9.

Når direktivet også omfatter forhold etter en handelstransaksjon, ser det, ut fra de eksemplene som er brukt i direktivet og andre steder, ut til at det særlig er tenkt på situasjonen der en virksomhet søker å unngå å oppfylle sine forpliktelser i henhold til en inngått avtale. Svartelisten punkt 27 er et eksempel på dette.

Direktivet gjelder i tillegg bare *urimelig* markedspraksis. Hva som er urimelig er utdypet i artikkel 5, jf. punkt 5.7 i høringsnotatet.

Markedsføringsloven gjelder i dag handlinger foretatt i næringsvirksomhet overfor forbrukere, og hovedtyngden av praksis etter loven gjelder næringsdrivendes praksis forut for en eventuell avtaleinngåelse. Men mange saker gjelder også spørsmål knyttet til avtaleinngåelsen, som for eksempel telefonsalg og negativt salg. Avtaleinngåelsesprosessen er også regulert i avtaleloven, med regler om tvang, svik og generelt om urimelige avtaler.

Næringsdrivendes handlinger i forbindelse med oppfyllelse av en avtale er i dag regulert i kjøps-/avtaleretten gjennom prinsipper om heving/mangler/erstatning, lojalitet i kontraktsforhold og så videre. Ett eksempel på at også markedsføringsloven kan komme til anvendelse på handlinger som foretas etter at avtale er inngått, finnes i MR-sak 18/96. Markedsrådet uttalte her at inkassovirksomhet er omfattet av markedsføringsloven så lenge den utføres av den næringsdrivende selv⁸.

Vurderinger og forslag

Departementet har vurdert om det bør tas inn en virkeområdebestemmelse tilsvarende artikkel 3 nr. 1 i lovkapittelet som gjennomfører direktivet (kapittel II) der det fremgår at reglene gjelder næringsdrivendes urimelige markedspraksis overfor forbrukere, og at det gjelder før, under og etter avtaleinngåelse. Dette ville for det første synliggjøre gjennomføringen av direktivet, og kunne også klargjøre forholdet til kapittel III som omhandler markedsføring som faller utenfor direktivet.

Departementet har imidlertid valgt en annen tilnærming enn direktivet på dette punktet. Som det vil fremgå av høringsnotatets kapittel 6, har vi valgt å foreslå et generelt forbud mot urimelig markedspraksis i lovens § 1-1. I den bestemmelsen er det også tatt inn en definisjon av markedspraksis som tilsvarer direktivets definisjon. Av definisjonen fremgår det at loven gjelder næringsdrivendes handlinger mv. foretatt før, under eller etter salg eller levering av ytelser til forbrukerne.

⁸ MR-1996-18 Saken gjaldt spørsmål om Telenor kunne innføre automatisk betalingspåminnelse uten at forbrukerne fikk mulighet til å reservere seg mot denne tjenesten. Markedsrådets flertall uttalte at: "Flertallet legger vekt på den handling det vises til, må være en del av bedriftens markedsføring i vid forstand. ABP er en del av egeninkassovirksomheten til Telenor, og det er spørsmål om slik virksomhet faller inn under begrepet "markedsføring". Hva som ligger i begrepet markedsføring har utviklet seg siden loven ble gitt. Det må være nåtidens oppfatning av hva som ligger i begrepet markedsføring som må være avgjørende for hva som er en "handling" som er omfattet av generalklausulen i markedsføringsloven §1. Etter flertallets syn er all virksomhet som den næringsdrivende foretar i forhold til kunden i utgangspunktet markedsføring, slik markedsføringsbegrepet forstås nå. **Inkasso** er derfor også en del av Telenors markedsføring etter flertallets oppfatning, så lenge Telenor utfører dette selv."

Videre følger det av overskriften til lovkapittel II at det gjelder forbrukernes økonomiske interesser, og av § 2-1 [alternativt § 2-2] at bestemmelsen gjelder urimelig markedspraksis. Departementet kan derfor ikke se at det er behov for en virkeområdebestemmelse i kapittel II.

5.5.2 Artikkel 3 nr. 2 – grensen mot avtale/kontraktsrett

Artikkel 3 nr. 2 lyder: ”Dette direktiv berører ikke avtaleretten, særlig reglene for kontraktens gyldighet, utforming eller virkning.”

Verken nasjonal forbrukerkontraktsrett eller generell kontraktsrett berøres av direktivet. Det samme gjelder nasjonale regler som gjennomfører EF-regler, jf. fortalens punkt 9. I fortalens punkt 15 utdypes grensedragningen mellom dette direktivet og eksisterende direktiver som har opplysningspliktbestemmelser med kontraktsrettslige elementer. Her åpnes det for at medlemsstatene kan opprettholde eller tilføye blant annet opplysningskrav hjemlet i minimumsharmonisert fellesskapsregelverk så lenge de har avtalerettslige følger.

Skillet mellom direktivet og kontraktsrettslige instrumenter er, etter det departementet kan se, i samsvar med det norske systemet. Forbrukerombudet og Markedsrådet håndhever loven ut fra forbrukernes samlede interesser og går ikke inn i enkeltavtaler eller vurderingen av disse. Dagens regler om urimelige avtalevilkår foreslås videreført i et eget kapittel, sammen med en regel om bruk av garantier.

5.5.3 Artikkel 3 nr. 3 – helse- og sikkerhetsmessige aspekter

Artikkel 3 nr. 3 lyder: ”Dette direktiv berører ikke fellesskapsregler eller nasjonale regler vedrørende produkters helse- og sikkerhetsaspekter.”

Bestemmelsen utdypes i fortalens punkt 9: ”Medlemsstatene kan dermed opprettholde eller innføre begrensninger i og forbud mot former for handelspraksis med begrunnelse i forbrukernes helse og sikkerhet på deres territorium uansett hvor den næringsdrivende er etablert, for eksempel i forbindelse med alkohol, tobakk eller legemidler.”

Direktivet omfatter altså ikke, og vil således ikke ha noen innflytelse på, nasjonale markedsføringsbestemmelser som primært har som mål å beskytte forbrukernes helse og sikkerhet.⁹ Dette er en naturlig følge av at direktivets virkeområde er

⁹ Andre eksempler på regler om markedsføring/opplysningsplikt begrunnet i helse og sikkerhet

- Generelle regler om merking av og reklame for næringsmidler finnes i forskrift om merking av næringsmidler (forskrift 21.12.1993 nr 1385) § 5 som er fastsatt med hjemmel i matloven (lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv.) § 10.
- Kosmetikkloven (lov 21.12.2005 nr. 126) § 7 om merking, presentasjon og reklame.
- Legemiddeloven kapittel VII og i legemiddelforskriften kapittel 13 regulerer reklame for legemidler.
- Lov om alternativ behandling av sykdom mv. (lov 27. juni 2003 nr. 64) § 8 regulerer markedsføring av alternativ behandling. Lovens formål er å bidra til sikkerhet for pasienter som søker eller mottar alternativ behandling samt å regulere adgangen til å utøve behandling, jf. § 1.

begrenset til markedspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser. Dette innebærer at blant annet de norske forbudene mot alkohol- og tobakksreklame ikke berøres av dette direktivet, og at de vil kunne håndheves overfor utenlandske aktører på samme måte som i dag.

Derimot vil det falle innenfor direktivets virkeområde dersom det gis villedende informasjon om et produkts helseeffekter, i den grad disse er egnet til å få forbrukeren til å fatte en kjøpsbeslutning han eller hun ellers ikke ville tatt. Dette understrekes ved at svartelistens punkt 17 forbyr uriktige påstander om at et produkt kan helbrede blant annet sykdommer.

Det er en flytende overgang mellom beskyttelse av forbrukernes økonomiske interesser og deres helseinteresser, og direktivet innfører ingen ny grense her.

5.5.4 Artikkel 3 nr. 4 – sektorregler har forrang

Artikkel 3 nr. 4 lyder: ”Ved uoverensstemmelse mellom bestemmelsene i dette direktiv og andre fellesskapsregler som regulerer bestemte aspekter av urimelig handelspraksis, har sistnevnte forrang og får anvendelse på disse bestemte aspektene.”

Dette punktet utdypes i fortalens punkt 10 der det framgår at direktivet kun innfører beskyttelse for forbrukerne der det ikke er en særlig sektorlovgivning på fellesskapsplan. Der det finnes slik sektorlovgivning vil denne gå foran direktivet om urimelig markedspraksis ved eventuell motstrid. Dette gjelder inntil videre også nasjonale regler som går lenger i forbrukerbeskyttelse enn fellesskapsreglene hvis de har hjemmel i minimumsdirektiver, jf. punkt 5.5.5 nedenfor om overgangsordningen.

En ikke uttømmende liste over fellesskapsregler for reklame og kommersiell kommunikasjon er tatt inn som vedlegg II til direktivet¹⁰.

-
- Forskriften om markedsføring av kosmetiske inngrep (forskrift 01.07.2005 nr. 749) har til formål å bidra til at markedsføring av kosmetiske inngrep skjer på en forsvarlig, nøktern og saklig måte, jf. lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. § 13, og slik at pasientenes sikkerhet blir ivaretatt.
 - I henhold til produktkontrollen § 3 (lov 11. juni 1976 nr. 79) plikter tilbydere av forbrukerprodukter og forbrukertjenester å gi tilstrekkelig og relevant informasjon slik at forbrukerne settes i stand til å vurdere sikkerheten ved disse og eventuelt sikre seg mot fare, med mindre dette klart fremgår uten slik informasjon.

¹⁰ Oversikt over hvor direktivene er gjennomført i norsk lovgivning:

- Direktiv 97/7/EF om fjernsalg. Direktivet er gjennomført i angrerettloven.
- Direktiv 90/314/EØF om pakkereiser. Direktivet er gjennomført i pakkereiseloven.
- Direktiv 94/47/EF om timeshare. Direktivet er gjennomført i tidspartloven.
- Direktiv 98/6/EF om priser på forbruksvarer. Direktivet er gjennomført i markedsføringsloven med tilhørende forskrift.
- Direktiv 2001/83/EF om humanmedisinske legemidler. Direktivet er gjennomført i legemiddeloven.
- Direktiv 2000/31/EF om elektronisk handel. Direktivet er gjennomført i ehandelsloven.
- Direktiv 98/7/EF om forbrukerkreditt. Direktivet er gjennomført i kredittkjøpsloven (og finansavtaleloven?)
- Direktiv 2002/65/EF om fjernsalg av finansielle tjenester. Direktivet er gjennomført i angrerettloven.

De resterende direktivene på listen gjelder ulike finansielle tjenester.

Det er bare lovgivning på fellesskapsplan som har forrang. Ved motstrid mot nasjonale sektorregler som ikke er basert på direktiver og som ivaretar samme formål som direktivet om urimelig markedspraksis, vil direktivets regler og standarder ha forrang.

5.5.5 Artikkel 3 nr. 5 og artikkel 3 nr. 6 – overgangsordning med hensyn til annet regelverk

Artikkel 3 nr. 5 og 6 lyder:

”5. I et tidsrom på seks år fra 12. juni 2007 skal medlemsstatene på det området der dette direktiv innebærer en tilnærming, fortsatt kunne anvende nasjonale bestemmelser som er strengere eller mer preskriptive enn dette direktiv, og som gjennomfører direktivets minsteharmoneringsbestemmelser. Disse tiltakene må være avgjørende for å sikre at forbrukerne vernes tilstrekkelig mot urimelig handelspraksis, og skal være forholdsmessige ut fra oppfyllelsen av målet. Revisjonen nevnt i artikkel 18 kan, dersom dette anses hensiktsmessig, omfatte et forslag om forlengelse av dette unntaket i ytterligere en begrenset periode.

6. Medlemsstatene skal omgående underrette Kommisjonen om eventuelle nasjonale bestemmelser som anvendes på grunnlag av nr. 5.”

Her innføres det en overgangsordning på seks år fra gjennomføringsfristen, dvs. til 12. juni 2013. I denne perioden kan nasjonale regler gitt i medhold av minimumsdirektiver opprettholdes, under forutsetning av at de er nødvendige og proporsjonale. Det er altså knyttet restriksjoner til bruken av overgangsordningen. Medlemsstatene skal notifisere Kommisjonen om hvilket regelverk de benytter overgangsordningen for. Kommisjonen vil deretter vurdere om overgangsordningen kan benyttes i det enkelte tilfelle. Norske myndigheter notifiserer ESA (EFTAs overvåkningsorgan).

Barne- og likestillingsdepartementet legger opp til at gjeldende rett videreføres der man har valgt å bruke minimumsklausulen i andre forbrukerverndirektiver. På forbrukerområdet er dette gjort på visse punkter i angrerettloven, tidspartloven og pakkereiseloven. Bakgrunnen er at reglene anses nødvendige for forbrukerbeskyttelsen. I tillegg har EU-kommisjonen startet arbeidet med å revidere de relevante direktivene. Nye direktivforslag ventes fremmet før overgangsperioden utløper, og det anses ikke hensiktsmessig å revidere de aktuelle lovene nå for så å gjøre det igjen om få år. Også i forbindelse med prisinformasjonsregelen i markedsføringsloven er en minimumsklausul brukt, jf. punkt 9.4.

Det har også vært reist spørsmål om direktivet får konsekvenser for det norske forbudet mot fjernsynsreklame særlig rettet mot barn. Det er for det første spørsmål om forbudet er begrunnet i økonomiske hensyn eller i smaks- og anstendighetshensyn, jf. punkt 5.3.4 om direktivets virkeområde. Dersom man kommer til at hele eller deler av fjernsynsreklameforbudet faller inn under virkeområdet til direktivet, vil dette få konsekvenser. Barne- og likestillingsdepartementet har i samråd med Kultur- og kirke departementet vurdert spørsmålet og legger til grunn at i den grad det nevnte forbudet berøres av direktivet, bør overgangsordningen i artikkel 3 nr. 5 kunne påberopes. Dette

er basert på at harmoniserte bestemmelser om fjernsynsreklame til barn er gitt i minimumsdirektivet om "TV uten grenser"¹¹.

5.5.6 Artikkel 3 nr. 7 – domstolenes kompetanse

Artikkel 3 nr. 7 lyder: "Dette direktiv berører ikke regler for fastsettelse av domstolers jurisdiksjon."

Der en markedspraksis finner sted over landegrenser blir det spørsmål om hvilket lands myndigheter som skal håndheve regelverket og hvilket lands regelverk som skal anvendes. Det opprinnelige direktivforslaget inneholdt en lovvalgsregel som slo fast at etableringslandets regler skulle gjelde. Regelen ble fjernet under henvisning til at alle land nå skulle ha samme regelverk.

Spørsmålet blir uansett hvilket lands myndigheter som skal gripe inn, og hvilken kompetanse de har i grenseoverskridende saker. Artikkel 3 nr. 7 slår fast at dette spørsmålet ikke reguleres av direktivet. Dette innebærer at norske lovvalgsregler og norske regler om jurisdiksjon kommer til anvendelse.

5.5.7 Artikkel 3 nr. 8 – lovregulerte yrker

Artikkel 3 nr. 8 lyder: "Dette direktiv berører ikke noen av vilkårene for etablering eller godkjenningsordninger, eller for yrkesetiske atferdsregler eller andre spesifikke regler for lovregulerte yrker, for å opprettholde høye standarder for integritet for yrkesutøvere, som medlemsstatene i samsvar med fellesskapsretten kan pålegge yrkesutøvere."

I artikkel 2 bokstav l) er begrepet lovregulert yrke definert som:

"en yrkesvirksomhet eller gruppe av slike der adgang eller utøvelse, eller en form for utøvelse, i henhold til lover eller forskrifter er direkte eller indirekte betinget av at vedkommende innehar bestemte yrkesmessige kvalifikasjoner".

Det går fram av definisjonen at lovregulert yrke er yrker der det i lov er direkte eller indirekte krav om bestemte kvalifikasjoner for å utøve virksomheten.

I artikkel 3 nr. 8 klargjøres det at standarden for urimelige handlinger etter dette direktivet ikke skal påvirke de krav som stilles til utøverne av slike verv¹².

¹¹ Rådskommisjonsdirektiv 89/552/EØF av 3. oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, endret ved direktiv 97/36/EF.

¹² Eksempler på lovregler som stiller krav til utøvere av spesielle yrker:

- Domstolloven (advokatforskriften) har krav til god advokatskikk
- Inkassoloven har regler om god inkassoskikk
- Helsepersonelloven og dyrehelsepersonelloven har regler om god yrkesskikk
- Eiendomsmeglingsloven har regler om god meglerskikk

5.5.8 Artikkel 3 nr. 9 – Minimumsklausul for finansielle tjenester og fast eiendom

Artikkel 3 nr. 9 lyder: ”I forbindelse med «finansielle tjenester», som definert i direktiv 2002/65/EF, og fast eiendom kan medlemsstatene pålegge krav som er strengere eller mer preskriptive enn dette direktiv på det område der dette direktiv tilnærmer bestemmelsene.”

For så vidt gjelder finansielle tjenester og fast eiendom vil direktivet være et minimumsdirektiv. Det slås fast i fortalen punkt 9 at bakgrunnen for dette er at finansielle tjenester og fast eiendom er produkter med stor kompleksitet og iboende risiko. Dette nødvendiggjør detaljerte krav som for eksempel opplysningskrav til de næringsdrivende. Derfor bør medlemsstatene stå fritt til å gå lenger enn direktivet i å beskytte forbrukerne på disse områdene.

Departementet antar at direktivet må leses som at unntaket for fast eiendom også omfatter andre eieformer, for eksempel andel i borettslag. Henvisningen til fast eiendom er helt generell, og det må antas at i den grad det fins spesialregler på dette området som går ut over direktivets regler, vil de kunne videreføres. Dersom det ikke fins spesialregler, vil de generelle reglene komme til anvendelse.

5.5.9 Artikkel 3 nr. 10 – Edelmetaller

Artikkel 3 nr. 10 lyder: ”Dette direktiv berører ikke medlemsstatenes lover og forskrifter om sertifisering og angivelse av renhetsgrad for edelmetaller.”

Direktivet ikke berører dermed ikke anvendelsen av nasjonale bestemmelser om edelmetaller. Norske regler på området er gitt i lov nr. 2 1891 om Guld-, Sølv- og Platinavarers Finhed og Stempling m.v.

5.5.10 Særlig om direktivets betydning for gjeldende regelverk som delvis ivaretar samme hensyn som direktivet

Utgangspunktet er at direktivets regler og standarder erstatter gjeldende norsk regelverk innenfor sitt virkeområde¹³.

I tillegg til den forbrukerbeskyttelsen som i dag følger av markedsføringsloven, har vi en rekke regler som beskytter forbrukere på ulike måter i forbindelse med markedsføring, avtaleinngåelse og så videre. Mange av disse reglene pålegger næringsdrivende opplysningsplikt. Andre regulerer hvordan markedsføring av visse produkter eller overfor visse grupper skal skje. Spørsmålet er om direktivets generelle regler erstatter alle slike nasjonale regler om markedsføring og opplysningsplikt som ikke har bakgrunn i fellesskapslovgivning.

¹³ Følgende unntak følger av artikkel 3:

- nasjonale bestemmelser på kontraktsrettens område (dvs at de har en eller annen kontraktsrettslig konsekvens) jf. artikkel 3 nr. 2,
 - nasjonale bestemmelser som ivaretar forbrukernes helse og sikkerhet, jf. artikkel 3 nr. 3,
 - nasjonale regler som gjennomfører direktiver, jf. artikkel 3 nr. 4
 - nasjonale regler som bygger på minimumsklausuler i direktiver forutsatt at de er essensielle og proporsjonale kan beholdes i 6 år, jf. artikkel 3 nr. 5
 - nasjonale bestemmelser om lovregulerte yrker, jf. artikkel 3 nr. 8
- informasjonskrav for finansielle tjenester og fast eiendom, jf. artikkel 3 nr. 9

Etter at direktivet ble vedtatt har Kommisjonen ved flere anledninger gitt uttrykk for at direktivet begrenser statenes adgang til å opprettholde nasjonale bestemmelser om opplysningsplikt til forbrukere. Begrunnelsen er at direktivets bestemmelser er uttømmende for så vidt gjelder hvilken informasjon forbrukerne må ha. Denne forståelsen er imidlertid omstridt.

For det første kan det pekes på at direktivet kun har til formål å harmonisere nasjonalt regelverk om *urimelig* markedspraksis, særlig gjennom villedning eller utilstrekkelig veiledning. For det andre er direktivets formål å ivareta forbrukernes økonomiske interesser.

De fleste regler om opplysningsplikt ivaretar flere hensyn. Fra lovgivers og myndigheters side vil et generelt mål med opplysningsplikt selvsagt være at forbrukere skal ta veloverveide valg og å forhindre at noen utnytter forbrukeres manglende kunnskap om viktige forhold. Men det er ikke dermed sagt at opplysningsplikts eneste formål er å motvirke villedning. Ofte vil formålet være å sikre veiledning som er nødvendig av ulike årsaker. En årsak kan være forbrukerens sikkerhet, for eksempel ved at de gis informasjon om korrekt bruk av produkter. En annen kan være hensynet til forbrukeres helse, for eksempel om fare for helseskade ved bruk av produkter. For å ivareta miljøet kan et virkemiddel også være å gi forbrukere kunnskap om produkters miljømessige konsekvenser, slik at de kan velge det mest miljøvennlige produktet. Rasjonell opptreden fra forbrukernes side er også en forutsetning for velfungerende markeder. Regler om opplysningsplikt kan dermed også ivareta andre samfunnsinteresser.

Når det gjelder behovet for endringer i nasjonale opplysningspliktbestemmelser, legger departementet derfor til grunn at direktivet vil begrense eller berøre bestemmelser om opplysningsplikt bare i den grad slike regler ikke ivaretar andre hensyn enn, og dermed faller innenfor virkeområdet til, direktivet. Opplysningspliktbestemmelser som har et blandet formål kan etter departementets vurdering videreføres som i dag. Dersom bestemmelsene skal håndheves ut fra hensynet til forbrukernes økonomiske interesser, vil imidlertid direktivets regler sette grensene for når en handling som strider mot en slik opplysningspliktregel anses som urimelig markedspraksis.

5.6 Den frie bevegelse for varer og tjenester – artikkel 4

Direktivets artikkel 4 lyder: ”Medlemsstatene skal verken begrense friheten til å yte tjenester eller den frie bevegelse for varer av årsaker som faller inn under dette direktivs tilnærming.”

Det opprinnelige direktivforslaget inneholdt i tillegg en lovvalgsbestemmelse. En næringsdrivende var kun forpliktet til å følge loven i det landet vedkommende var etablert. Bestemmelsen ble tatt ut i forbindelse med forhandlingene i Rådet under henvisning til at direktivet totalharmoniserer slik at regelverket uansett skal være det samme i alle land. Direktivet inneholder nå bare klausulen i artikkel 4. I artikkel 3 nr. 7 er det i tillegg fastslått at direktivet ikke berører regler for fastsettelse av domstolars jurisdiksjon, jf. punkt 5.5.6.

I EU-kommisjonens arbeidsgruppe om gjennomføringen av direktivet om urimelig markedspraksis har det vært diskutert om denne bestemmelsen skal gjennomføres i nasjonale lover. Departementet legger foreløpig til grunn at artikkel 4 ikke gjennomføres i loven.

5.7 Generalklausulen – forbud mot urimelig markedspraksis – artikkel 5

5.7.1 De materielle vilkårene: I strid med god markedsskikk overfor forbrukerne, og egnet til å vesentlig endre forbrukernes økonomiske atferd.

5.7.1.1 Yrkesmessig aktsomhet / god markedsskikk overfor forbrukerne

Det første vilkåret for at markedspraksis anses urimelig er at den næringsdrivende handler i strid med ”yrkesmessig aktsomhet” jf artikkel 5.2 bokstav a).

Definisjon

I artikkel 2 bokstav h er ”yrkesmessig aktsomhet” (den foreløpige norske oversettelsen bruker ”faglig aktsomhet”) definert som:

”standarden for de særlige ferdigheter og omhu som en næringsdrivende med rimelighet kan forventes å utøve overfor forbrukerne, som står i rimelig forhold til hederlig handelspraksis og/eller det alminnelige prinsippet om god tro innenfor den næringsdrivendes virkefelt”

Definisjonen har vært et tema i de uformelle diskusjonsgruppene i EU-kommisjonen. Mange har vært usikre på hva som ligger i denne definisjonen. Oppsummeringsvis har representanter fra Kommisjonen gitt uttrykk for følgende: Det er tale om en objektiv standard. Man må vite hva man driver med, jf. kravet om *ferdigheter og omhu*. Henvisningen til *særlige* ferdigheter betyr ikke at det er krav om spesielle kvalifikasjoner, men at hvilke standarder og krav som stilles kan variere fra bransje til bransje. Hva som er vanlig i en bransje er imidlertid ikke avgjørende, jf. henvisningen til *omhu* og hva som *med rimelighet kan forventes*. Subjektive forhold hos den næringsdrivende, som for eksempel at virksomheten er nystartet, vil ikke ha innvirkning på vurderingen av vedkommendes praksis overfor forbrukere. Dette følger også av at det er tale om ”særlige” kunnskaper (på engelsk ”special”), noe som innebærer at kunnskapene til den næringsdrivende skal ligge på et visst nivå og vurderes ut fra en objektiv standard.

Henvisningen til hederlig markedspraksis og generelle prinsipper for god skikk er tatt inn for å knytte definisjonen opp til standarder som allerede finnes i de enkelte lands lovgivning.

Vilkårets funksjon

Vilkårets funksjon er å understreke at det ikke er nok at forbrukerens atferd endres, men at det må være på grunn av negative forhold på den næringsdrivendes side. All reklame har til hensikt å påvirke forbrukerens atferd, men det er bare når den næringsdrivende handler i strid med den objektive standarden for yrkesmessig aktsomhet at reklamen kan være urimelig. Hvor streng standarden skal være, er det opp til håndhevingsmyndigheter og domstoler å avgjøre.

Konkrete eksempler på handlinger som ikke anses som overensstemmende med god markedsskikk finnes i svartelisten. Også der handlinger rammes av artiklene 6-9 vil vilkårene for urimelighet på den næringsdrivendes side være oppfylt. Dette følger av direktivets systematikk. Dersom det er fastslått at det foreligger villedning eller aggressivitet fra den næringsdrivende, er spørsmålet i artiklene 6, 7 og 8 kun om villedningen/presset påvirker forbrukernes transaksjonsbeslutning.

Markedsføringsloven

Også markedsføringslovens generalklausul tar utgangspunkt i rettslige standarder.

”God forretningsskikk”-begrepet er i markedsføringsloven reservert for forhold næringsdrivende imellom. Begrepet er brukt i flere andre lover, deriblant avtalelovens § 36. Begrepet ”god forretningsskikk” refererer seg til vanlig oppfatning av forretningsskikk i vedkommende bransje eller område¹⁴. Grunnlaget for vurderingen er oppfatningen hos den jevne, fornuftige næringsdrivende. Domstolene må imidlertid selv foreta en rimelighetsvurdering av den forretningspraksis som påberopes, og den er således ikke bundet av hva som anses akseptabelt av bransjen.

I forbrukerforhold er handlinger som er ”urimelig i forhold til forbrukere eller for øvrig strider mot god markedsføringsskikk” forbudt. Selv om dagens generalklausul ikke inneholder en referanse til god forretningsskikk i forbrukerforhold, er standarden absolutt relevant for urimelighetsvurderingen. Ofte vil en handling som strider mot god forretningsskikk også være urimelig. Om urimelighetskriteriet har Markedsrådet uttalt at det er ment å gi uttrykk for en viss allmenn fordømmelse av handlingen fra den næringsdrivendes side¹⁵. Også i urimelighetsvurderingen er det altså bygget inn en objektiv norm for næringsdrivendes handlemåte. Dersom en handling strider mot det som anses som normal praksis i en bransje, vil dette kunne være et argument for at den er urimelig overfor forbrukerne.

I 1997 ble henvisningen til ”god markedsføringsskikk” tatt inn i § 1. Bakgrunnen var at man ønsket en uttrykkelig hjemmel for å gripe inn mot uetisk markedsføring. Markedsføringslovutvalget vurderte om denne rettslige standarden kunne erstatte urimelighetskriteriet, men kom til at urimelighetskriteriet burde beholdes selv om ”det antakelig er overflødig”¹⁶.

5.7.1.2 Vesentlig endrer forbrukernes økonomiske atferd

Det andre vilkåret for at en handling skal anses urimelig etter direktivet, er at den vesentlig endrer eller er egnet til å vesentlig endre forbrukernes økonomiske atferd. Kravet må ses i sammenheng med at direktivet kun beskytter forbrukernes økonomiske interesser.

Definisjon

I artikkel 2 bokstav e) er begrepet vesentlig endring av forbrukernes økonomiske atferd definert som:

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

¹⁴ Jf. NOU 1979:32, side 51, der tilsvarende begrep i avtaleloven § 36 beskrives.

¹⁵ Jf. Markedsrådets sak nr. 1/1979 (AS Hjemmet, vedrørende samleserier i bladet Donald Duck & Co.)

¹⁶ NOU 1995:2 s 14

På grunn av en handling eller praksis fra den næringsdrivende skal forbrukerens evne til å ta en informert beslutning reduseres merkbart/vesentlig. For at det skal foreligge en vesentlig endring, er det et vilkår at praksisen merkbart reduserer forbrukerens evne til å ta en informert beslutning. En gjennomgang av direktivets eksempler viser at man tenker seg at dette skjer ved at forbrukeren gis uriktig informasjon, ingen informasjon, eller et feilaktig inntrykk av situasjonen, produktet, den næringsdrivende eller sine rettigheter.

Forbrukerens beslutningsevne skal reduseres merkbart (eng: appreciably). Dette angir en viss terskelhøyde. I kommisjonens opprinnelige forslag til direktiv var kravet at evnen skulle reduseres betydelig (eng: significantly), men dette ble endret fordi en rekke land mente den opprinnelige ordlyden var for streng. Ut fra dette kan man slutte at direktivet ikke er ment å ramme enhver påvirkning av forbrukeres handlemåte, men samtidig er ikke kravene som stilles veldig strenge.

Følgen av dette igjen skal være at forbrukeren tar en beslutning som hun eller han ellers ikke ville ha tatt med hensyn til ytelsen.

Vilkårets funksjon

Dette vilkårets funksjon må antas å være å understreke at ikke ethvert brudd på god markedsskikk fra den næringsdrivendes side vil være urimelig. Dersom praksisen kun er av bagatellmessig betydning for forbrukerne, vil ikke deres økonomiske atferd endres og det er heller ikke noe behov for å gripe inn mot handlingen.

For at handlingen rammes av direktivet er det ikke et krav at det skjer en "vesentlig endring". Det stilles bare krav om at praksisen er *egnet til* å vesentlig endre atferden. Utgangspunktet for vurderingen av en handling blir dermed ikke om forbrukernes handlemåte er endret, men om det er sannsynlig at den næringsdrivendes praksis vil endre den.

Markedsføringsloven

Markedsføringsloven har ikke samme inndeling av vilkårene som direktivet. § 1 retter seg kun mot handlinger som er urimelige overfor forbrukerne eller i strid med god markedsføringsskikk. I §§ 2 og 3 er det imidlertid et vilkår at en fremstilling "er egnet til å påvirke etterspørselen etter eller tilbudet av varer og tjenester". Virkningene av den næringsdrivendes handling eller graden av påvirkning er imidlertid ikke nærmere utdypet. Forbudet i markedsføringsloven § 1, inneholder ikke noe uttrykkelig vilkår om endring av forbrukernes økonomiske atferd. Dette er en naturlig konsekvens av at bestemmelsen ikke er begrenset til bare å beskytte forbrukernes økonomiske interesser.

I urimelighetskriteriet ligger det imidlertid en klar forutsetning om at den aktuelle handlingen ikke er av bagatellmessig betydning. Det må foreligge en viss grad av urimelighet eller følelse av overgrep, og det er således ikke tilstrekkelig at det kan tenkes rimeligere praksis. At loven ikke rammer ethvert avvik fra det rimelige, og at en terskelhøyde må overstiges før et forbud kan nedlegges, ble understreket av Høyesterett i en straffesak etter § 3, inntatt som Rt. 1982 s. 1062.

Ved anvendelsen av §§ 2 og 3 nøyer Markedsrådet seg ofte med å fastslå at et tiltak er egnet til å påvirke etterspørselen etter en vare eller tjeneste, og vilkåret

kommer sjelden på spissen. MR-sak nr. 9/2004¹⁷ er likevel et eksempel på at Markedsrådet har gått nærmere inn i drøftelsen av dette vilkåret.

5.7.1.3 Vurdering og forslag

Vurdering

Markedsføringslovens og direktivets generalklausuler er bygget opp på ulike måter og inneholder tilsynelatende ulike vurderingskriterier. Som det er vist til ovenfor, er de samme elementene ved en praksis eller handling relevante når man vurderer rimeligheten etter de to regelsettene. I likhet med direktivet er det i dagens generalklausul en henvisning til en objektiv standard for næringsdrivendes opptreden. I likhet med hva som vil gjelde etter direktivet, rammes ikke enhver bagatellmessig påvirkning av forbrukerne av dagens generalklausul. Uttalelsen fra Markedsrådet i sak 9/2004 om urimelighetsvilkåret i § 3 og påvirkning av forbrukeres kjøpsbeslutninger, samsvarer godt med direktivets krav til "vesentlig endring".

I hvilken grad direktivet vil medføre at nivået på forbrukerbeskyttelsen vil heves eller senkes i fremtiden, kan det ikke sies noe sikkert om. Direktivet inneholder rettslige standarder der innholdet må fastlegges over tid av håndhevingsmyndigheter og domstoler. Det er imidlertid vanskelig å se at direktivets generalklausul i vesentlig grad avviker fra dagens lovgivning.

Departementet mener en ren videreføring av markedsføringsloven § 1 ikke vil tilfredsstillende EØS-avtalens krav til gjennomføring av direktiver. Direktivets utgangspunkt er at den næringsdrivende handler i strid med god skikk og at det skjer en påvirkning av forbrukerne som får konsekvenser for deres transaksjonsbeslutninger. Departementet mener reglene som gjennomfører direktivet bør inneholde samme vilkår som direktivets bestemmelser.

Yrkesmessig aktsomhet

Departementet foreslår at det i den nye "generalklausulen" tas inn et vilkår om at en handling skal stride mot yrkesmessig aktsomhet. Det er imidlertid spørsmål om det fins mer dekkende norske begreper. Å finne enkelt og dekkende norsk begrep er vanskelig. Essensen i definisjonen er det som i norsk terminologi kalles "god skikk". I de ulike "god skikk"-standardene i norsk lovgivning, ligger det nettopp en objektiv vurdering av hvordan den aktuelle gruppen bør opptre.

Departementet har vurdert å bruke betegnelsen "god forretningsskikk", men har gått bort fra dette fordi samme betegnelse er brukt et annet sted i loven

¹⁷ Saken gjaldt spørsmålet om det stred mot markedsføringsloven § 3 at årsavgiften for biler ikke var inkludert i veiledende pris på nye biler. Markedsrådet uttalte: "... det kan være grunn til å bemerke at det fremstår som tvilsomt om en langvarig bransjepraksis om ikke å inkludere årsavgiften i veiledende priser, « er egnet til å påvirke etterspørselen ». Siden avgiften utgjør et fast beløp uavhengig av nybilprisen, vil den vanskelig kunne påvirke valg av bilmerke eller type. Det måtte i så fall være spørsmål om at annonseringen kunne tenkes å påvirke selve beslutningen om kjøp eller ikke. Men i betraktning av at årsavgiften må antas å være vel kjent for forbrukere som reflekterer på nybilkjøp, og at bransjepraksis er at det fremgår av annonsene at den kommer i tillegg, synes også dette tvilsomt. Årsavgiften utgjør - i forhold til bilens pris - også et relativt lite beløp."

(næringsdrivende imellom, jf. forslag til § 5-1). ”God markedsføringsskikk” er også et etablert begrep, men foreslås brukt et annet sted i loven (jf. forslag til § 3-1). Ett alternativ kunne være god forretningsskikk overfor forbrukere. Departementet har falt ned på betegnelsen ”god markedsskikk overfor forbrukere”.

Det neste spørsmålet er om begrepet bør defineres i loven. Å definere en rettslig standard er vanskelig ettersom det må foretas en konkret vurdering av mange ulike sider ved den næringsdrivendes atferd i en gitt situasjon. Definisjonen inneholder til dels overlappende og ikke entydige begreper, og bærer mer preg av å være en omtale enn en selvforklarende definisjon. Departementet antar at dersom man velger betegnelsen ”god markedsskikk overfor forbrukere” vil oppnå samme grad av veiledning som hvis man bruker direktivets definisjon. En nærmere utdyping av hva som ligger i standarden vil man uansett måtte finne i lovforarbeidene eller håndhevingsmyndighetenes praksis.

Departementet foreslår at det ikke tas inn en definisjon i loven av god markedsskikk overfor forbrukere, jf. [alternativ 1]. I [alternativ 2] § 2-1 bokstav d) foreslås det at definisjonen kun inneholder den første delen av direktivets definisjon. Etter det departementet kan se er den andre delen av definisjonen mest en annen måte å si det første på.

Vesentlig endring av forbrukernes økonomiske atferd

Departementet foreslår at også vilkåret om endring av forbrukernes økonomiske atferd tas inn i den nye ”generalklausulen”.

I [alternativ 2] foreslås definisjonen av endring av økonomisk atferd tatt inn i § 2-1 bokstav e), mens selve vilkåret er skrevet inn i § 2-2.

I [alternativ 1] foreslås det at det ikke tas inn en definisjon. Definisjonen skal først og fremst vise at det er tale om påvirkning av forbrukeren som har negative konsekvenser for forbrukerens økonomi. Departementet mener det negative elementet allerede følger av at det i utgangspunktet er tale om urimelige handlinger, i tillegg til at den næringsdrivende opptre i strid med god skikk. Det er vanskelig å se behov for en ytterligere presisering av at forbrukerens vurderingsevne reduseres. Det økonomiske aspektet foreslås skrevet inn som ”egnet til å endre forbrukernes økonomiske atferd”.

Neste spørsmål er hva som ligger i direktivets krav om at det skjer en *vesentlig* endring. I henhold til definisjonen er det kun krav om at de gjør noe forbrukerne ellers ikke ville ha gjort. Det som kvalifiserer handlingen som urimelig er hva den næringsdrivende gjør for å påvirke, og ikke hvor stor endringen er i forbrukerens atferd. Det holder at den endres. Departementet mener det er for strengt å kreve at endringen i økonomisk atferd er vesentlig.

Samtidig bør det understrekes at det er krav om en viss endring. Departementet foreslår et krav om at markedspraksisen skal være egnet til å ”*merkbart* endre forbrukernes økonomiske atferd”. Som nevnt i punkt 5.3.4.3 foreslås det at samme uttrykk brukes i §§ 2-1, 2-2 og 2-4, i stedet for direktivets ”påvirke forbrukere til å ta en transaksjonsbeslutning de ellers ikke ville ha tatt”.

5.7.2 Betydningen av hvem markedspraksisen retter seg til og hvem som mottar den – gjennomsnittsforbruker, særlige grupper og sårbare grupper

5.7.2.1 Gjennomsnittsforbruker

Direktivet og EF-domstolens praksis

Effekten av en markedspraksis skal måles ut fra endringen i atferden hos en *gjennomsnittsforbruker*¹⁸. Dette fremgår av artikkel 5 nr. 2 og av artiklene 6-8.

I fortalens punkt 18 står følgende om bruken av begrepet *gjennomsnittsforbrukeren*:

”Alle forbrukere bør beskyttes mot urimelig handelspraksis; Domstolen har imidlertid etter gjennomføringen av direktiv 84/450/EØF i forbindelse med rettsavgjørelser funnet det nødvendig å undersøke virkningen på en tenkt, typisk forbruker. I tråd med forholdsmessighetsprinsippet og for å muliggjøre effektiv anvendelse av det vern det legges opp til, tar dette direktiv som sin referanse *gjennomsnittsforbrukeren*, som er rimelig velinformert og rimelig observant og kritisk, idet det tas hensyn til sosiale, kulturelle og språklige faktorer slik de er tolket av Domstolen, men det inneholder også bestemmelser med sikte på å forebygge utnyttning av forbrukere hvis egenskaper gjør dem særlig sårbare overfor urimelig handelspraksis. (...) Begrepet *gjennomsnittsforbruker* er ikke et statistisk begrep. Nasjonale domstoler og myndigheter må bruke sin vurderingsevne, idet det tas hensyn til Domstolens rettspraksis, for å bestemme *gjennomsnittsforbrukerens* typiske reaksjon i et gitt tilfelle.”

EF-domstolens praksis har utviklet seg gjennom en rekke saker. I enkelte medlemsland har man lagt terskelen for forbrukerbeskyttelsen relativt lavt, slik at det skal lite til før reklame anses å villede forbrukere. Sakene som har blitt brakt inn for domstolene har ofte dreid seg om hvorvidt nasjonale forbud mot produktbetegnelser eller reklameutsagn er handelshindrende og i strid med EF-traktaten. Domstolen vil først vurdere om en nasjonal regel er i strid med EF-traktatens forbud mot handelshindringer. Dersom den kommer til at det i utgangspunktet foreligger en hindring, blir spørsmålet om den likevel kan forsvares ut fra hensynet til forbrukerne. Domstolen vil da foreta en vurdering av om inngrepet er nødvendig for å beskytte forbrukerne, og om det er proporsjonalt, det vil si om forbrukernes interesser vil kunne beskyttes like godt på annen måte. Det er i denne sammenheng spørsmålet om hvilke forbrukere som skal beskyttes, har kommet opp.

I forslaget til direktiv om urimelig markedspraksis, nevner Kommisjonen to saker der spørsmålet om *gjennomsnittsforbrukeren* har vært sentralt. I *Gut Springenheide-dommen* gjaldt saken direkte spørsmål om hvordan bestemmelsen om villedning av forbrukere i en forordning på næringsmiddelområdet skulle

¹⁸ I det opprinnelige direktivforslaget var *gjennomsnittsforbrukeren* definert som: ”en almindelig oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet forbruger”.

Definisjonen var tatt inn i selve direktivet. Begrunnelsen var at man ønsket å gi en mest mulig klar og entydig referanse for vurdering av hvordan et budskap oppfattes av forbrukerne, og unngå at en handling anses som urimelig ut fra for eksempel hvordan et lite mindretall tolker et reklameutsagn. Begrepet har sin bakgrunn i praksis fra EF-domstolens praksis. Definisjonen var imidlertid omstridt og ble tatt ut for å ta høyde for en videre utvikling i rettspraksis.

tolkes. Spørsmålet fra den henvisende rett var om man skulle basere vurderingen av villedning på forventningene som ble skapt hos en viss andel av forbrukerne, eller om man skulle bruke et juridisk, objektivt forbrukerbegrep. Domstolen uttalte at den en rekke ganger har behandlet spørsmålet om villedning og at:

”Det fremgår af disse domme, at Domstolen ved afgørelsen af, om en betegnelse, et varemærke eller en oplysning i en reklame kunne vildlede køberen, har taget den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger i betragtning uden at have anordnet en sagkyndig undersøgelse eller bestilt en opinionsundersøgelse.”¹⁹

I *Estée Lauder-dommen* gjaldt saken reklame for en ansiktskrem der ordet ”lifting” var brukt. Estée Lauder mente konkurrentens markedsføring måtte forbys fordi det var villedende å gi inntrykk av at kremen hadde en varig effekt på linje med kirurgiske inngrep. Saksøkte mente på sin side et forbud mot å kalle kremen ”lifting” ville være handelshindrende, særlig ettersom betegnelsen ikke hadde skapt reaksjoner i noe annet medlemsland. Domstolen uttalte at:

”Det bemærkes, at i forbindelse med fortolkningen af direktiv 84/450 har Domstolen under afvejning af risikoen for vildledelse af forbrugerne på den ene side og kravene til varenes frie bevægelighed på den anden side fastslået, at ved afgørelsen af, om en betegnelse, et varemærke eller en oplysning i en reklame kan vildlede køberen, skal der tages udgangspunkt i den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, nogenlunde opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger. (...) Med henblik på anvendelsen af dette kriterium i den foreliggende sag skal der tages flere forhold i betragtning. Det må bl.a. undersøges, om sociale, kulturelle eller sproglige faktorer kan begrunde, at ordet »lifting« brugt om en opstrammende creme vil blive forstået af tyske forbrugere på en anden måde end af forbrugere i andre medlemsstater, eller om den måde, man anvender produktet på, i sig selv er tilstrækkelig til, at det fremgår, at virkningerne er af forbigående karakter, således at ordet »lifting« ikke kan bibringe nogen anden forståelse. Selv om en almindeligt oplyst, nogenlunde opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger ikke ud fra en umiddelbar betragtning burde have en forventning om, at en creme, i hvis betegnelse ordet »lifting« indgår, har varige virkninger, påhviler det imidlertid den nationale ret under hensyn til samtlige relevante oplysninger at prøve, om dette er tilfældet i den foreliggende sag.”²⁰

Direktivet bruker altså EF-domstolens gjennomsnittsforbruker som referanse når vurderingen av virkningen av en praksis skal foretas.

Gjeldende norsk rett og praksis

I dagens markedsføringslov brukes begrepet forbruker uten en nærmere definisjon, jf. også punkt 5.4.2. Det er sikker norsk rett at utgangspunktet for vurderingen av reklame er hvordan den ”vanlige forbruker” oppfatter den. En avgjørelse Markedsrådet ofte viser til er Rex-saken (MR-sak 3/75) der flertallet uttaler:

”I forhold til lovens § 2 er det avgjørende om utsagnene, uansett om de er riktige, må karakteriseres som villedende. Etter flertallets syn må dette vilkår anses oppfylt når utsagnet er av

¹⁹ C-210/96 *Gut Springenheide GmbH v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, premiss 30-32

²⁰ C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH*, premiss 28-30

den art at det er egnet til å bibringe den vanlige forbruker i den markedsituasjon han befinner seg i, en uriktig forståelse av reklamebudskapet, uansett hvordan dette etter en reflektert, objektiv språklig oppfatning måtte være å tolke. Det må da anses villedende, i den forstand dette begrep oppfattes i lovens § 2, uten at det kan tillegges betydning om det kan rettes noen bebreidelse mot annonsøren for den misvisende utforming utsagnet har fått.”

Saken gjaldt et utsagn som objektivt sett var riktig, men som var egnet til å misforstås. Markedsrådet mente altså i denne saken at den ”vanlige forbruker” ikke foretar en inngående analyse av reklameutsagn.

Sak nr. 8/77 gjaldt spørsmålet om betegnelsen « Top form » som produktnavn på en frokostblanding var villedende. Markedsrådet kom til at det ikke forelå lovstrid. De påpekte at det i og for seg var grunn til å vise varsomhet ved markedsføring av «helsekost», men at:

”...den vanlige kostholdsinteresserte forbruker må antas å vite at slike frokostcerealier bare er ment som kosttilskudd og ikke som erstatning for et vanlig måltid, og vil heller ikke tro at han kan spise seg til noen toppform ved hjelp av produkter av denne art.”

Sak 8/84, 4/96 og 27/98 er andre eksempler på saker der Markedsrådet ikke har funnet reklameutsagn villedende.

Generelt foretar altså Markedsrådet en konkret vurdering av det enkelte markedsføringstiltaket opp mot hvordan det er egnet til å bli forstått av en vanlig forbruker.

En Høyesterettsdom som viser samme overordnede tilnærming til vurderingen av reklame sett i lys av hvordan den oppfattes av publikum, finnes i den såkalte Draktreklamedommen²¹:

”En blott og bar mulighet for at enkelte oppfatter reklamen slik kan etter min mening ikke være nok. Det må kreves at en ikke uvesentlig del av dem reklamen henvender seg til må antas å ville oppfatte den som alkoholreklame. Etter min oppfatning kan det ikke være tvilsomt at en stor del av det publikum draktreklamen henvender seg til, vil forbinde den med bedriftenes øl – oppfatte den som ølreklame. Reklamen vil således være egnet til å påvirke publikums valg av ølmerke, slik at nettopp dette ølet foretrekkes i konkurranse med andre bedrifters ølmerker.”

Vurdering

Nivået for når man i ulike land forbyr reklame fordi den er villedende varierer medlemsstatene imellom, noe som kan virke handelshindrende. Dette har ikke endret seg til tross for at EF-domstolen gjentatte ganger har vist til gjennomsnittsforbrukeren.

Departementet kan imidlertid ikke se at dagens Markedsrådspraksis avviker fra EF-domstolens praksis etter direktivet om villedende reklame. Etter norsk praksis tas det ved vurderingen av markedsføringen nettopp utgangspunkt i hvordan den oppfattes av en vanlig forbruker, noe som burde stemme godt med kriteriene som oppstilles i direktivets fortale og EF-domstolens praksis. Departementet kan

²¹ Draktreklamedommen Rt 2000 s 46. Saken gjaldt spørsmålet om bruk av bryggeriers firmalogoer på fotballdrakter var å anse som ulovlig alkoholreklame i henhold til alkoholloven § 9-2

dermed heller ikke se at direktivets tilnærming skiller seg vesentlig fra dagens praksis.

5.7.2.2 Særlig om markedspraksis som retter seg mot en særlig gruppe – artikkel 5 nr. 2 b

Direktivet

Hvis en praksis retter seg til en spesiell gruppe forbrukere, skal den vurderes ut fra virkningen på gjennomsnittsmedlemmet av gruppen, jf. artikkel 5 nr. 2 bokstav b). Dette gjelder uansett om den aktuelle gruppen må antas å være lettere eller vanskeligere å påvirke enn gjennomsnittet.

I fortalens punkt 18 står følgende:

”Dersom en handelspraksis er spesifikt rettet mot en bestemt gruppe forbrukere, for eksempel barn, er det ønskelig at virkningen av denne handelspraksisen vurderes ut fra perspektivet til et medlem av denne gruppen.”

Direktivet gir ingen flere holdepunkter for hva som skal til for at en markedspraksis anses å rette seg til en spesiell gruppe. Departementet kjenner ikke til om det finnes praksis fra EF-domstolen med hensyn til reklame som er rettet til særlige grupper av forbrukere. I en sak som gjaldt håndheving av nasjonale forbud mot fjernsynsreklame rettet mot barn når sendingen kommer fra et annet EØS-land, uttalte imidlertid EFTA-domstolen avslutningsvis:

”Det har ikke vært hevdet at reklamen i den foreliggende sak er villedende. Domstolen vil likevel bemerke at ved vurderingen av om en reklame er villedende eller ikke, vil det normalt gjelde strengere krav når reklameinnslaget er særlig rettet mot barn.”²²

Norsk rett og praksis

I Markedsrådets praksis tillegges det vekt hvem som er målgruppen for reklamen. Også her kan det vises til sak 8/77 om ”Top Form”, der man ser på ”den vanlige kostholdsinteresserte forbruker”, og i MR-sak 1/79 uttalte Markedsrådet for eksempel:

”For at markedsføringen av samleserien skal anses stridende mot generalklausulen i markedsføringslovens §1, kreves det her som ellers at den etter en konkret vurdering av det bestemte opplegg det dreier seg om og de nærmere omstendigheter ved dette, må anses urimelig i forhold til de forbrukere den er rettet til. Markedsføringen er her rettet fortrinnsvis til barn, og det er ingen uenighet om at det da må utvises særlig varsomhet og at forholdet til lovens urimelighetskriterium må vurderes med utgangspunkt i at kravene må stilles særskilt strengt.”

Målgruppen er altså en faktor som spiller inn ved vurderingen av et markedsføringstiltak.

Vurdering

Departementet kan ikke se at direktivets regel avviker fra det som er praksis etter gjeldende rett.

²² Sak 8/94 og 9/94

5.7.2.3 Beskyttelse av særlig sårbare forbrukergrupper – artikkel 5 nr. 3

I artikkel 5 nr. 3 er det tatt inn en ytterligere presisering av at den næringsdrivende må ta høyde for at ikke alle forbrukere er ”gjennomsnittlige”:

”Former for handelspraksis som er egnet til å endre den økonomiske atferden til en klart identifiserbar gruppe av forbrukere som er særlig sårbare for denne praksisen eller det underliggende produktet på grunn av sin psykiske eller fysiske svakhet, alder eller godtroenhet på en måte som den næringsdrivende med rimelighet kan forventes å forutse, skal vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsmedlem av denne gruppen.”

Bestemmelsen supplerer artikkel 5 nr. 2 b i de tilfellene der praksisen ikke er rettet til en særlig gruppe, men er egnet til å påvirke en særlig sårbar gruppe. Denne bestemmelsen sto ikke i Kommisjonens opprinnelige direktivforslag, men ble tatt inn på et senere stadium for å gi bedre beskyttelse til særlig sårbare grupper når markedsføringen ikke var spesielt rettet til en spesiell gruppe.

Vurderingen av markedsføring eller annen markedspraksis som er rettet til forbrukere generelt, men som påvirker den økonomiske atferden til en sårbar gruppe, skal altså skje med basis i et gjennomsnittsmedlem av den aktuelle gruppen. I fortalens punkt 18 der betydningen av gjennomsnittsforbruker er omtalt, uttales det at direktivet

”inneholder også bestemmelser med sikte på å forebygge utnyttning av forbrukere hvis egenskaper gjør dem særlig sårbare overfor urimelig handelspraksis.”

Artikkel 5 nr. 3 er nokså omstendelig oppbygd og inneholder mange vilkår. Etter ordlyden vil en sårbar forbruker være referanseperson for om praksisen er urimelig hvis:

- det finnes en klart identifiserbar gruppe,
- gruppen er særlig sårbar for en spesiell praksis eller det underliggende produktet,
- sårbarheten følger av psykisk/fysisk svakhet, alder eller godtroenhet,
- praksisen er egnet til å påvirke denne gruppens økonomiske atferd, og
- den næringsdrivende med rimelighet må kunne forventes å forutse dette.

I Kommisjonens diskusjonsgrupper har det vært diskutert når hensynet til sårbare forbrukergrupper vil få gjennomslag. Også her er barn et eksempel som nevnes ofte. Et annet eksempel som har vært nevnt, er en sak der en næringsdrivende nokså aggressivt markedsførte en spareordning med løfter om stor avkastning på sparepengene. Ord som ”børs” eller ”risiko” var ikke nevnt noe sted. Det viste seg å være tale om et aksjefond med høy risikoprofil som det gikk svært dårlig med. Mange tapte alle sparepengene sine. De dette gikk ut over var nesten utelukkende personer med lav inntekt og lav eller ingen utdanning.

Artikkel 5 nr. 3 modifierer bare kravene til påvirkning av gjennomsnittsforbrukeren i 5 nr. 2 bokstav b. Det vil dermed fortsatt være en forutsetning for at en praksis anses urimelig at den også strider mot kravene til god markedsskikk overfor forbrukere. Det må vel imidlertid antas at en næringsdrivende som oppfyller vilkåret i artikkel 5 nr. 3 og likevel foretar handlingen, ofte også vil handle i strid med god markedsskikk overfor forbrukere.

Gjeldende norsk rett og praksis

Etter sikker praksis tolkes markedsføringslovens bestemmelser som nevnt strengere når handlinger retter seg mot særlig sårbare grupper. Det vil imidlertid også ha betydning hvis generelt rettet markedsføring kan være særlig uheldig for en spesiell gruppe. I MR-sak 20/96 var kataloger over pornografisk materiale direkteadressert til personer i alle aldersgrupper, fra mindreårige til personer over 90 år, til døde personer og navngitte personer på arbeidsplasser. Forbrukerombudet mente målgruppen dermed måtte anses å være den alminnelige forbruker. Markedsrådet fant utsendelsen urimelig og uttalte blant annet:

”Avgjørende for Markedsrådets vurdering er at katalogene ved sammensetning av billedmontasjer og tekster som samlet fremtrer med et klart pornografisk innhold, distribueres direkte til adressater uten forutgående bestilling. Det er ikke tvil om at dette vil oppleves som klart støtende. Urimeligheten blir kvalifisert ved at katalogene ved denne type markedsføring også sendes til husstander med barn...”

MR-sak 9/01 gjaldt utsendelse av reklame for et slankemiddel. Reklamen var også sendt til barn. I denne forbindelse bemerket Markedsrådet:

”Markedsføringstiltaket er blitt rettet mot barn og ungdom under 18 år. Ved innføringen av kriteriet « god markedsføringsskikk » i markedsføringsloven §1 første ledd, ble det lagt til grunn at det vil kunne stilles strengere krav ved markedsføring overfor barn enn ellers. Barn og unges påvirkelighet og manglende erfaring må beskyttes mot kommersiell utnyttelse. Mange unge har et vanskelig forhold til egen kropp og vekt, og markedsføringstiltaket kan anses for å nøre opp under slik usikkerhet, som i verste fall kan bidra til spiseforstyrrelser.”

I flere saker om slankeprodukter har Markedsrådet uttalt at det stilles ekstra strenge krav til dokumentasjon av slankende effekt. Bakgrunnen er at personer med vektproblemer ofte vil være lett påvirkelige. I MR-sak 2/96 uttalte rådet:

”Markedsrådet har i en rekke tidligere avgjørelser om produkter som i markedsføringen angis å ha en slankende effekt, krevet at dette må kunne dokumenteres for at markedsføringen skal være lovlig. Markedsføring av slankeprodukter er rettet mot forbrukere som ønsker å gå ned i vekt. Overvektige personer vil ofte være mer påvirkelige og mindre kritiske enn forbrukere generelt, når det gjelder denne type produkter, og det må i markedsføringen tas hensyn til dette.”

Vurdering

I direktivet modereres altså gjennomsnittsforkbruker-standarden for de tilfellene der en praksis er egnet til å påvirke en særlig sårbar gruppe. Dette er elementer som det allerede tas høyde for i praksis etter dagens markedsføringslov.

5.7.2.4 Vurdering og forslag

Gjennomgangen av direktivet og gjeldende norsk praksis når det gjelder hvilke forbrukere som beskyttes av loven/ brukes som ”referansepersoner” ved vurderingen av lovstrid, viser at gjeldende praksis har samme tilnærming som EF-domstolen og direktivet. Her som ellers er det umulig å spå hvilken praksis som vil utvikle seg på bakgrunn av direktivets regler, eller hva utfallet i konkrete saker vil bli. For en stor del vil imidlertid samme elementer være relevante ved vurderingen, spørsmålet blir først og fremst hvor stor vekt de tillegges ved totalvurderingen av en markedspraksis.

Forbruker eller gjennomsnittsforbruker i loven?

På denne bakgrunn blir spørsmålet om det er nødvendig og/eller ønskelig å bruke direktivets "gjennomsnittsforbruker" i loven, eller om dagens "forbruker" bør videreføres. Dersom man velger å bruke direktivets terminologi, antar departementet man også bør ta henvisningene til gjennomsnittsmedlem av særlig gruppe og særlig sårbar gruppe inn i loven. Dersom man viderefører markedsføringslovens terminologi, bør det kunne henvises til direktivets presiseringer i forarbeidene.

Fra Kommisjonens side har det vært uttalt at begrepet "gjennomsnittsforbruker" står sentralt i direktivet og bør gjenspeiles i nasjonal lovgivning. Dette synet har hatt varierende gjennomslag. Mens noen land har planer om å bruke gjennomsnittsforbrukerbegrepet og noen i tillegg vil ta inn "definisjonen" fra fortalens punkt 18 i sine lover, har andre land motsatt utgangspunkt og velger å vise til gjennomsnittsforbrukeren i lovforarbeidene. Etter det departementet er kjent med ligger det an til at de øvrige nordiske landene vil velge den siste tilnærmingen.

Departementet legger til grunn at det i realiteten ikke vil være noen forskjell på om man bruker forbruker eller gjennomsnittsforbruker. En videreføring av dagens begrep i kombinasjon med en redegjørelse for direktivets ordning i lovens forarbeider, vil gi samme resultat som å bruke begrepet gjennomsnittsforbruker kombinert med en forklaring i forarbeidene.

Fordelen med sistnevnte vil være at man synliggjør gjennomføringen av direktivet. Ulempen vil imidlertid være at dette vil være den eneste loven der begrepet brukes, og det er heller ikke aktuelt å innføre det i hele loven eller i andre lover som beskytter mer kollektive forbrukerinteresser. Det kan virke forvirrende dersom man i en lov beskytter gjennomsnittsforbrukeren med særregler for sårbare grupper, mens man i andre lover bare beskytter forbrukere generelt. Hensynet til en enkel lovtekst sammenholdt med at direktivets system uansett er godt innarbeidet i norsk rett taler for å videreføre dagens begrep. Uansett hvilken løsning som velges vil brukerne av loven være henvist til å konsultere lovforarbeidene.

Departementet har kommet til at "gjennomsnittsforbrukeren" ikke tas inn i forslaget til ny lov, og foreslår å videreføre dagens "forbruker", jf. **[alternativ 1]**. For likevel å vise at det er tale om praksisens påvirkning av forbrukere generelt, brukes ordet forbrukere i ubestemt flertallsform i lovteksten. Samtidig vil en omtale av direktivets krav og en henvisning til EF-domstolens praksis tas inn i forarbeidene til loven.

Mest for å illustrere hvordan de aktuelle bestemmelsene ville kunne se ut, er gjennomsnittsforbrukerbegrepet tatt inn i **[alternativ 2]**, sammen med en henvisning til særlige grupper og sårbare grupper, jf. utkast til § 2-2 tredje ledd.

5.7.3 Særlig om åpenbare overdrivelser – artikkel 5 nr. 3 siste setning

I artikkel 5 nr. 3 siste setning er det presisert at beskyttelsen av sårbare grupper ikke berører vanlig og rettmessig reklamepraksis der det framsettes overdrevne påstander eller påstander som ikke er ment å oppfattes bokstavelig. I

Kommisjonens uformelle diskusjonsgrupper har dette punktet vært diskutert. Flere har påpekt at særlig sårbare grupper som nevnt i artikkel 5 nr. 3 særlig lett vil oppfatte utsagn bokstavelig, og at det kan se ut som om denne setningen undergraver den ekstrabeskyttelsen bestemmelsen var ment å gi.

Kommisjonen har nevnt som eksempler på påstander som var bakgrunnen for at setningen ble tatt inn i artikkel 5 nr. 3: ”Red Bull gives you wings”, ”Vasker hvitere enn hvitt” og ”These trousers last forever”. Alle er utsagn som ikke kan være sanne.

Åpenbare overdrivelser er spesielt nevnt i sammenheng med bestemmelsen om sårbare grupper. Dette er fordi man ikke har tenkt seg at direktivet skal innebære at alle ”åpenbare overdrivelser” må godtas. Overdrivelser som også villeder gjennomsnittsforbrukere kan uansett ikke forsvares under henvisning til at de ikke var ment å tas bokstavelig. Åpenbare overdrivelser av typen som er nevnt over vil kunne vilde sårbare grupper selv om de ikke er ment å bli tatt bokstavelig. Her må det antakelig foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet når man skal vurdere om det utgjør en urimelig markedspraksis.

Også etter dagens praksis vil åpenbare overdrivelser vurderes ut fra målgruppe og ikke om den næringsdrivende har ment utsagnet bokstavelig eller ikke. Setningen skiller seg fra resten av direktivet ved at den sier noe om hva som skal være tillatt, og ikke noe om hva som anses urimelig. Den tilfører heller ikke noe nytt med hensyn til hva som er vanlig eller lovlig i dag.

Departementet legger til grunn at den først og fremst er ment som en veiledning til myndigheter, og at den ikke bør gjennomføres i nasjonalt regelverk.

Departementet foreslår at setningen ikke tas inn i lovteksten, jf. **[alternativ 1]** og **[alternativ 2]**, men at det presiseres i forarbeidene til loven at den ikke er til hinder for at uttalelser som ikke er ment å bli tatt bokstavelig brukes i markedsføring.

5.7.4 Forholdet mellom generalklausulen og spesialbestemmelsene i artiklene 6-9 – artikkel 5 nr. 4

Artikkel 5 nr. 4 fastslår at villedende og aggressiv markedsføring er urimelig. Bestemmelsen er et resultat av at direktivet bare inneholder ett forbud – i artikkel 5nr. 1. Artiklene 6, 7 og 8 er ikke forbud, men beskrivelser av praksis som vil være urimelig og dermed forbudt. Det slås dermed fast at bestemmelsene om villedende og aggressiv praksis ”står på egne ben”, og at man ved vurderingen av en praksis ikke behøver å vurdere om vilkårene i artikkel 5 er oppfylt i tillegg til vilkårene i artikkel 6, 7 og 8.

For det andre følger det av ordet ”særlig” at også andre handlinger enn de som faller under artiklene 6-8 kan være urimelig. På denne måten understrekes det at artikkel 5 skal ha en selvstendig rolle ut over spesialtilfellene.

Departementet foreslår at direktivets system gjennomføres i loven, jf. **[alternativ 1]** § 2-1 annet ledd og **[alternativ 2]** § 2-2 annet ledd.

5.7.5 Vedlegg 1 - Svartelisten – Artikkel 5 nr. 5

5.7.5.1 Direktivet

I artikkel 5 nr. 5 slås det fast at handlinger som er oppført i Bilag 1 er urimelige i seg selv. Listen kalles for svartelisten, fordi markedspraksis som står oppført på listen er "svartelistet". Det er ikke nødvendig å vurdere om de generelle vilkårene i artikkel 5-8 er oppfylt for å fastslå at de handlingene som er tatt inn i katalogen er ulovlige. Listen er uttømmende og kan ikke suppleres av medlemsstatene. At en handling *ikke* står på listen betyr ikke at den er tillatt, men at eventuell lovstrid må vurderes i hvert enkelt tilfelle.

5.7.5.2 Gjeldende norsk rett

Det fins ingen tilsvarende formell liste over handlinger som alltid vil være ulovlige etter norsk rett. Noen punkter på svartelisten er allerede uttrykkelig forbudt i norsk lov. En stor del av punktene på listen vil være (til dels nokså åpenbare) brudd på markedsføringslovens generelle bestemmelser, og slike handlinger har også blitt forbudt av Markedsrådet og Forbrukerombudet. Andre punkter er det vanskeligere å finne motstykker til i gjeldende rett.

5.7.5.3 Vurderinger og forslag

Svartelistens funksjon

Svartelisten har flere funksjoner. Den åpenbare funksjonen er at den inneholder forbud mot visse handlinger fra næringsdrivende som alltid vil være forbudt. Slik harmoniseres lovgivningen. Det innføres uttrykkelige forbud på områder der medlemslandenes lovgivning varierer.

Mens noen av listens punkter er spesifiserte og retter seg mot konkrete handlinger, er andre mer generelle og beskrivende i formen. De konkrete punktene bidrar til klarhet og forutberegnelighet. De mer generelt utformede punktene har mer karakter av å være eksempler på handlinger som er ment å rammes av direktivet, og gir listen en veiledende funksjon. Lest på denne måten gir listen veiledning for eksempel med hensyn til:

- hvordan direktivets virkeområde skal forstås (det kanskje klareste eksemplet er punkt 27 som slår fast at det blant annet vil være forbudt for en næringsdrivende systematisk å nekte å svare på forbrukerens brev med krav i henhold til en forsikringspolise. Dette er eksempel på en handling fra den næringsdrivende etter avtaleinngåelse),
- målgruppens relevans for vurderingen av en handling (listens punkt 28 om barn er et eksempel her)
- hva som anses som aggressive handlinger
- at det gjelder generelle prinsipper om reklameidentifikasjon (punkt 11 og punkt 22)

Listen gir også en viss veiledning med hensyn til på hvilket nivå direktivet legger forbrukerbeskyttelsen. Etter det departementet kan se ligger eksemplene på listen innenfor det som etter omstendigheter vil rammes av dagens markedsføringslov. Det kan imidlertid ligge en innskjerping i at handlingene alltid skal anses som urimelige uavhengig av omstendighetene.

Svartelisten er altså en blanding av konsise og mer skjønnsmessige og generelt formulerte forbud. Ettersom listen er uttømmende, er det vel klart at den må leses bokstavelig og ikke kan få direkte anvendelse på analoge tilfeller. I alle andre tilfeller enn de som er uttrykkelig nevnt, må man innom de generelle vilkårene i art 5-9 for å fastslå urimelighet.

For håndhevingsmyndighetene vil listen først og fremst ha betydning der forbudene retter seg mot konkrete handlinger. De fleste av punktene inneholder imidlertid såpass mange elementer at det skal mye til for at en næringsdrivendes handling dekkes helt av ”gjerningsbeskrivelsen”. Det kan nok derfor tenkes at det for myndighetene ofte vil være mindre ressurskrevende å påvise at en handling er i strid med de generelle reglene, enn å godtgjøre at alle vilkårene i svartelistepunktet er oppfylt.

For andre brukere av listen vil nok listen generelt kunne være veiledende med hensyn til hvilke situasjoner som omfattes av regelverket. Det er imidlertid en fare for at listen leses for bokstavelig, og at man tror handlinger som ikke oppfyller alle vilkårene i de enkelte listepunktene, er tillatt.

Hvordan gjennomføre listen

Etter det departementet kjenner til tar de fleste land sikte på å gjennomføre listen som den er, enten som et vedlegg eller som en forskrift. Noen tar også inn bestemmelsene i lovtekst, som eksemplifisering av bestemmelsene om villedning og aggressiv praksis.

Departementet foreslår at listen ikke tas inn i loven, men at den tas inn i en forskrift og dermed får en klar tilknytning til loven. Listen er lang og detaljert og passer dårlig inn i loven. Det er i tillegg særlig viktig at det ikke skapes et inntrykk av at bare handlinger som står på listen er forbudt, men at det først og fremst er tale om eksempler.

5.8 Villedende handlinger - artikkel 6

Det er slått fast i artikkel 5 at villedende praksis er urimelig og dermed forbudt.

Artikkel 6 nr. 1 oppstiller basiskriteriene for når en praksis skal anses som villedende. Artikkel 6 nr. 2 gjelder to spesifikke former for villedende markedspraksis.

5.8.1 Direktivet

Det første alternativet i artikkel 6.1 er uttrykk for det som kan kalles sannhetsprinsippet – konkrete opplysninger om for eksempel pris, spesifikasjoner og testresultater som gis i reklame skal være sanne. Dette er et generelt og selvsagt utgangspunkt som også ligger til grunn i for eksempel ICC’s grunnregler for reklamepraksis²³. I forbindelse med forbud mot uriktige opplysninger, blir viktige spørsmål hvem som har ansvaret for å bevise at en påstand er riktig eller uriktig,

²³ ICC Code of International Advertising Practice, Article 1

og hvor strenge krav det stilles til bevisene. Artikkel 12 inneholder regler om dokumentasjon av påstander, jf. kapittel 5.13.

Den andre kategorien villedning gjelder tilfeller der opplysningene som gis i og for seg er riktige, men der fremstillingen av andre grunner er egnet til å villede. For eksempel ved at det fokuseres for sterkt på ett element ved tilbudet, slik at tilbudet totalt sett virker mer fordelaktig enn det egentlig er.

Deretter følger en liste over hvilke elementer ved fremstillingen som villedningen kan være knyttet til. Listen er etter sin ordlyd uttømmende, i motsetning til den tilsvarende oppregningen i direktivet om villedende reklame som innledes med ordet "særlig" (in particular). Det kan likevel være grunnlag for utfylling på visse punkter, for eksempel gjelder punkt b) "de vesentligste egenskapene ved et produkt, *slik som..*", noe som antyder at også andre egenskaper enn de opplistede må kunne tas i betraktning. For øvrig virker det som om listen i praksis vil dekke de aller fleste sider ved en fremstilling av en vare eller tjeneste.

Om reklame og markedsføring er villedende, vurderes ut fra helhetsinntrykket som skapes hos mottakeren. Dette følger også av EF-domstolens praksis rundt "gjennomsnittsforbrukeren", jf. punkt 5.7.2.1. Ved vurderingen av om ulike nasjonale forbud eller krav anses villedende, legger domstolen blant annet vekt på hvordan en gjennomsnittsforbruker vil oppfatte et utsagn eller annen fremstilling²⁴.

For at en uriktig eller for øvrig villedende påstand skal anses som urimelig og dermed forbudt etter artikkel 6 presiseres det også her at forbrukerens transaksjonsbeslutning påvirkes. Grovt kan dette sies å innebære at en handling som er villedende først vil anses som urimelig hvis det kan påregnes å ha virkning for forbrukerens beslutning.

5.8.2 Gjeldende norsk rett

Bestemmelsen om villedende forretningsmetoder i markedsføringsloven § 2 er lovens mest brukte bestemmelse, og det foreligger en omfattende praksis. I sin kommentarutgave til markedsføringsloven bruker Løchen og Grimstad følgende stikkord i sin gjennomgang av praksis: villedende bruk av sakkyndige uttalelser og tester, tvetydige annonser, villedende kjennetegn, villedende bruk av ordet "norsk", bruk av lokkevarer, fiktive personer, bruk av "gratis" og liknende uttrykk, bruk av uttrykk som "ny", "siste", "nytt", osv., reklame som spiller på handicap m.m. (for eksempel dokumentasjon av effekt av slankemidler), miljøvennlighet herunder bruk av miljømerker, prisopplysninger i reklamen, veiledende priser,

²⁴ Se for eksempel Sak C-210/96 *Gut Springenheide* [1999] premiss 31:

"Det fremgår af disse domme*, at Domstolen ved afgørelsen af, om en betegnelse, et varemærke eller en oplysning i en reklame kunne vildlede køberen, har taget den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruker i betragtning uden at have anordnet en sakkyndig undersøgelse eller bestilt en opinionsundersøgelse." *(jf. bl.a. dom af 7.3.1990, sag C-362/88, *GB-INNO-BM*, Sml. I, s. 667, af 13.12.1990, sag C-238/89, *Pall*, Sml. I, s. 4827, af 18.5.1993, sag C-126/91, *Yves Rocher*, Sml. I, s. 2361, af 2.2.1994, sag C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb*, Sml. I, s. 317, af 29.6.1995, sag C-456/93, *Langguth*, Sml. I, s. 1737, og af 6.7.1995, sag C-470/93, *Mars*, Sml. I, s. 1923)

bruk av "før og nå"-priser og reell før-pris, indirekte prisløfter, sparepåstander, tilslørte rabatt-tilbud, åpenbare overdrivelser – superlativer: "størst", "best" og "billigst" og subjektive vurderinger – "testemonier" (vitnesbyrd om effekt av produkter)²⁵.

Ved vurdering av om en fremstilling er "uriktig" etter § 2 er et sentralt spørsmål om den næringsdrivendes påstander kan dokumenteres. Markedsrådet har en omfattende praksis for dokumentasjon av påstander i markedsføring. Kravene til dokumentasjon varierer noe ut fra sakens karakter. For opplysninger om priser er kravene til dokumentasjon generelt strenge. Dette gjelder særlig påstander om at en forretning er "billigst" på en viss vare, se for eksempel MR-sak 04/2004²⁶.

Også etter markedsføringsloven kan utsagn som ikke inneholder uriktige opplysninger, likevel være villedende, jf formuleringen "av annen grunn villedende" i § 2. Markedsrådet baserer sin vurdering på hvordan fremstillingen oppfattes og hvilket inntrykk en vanlig forbruker sitter igjen med etter en vanlig gjennomlesning av en annonse²⁷. Dersom fremstillingen retter seg til en særlig gruppe, eller vil ha appell til en særlig gruppe, tas dette med i vurderingen av om reklamen er villedende og hvilke krav som stilles til dokumentasjon.

5.8.3 Vurdering og forslag

Vurdering

Departementet antar ut fra det ovenstående at direktivet om urimelig markedspraksis ikke vil medføre vesentlige endringer i forhold til praksis etter markedsføringslovens forbud mot villedende forretningsmetoder. De aktuelle bestemmelsene i direktivet ligger svært nær markedsføringslovens kriterium for "egnet til å påvirke etterspørselen" og det er vanskelig å se konkrete eksempler på villedning som vil falle utenfor alle de oppregnede elementer i artikkel 6 nr. 1.

Forslag

Departementet har vurdert om markedsføringsloven § 2 kan videreføres uendret, men har kommet til at dette ikke er ønskelig. For det første foreslås det en ny generalklausul for å gjennomføre direktivet, og bestemmelsen om villedende markedspraksis bør inneholde samme kriterier som hovedbestemmelsen. Dessuten vil gjeldende bestemmelse videreføres i næringsforhold. Det bør derfor synliggjøres at det nå dreier seg om ulike bestemmelser ettersom den ene vil gjelde innenfor området til et totalharmoniseringsdirektiv, mens den andre gjennomfører et minimumsdirektiv.

Det er et spørsmål hvor nær opptil direktivteksten den norske lovteksten må og bør legges. Departementet antar at det er tre kriterier i den innledende teksten til

²⁵ Markedsføringsloven kommentarutgave 7. utgave, s. 60-73

²⁶ Elektrokjeden Lefdal markedsførte seg som "Alltid billigst", men ikke alle varer (6 av 135) var å finne hos konkurrenter. Markedsrådet uttalte at "For at billigstpåstanden skal anses tilstrekkelig dokumentert, må det dokumenteres at konkurrentene har alle Lefdals produkter i sine butikker".

²⁷ MR-sak 3/1975 ("Det finnes ikke noe vaskemiddel som trekker smuss og flekker ut av undertøy bedre enn Rex") og 14/1996 ("Du finner ikke billigere bensin på Røros")

artikkel 6 nr. 1 som må gjenspeiles i teksten: at praksisen inneholder uriktige opplysninger eller gir et feilaktig inntrykk, og at den er egnet til å påvirke transaksjonsbeslutningen (endre den økonomiske atferden.)

Neste spørsmål er hvordan listen skal gjennomføres. Ettersom direktivet om urimelig markedspraksis er et totalharmoniseringsdirektiv og det er tale om en uttømmende liste, antar departementet det bør tas inn en liste også i gjennomføringsbestemmelsen. Det kan imidlertid stilles spørsmål om hele eller deler av listen bør innarbeides. I **[alternativ 1]** § 2-2 er det tatt inn en omarbeidet og ikke uttømmende liste, mens det i **[alternativ 2]** § 2-3 er tatt inn en fullstendig liste.

5.8.4 Artikkel 6 nr. 2 bokstav a) – forveksling med annens produkt

Denne bestemmelsen gjelder tilfeller der forbrukere villedes til å ta en annen kjøpsbeslutning enn han eller hun ellers ville ha gjort fordi markedsføringen av et produkt (herunder sammenliknende reklame) medfører forveksling med en konkurrents produkt, varemerke, handelsbetegnelse eller andre kjennetegn som tilhører en konkurrent.

Bestemmelsen tilsvarende artikkel 3a bokstav d) i direktivet om villedende og sammenliknende reklame. Dette direktivet setter restriksjoner for reklame som ”direkte eller indirekte viser til en konkurrent eller varer og tjenester som tilbys av en konkurrent”. For å være tillatt må slik reklame oppfylle en rekke krav utover at den ikke skal villede, herunder at den ikke forårsaker forveksling, bringer konkurrenten i vanry, m.v. Både forbrukere og næringsdrivende beskyttes mot skadevirkningene av ulovlig sammenliknende reklame. Reglene om sammenliknende reklame er gjennomført i norsk rett ved forskrift til markedsføringsloven § 2.

Når direktivet om urimelig markedspraksis trer i kraft vil reglene om sammenliknende reklame kun gjelde forhold næringsdrivende imellom. Artikkel 6 nr. 2 bokstav a) er en ren videreføring av bestemmelsen som i dag finnes i forskrift om sammenliknende reklame § 2 bokstav d) i forbrukerforhold.

Departementet foreslår at bestemmelsen tas inn i **[alternativ 1]** som en henvisning til at det ikke skal villedes med hensyn til egne eller andres varemerker m.v, jf. bokstav e) i listen i § 2-2. I **[alternativ 2]** står den som annet ledd i § 2-3.

5.8.5 Bransjenormer – artikkel 6 nr. 2 bokstav b

Det vises til kapittel 5.11 der bransjenormer diskuteres, og der departementet foreslår at artikkel 6 nr. 2 bokstav b) ikke gjennomføres særskilt i norsk rett.

5.9 Villedende utelatelser – artikkel 7

Direktivets artikkel 7 gjelder villedning som følger av at forbrukeren ikke får de opplysningene som er nødvendige for å ta en veloverveid transaksjonsbeslutning. Det er et vilkår at dette påvirker eller er egnet til å påvirke ham eller henne til å ta en beslutning han eller hun ellers ikke ville tatt.

5.9.1 Direktivet

Utelates eller skjules – artikkel 7 nr. 1 og 2

Etter artikkel 7 nr. 1 anses det som villedende å unnlate å gi forbrukeren opplysninger han har behov for, for å kunne ta en informert beslutning. Artikkel 7 nr. 2 utvider begrepet unnlattelse til også å omfatte tilfeller der en næringsdrivende faktisk gir opplysningene, men skjuler eller presenterer dem på en uklar, uforståelig, tvetydig eller uhensiktsmessig måte²⁸. Den næringsdrivende pålegges altså indirekte å gi forbrukeren alle nødvendige opplysninger, uten at det stilles opp noen positiv opplysningsplikt.

Mediets betydning – artikkel 7 nr. 3

Enkelte medier er lite egnet til å formidle omfattende budskap, men samtidig godt egnet som reklamemedium. TV-reklame er det typiske eksemplet. Artikkel 7 nr. 3 fastslår at det ved vurderingen av om vesentlige opplysninger er utelatt skal tas hensyn til kommunikasjonsmediets begrensninger ”i rom eller tid”²⁹, og til den næringsdrivendes tiltak for å gi forbrukerne opplysninger på annen måte.

Der det er brukt et slikt begrenset medium, skal det tas hensyn til hva den næringsdrivende har gjort for å gjøre informasjonen tilgjengelig for forbrukerne på annen måte. Utgangspunktet er at eventuelle informasjonstiltak skal tas med i betraktningen ved tilsynsmyndighetens vurdering. Det er for eksempel forskjell på en ren henvisning til en Internett-side og en oppfordring til å gå inn på en Internett-side for å få opplyst om nærmere angitte begrensninger.

Formålet med artikkel 7 er å sikre at inntrykket forbrukerne får av den næringsdrivendes tilbud er representativt. Dersom en utelattelse medfører at forbrukerne får inntrykk av at et tilbud er langt mer fordelaktig enn det i virkeligheten er, kan ikke begrensninger i kommunikasjonsmediet fritta den næringsdrivende fra plikten til å opplyse om vesentlige begrensninger i tilbudet. Artikkel 7 nr. 3 gir dermed neppe grunnlag for å velge et reklamemedium som er

²⁸ Det har vært diskutert hvor skillet går mellom artikkel 6 nr. 1 (der fremstillingen er villedende selv om det ikke er gitt uriktige opplysninger) og 7 nr. 2 (villedning på grunn av skjulte eller uklart presenterte vesentlige opplysninger). Begge retter seg mot aktive handlinger fra den næringsdrivendes side, og virkningen som skal måles (at forbrukeren tar en annen beslutning enn han ellers ville ha gjort) er den samme i begge bestemmelsene. Det er imidlertid ulikheter mellom bestemmelsene. Artikkel 6 nr. 1 har en uttømmende liste over elementer som skal tas med i betraktningen. I artikkel 7 nr. 2 er det ingen slik liste, men ved vurderingen av om unnlattelsen er villedende skal man derimot ta hensyn til begrensninger i kommunikasjonsmediet. Departementet kan ikke se at det er nødvendig å lage en grenseoppgang. Etter sin karakter vil bestemmelsene uansett overlape hverandre, og grensene trekkes i praksis i den grad det er behov for det. Det vil også være mulig for håndhevingsmyndigheter å bruke begge bestemmelsene som alternative grunnlag.

²⁹ Hva som ligger i ”begrensninger vedrørende rom eller tid” er ikke helt åpenbart, ettersom de fleste kommunikasjonsmedier er begrenset på en eller annen måte. Radio- og tv-reklame vil være begrenset til den mengde tid annonsøren har kjøpt. Reklame på ”superboards” langs veien vil ha stor flate, men bare være synlig i kort tid før bilene har passert. Selv om de samme plakaten er svært store, vil det eksistere begrensninger i rom fordi det ikke er et kommunikasjonsmedium som er egnet til å gi altfor detaljert informasjon. På mobiltelefoner er kommunikasjonsflaten for skriftlige budskap svært liten, og det vil være praktisk vanskelig å gi mye detaljert informasjon.

begrenset i tid og/eller rom for å "slippe unna" med å gi mangelfull informasjon om sine tilbud.

Vesentlige opplysninger

For at en praksis som utelater opplysninger skal være urimelig, må de utelatte opplysningene anses som vesentlige. Hvilke opplysninger forbrukeren vil ha behov for i et gitt tilfelle, vil variere både ut fra produkt, hvilken beslutning forbrukeren skal ta og situasjonen for øvrig. Dette gjenspeiles også i artikkel 7 ved at det i punkt nr. 1 og 2 både vises til i hvilken sammenheng praksisen fremkommer i, og hvilken situasjon forbrukeren befinner seg i. Igjen er utgangspunktet at forbrukeren skal gis et representativt inntrykk av den næringsdrivendes tilbud eller for eksempel hvilke rettigheter forbrukeren har.

Hva som anses som vesentlige opplysninger må ses i sammenheng med at det også etter artikkel 7 er krav om at utelatelsen skal være egnet til å påvirke forbrukerens transaksjonsbeslutning

5.9.2 Gjeldende rett og praksis med hensyn til villedende utelatelser

Markedsføringsloven § 3 forbyr fremstilling eller annen framgangsmåte som "ikke gir forsvarlig eller tilstrekkelig veiledning eller trekker inn uvedkommende forhold" og som er egnet til å påvirke tilbud eller etterspørsel. Formålet med bestemmelsen er å sikre at mottaker av reklame skal kunne danne seg et klart og riktig bilde av tilbudet fra den næringsdrivende. Ikke enhver unnlattelse av å gi opplysninger i reklamen rammes. Det er et tilleggskrav at unnlattelsen er urimelig. I MR-sak nr. 5/74 la Markedsrådet blant annet vekt på at når (i dette tilfellet) produsentnavn ikke var opplyst i en annonse, var ikke denne opplysningen i seg selv noe som ville gjøre de aktuelle varene mindre attråverdige for forbrukerne.

Bestemmelsen har særlig vært brukt ved postordresalg der begrensninger i tilbudet ikke har fremkommet tilstrekkelig klart. Her har forbrukeren større behov for opplysninger i annonsen, ettersom den er det eneste holdepunktet for å vurdere den næringsdrivendes tilbud.

§ 3 er også sentral når det gjelder krav om korrekte og fullstendige opplysninger om pris, her brukes ofte også § 2. Næringsdrivende skal oppgi fullstendige priser, prisen skal som hovedregel inkludere mva og andre aktuelle avgifter. I to nyere saker har Markedsrådet slått fast at det er forbudt å fokusere på svært lav pris på en vare hvis det er en forutsetning for å kjøpe varen at det inngås en abonnementsavtale. I disse tilfellene må det opplyses om totalprisen i markedsføringen. Totalprisen er den minste kostnaden som vil påløpe ved å akseptere tilbudet i henhold til de forutsetninger som tilbudet bygger på. Forbrukeren må betale for hele pakken, og dette må skje med samme eller tilnærmet samme meddelelseeffekt³⁰.

³⁰ MR-sak nr 12/2004 (Hafslund-saken om boligalarm til kr 1 forutsatt ett års bindingstid til avtale om vakthold med utrykning) og MR-sak nr. 21/2005 (Telebutikken – reklame på superboards for mobiltelefon til kr 10 der totalprisen sto med mindre skrift)

5.9.3 Vurderinger og forslag

Utgangspunktet ved vurderingen av om det foreligger en villedende utelatelse, vil både etter gjeldende rett og etter direktivet være at forbrukerne skal gis et korrekt bilde av tilbudet. Hvis informasjonen som er utelatt er av betydning for transaksjonsbeslutningen, vil det etter direktivet i utgangspunktet foreligge en urimelig markedspraksis. Er det brukt et uegnet kommunikasjonsmedium, skal det likevel legges vekt på eventuelle tiltak fra den næringsdrivende for å gjøre den manglende informasjonen tilgjengelig på annen måte. Hvis informasjonen er så viktig at den ikke kan utelates, vil ikke den næringsdrivende kunne påberope seg begrensninger i rom eller tid og at opplysningene er gitt forbrukerne på annen måte. De samme elementene ligger for en stor del til grunn for Markedsrådets og Forbrukerombudets praksis.

Forslag

Neste spørsmål er hvordan artikkel 7 nr. 1-3 skal gjennomføres i norsk rett. Departementet legger også her til grunn at dagens lovtekst ikke kan videreføres uendret.

De sentrale vilkårene i artikkel 7 nr. 1 og 2 er at forbrukeren ikke får vesentlige opplysninger, og at dette er egnet til å påvirke transaksjonsbeslutningen. Departementet foreslår at artikkel 7 nr. 1 og 7 nr. 2 sammenskrives. Ettersom det er tale om en form for villedning, er villedende utelatelser i **[alternativ 1]** tatt inn som § 2-2 annet ledd. I **[alternativ 2]** er artikkel 7 tatt inn som en egen bestemmelse i § 2-4.

Artikkel 7 nr. 3 gir retningslinjer for forståelsen av henvisningen til kommunikasjonsmediet som er tatt inn i artikkel 7 nr. 1. Den retter seg i hovedsak til håndhevere av loven. Departementet antar likevel den har informasjonsverdi også for andre brukere av loven, ettersom den opplyser at det skal tillegges vekt om den næringsdrivende har foretatt seg noe for å motvirke ulemper ved bruk av det aktuelle kommunikasjonsmediet. Det foreslås derfor at bestemmelsen gjennomføres uttrykkelig. I **[alternativ 1]** er en kort gjengivelse av artikkel 7 nr. 3 tatt inn som annet punktum i § 2-2 annet ledd. I **[alternativ 2]** er en mer utfyllende versjon tatt inn som § 2-4 annet ledd, annet punktum.

5.9.4 Artikkel 7 nr. 2 – villedning gjennom å ikke opplyse om kommersiell hensikt

Det vises til punkt 6.3.4 om skjult reklame.

5.9.5 Opplysninger ved ”oppfordring til kjøp” – artikkel 7 nr. 4

I artikkel 7 nr. 4 utdypes hva som skal anses som vesentlig informasjon når den næringsdrivende har kommet med en oppfordring til kjøp. I praksis er dette en opplysningspliktbestemmelse.

Når inntre opplysningsplikten?

Opplysningsplikten inntre når den næringsdrivende har kommet med en ”oppfordring til kjøp”, noe som i artikkel 2 bokstav i) er definert som:

”en kommersiell kommunikasjon som angir egenskaper for produktet samt prisen på egnet en måte for den anvendte kommersielle kommunikasjonen og dermed setter forbrukeren i stand til å foreta et kjøp”.

”Kommersiell kommunikasjon” er ikke nærmere definert i direktivet, og det antas å omfatte enhver markedsføring eller reklame som har et kommersielt formål og som er rettet til forbrukere. Formålet må være å påvirke forbrukeren til å bruke penger på et nærmere spesifisert produkt. At markedsføringen må dreie seg om en bestemt vare eller tjeneste, følger av at produktets karakteristika og pris skal være angitt. I utgangspunktet kan dermed enhver markedsføringshenvendelse der prisen på et nærmere identifisert produkt er angitt, være å anse som en kjøpsoppfordring.

I tillegg til at det må dreie seg om en kommersiell meddelelse og at produktets karakteristika og pris må være angitt på en måte som er passende ut fra kommunikasjonsmediet, står det at forbrukeren dermed settes i stand til å foreta et kjøp. På dette punktet varierer synet på hvordan definisjonen skal forstås, men mye taler for at det siste leddet i definisjonen språklig sett ikke er et vilkår. At forbrukeren settes i stand til å foreta et kjøp er kun omtalt som et resultat av at pris og karakteristika er oppgitt.

Det er dermed neppe noe krav at den kommersielle kommunikasjonen setter forbrukeren i stand til å inngå en bindende avtale, for eksempel ved at det er trykket bestillingskupong i annonsen eller at det er lagt til rette for avtaleinngåelse på nettsiden.

Hva innebærer opplysningsplikten?

Opplysningsplikten inntreder dermed i utgangspunktet når pris på et bestemt produkt er oppgitt i en annonse. Den næringsdrivende skal da gi opplysninger om:

- a) ytelsens viktigste egenskaper i relevant omfang for mediet og ytelsen,
- b) geografisk adresse og identitet til den næringsdrivende eller til en næringsdrivende vedkommende opptrer på vegne av,
- c) prisen inklusive avgifter, eller, hvis ytelsens art gjør at prisen ikke med rimelighet kan utregnes på forhånd, hvordan prisen beregnes. Der det er relevant skal alle ytterligere omkostninger vedrørende frakt, levering eller porto oppgis. Hvis kostnadene ikke med rimelighet kan utregnes på forhånd, skal det opplyses om at det kan forekomme slike ytterligere omkostninger,
- d) vilkår for betaling, levering, gjennomføring og klagebehandling, hvis disse avviker fra det forbrukeren med rimelighet kan forvente,
- e) forbrukerens angrerett eller avbestillingsrett, der forbrukeren har en slik rett.

Opplysningene skal bare gis dersom de ikke klart fremgår av sammenhengen. Videre er det ut fra direktivets oppbygning et krav at utelatelse av å gi opplysningene er egnet til å endre forbrukernes transaksjonsbeslutninger.

Vurdering

Det konkrete eksemplet som er gitt av EU-kommisjonen på hva bestemmelsen er ment å ramme, er flyselskaper som opererer med lave priser i annonser og ikke opplyser at skatter og avgifter kommer i tillegg.

Departementet legger til grunn at bestemmelsen først og fremst vil ha en funksjon når det gjelder å oppgi korrekte priser i markedsføringen. Dette underbygges i og for seg av at forbud mot visse typer ”oppfordring til kjøp”, er tatt inn i svartelisten. Dette gjelder lokketilbud. Det kan imidlertid også tenkes at andre av punktene på listen vil kunne ha betydning for forbrukernes økonomiske atferd, for eksempel punkt d.

For å kunne la være å gi opplysningene i bokstav a) til e) må den næringsdrivende sikre seg at forbrukerne får dem ut fra sammenhengen, eller være sikker på at det ikke får betydning for transaksjonsbeslutningen dersom de ikke gis. Et viktig utgangspunkt vil her som ellers være forbrukerens rimelige forventninger til produktet ut fra situasjonen som foreligger.

Ofte vil imidlertid næringsdrivende være pålagt mer utfyllende opplysningsplikt i medhold av annet regelverk, for eksempel angrerettloven. I disse tilfellene vil spesialreglene gå foran, og direktivets bestemmelse kommer ikke til anvendelse.

Forslag

Artikkel 7 nr. 4 er blant de mer uklare i direktivet, og det er usikkert hvilken rolle den vil spille. Departementet foreslår at den gjennomføres slik den står i direktivet. I [alternativ 1] foreslås det en egen bestemmelse i § 2-3. I [alternativ 2] foreslås den tatt inn som siste ledd i § 2-4.

5.9.6 Forholdet til opplysningskrav i annet EU-regelverk – artikkel 7 nr. 5

I artikkel 7 nr. 5 vises det til opplysningskrav i annet EU-regelverk i forbindelse med markedsføring. Slike opplysninger skal alltid anses som vesentlige, og en utelatelse av opplysningene vil dermed anses som villedende. Bestemmelsen er et utslag av lex specialis-prinsippet og er en følge av at spesialdirektiver går foran det generelle direktivet, jf. artikkel 3 nr. 4.

Spørsmålet har også en side til lovstridsprinsippet, jf. punkt 6.3.1.5. I kapittel 6.5 foreslås det at lovstridsprinsippet kommer til uttrykk i § 1-1 annet ledd. Departementet antar at dette også ivaretar et eventuelt behov for å gjennomføre artikkel 7 nr. 5 i norsk lov.

5.10 Aggressiv markedspraksis – å ”presse” forbrukerne – artikkel 8 og 9

5.10.1 Direktivet

Artiklene 8 og 9 inneholder bestemmelser om aggressiv markedspraksis, det vil si praksis som i vesentlig grad reduserer forbrukerens valgfrihet eller som er egnet til dette.

En aggressiv praksis vil i henhold til artikkel 8 være en praksis som reduserer forbrukerens valgfrihet. Måten valgfriheten reduseres på, skal være gjennom trakassering, tvang, herunder fysisk makt, eller utilbørlig påvirkning. ”Utilbørlig påvirkning” er definert i artikkel 2 bokstav j) som ”utnytting av en maktposisjon i forhold til forbrukeren for å utøve press selv uten bruk av eller trusler om fysisk makt, på en måte som vesentlig reduserer forbrukerens evne til å treffe en informert beslutning.” Det sentrale i

definisjonen er at den næringsdrivende har en maktposisjon og utnytter denne å utøve press, og at dette begrenser forbrukerens evne til å ta en informert beslutning. Forbrukeren har altså ikke kontroll over situasjonen.

Direktivet selv gir relativt god veiledning med hensyn til hvilken praksis man ønsker å stanse, særlig gjennom utdypingen i artikkel 9 og i svartelistens punkter 24-31. Eksemplene viser at aggressiviteten ved praksisen kan ligge både i intensiteten/mengden av henvendelser, en selgers pågåenhet, hvilke argumenter som brukes for å presse forbrukeren til å foreta seg eller ikke foreta seg noe, i tillegg til mer tvangslignende situasjoner som å ikke la forbrukeren forlate lokalet.

Reduksjonen i valgfrihet skal være egnet til å påvirke gjennomsnittsforkbrukerens transaksjonsbeslutning.

5.10.2 Gjeldende rett og praksis

Med unntak av § 2 a om negativt salg, har markedsføringsloven i dag ikke særlige bestemmelser som rammer aggressiv markedspraksis.

Bruk av trusler, tvang og vold rammes av straffeloven. Også avtalelovens bestemmelser om ugyldige viljeserklæringer vil komme inn³¹. Det finnes noe rettspraksis og også et par saker fra Forbrukertvistutvalget vedrørende gyldigheten av avtaler inngått ved dørsalg, som anses som en aggressiv salgsform. Når avtaler kjennes ugyldige etter avtaleloven §§ 33 og 36, er det etter en konkret vurdering av den enkelte saken og disse sakene gir liten veiledning med hensyn til hvilket nivå forbrukerbeskyttelsen ligger på i disse sakene.

Det finnes ikke saker fra Markedsrådet vedrørende voldelig eller annen straffbar atferd. Aggressivitet i markedsføringen er imidlertid et element som vektlegges, jf. for eksempel MR-sak 12/04 der Markedsrådet la vekt på at selgere av boligalarmer jobbet provisjonsbasert, at det dreide seg om salg utenfor fast utsalgssted og at markedsføringen var aggressiv. Bruk av virkemidler som tvang og fysisk makt vil antakelig anses som urimelig overfor forbrukerne og i strid med god markedsføringsskikk jf. § 1. Paragraf 1 tredje ledd gjelder reklame som ”fremstår som særlig påtrengende”, men det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen³² at man her har tenkt på reklame på superboards i motsetning til annonser i magasiner, og ikke i første rekke på ulike salgsformers påtrengenhet.

³¹ Se Borgarting Lagmannsretts avgjørelse RG 2002 s. 1124 der en avtale om kjøp av timeshare ble kjent ugyldig. Retten la blant annet vekt på forhold ved avtaleinngåelsen:

”...han ble utsatt for et betydelig kjøpepress, både fra gateselgere og selgere inne i salgslokalet. Omstendighetene ved avtaleinngåelsen var spesielle. Slik Olsen har forklart seg, legger lagmannsretten til grunn at han etter hvert befant seg i en ubehagelig situasjon som han ikke mestret.”

³² Ot.prp. nr. 70 (1995-96)

5.10.3 Vurdering og forslag

Vurdering

Direktivets regler om aggressiv praksis har vært diskutert i Kommisjonens uformelle grupper, og mange har reagert på at man her innfører markedsrettslige regler for handlinger som i seg selv er straffbare. Bruk av uttrykk som trakassering og tvang kan indikere at det skal mye til for at en praksis anses som aggressiv. De fleste eksemplene på svartelisten fremstår imidlertid verken som voldelige eller særlig truende. Dette gjelder eksempelvis punkt 27 om uforholdsmessige krav til dokumentasjon og punkt 28 om å direkte oppfordre barn til å kjøpe produkter.

Departementet foreslår at artikkel 8 gjennomføres i norsk rett. I **[alternativ 1]** foreslås dette gjort i § 2-4. Bestemmelsen retter seg kun mot utilbørlig påvirkning. Dette er i seg selv et sterkt begrep – kanskje ville *urimelig* påvirkning være mer dekkende for tilfellene som direktivet bruker som eksempler. Departementet mener at også de øvrige alternativene – trakassering, tvang og fysisk makt – må være å anse som utilbørlig påvirkning. Dersom de tas inn i lovteksten ville dette indikere at bestemmelsen er ment å ramme langt mer alvorlige handlinger enn den i virkeligheten er. Departementet kan ikke se at definisjonen av utilbørlig påvirkning tilfører noe, og foreslår at den ikke tas inn i loven.

I **[alternativ 2]** er artikkel 8 tatt inn i § 2-5, og definisjonen av utilbørlig påvirkning er tatt inn i § 2-1 bokstav h).

Når det gjelder artikkel 9, er dette en bestemmelse som i første rekke retter seg til håndhevingsmyndighetene med retningslinjer for vurderingen av en praksis. Dette kan tale for at den ikke tas inn i loven, jf. **[alternativ 1]**. På den annen side gir bestemmelsen en viss veiledning med hensyn til hva som er aggressiv praksis, noe som kan være viktig ettersom dette er regulering som ikke er kjent fra før. I **[alternativ 2]** er derfor artikkel 9 tatt inn som § 2-5 annet ledd.

5.11 Særlig om codes of conduct – bransjenormer – artikkel 10

5.11.1 Direktivet

De første utkastene til direktivforslag inneholdt utfyllende henvisninger til og bruk av bransjenormer. Man så opprinnelig for seg en form for europeiske bransjenormer som skulle godkjennes av EU-kommisjonen, og som det i utgangspunktet skulle legges til grunn at var i overensstemmelse med direktivets krav til god markedsskikk overfor forbrukerne. Dette møtte imidlertid stor motstand, og det endelige forslaget til direktiv inneholdt bare noen få bestemmelser vedrørende bransjenormer.

Bransjenormer står nå generelt omtalt i direktivets fortale punkt 20.

I direktivet artikkel 2 bokstav f) er bransjenorm definert som (i den foreløpige oversettelsen er ”atferdsregel” brukt):

“en avtale eller et sett med regler som ikke er pålagt av en medlemsstats lover og forskrifter, men som definerer atferden til næringsdrivende som forplikter seg til å være bundet av reglene i forbindelse med én eller flere former for handelspraksis eller næringssektorer”

En bransjenorm er altså en avtale eller et regelsett som næringsdrivende frivillig kan forplikte seg til å overholde. Det er en selvsagt forutsetning at normen er i overensstemmelse med gjeldende regler på området. Når det står i definisjonen at normen ikke følger av loven, er dette formodentlig for å understreke frivillighetsaspektet som ligger i all selvregulering. Det kan imidlertid godt tenkes at næringsdrivende må forplikte seg til å følge en bransjenorm for å få meldt seg inn i en bransjeforening. Normen skal definere handlemåten til næringsdrivende i forbindelse med en eller flere bestemte markedspraksiser eller innenfor bestemte bransjer.

Direktivet krever altså at det må være mulig for næringsdrivende å forplikte seg til å følge normen. For at normen skal ha betydning må forpliktelsen dessuten kunne verifiseres. I dette ligger det også at det må finnes noen å forplikte seg overfor.

I direktivet kalles det organet som overvåker at normen overholdes av de som har forpliktet seg for ”normansvarlig”. Normansvarlig (i den foreløpige norske overstatelsen er ”regelansvarlig” brukt) er i artikkel 2 bokstav g) definert som:

”enhver enhet, herunder en næringsdrivende eller en gruppe av næringsdrivende, som er ansvarlig for utforming og ajourføring av regler for atferd og/eller for å føre tilsyn med at reglene overholdes av dem som har forpliktet seg til å være bundet av dem”.

Direktivet krever altså at det finnes en normansvarlig som skal ha ansvaret for å overvåke etterlevelse av normen. Det kan i tillegg være den normansvarlige som har utarbeidet normen og som oppdaterer den. Den normansvarlige skal være en selvstendig enhet og kan bestå av en eller en gruppe næringsdrivende. Det må antas at normansvarlige ikke kan være et offentlig organ med kompetanse til å treffe vedtak eller utforme regelverk.

Direktivet artikkel 10 slår fast at direktivet ikke er til hinder for at ”normansvarlige” fører kontroll med urimelig markedspraksis, og at det legges til rette for at klager bringes inn for disse. Det slås imidlertid fast at klagere skal beholde sin mulighet til å bringe sin sak inn for administrative myndigheter eller domstoler etter artikkel 11.

Når det gjelder direktivets materielle bestemmelser er ”bransjenormer” nevnt i artikkel 6 nr. 2 og i svartelisten punkt 1 og 3. Disse er nærmere diskutert nedenfor i pkt. 5.11.3.

5.11.2 Bransjenormer i norsk rett

Generalklausulen i markedsføringsloven § 1 inneholder en direkte henvisning til begrepene god forretningsskikk næringsdrivende imellom og god markedsføringsskikk. Markedsføringsloven omhandler ikke statusen til bransjenormer direkte, men det er klart at bransjenormer etter dagens regelverk ofte vil være en rettskildefaktor i vurderinger av om markedsføringsloven er overtrådt. Da ”god markedsføringsskikk” ble tatt inn i § 1, ble også forholdet til

Det internasjonale handelskammers grunnregler for reklamepraksis (ICC-reglene) omtalt³³.

Selv om det ikke skjer i samme omfang som i andre land har vi også i Norge mange eksempler på at bransjeorganisasjoner, gjerne i samarbeid eller samråd med myndigheter, lager bransjenormer. Nyere eksempler er NORDMAs bransjenormer for TM³⁴, og FIOs bransjenorm for frivillige organisasjoners bruk av telefon til medlemskontakt, giverpleie, informasjon, salg og innsamling³⁵.

I norsk rett er det ikke gitt spesielle formkravsregler om hvordan en bransjenorm kan etableres eller av hvem. Det avgjørende for å vurdere hvorvidt man kan si at det foreligger en bransjenorm synes etter domstolspraksis og juridisk teori å være omfanget av praksisen og hvor lenge, konsekvent og hyppig praksisen har eksistert. Det er ikke et krav om at bransjenormen er skriftlig nedfelt, således at en fast sedvane i en bransje undertiden kan sies å representere en bransjenorm. Bransjenormer har en betydning som rettskildefaktor fordi de er et uttrykk for hva som anses som vanlig og akseptabelt i angjeldende bransje. De er imidlertid ikke bindende for domstolene eller for Markedsrådet, som foretar en objektiv vurdering av hva som er en god og rimelig praksis i det konkrete tilfellet.

Forbrukerombudet og Markedsrådet legger i sin praksis forholdsvis stor vekt på bransjenormer, og da kanskje først og fremst ved urimelighetsvurderinger etter markedsføringsloven §§ 1 og 9 a. Avvik fra en bransjenorm vil være et tungtveiende argument for at praksisen/avtalevilkåret også er urimelig eller i strid med god forretningsskikk eller markedsføringsskikk, se eksempelvis MR-sak 12/03³⁶.

5.11.3 Vurdering og forslag

Det vedtatte direktivet gir ikke bransjenormer noen selvstendig rolle i den forstand at de er ensbetydende med god markedsskikk. I likhet med det som gjelder i dag, vil bransjenormer være et relevant element ved vurderingen av hva som anses som god markedsskikk overfor forbrukere.

Svartelisten

I henhold til svartelisten punkt 1 vil det være forbudt å hevde at man har underskrevet en bransjenorm dersom dette ikke er tilfelle. I henhold til svartelistens punkt 3 vil det være forbudt å hevde at en offentlig myndighet har godkjent en bransjenorm dersom dette ikke er tilfelle.

Direktivet gir dermed de formaliserte bransjenormene en viss beskyttelse. Når det blir forbudt for en næringsdrivende feilaktig å hevde at han eller hun er bundet av en bransjenorm, kan ikke næringsdrivende ”snylte” på den troverdigheten medlemmene av en bransjenorm kan få (svartelistens punkt 1). Når

³³ Ot.prp. nr. 70 s. 10

³⁴ se www.nordma.no

³⁵ se www.fio.no

³⁶ Forbrukerombudet vs. Østlandske Autobergning as

næringsdrivende forbys å hevde at bransjenormen er offentlig godkjent, hvis så ikke er tilfelle, beskyttes forbrukere mot å legge for stor vekt på eksistensen av en bransjenorm (svartelistens punkt 3).

Departementet foreslår at disse punktene gjennomføres i forskrift i likhet med svartelisten for øvrig. Definisjonen av bransjenorm kan eventuelt tas inn i forskriften.

Artikkel 6 nr. 2 bokstav b

I henhold til artikkel 6 nr. 2 bokstav b vil det være villedende hvis en næringsdrivende ikke overholder bestemmelser i en bransjenorm vedkommende har forpliktet seg til å overholde dersom dette kan forventes å føre til en annen transaksjonsbeslutning enn forbrukerne ellers ville ha tatt.

For at brudd på en bransjenorm skal være relevant, må det kunne verifiseres at den næringsdrivende har forpliktet seg til å følge normen, og den næringsdrivende må ha opplyst i forbindelse med en markedspraksis at han eller hun er bundet av normen.

Hvis næringsdrivende bryter en bransjenorm han eller hun uttrykkelig (også overfor forbrukeren) har forpliktet seg til å overholde, vil en eventuell villedning av forbrukeren være resultat av et feilaktig inntrykk av den næringsdrivende, noe som rammes av **[alternativ 1]** § 2-2 bokstav e). Departementet kan dermed ikke se at det er behov for å gjennomføre bestemmelsen særlig i norsk rett. I **[alternativ 2]** er bestemmelsen innarbeidet som et ekstra punkt på listen i § 2-3 bokstav h).

Direktivet artikkel 10 slår fast at direktivet ikke er til hinder for at ”normeiere” fører kontroll med urimelig markedspraksis, og at det legges til rette for at klager bringes inn for disse. Det slås imidlertid fast at klagere skal beholde sin mulighet til å bringe sin sak inn for administrative myndigheter eller domstoler etter artikkel 11. Etter gjeldende rett er det ikke noe i veien for at eventuelle klager bringes inn for normeiere, og at de stiller krav til de som bryter normen. Departementet vil imidlertid ikke legge særlig til rette for slik kontroll fra normeierernes side, da kontroll med urimelig markedspraksis tradisjonelt er en myndighetsoppgave.

I artikkel 11 nr. 1 avsnitt 4 står det også at medlemsstatene kan åpne for at vedtak eller rettsavgjørelser rettes mot normeiere, i tilfelle normen medfører at direktivets regler ikke blir oppfylt. Det vises til omtalen under punkt 5.12.

5.12 Artikkel 11 – Håndheving

Artikkel 11 stiller krav om at det finnes tilstrekkelige og effektive midler til å bekjempe urimelig markedspraksis, og til å sikre overholdelse av direktivets bestemmelse i tråd med forbrukernes interesser.

Artikkel 11 tilsvarer i hovedsak artikkel 4 i direktivet om villedende reklame.

Departementet viser til punkt 14.2.3 der spørsmål om Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtakskompetanse er nærmere diskutert.

I artikkel 11, avsnitt 4 er det imidlertid kommet inn en ny presisering. Medlemsstatene gis adgang til å bestemme om administrative vedtak eller rettsavgjørelser skal rettes mot enkelte næringsdrivende eller mot flere

næringsdrivende innenfor samme bransje, jf. artikkel 11 fjerde avsnitt bokstav a). I tillegg kan man bestemme at vedtak skal kunne rettes mot normeieren hvis en bransjenorm er årsaken til at rettslige krav ikke overholdes, jf. bokstav b). Henvisninger til bransjenormer og normansvarlige har sin bakgrunn i at disse i direktivet om urimelig markedspraksis er gitt en noe mer fremtredende rolle enn det som har vært vanlig, jf. diskusjonen i punkt 5.11.

I en situasjon der en næringsdrivende har forpliktet seg til å følge en bransjenorm og normen finnes å være i strid med gjeldende regelverk, vil det kunne være hensiktsmessig å rette et forbudsvedtak mot den normansvarlige, d.v.s. organisasjonen som har utarbeidet normen.

Etter gjeldende rett er det adgang til å rette vedtak mot bransjeorganisasjoner med ansvar for standardavtaler. Ett eksempel på at dette er gjort finnes i MR-sak 3/99 der forbudsvedtak ble rettet mot Sparebankforeningen³⁷.

Departementet viser til punkt 14.2.3.4.

5.13 Artikkel 12 – Dokumentasjonsplikt

5.13.1 Direktivet

I artikkel 12 er det tatt inn pålegg til medlemsstatene om å gi domstoler eller administrative myndigheter hjemmel til å kreve at det fremlegges dokumentasjon for riktigheten av de faktiske forhold som gjøres gjeldende i forbindelse med en markedspraksis, jf. bokstav a). Fremlegges det ingen eller utilstrekkelig dokumentasjon, skal domstolen/myndigheten kunne legge til grunn at de faktiske forholdene er uriktige.

Bestemmelsen tilsvarende artikkel 6 i direktivet om villedende reklame.

Dokumentasjon av påstander vil særlig være aktuelt i forbindelse med vurderingen av om en markedspraksis inneholder uriktige påstander og dermed er villedende, jf. artikkel 6.

5.13.2 Gjeldende rett og praksis

Markedsrådet har i en rekke saker funnet det urimelig overfor forbrukerne og i strid med markedsføringsloven § 1 å benytte en reklamepåstand uten at det er godtgjort at innholdet av påstanden medfører riktighet³⁸. Det er den som benytter påstander i markedsføringen som i første rekke må godtgjøre at påstandene er riktige. For å kunne håndheve markedsføringsloven, f.eks. for å vurdere om et markedsføringstiltak er uriktig eller på annen måte villedende etter markedsføringsloven § 2, er det derfor ansett nødvendig at Forbrukerombudet kan kreve å få fremlagt dokumentasjon for påstander i markedsføringen.

³⁷ Saken gjaldt spørsmålet om sparebankenes vilkår om belastning av konto når kort var brukt uten pin-kode eller underskrift, måtte anses urimelig og i strid med markedsføringsloven §9 a.

³⁸ Se blant annet sakene 21/91, 18/92, 2/96 og 11/98

Forbrukerombudet kan med hjemmel i markedsføringsloven § 15 kreve å få fremlagt slik dokumentasjon.

Undersøkelsen som bekrefter at påstanden er riktig må i utgangspunktet være foretatt på forhånd og kunne fremlegges når det kreves. Dersom dokumentasjon ikke kan fremlegges på Forbrukerombudets forespørsel, kan påstanden anses som udokumentert, og det kan i utgangspunktet fattes vedtak mot videre bruk av påstanden.

Dersom dokumentasjon fremlegges, stilles for det første krav til selve måten dokumentasjonen er fremkommet på. For at dokumentasjonen skal ha tilstrekkelig beviskraft, kreves vanligvis at påstandene kan underbygges av uttalelser eller undersøkelser utført av nøytrale instanser med anerkjent faglig kompetanse, og på en faglig forsvarlig måte. For det andre må dokumentasjonens innhold være dekkende for de påstander som fremsettes i markedsføringen. Det må for eksempel være samme produkt som er testet som det som markedsføres. Normalt vil det ikke være tilstrekkelig at en komponent i produktet er testet og dokumentert.

5.13.3 Vurdering og forslag

Departementet legger til grunn at gjeldende praksis oppfyller kravene i direktivet om urimelig markedspraksis. Det er imidlertid spørsmål om retten til å kreve dokumentasjon bør fremgå tydelig av loven, særlig når det gjøres endringer i bestemmelsene denne retten har vært utledet av. Departementet foreslår derfor til høringsinstansenes overveielse en generell bestemmelse om at påstander om faktiske forhold i markedsføring må kunne dokumenteres. Det vises til at den danske markedsføringsloven § 2 stk. 4 har en bestemmelse som lyder slik ”Riktigheten av angivelser om faktiske forhold skal kunne dokumenteres.” Departementet antar at en slik regel også bør gjelde næringsdrivende imellom.

Det vises til utkast til ny § 1-3 om dokumentasjonsplikt.

For øvrig viser departementet til pkt. 14.2.3.7 om forbudsvedtak etter en fremskyndet fremgangsmåte ved manglende dokumentasjon, jf. utkast til lovtekst § 12-3 annet ledd.

5.14 Artikkel 13 – Sanksjoner

I artikkel 13 er det tatt inn pålegg til medlemsstatene om å fastsette effektive, forholdsmessige og avskrekkende sanksjoner. Departementet legger til grunn at dagens sanksjonssystem tilfredsstillende oppfyller direktivets krav. Dersom det innføres endringer i sanksjonssystemet som foreslått i kapittel 16, antas dette også å være i overensstemmelse med direktivets krav. Departementet legger til grunn at artikkel 13 ikke nødvendigvis krever endringer i norsk rett.

5.15 Artikkel 14 – endringer i direktiv om villedende og sammenliknende reklame

5.15.1 Direktivet

Direktiv 84/450/EØF om villedende reklame forbyr reklame som er villedende, uavhengig av om den villeder forbrukere eller andre næringsdrivende. I 1997 ble det ved direktiv 97/55/EF tilføyd regler om sammenliknende reklame. Reglene om sammenliknende reklame gjaldt også uavhengig av hvem reklamen rettet seg til og hvem som ble skadelidende ved eventuelle brudd på reglene.

Direktivet om urimelig markedspraksis regulerer bare tilfeller der forbrukernes økonomiske interesser skades, og erstatter delvis direktivet om villedende og sammenliknende reklame. For forhold næringsdrivende imellom skal dagens direktiv videreføres, men oppsplittingen nødvendiggjør endringer i det gamle direktivet. Disse endringene gjøres det nærmere rede for i artikkel 14 i direktivet om urimelig markedspraksis.

For det første begrenses direktivets formål til kun å være at næringsdrivende beskyttes mot villedende reklame, jf. endringen i *artikkel 1*. Det innføres videre en definisjon av næringsdrivende i *artikkel 2 nr. 3*, og en definisjon av en normeier (organ som uformer en bransjenorm og/eller overvåker at normen overholdes av de som har forpliktet seg til det) i *artikkel 2 nr. 4*.

Videre endres *artikkel 3a* om sammenliknende reklame. Bestemmelsen inneholder en liste over vilkår som må være oppfylt for at sammenliknende reklame skal være tillatt. Hele listen er gjengitt i endringsbestemmelsen, men det gjøres ikke store materielle endringer. I *artikkel 3a bokstav a)* presiseres det at sammenliknende reklame ikke skal være villedende i henhold til artikkel 6 og 7 i direktivet om urimelig markedspraksis. I *artikkel 3a bokstav h)* (tidligere bokstav d) presiseres det at bestemmelsen gjelder næringsdrivende imellom. For øvrig videreføres dagens liste med noen endringer i rekkefølgen.

Artikkel 4 om håndheving endres også for å presisere at direktivet nå gjelder næringsdrivende imellom. I tillegg innføres et nytt siste avsnitt i artikkel 4 nr. 1. Her gis medlemsstatene mulighet til å innføre en ordning der rettsmidler skal kunne rettes mot normeiere dersom en bransjenorm står i veien for at rettslige krav kan oppfylles. (Samme mulighet åpnes i forbrukerforhold, jf. direktivet om urimelig markedspraksis artikkel 11 nr. 1 siste avsnitt.)

Minimumsklausulen i *artikkel 7* avgrenses også til å gjelde beskyttelse av næringsdrivende.

5.15.2 Gjeldende rett

Direktivet om villedende reklame er ikke særskilt gjennomført i norsk rett, men anses omfattet av markedsføringsloven §§ 2 og 3, som i næringsforhold foreslås videreført i nye §§ 5-3 og 5-4. Direktivet om sammenliknende reklame er gjennomført i norsk rett ved forskrift til markedsføringsloven § 2. Ved gjennomføringen anså man norsk rett for i hovedsak å være i overensstemmelse med direktivet, men valgte å skrive inn direktivets liste i en forskrift for å synliggjøre gjennomføringen.

5.15.3 Departementets vurderinger og forslag

Det er fra Kommisjonens side understreket at reglene om sammenliknende reklame fortsatt vil gjelde uansett om reklamen retter seg mot næringsdrivende eller mot forbrukere. Gjennom endringene i direktivet om villedende og sammenliknende reklame har man imidlertid sikret at disse reglene kun kan påberopes av næringsdrivende når næringsdrivendes interesser er skadet. Direktivet om urimelig markedspraksis artikkel 6 og 7 kan påberopes der sammenliknende reklame er villedende og skader forbrukernes økonomiske interesser.

Departementet kan ikke se at endringene i direktivet om villedende og sammenliknende reklame nødvendiggjør endringer i norsk regelverk ut over at forskriften endres slik at innholdet tilsvarer den endrede direktivteksten. Videre vil §§ 5 og 6 om tilsyn og tvangsgebyr måtte oppheves. For så vidt gjelder sammenliknende reklame som skader forbrukernes interesser, vises til omtalen av artikkel 6 nr. 2 bokstav a, jf. punkt 5.8.4.

5.16 Artikkel 15 – endring av fjernsalgsdirektivene

Bakgrunnen for bestemmelsen er at fjernsalgsdirektivene inneholder forbud mot negativt salg, det vil si levering av varer som ikke er bestilt. Disse forbudene er nå tatt inn på svartelisten til direktivet om urimelig markedspraksis, og fjernsalgsdirektivenes forbud endres til en henvisning til at slik praksis er forbudt etter direktivet om urimelig markedspraksis. Dette nødvendiggjør ingen endringer i norsk rett.

5.17 Artikkel 16 – endring av forbudsdirektivet og samarbeidsforordningen

Artikkel 16 endrer direktivene om håndheving av rettsakter som beskytter forbrukernes kollektive interesser, der brudd skjer over grensene innenfor EØS. Endringene medfører at direktivet om urimelig markedspraksis føres opp på listen over direktiver som det skal være mulig å håndheve over landegrensene. Gjennomføringen av artikkel 16 skjer ved endring av forskriftene som gjennomfører forbudsdirektivet og samarbeidsforordningens vedleggslister.

5.18 Artiklene 17-21

Artiklene 17-21 om medlemsstatenes informasjonstiltak og revisjon av direktivet m.v. retter seg til medlemsstatene og til institusjonene i EU, og nødvendiggjør ikke endringer i norsk rett.

5.19 Økonomiske og administrative konsekvenser

Konsekvenser av endringene i norsk lovgivning som følge av at direktivet gjennomføres, vil i første rekke være at man må forholde seg til nytt regelverk. For næringslivet kan felles europeisk regelverk på sikt føre til at det blir enklere å markedsføre over landegrensene.

Håndheving av nytt regelverk vil innebære merarbeid for Forbrukerombudet og Markedsrådet. Flere saker vil kunne bli forelagt for EFTA-domstolen. Når samme

praksis skal følges i hele EU, vil også samordning internasjonalt kreve en del ressurser. Dette må ses i sammenheng med det forpliktende samarbeidet mellom nasjonale myndigheter innen EØS mht. håndheving over landegrensene av harmonisert regelverk for beskyttelse av forbrukernes kollektive interesser.

Det er vanskelig å anslå kostnadene nærmere.

Kapittel 6. Markedsføringsloven § 1

6.1 Innledning

I dette kapitlet behandles spørsmålet om hvorvidt dagens generalklausul i markedsføringsloven § 1 første ledd, samt øvrige bestemmelser i § 1 annet til fjerde ledd, kan og bør videreføres ved implementeringen av direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis overfor forbrukere (heretter kalt "direktivet") i norsk rett, samt hvordan dette mest hensiktsmessig kan gjøres.

Direktivet inneholder en generalklausul som oppstiller et forbud mot urimelig markedspraksis, se figur i kapittel 5.2.3. Generalklausulen utdypes gjennom øvrige bestemmelser i direktivet som oppstiller vilkår for når en markedspraksis skal anses som aggressiv eller villedende, og dermed urimelig. Direktivet har i tillegg en svarteliste som oppstiller eksempler på markedspraksis som i alle tilfeller skal anses som urimelig.

Generalklausulen i dagens markedsføringslov har et videre virkeområde enn direktivets generalklausul. Spørsmålet er hva som skal gjøres med "resten" av bestemmelsen i § 1 første ledd ved implementeringen av direktivets generalklausul. Videre blir det spørsmål om bestemmelsene i § 1 annet til fjerde ledd, om henholdsvis kjønnsdiskriminerende, særlig påtrengende og skjult reklame, kan og bør videreføres.

Departementet foreslår at innholdet av ovennevnte bestemmelser videreføres, i den grad dette er mulig sett hen til direktivet om urimelig markedspraksis. Departementet er av den oppfatning at det vil være mulig å opprettholde nasjonale regler som springer ut fra hensyn av ikke-økonomisk karakter. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt markedspraksisen samtidig kan sies å påvirke forbrukernes økonomiske disposisjoner. Dagens praksis etter § 1 som faller innenfor direktivets virkeområde, må imidlertid integreres i tolkningen av bestemmelsene som gjennomfører direktivet.

I punkt 6.2 behandles forholdet til direktivet, herunder direktivets virkeområde og urimelighetsstandard. I punkt 6.3 behandles gjeldende rett, samt spørsmålet om i hvilken grad innholdet i § 1 kan videreføres ved implementeringen av direktivet. Punkt 6.4 inneholder en oversikt over reguleringen i øvrige nordiske land. Punkt 6.5 oppsummerer departementets vurderinger. I punkt 6.6 presenteres forslag til lovbestemmelser, mens punkt 6.7 gir en oversikt over økonomiske og administrative konsekvenser.

6.2 Forholdet til EU/EØS-regelverk om markedsføring – direktivet

6.2.1 Innledning

I fortalen til direktivet punkt 11 understrekes det at direktivet etablerer ett enkelt generelt forbud vedrørende urimelig markedspraksis som endrer forbrukernes økonomiske atferd. Videre følger det av punkt 12 at effekten av direktivet vil være å fjerne hindringer som skyldes fragmentering av regler om urimelig

markedspraksis, samt å oppnå et indre marked på dette området. Deretter slås det i fortalens punkt 13 fast at for å oppnå denne målsettingen, er det nødvendig å erstatte medlemsstatenes eksisterende og forskjelligartede alminnelige bestemmelser. Dette innebærer altså at samtlige medlemsstaters fravikende regler må erstattes med direktivets generalforbud.

Når muligheten til å videreføre bestemmelsene i markedsføringsloven § 1 skal vurderes, er det først og fremst nødvendig å kartlegge direktivets virkeområde, samt å undersøke hvilken urimelighetsstandard direktivet oppstiller. Det er videre hensiktsmessig å stadfeste hvilke deler av dagens norske bestemmelser som faller innenfor direktivets virkeområde, og således er underlagt de gitte begrensninger, og hvilke områder som faller utenfor direktivet, der medlemsstatene står fritt til å beholde de nasjonale regler som måtte ønskes.

6.2.2 Virkeområdet for direktivet

6.2.2.1 Forbrukerens økonomiske interesser

Når man skal definere direktivets virkeområde, går det et viktig skille mellom bestemmelser som beskytter forbrukernes økonomiske og ikke-økonomiske interesser. Det vises til kapittel 5.3 ovenfor.

I et bredt perspektiv vil enhver markedsføring kunne sies å ha, eller ha til hensikt å ha, en effekt på forbrukernes valg og å øke annonsørens salgstall. Det er imidlertid ikke denne abstrakte og generelle økonomiske effekten som definerer direktivets virkeområde. Snarere er det den mer umiddelbare innvirkning på forbrukerens transaksjonsbeslutninger, der økonomiske størrelser som pris, kvalitet og service er avgjørende. Kommersielle handlinger som ikke har umiddelbar sammenheng med slike sentrale økonomiske forhold, faller derimot utenfor direktivets område.

6.2.2.2 Direktivet er avgrenset mot regler basert på smaks- og anstendighetshensyn

I fortalen til direktivet punkt 7 slås det fast at medlemsstatene kan ha egne nasjonale regler når disse er begrunnet i smaks- og anstendighetshensyn. Det vises til kapittel 5.3 ovenfor.

Departementet er av den oppfatning at statene kan fortsette å forby handlinger fra et smaks- og anstendighetsperspektiv, uavhengig av om disse berører økonomiske interesser eller ikke.

Det må også antas at regler begrunnet i andre ikke-økonomiske hensyn enn smak og anstendighet, eksempelvis regler begrunnet i hensynet til privatlivets fred, personvern etc. vil kunne opprettholdes, selv om de har kontaktflater med forbrukernes økonomiske interesser.

6.2.2.3 Direktivet er avgrenset mot regler basert på helse- og sikkerhetshensyn

I direktivet artikkel 3 nr. 3 fastslås det at direktivet ikke berører nasjonale regler vedrørende produkters helse- og sikkerhetsaspekter. Bestemmelsen utdypes i fortalens punkt 9. Det vises til kapittel 5.5.3 ovenfor.

Direktivet omfatter ikke, og vil således ikke ha noen innflytelse på, nasjonale markedsføringsbestemmelser som primært har som mål å beskytte forbrukernes helse og sikkerhet. Dette er en naturlig følge av at direktivets virkeområde er begrenset til handlinger som skader forbrukernes økonomiske interesser.

6.2.3 Direktivets urimelighetsstandard - nærmere om begrepet ”urimelig markedspraksis”

6.2.3.1 Generalklausulen

Direktivet inneholder en generalklausul som oppstiller et forbud mot urimelig markedspraksis. Generalklausulen, nedfelt i artikkel 5 nr. 1, skal erstatte eksisterende nasjonale generalklausuler og etablere felles kriterier for hva som er å anse som urimelig innen Europa.

Begrepet urimelig markedspraksis er presisert ved tre kriterier. Markedspraksisen må for det første være i strid med god markedsskikk overfor forbrukere, jf. artikkel 5 nr. 2 bokstav a. Den må videre være egnet til merkbart å endre forbrukernes økonomiske atferd, jf. artikkel 5 nr. 2 bokstav b. Som et tredje kriterium er begrepet gjennomsnittsfbruker innført som et referansepunkt for vurderingen, jf. artikkel 5 nr. 2 bokstav b. Det vises til kapittel 5.7 ovenfor.

6.2.3.2 Særbestemmelser om aggressiv og villedende markedspraksis

Generalklausulen utdypes gjennom øvrige bestemmelser i direktivet som oppstiller vilkår for når en markedspraksis skal anses som villedende eller aggressiv, og dermed urimelig. Det vises i den anledning til artikkel 5 nr. 4, som igjen viser til artiklene 6-9.

6.2.3.3 Svartelisten

Direktivet har i tillegg en svarteliste med eksempler på urimelig markedspraksis. Svartelisten er inntatt som vedlegg 1 til direktivet, og den inneholder 31 forhold som under alle omstendigheter er å anse som urimelige. Det fremgår av artikkel 5 nr. 5 at samme liste får anvendelse i samtlige medlemsstater og at listen kun kan endres ved revisjon av direktivet. Listen er således uttømmende og kan ikke utdypes av de enkelte medlemsstatene.

6.3 Dagens lovverk og praksis – i hvilken grad kan innholdet i eksisterende § 1 videreføres ved implementeringen av direktivet om urimelig markedspraksis?

6.3.1 Generalklausulen - markedsføringsloven § 1 første ledd

6.3.1.1 Kort om generalklausulen

Markedsføringsloven § 1 første ledd har følgende ordlyd:

”I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom, eller er urimelig i forhold til forbrukere eller som for øvrig strider mot god markedsføringsskikk.”

Dette er lovens hovedbestemmelse, og den betegnes gjerne som generalklausulen. Bestemmelsen kom inn ved vedtakelsen av markedsføringsloven i 1972, og hadde sin forløper i konkurranseloven av 1922.

Generalklausulen fra 1972 inneholdt kriteriet "god forretningsskikk" for vurderingen "næringsdrivende imellom", og kriteriet "urimelig" overfor "forbrukere". I 1996 fikk vi dessuten inn begrepet "god markedsføringsskikk". Bestemmelsen har således i dag tre grener, én i retning av næringslivet, én i retning av forbrukerne og én som skal beskytte samfunnet som sådan, og således berører begge den nevnte gruppene. Bestemmelsen er en rettslig standard, der rettsvirkningene knytter seg til generelle kriterier som forutsetter utøvelse av skjønn, og der bestemmelsens innhold kan utvikle seg over tid.

Generalklausulen "dekker" spesialbestemmelsene i loven, men kan også supplere disse. Dette sies uttrykkelig i Ot.prp nr. 57 (1971-72).³⁹ Det fremgår imidlertid av innstillingen fra 1966 at generalklausulen ikke kan brukes til å oppfange varianter som spesialbestemmelsene har ment skal gå "skuddfri". Det må foreligge en variant som spesialparagrafen ikke tar stilling til.

Departementets vurdering av generalklausulens betydning generelt

Generelt har erfaringene med generalklausulen i § 1 første ledd vært gode. Den vide ordlyden gjør at loven blir mer fleksibel, blant annet fordi forhold som ikke faller inn under spesialreglene i loven, likevel kan falle inn under den generelle klausulen. Generalklausulen fungerer på denne måten som en sikkerhetsventil.

Klausulens generelle formuleringer er dessuten rettslige standarder, som tolkes i tråd med samfunnsutviklingen og hvor avgjørelsen beror på et skjønn. Slike bestemmelser er hensiktsmessige på et område som markedsføring, hvor utviklingen skjer raskt både når det gjelder form, innhold og medium. Elastisiteten i bestemmelsen gjør at den kan anvendes på nye tilfeller som lovgiver ikke har tenkt på eller som var ukjent på den tiden loven ble gitt. Det kan være vanskelig å lage presise særbestemmelser som tar tilstrekkelig høyde for markedsføringstiltak det er ønskelig å forby i fremtiden.

Generalklausulen gir dessuten forbrukermyndighetene hjemmel til å gripe inn overfor uetisk markedsføring. Bestemmelsen rammer markedsføring som tar i bruk virkemidler som krenker de moralnormer eller etiske normer som må regnes som alminnelig gjeldende i det norske samfunn, det vil si virkemidler folk flest vil finne støtende når de brukes i reklameøyemed. Bestemmelsen har dermed en oppdragende effekt, og er et viktig virkemiddel for å stadfeste hva som er akseptabel markedsføring i et samfunn under stadig forandring.

6.3.1.2 Nærmere om begrepet "god forretningsskikk"

Begrepet "god forretningsskikk" refererer seg til vanlig oppfatning av forretningsskikk i vedkommende bransje eller område⁴⁰. Grunnlaget for vurderingen er oppfatningen hos den jevne, fornuftige næringsdrivende. Domstolen må imidlertid selv foreta en rimelighetsvurdering av den

³⁹ Ot.prp nr. 57 (1971-72) side 9.

⁴⁰ Jf. NOU 1979:32, side 51, der tilsvarende begrep i avtaleloven § 36 beskrives.

forretningspraksis som påberopes, og den er således ikke bundet av hva som anses akseptabelt av bransjen.

Generalklausulen forbyr handlinger som er i strid med god forretningskikk ”næringsdrivende imellom”. Dette innebærer at vurderingen er knyttet opp mot handlinger som foretas i næringsvirksomhet og som kan berøre andre næringsdrivendes interesser.

Departementets vurderinger og forslag

Begrepet ”strider mot god forretningskikk” i § 1 første ledd henspiller på forholdet næringsdrivende imellom. Direktivet er avgrenset mot forholdet B2B (business to business). Ovennevnte lovregulering og praksis etter denne faller således utenfor direktivets virkeområde, og Norge kan fritt videreføre dette. Departementet forslår at bestemmelser om handlinger næringsdrivende imellom reguleres i et eget kapittel V i den nye loven.

6.3.1.3 Nærmere om begrepet ”urimelig i forhold til forbrukere”

Urimelighetsvilkåret vurderes ”i forhold til forbrukere”, og er ment å være en beskyttelse av den menige mann og kvinne overfor pågående næringsdrivende. Det følger av praksis at markedsføringslovens forbrukerbegrep kan omfatte sammenslutninger av forbrukere, som for eksempel borettslag, idrettslag eller elevråd, i tillegg til fysiske personer.

Begrepet ”urimelig” er ment å gi uttrykk for en viss allmenn fordømmelse av handlingen⁴¹. Loven rammer ikke ethvert avvik fra det rimelige, og en terskelhøyde må overstiges før et forbud kan nedlegges. Det må foreligge en viss grad av urimelighet eller følelse av overgrep, og det er således ikke tilstrekkelig at det kan tenkes rimeligere praksis. Dette ble understreket av Høyesterett i en straffesak etter § 3, inntatt som Rt. 1982 s. 1062.

Lovens vilkår må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og vil avhenge av hvilken forbrukergruppe man står overfor, hvilket medium som benyttes, produktets art med videre. Markedsrådet har presisert at det som må vurderes er forholdet til de forbrukere som annonsen er rettet til, og at det ikke er av betydning om andre tar anstøt⁴².

Tiltak som primært iverksettes mellom næringsdrivende, kan også ha virkninger som anses urimelige overfor forbrukere. Et eksempel er forhandlerpremiering, der det blir ytt gaver eller premier til forhandlerne eller deres ansatte i forbindelse med markedsføring, og der dette i neste omgang kan påvirke forbrukernes varevalg. Et annet eksempel er bruk av pressmidler på forhandlerne, som forskuddsbetaling av betydelig kvanta varer, jf. Markedsrådets sak nr. 1/1974. Markedsrådet fant at hensynet til forbrukerne var mer enn sterkt nok til å begrunne et forbud.

Det kan også være å anse som urimelig dersom forbrukeren utsettes for et samvittighetspress. I Markedsrådets sak nr. 11/1978 ble bruk av utsagnet ”drikk

⁴¹ Jf. Markedsrådets sak nr. 1/1979 (AS Hjemmet, vedrørende samleserier i bladet Donald Duck & Co.)

⁴² Jf. Markedsrådets sak nr. 4/1976 og nr. 9/1985.

kaffe med bedre samvittighet” ansett urimelig. Det å appellere til den mulige kjøpers samvittighet var ensbetydende med å søke å utnytte et følelsesladet, utpreget subjektivt begrep i salgsfremmende øyemed.

Det vil kunne være urimelig å utnytte suggestive elementer og forhold av menneskelig eller sosial karakter i reklamen, for eksempel ved å spille på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit. Reklame spiller ofte på forbrukerens dårlige selvtillit eller usikkerhet, uten at det av den grunn kan sies å være støtende. Det ligger nettopp i reklamens karakter at den skal få forbrukeren til å ”innse” at han eller hun har behov for, og vil føle seg bedre ved, å kjøpe et gitt produkt. De grovere tilfellene vil imidlertid kunne rammes. Markedsrådet har behandlet noen få saker om denne type reklame (sak nr. 7/1974, 14/1975 og 5/1976), men ingen av de aktuelle reklamene ble ansett å være urimelig. Ved reklame mot barn har imidlertid Forbrukerombudet reagert mot reklame som for eksempel spiller på mote på en måte som får barn til å føle seg utenfor.⁴³

Bruk av sjokkerte eller støtende virkemidler vil etter omstendighetene kunne anses urimelig overfor forbrukerne, jf. Benetton-annonsen der de blodige klærne til en avdød bosnisk soldat var avbildet (Markedsrådets sak nr. 22/1994).

Etter det såkalte ”lovstridsprinsippet” vil markedsføring som strider mot ufravelige lovbestemmelser om forbrukerbeskyttelse, også kunne anses som urimelig etter markedsføringsloven § 1 første ledd. Lovstridsprinsippet behandles særskilt under punkt 6.3.1.5 nedenfor.

Departementets vurderinger og forslag

Deler av den praksis som er skissert ovenfor i punkt 6.3.1.3 er tuftet på etiske/moralske hensyn, og således ikke på økonomiske hensyn (bruk av samvittighetspress, suggestive elementer eller sjokkerte/støtende virkemidler). Slik praksis kan videreføres uavhengig av direktivet om urimelig markedspraksis, jf. punkt 6.2.2.2 ovenfor. Etter innføringen av begrepet ”god markedsføringsskikk”, som rammer krenkelse av grunnleggende moral- og etikkoppfatninger, vil det kunne være naturlig å vurdere slike saker etter dette begrepet. Departementet forslår at det i lovforslagets kapittel III om forbrukernes ikke-økonomiske interesser, spesifiseres at det kan legges vekt på slike forhold.

Mesteparten av dagens praksis om begrepet ”urimelig overfor forbrukere” må imidlertid sies å være knyttet til forbrukernes økonomiske interesser. Det er nettopp folks interesse som kjøpere av varer og tjenester som er det sentrale i dagens urimelighetsvurdering, og det trekker i retning av at en her er i kjerneområdet til direktivet. Det essensielle elementet i direktivet er nettopp å etablere en generalklausul om urimelig markedspraksis. Tilsvarende saker må derfor i fremtiden fortolkes i lys av bestemmelser som gjennomfører direktivet.

⁴³ Et eksempel er sak 92-2073. Her var det bilde av tre barn som lekte blide og fornøyde ute i snøen, mens det fjerde barnet satt ulykkelig i vinduet og så på. Teksten var ”Alle barna fikk være med å leke, unntatt Anne-Lie hun hadde Cherrox-kopi”. Ombudet fant at reklamen var i strid med § 1.

6.3.1.4 Nærmere om begrepet "god markedsføringskikk"

Det var lenge omdiskutert i juridisk teori hvorvidt markedsføringsloven § 1 ga forbrukermyndighetene hjemmel til å gripe inn overfor uetisk markedsføring. Spørsmålet var om det kun var folks interesse som kjøpere av varer og tjenester som skulle være lovens ramme for urimelighetskriteriet, eller om også generelle samfunnsinteresser ble omfattet av forbrukervernet i første ledd.

Begrepet "strider mot god markedsføringskikk" kom inn i markedsføringsloven i 1997. Hovedhensikten med innføringen av begrepet var å skjerpe bestemmelsen og å klargjøre rettstilstanden i tilknytning til uetisk markedsføring. Kriteriet rammer markedsføring som tar i bruk virkemidler som krenker de moralnormer eller etiske normer som må regnes som alminnelig gjeldende i det norske samfunn, det vil si virkemidler folk flest vil finne støtende når de brukes i reklameøyemed.⁴⁴

Det vil kunne være i strid med god markedsføringskikk å diskriminere i forhold til religion, rase eller nasjonalitet eller dersom annonsen krenker personers religiøse eller politiske overbevisning. Forbrukerombudets sak 97-1271 (Norske Meierier) gjaldt annonse for Moccapudding. Ombudet konkluderte med at det var i strid med god markedsføringskikk å sammenstille den hellige Kaba-stenen i pilgrimsbyen Mekka med nevnte pudding. Det ble vist til lovens forarbeider og uttalt at annonsører bør utvise stor varsomhet i utformingen av reklame som kan krenke noens religiøse overbevisning. Annonsens sammenstilling av materielt forbruk og religiøse symboler ville lett oppfattes som støtende.

Forbrukermyndighetene har også funnet det i strid med god markedsføringskikk å benytte vold som oppmerksomhetsvekker i reklamen eller å spille på frykt, angst eller redsel. Forbrukerombudets sak 97-2095 gjaldt en reklamefilm for briller (Interoptik), der det ble vist en forhørsscene med tortur. En mann med briller fikk vann kastet i ansiktet, hodet ble slått hardt mot bordet mens han var bakkundet og han ble utsatt for trusler. Filmen var i strid med god markedsføringskikk.

Fra praksis kan videre nevnes markedsføringstiltak som oppfordrer til lovbrudd eller brudd på sikkerhetsnormer. I Markedsrådets sak nr. 21/1999 (Esso) ble det ansett å være i strid med god markedsføringskikk å gi inntrykk av at politiet ikke tok kjøring mot rødt lys alvorlig.

I forarbeidene påpekes det at usømmelig reklame kan rammes som stridende mot god markedsføringskikk⁴⁵. Praksis har vist at det skal ganske mye til før reklame forbys på dette grunnlag alene, jf. Markedsrådets sak nr. 12/2002.

Når det gjelder praksis vedrørende markedsføring rettet mot barn og unge, vises det til kapittel 7.3.

Departementets vurderinger og forslag

Begrepet "strider mot god markedsføringskikk" rammer markedsføring som tar i bruk virkemidler som krenker de moralnormer eller etiske normer som må regnes som alminnelig gjeldende i det norske samfunn. Praksis etter bestemmelsen må kunne sies å være begrunnet i annet enn økonomiske hensyn, og således falle

⁴⁴ Ot.prp nr. 70 (1995-96) side 8.

⁴⁵ Jf. Ot.prp. nr. 70 (1995-96) s. 16-17.

utenfor direktivets virkeområde. Departementet foreslår et eget kapittel III i lovforslaget som hjemler en videreføring av praksis etter bestemmelsen. Det er ingen tradisjon for selvjustis ved markedsføring overfor forbrukere, og det er derfor behov for et apparat som ivaretar moralske og etiske hensyn.

Dersom moralske aspekter settes i direkte sammenheng med produktet av den næringsdrivende selv, vil en derimot kunne være innenfor direktivets virkeområde. Som eksempel kan nevnes uriktige påstander om at den næringsdrivende ikke utnytter barnarbeid. Villedende og uriktig bruk av etiske og miljørelaterte påstander i markedsføringen, vil således være innenfor direktivets virkeområde og måtte vurderes etter dennes urimelighetsstandard. Det kan i den anledning nevnes at det følger av svartelistens punkt 2 at det under enhver omstendighet anses som urimelig dersom den næringsdrivende skiltes med kvalitetsertifisering, kvalitetsmerke eller tilsvarende uten å ha fått den nødvendige tillatelse til dette. Forbrukermyndighetene må foreta en konkret vurdering fra sak til sak om en er innenfor eller utenfor direktivets virkeområde.

6.3.1.5 Nærmere om lovstridsprinsippet

Etter det såkalte "lovstridsprinsippet" vil markedsføring som strider mot ufravikelig spesiallovgivning som gjelder forbrukerbeskyttelse, også kunne anses som brudd på markedsføringsloven § 1 første ledd. Lovstridsprinsippet gir forbrukermyndighetene mulighet til å "strekke seg" noe lenger enn det ellers ville vært mulighet for, og med henvisning til spesiallovgivning og § 1 gripe inn på vegne av forbrukerne.

I Markedsrådets sak nr. 17/1993 fant flertallet at en reklamefilm var særlig rettet mot barn og derfor i strid med § 3 andre ledd i lov om reklame i kringkasting. Rådet anså at bestemmelsen mot å rette fjernsynsreklame særlig mot barn inneholdt en så sterk forbrukerbeskyttelse at overtredelse av bestemmelsen også måtte anses som urimelig etter markedsføringsloven § 1 første ledd. Forbudsvedtak ble derfor rettet mot annonsøren.

I Markedsrådets sak nr. 8/2004 fant flertallet at Storebrands markedsføring av boliglån var i strid med forskrift om låneavtaler § 5 og markedsføringsloven § 1 fordi effektiv rente ble oppgitt med mindre meddelelseeffekt enn nominell rente og fordi det ikke ble opplyst om etableringsgebyr. Markedsrådet uttalte her:

"Det er likevel ikke slik at det er noen automatikk i at bestemmelsen er overtrådt fordi det foreligger brudd på særlovgivning. Markedsføringsloven § 1 er en rettslig standard, og anvendelsen av bestemmelsen beror på utøvelse av skjønn. Forutsetningen for å kunne anvende generalklausulen på forhold som er i strid med bestemmelser i spesiallovgivningen, er at det dreier seg om en handling som er "urimelig overfor forbrukere", jf. markedsføringsloven § 1 første ledd annet alternativ."

Departementets vurderinger og forslag

Det kan stilles spørsmål om lovstridsprinsippet som beskrevet ovenfor kan videreføres etter implementeringen av direktivet om urimelig markedspraksis, herunder om markedsføring som er i strid med ufravikelige lovbestemmelser fremdeles vil kunne anses urimelig.

I en nordisk rapport⁴⁶ argumenteres det for at lovpålagte plikter som den næringsdrivende har overfor forbrukeren, som hovedregel må være en del av den objektive standard for god markedsskikk/god forretningsskikk overfor forbrukere i direktivets urimelighetsvurdering. Det gis uttrykk for at en slik tolkning er kompatibel med direktivet, med den begrensning at tiltaket også må medføre en endring av forbrukerens økonomiske atferd for å være urimelig. Markedsføring i strid med ufravikelige lovbestemmelser vil altså fremdeles kunne anses urimelig, forutsatt at også øvrige urimelighetsvilkår er oppfylt. Tolkningen innebærer at lovstridsprinsippet vil kunne videreføres, om enn i noe begrenset form.

Det kan imidlertid stilles spørsmålsteget ved om lovstridsprinsippet kan sies å være begrunnet i andre hensyn enn de økonomiske, og at det derfor faller utenfor direktivets virkeområde og kan videreføres uavhengig av dette.⁴⁷ Departementet er av den oppfatning at det ikke på generell basis kan sies at brudd på spesialregler om forbrukerbeskyttelse innebærer en krenkelse av gjeldende moral- eller etiske normer. På den andre siden kan det aktuelle regelverk som overtres i den enkelte sak være tuftet på andre hensyn enn økonomiske, for eksempel helse- og sikkerhetshensyn eller etiske/moralske hensyn.

Departementet er av den oppfatning at forbrukermyndighetene må vurdere fra sak til sak hvilke hensyn, økonomiske eller ikke-økonomiske, lovstridsprinsippet er tuftet på, samt hvilken bestemmelse, direktivets urimelighetsstandard eller "restgeneralklausulen", forholdet skal subsumeres under. Departementet foreslår at det inntas en egen henvisning til lovstridsprinsippet i den alminnelige bestemmelsen i lovforslagets § 1-2 annet ledd.

6.3.1.6 Nærmere om veldedighet i markedsføringen

Også etiske og miljømessige påstander i reklamen må bedømmes etter markedsføringsloven. I NOU 1995:2 konkluderte utvalget med at det ikke var behov for en egen miljøbestemmelse i markedsføringsloven. Barne- og familiedepartementet sluttet seg til dette i Ot.prp nr. 70 (1995-96) og påpekte at begrepet "god markedsføringsskikk" ga en klarere hjemmel for inngrep også på miljøområdet.

De nordiske forbrukerombudene ga i februar 2005 ut en veiledning om bruk av etiske og miljørelaterte påstander i markedsføringen. Her fremgår det blant annet at det bør vises varsomhet med å benytte veldedige institusjoner eller gode formål i forbindelse med markedsføring. Dersom det opplyses om at virksomheten støtter gode formål eller veldedige institusjoner, må det gis presise opplysninger om hvordan denne støtten manifesterer seg og hvor stor del av prisen på en vare som går til det gode formålet.

⁴⁶ Se "EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices. Report for the Nordic Council of Ministers, Committee on Consumer Affairs." av Antonia Bakardjieva Engelbrekt, side 26.

⁴⁷ I departementets oppstilling til EU-kommisjonen over markedsføringstiltak hvor Forbrukerombudet har grepet inn på grunnlag av smaks- og anstendighetshensyn, ble markedsføring som innebærer brudd på annen lovgivning nevnt.

Her avviker norsk praksis fra de nordiske retningslinjene, jf. Markedsrådets sak nr. 23/1991. Markedsrådet la ned forbud mot bruk av teksten ”Når du benytter denne fotoposen støtter du samtidig Den Norsk Kreftforening med 10 kroner”, med henvisning til § 1 første ledd. Det ble ansett urimelig ovenfor forbrukerne å knytte støtte til veldedige formål direkte til omsetningsvolumet, slik at det ble lagt på den enkelte forbruker å bidra til støtten. Momenter som normalt er sentrale ved forbrukerens transaksjonsbeslutning, slik som produktets pris og kvalitet, ville i så tilfelle kunne komme i bakgrunnen.

Både Forbrukerombudet og bransjen har overfor departementet gitt uttrykk for at norsk praksis bør endres på dette punktet. Tanken bak den nevnte saken fra Markedsrådet var at det forelå et villedningselement, siden produsenten tok inn utenforliggende elementer i markedsføringen. I dag viser det seg imidlertid at forbrukerne er opptatt av etiske aspekter.

Departementets vurderinger

Departementet mener at det er grunnlag for å endre praksis på dette punktet, i tråd med de nordiske retningslinjene. Etske aspekter kan ikke lenger regnes som utenforliggende elementer i markedsføringen. Forbrukeren ønsker ofte å vite hvor stort beløp som går til det aktuelle veldedige formål, og dagens praksis medfører en tilsløring av dette.

6.3.2 Kjønnsdiskriminerende reklame - markedsføringsloven § 1 annet ledd

Markedsføringsloven § 1 annet ledd inneholder en bestemmelse om kjønnsdiskriminerende reklame. Bestemmelsen kom inn i loven ved vedtakelsen av likestillingsloven (lov 9. juni 1978 nr. 45) og er begrunnet i likestillingshensyn. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Annonser og den som utformer reklame skal sørge for at reklame ikke er i strid med likeverdet mellom kjønnene, og at den ikke utnytter det ene kjønns kropp eller gir inntrykk av en støtende eller nedsettende vurdering av kvinne eller mann.”

Bestemmelsen i § 1 annet ledd er ikke utformet som et forbud, i motsetning til øvrige paragrafer i markedsføringsloven kapittel 1. Den pålegger annonsøren en plikt til å sørge for at reklamen ikke strider mot bestemmelsen. Ved håndhevingen skal det legges vekt på hensynet til likestilling mellom kjønnene og hvordan kvinner fremstilles, jf. lovens § 13 første ledd.

Bestemmelsen i § 1 annet ledd inneholder tre kriterier som hver for seg er tilstrekkelige til å felle en reklame som kjønnsdiskriminerende.

Annonser og den som utformer reklamen skal for det første sørge for at reklame ikke er ”i strid med likeverdet mellom kjønnene”. Heri ligger bestemmelsens hovedprinsipp, og dette alternativet overlapper de to andre kriteriene.

Bestemmelsen inneholder en rettslig standard. Loven definerer ikke hva som strider mot likeverdet, og håndhevingsmyndighetene må falle tilbake på den alminnelige oppfatning til enhver tid.

Likeverdsprinsippet går først og fremst på forholdet mellom kjønnene.

Lovforarbeidene nevner som eksempel på reklame i strid med likeverdet at kvinnen fremstilles som ”et haleheng til mannen”, jf. Ot.prp nr. 33 (1974-74) side 46. Det vil imidlertid ikke være i strid med bestemmelsen å gjengi etablerte

kjønnsroller, med mindre kjønnsrollemønsteret er understreket på en måte som virker nedverdiggende. Et eksempel på dette siste er en annonse som gir uttrykk for at hovedinnholdet i en kvinnes liv er hennes klær og utseende, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974-75) side 46-47.

Vi har begrenset med praksis som gjelder likeverdet mellom kjønnene og forholdet mellom mann og kvinne. Forbrukerombudets sak 99-0540, som gjaldt en annonse for ost, kan imidlertid nevnes. Teksten lød ” Han hadde lenge hatt et godt øye til Bjørg på jobben, men da hans kone serverte lammekoteletter med Norzola, kom han på andre tanker”. Bildet ga inntrykk av en mannlig sjef som flørtet med sin kvinnelige underordnede. Ombudet mente at fremstillingen ga et samlet inntrykk av mannen som overordnet både i arbeidslivet og på hjemmebane, mens kvinnene var i dertil underordnede roller som oppvartere av mannen. Dette ble ansett å være en stereotyp kjønnsrollefremstilling som måtte anses nedverdiggende for kvinnen og som samfunnet hadde beveget seg bort fra. Annonsen ble på dette grunnlag funnet i strid med § 1 annet ledd.

Annonsør og den som utfører reklamen skal videre sørge for at reklamen ikke ”utnytter det ene kjønns kropp”. Hensikten med dette kriteriet er å hindre reklame som reduserer det ene kjønn til seksualobjekt uten menneskeverd eller utnytter det ene kjønns kropp i salgsøyemed, jf. Ot.prp nr. 33 (1974-74) side 46.

Den tradisjonelle formen for kjønnsdiskriminerende reklame er utnyttelse av kvinnen som blikkfang, og på dette området finnes rikholdig praksis. Eksempler er Hennes & Mauritz-kampanjene. Markedsrådet lot ”Cindy-kampanjen” og ”Fru Smith-kampanjen” passere (Markedsrådets sak nr. 8/1992 og nr. 26/1993). Rådet kom imidlertid til motsatt resultat når det gjaldt Pamela Anderson-kampanjen (sak nr. 21/1995). Til tross for at det skal mer til for å fastslå overtredelse der det foreligger produktrelevans, samt at det er naturlig å avbilde kvinner i badetøy eller undertøy i reklame for slike produkter, kom rådet til at det er en grense for hvordan slik fremstilling kan skje. I denne saken var kvinnen avbildet i utfordrende positur, stående på knær og hender, og dette konkrete bildet ble ansett å være i strid med § 1 annet ledd.

Reklamen skal heller ikke gi inntrykk av en ”støtende eller nedsettende vurdering av kvinne eller mann”. Det nedsettende kan ligge i å tillegge det ene kjønn egenskaper som oppfattes som uheldige. Som eksempel kan nevnes at kvinner fremstilles som dumme, teknisk ubehjelpelige eller dårlige sjåførere, eller at menn fremstilles som hensynsløse eller uegnet til å ta seg av barn og hjem.

Forbrukermyndighetene har også reagert mot markedsføring som har spilt på dobbeltbetydning i budskapet. I Markedsrådets sak nr. 16/2002 var det i en annonse for OBOS-megleren benyttet et bilde av en brystfager kvinne med dyp utgrining og bar mave. Overskriften lød ”Attraktiv og velholdt, med blant annet balkonger og enkel atkomst.” Avbildingen var ikke i seg selv støtende, men flertallet mente likevel at bildet i kombinasjon med nevnte tekst innebar en støtende eller nedsettende vurdering av kvinnen i strid med loven. Det ble ikke lagt avgjørende vekt på at annonsen hadde et humoristisk preg.

Selv om annet ledd gjelder kjønnsdiskriminerende fremstilling av både kvinne og mann, skal det mer til før bruk av mannen i reklamesammenheng rammes av bestemmelsen. Bakgrunnen er at bestemmelsen primært tar sikte på å bedre

kvinnens stilling, og at mannrollen fortsatt har en sterkere posisjon i samfunnet enn kvinnerollen.

Departementets vurderinger og forslag

Regulering av kjønnsdiskriminerende reklame er et særlig klart eksempel på regulering ut fra andre hensyn enn økonomiske interesser og på et smaks- og anstendighetshensyn. Departementet vurderer det som åpenbart at dette faller utenfor direktivets virkeområde. Gjennomføringen av direktivet vil dermed ikke berøre nasjonal regulering av kjønnsdiskriminerende reklame, og bestemmelsen kan således videreføres etter implementeringen av direktivet.

Departementet foreslår at bestemmelsen inntil videre opprettholdes. Det tas imidlertid sikte på å nedsette en arbeidsgruppe som vil se nærmere på bestemmelsens berettigelse, innhold og plassering. Departementet ber derfor allerede nå om høringsinstansenes syn på dette. Det kan på sikt bli aktuelt å flytte bestemmelsen om kjønnsdiskriminerende reklame til likestillingsloven, samt å overføre tilsynet med bestemmelsen fra Forbrukerombudet til det nye Likestillings- og diskrimineringsombudet.

6.3.3 Særlig påtrengende reklame - markedsføringsloven § 1 tredje ledd

Som nevnt ovenfor i punkt 6.3.2 gikk både Cindy- og Fru Smith-kampanjen til Hennes & Mauritz klar av bestemmelsen om kjønnsdiskriminerende reklame, blant annet på bakgrunn at det forelå produktrelevans. I kjølevannet av disse sakene ble det imidlertid debatt om reklame som henvendte seg til publikum på offentlige steder. Markedsføringsloven § 1 tredje ledd ble innført ved lovendringen i 1997 som en følge av denne debatten. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Ved vurderingen av om første eller annet ledd er overtrådt, kan det blant annet legges vekt på om reklamen, på grunn av utforming, format, omfang eller andre virkemidler, fremstår som særlig påtrengende.”

Begrunnelsen fremgår av NOU 1995:2 s. 60 flg:

”Det flertallet særlig har tenkt på, er reklame som henvender seg til publikum på offentlige steder, for eksempel reklame på store plakater (”superboards”) der folk ferdes, reklame på busser og trikker mv. Også reklame på fjernsyn er ment å omfattes av bestemmelsen. Det essensielle er at slik reklame er det mer vanskelig enn ellers å verne seg mot.”

Oppregningen i lovteksten av momenter det kan legges vekt på, er ikke uttømmende. Selv om lovgiver først og fremst har tatt sikte på den måten reklamen fremtrer på, kan også reklamens innhold få betydning for hvorvidt den oppleves som særlig påtrengende.

En av de første sakene som Forbrukerombudet behandlet etter lovendringen dreide seg om reklameplakater på blant annet busser, trikker og t-banetrokker. Plakatene avbildet to kvinner, der kvinnen i bakgrunnen var kledd i pen drakt, mens kvinnen foran hadde åpen jakke med tilnærmet bar overkropp (kun et bånd skjulte brystvortene). Teksten lød: ”Vi har klærne som du egentlig vil kle deg i”. Forbrukerombudet la vekt på at plakaten var av stort format og plassert på offentlige steder der den traff alle grupper forbrukere, ikke bare de som selv har oppsøkt medier hvor slike kvinneavbildninger vil kunne forekomme. Det ble vist til

§ 1 tredje ledd og konstatert at tiltaket på denne bakgrunn var å anse som i strid med § 1 annet ledd som kvinnekriminerende.

Departementets vurderinger og forslag

Bestemmelsen om særlig påtrengende reklame i § 1 tredje ledd er et viktig supplement til første og annet ledd. Bestemmelsen innebærer en skjerpelse av disse, og gir en økt beskyttelse med henblikk på reklame som henvender seg til publikum i det offentlige rom. Bestemmelsen er viktig i en tid der markedsføringen er blitt mer synlig og finner stadig nye kanaler, og der reklame kan oppleves påtrengende for folk som møter den i utemiljøet.

Departementet er av den oppfatning at bestemmelsen om særlig påtrengende reklame kan videreføres uavhengig av implementeringen av direktivet. Bestemmelsen er begrunnet i hensynet til at forbrukeren vanskelig kan verge seg mot reklame i det offentlige rom, samt at reklame på store plakater kan virke desto mer inngripende overfor den enkelte forbigående. Bestemmelsen er basert på smaks- og anstendighetshensyn, og en er derfor utenfor direktivets virkeområde. Dessuten er bestemmelsen per i dag særlig knyttet til § 1 annet ledd om kjønnskriminerende reklame, noe som understreker at bestemmelsen er begrunnet i moralske, og ikke økonomiske, hensyn.

Departementet foreslår at det i kapittel III om urimelig markedspraksis relatert til forbrukernes ikke-økonomiske interesser, spesifiseres at det kan legges vekt på om reklamen er særlig påtrengende. Se forslag til § 3-1. Departementet vil på den måte synliggjøre at bestemmelsen er knyttet til forhold utenfor direktivets virkeområde, herunder uetisk eller kjønnskriminerende reklame. Når det gjelder markedspraksis med betydning for forbrukernes økonomiske interesser, må derimot direktivets bestemmelser legges til grunn, jf. lovforslagets kapittel II.

6.3.4 Skjult reklame - markedsføringsloven § 1 fjerde ledd

Markedsføringsloven § 1 fjerde ledd har følgende ordlyd:

”All markedsføring skal utformes og presenteres på en slik måte at den tydelig framstår som markedsføring. Ved muntlig markedsføringshenvendelse til en forbruker skal en næringsdrivende straks presentere seg og opplyse forbrukeren om at henvendelsen skjer i markedsføringshensikt.”

Bestemmelsen ble innført i forbindelse med gjennomføringen av fjernsalgsdirektivet (direktiv 97/7/EF) i 2000. Også før lovendringen var det sikker praksis for at reklame ikke skal seile under falskt flagg, for eksempel ved å fremstå som redaksjonelt stoff eller ved å gi preg av å være et personlig brev eller lignende. Det ble likevel ansett hensiktsmessig å lovfeste prinsippet, og det foreligger således en klarere hjemmel for å gripe inn mot skjult reklame.

Markedsrådets sak nr. 5/2003 gjaldt spørsmålet om PlussTid-magasinet, utgitt av Lilleborg AS, var utformet og presentert på en slik måte at det tydelig fremstod som markedsføring. Markedsrådet slo fast at det avgjørende for vurderingen er det umiddelbare inntrykk som skapes hos den vanlige forbruker. Forbrukeren må relativt raskt kunne identifisere markedsføringen som nettopp dette. Lovens krav vil ikke være oppfylt dersom forbrukerne først etter en nærmere gjennomlesning forstår at de står overfor reklame. Rådets flertall var av den oppfatning at magasinet skapte et førsteinntrykk av at dette var et livsstilsmagasin, da det hadde

glanset papir/forside, leder, ”artikler” og annonser, slik som ordinære redaksjonelle magasiner. Ved magasinet lå et introduksjonsbrev med opplysninger som trakk i retning av at bladet var markedsføring, men dette forutsatte en fullstendig gjennomlesning av brevet. Flertallet konkluderte med at PlussTid ikke var utformet og presentert på en slik måte at det tydelig fremstod som markedsføring, og kravet i § 1 fjerde ledd var derfor ikke oppfylt.

Departementets vurderinger og forslag

Bestemmelsen i § 1 fjerde ledd knesetter et sentralt prinsipp innen forbrukerbeskyttelsen, nærmere bestemt at markedsføring ikke skal skjules. Bestemmelsen ble innført i forbindelse med gjennomføringen av fjernsalgsdirektivet.

Bestemmelsen i § 1 fjerde ledd går på enkelte punkter lenger enn fjernsalgsdirektivets minimumsbestemmelser. Første punktum inneholder et generelt krav om at all reklame skal utformes og presenteres på en slik måte at den tydelig fremstår som markedsføring. Bestemmelsen er altså ikke begrenset til å gjelde fjernsalg, men er derimot av generell karakter.

Videre går bestemmelsen i annet punktum vedrørende krav om identifikasjon ved muntlige henvendelser, lenger enn minimumsbestemmelsen. Et slikt krav følger av fjernsalgsdirektivet artikkel 4 nr. 3 for så vidt gjelder telefonsamtaler.

Departementet fant det imidlertid naturlig at det samme skulle gjelde ved alle muntlige henvendelser, jf. Ot.prp. nr 62 (1999-2000) side 29. Dette ble begrunnet med at behovet for å vite hvem som henvender seg og hvorfor, er like stort enten det skjer på gaten, i et kjøpesenter eller per telefon.

Det følger av artikkel 3 nr. 4 at dersom det er uoverensstemmelser mellom direktivets bestemmelser og andre fellesskapsregler som regulerer bestemte aspekter av urimelig markedspraksis, vil sistnevnte ha forrang. Denne bestemmelsen utdypes i fortalens punkt 10. Her fremgår det at direktivet kun innfører beskyttelse for forbrukerne der det ikke er spesifikk sektorlovgivning på fellesskapsplan, og således supplerer gjeldende fellesskapsrett. Ved eventuell motstrid vil sektorreglene gå foran. Ved motstrid med nasjonale regler som går lenger enn minimumsstandarden i andre fellesskapsdirektiver, er det imidlertid direktivet om urimelig markedspraksis som har forrang. (Her må statene eventuelt be om overgangsordning etter artikkel 3 nr. 5 og 6.) Det vises til punkt 5.5.4 og 5.5.5 ovenfor.

Siden bestemmelsen om skjult reklame går lenger enn fjernsalgsdirektivets minimumsstandard, er det ikke gitt at vi kan beholde den i nåværende form.

Det grunnleggende prinsipp om at reklame ikke skal seile under falskt flagg har imidlertid også manifestert seg i direktivet.

Det fremgår av artikkel 7 nr. 2 at det betraktes som en villedende utelatelse dersom en næringsdrivende unnlater å angi den kommersielle hensikt med den aktuelle markedspraksis. Forutsetningen er at dette påvirker, eller er egnet til å påvirke, forbrukeren til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet. Bestemmelsen inneholder intet generelt forbud mot skjult reklame, men slik reklame vil altså være forbudt dersom påvirkningsvilkåret er oppfylt.

Dersom en handling rammes av svartelisten, er det imidlertid ikke noe krav om påvirkning. Det følger av svartelistens punkt 11 at det under alle omstendigheter vil anses som villedende markedspraksis dersom det anvendes redaksjonelt innhold i medier til å fremme salg av et produkt der en næringsdrivende har betalt for slik reklame uten å gjøre det klart i innholdet eller ved bilder eller lyder som er klart gjenkjennelige for forbrukeren. Det følger dessuten av svartelistens punkt 22 at det anses som villedende feilaktig å hevde, eller gi inntrykk av, at den næringsdrivende ikke opptre som ledd i vedkommendes forretnings-, industri-, håndverks- eller yrkesvirksomhet, eller feilaktig å fremstille seg som en forbruker.

Departementet er av den oppfatning at bestemmelsen om skjult reklame kan videreføres, da den ikke går utover det som allerede følger av direktivets, herunder svartelistens, bestemmelser. Departementet foreslår at bestemmelsen inntas i lovforslagets kapittel I, § 1-2.

6.4 Regulering i andre nordiske land

6.4.1 Danmark

Folketinget vedtok den 16. desember 2005 ny lov om markedsføring (nr. 13). Loven trer i kraft 1. juli 2006. Generalklausulen har fått en noe endret ordlyd. For øvrig er det inntatt en ny bestemmelse om reklameidentifikasjon.

”§ 1. God markedsføringsskikk

Erhvervsdrivende omfattet af denne lov skal udvise god markedsføringsskikk under hensyntagen til forbrugere, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser.

§ 4. Reklamidentifikation

En reklame skal fremstå således, at den klart vil blive opfattet som en reklame uanset dens form og uanset, i hvilket medium den bringes.”

Det fremgår av § 1 at loven gjelder både forholdet B2C (business to consumer) og B2B (business to business), i likhet med det norske regelverket. Begrepet ”god markedsføringsskikk” omfatter så vel etiske som kommersielle aspekter. Også danske lovgivere må derfor foreta en vurdering om og eventuelt hvordan de skal videreføre den lovreguleringen som faller utenfor direktivets virkeområde.

6.4.2 Sverige

Den svenske Marknadsföringslagen (1995:450) inneholder krav til god markedsføringsskikk og reklameidentifikasjon:

”§ 1 Lagens syfte

Denna lag har till syfte att främja konsumenternas och näringslivets interessen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.

§ 3 Definitioner

I denne lags avses med [...] god marknadsføringssed: god affærssed eller andra vedertagne normer som syftar til att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsføring av produkter, [...]

§ 4 Krav på marknadsföringen

Marknadsføring skall stämma överens med god marknadsføringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. [...]

§ 5 Reklamidentifisering

All marknadsføring skall utformas och presenteras så att det tydligt framgår at det är fråga om marknadsføring.

Det skall också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen.”

Det svenske regelverket gjelder, i likhet med det norske og danske, både forholdet B2C og B2B. Den svenske markedsføringsloven har imidlertid på ett punkt et snevrere virkeområde enn øvrige nordiske lands lovgivning. Lovens ramme er folks interesse som kjøpere/forhandlere av varer og tjenester, i motsetning til generelle samfunnsinteresser, jf. henvisningen til markedsføring av produkter. Benetton-reklamene ble for eksempel ikke vurdert etter den svenske markedsføringsloven. Det var forventet at vurderingen av reklamen ville falle utenfor lovens virkeområde, siden den gjaldt annet enn kommersielle aspekter. På dette punktet er det således i hovedsak sammenfall mellom den svenske markedsføringslovens virkeområde og direktivets virkeområde.

6.4.3 Finland

Den finske Konsumentskyddslagen av 20. januar 1978 (nr. 38) inneholder følgende generelle bestemmelser om regulering av markedsføring i kapittel 2:

”§ 1 Vid marknadsføring får icke användas förfarande, som strider mot god sed eller eljest är otillbörligt mot konsumenterna.

Marknadsføring, vari ej inngår oppgifter, som är av behovet påkallade med hänsyn til konsumenternas hälsa eller ekonomiska trygghet, skall alltid anses otillbörlig.

§1a Av marknadsföringen skall tydligt framgå dess kommersiella syfte samt för vems räkning marknadsföringen bedrivs.”

Finland har separert ut bestemmelser om forbrukerbeskyttelse fra bestemmelser som gjelder forretningspraksis mellom næringsdrivende. På dette punktet samsvarer således finsk rett med direktivets virkeområde. I Finland hadde man ingen motforestillinger mot å vurdere den omstridte Benetton-reklamen etter generalklausulen. Den finske markedsretten konkluderte med at bildet av de blodige klærne til en død bosnisk soldat ikke skapte redsel for krig og vold, slik forbrukerombudet anførte, og reklamen var derfor ikke i strid med god sed. Det faktum at reklamen ble vurdert etter generalklausulen, innebærer uansett at denne omfatter både etiske og kommersielle aspekter. Finland vil derfor måtte foreta tilsvarende vurdering som Norge og Danmark om og hvordan lovregulering som faller utenfor direktivets virkeområde skal videreføres.

6.4.4 Island

Island har i 2005 gjennomført omfattende strukturelle lovendringer på konkurranse- og forbrukerområdet. Den tidligere konkurranseloven (lov av 25. februar 1993 nr. 8) omfattet både bestemmelser av konkurranserettslig og av forbrukerrettslig karakter, og artikkel 20 inneholdt generalklausulen. Loven er nå splittet opp i en ny konkurranselov (lov av 11. mai 2005 nr. 44) og en lov om tilsyn med urimelig markedspraksis og markedstransparens (lov av 20. mai 2005 nr. 57). Det er ikke foreslått materielle endringer i lovverket i tilknytning til generalklausulen, og artikkel 5 i sistnevnte lov lyder som følger:

”Any activity in the course of business operation which is contrary to good business practice, or any activity which is improper with regard to the interest of consumers, is prohibited.”

6.5 Departementets vurderinger - oppsummering

Generelt

Etter departementets vurdering vil det være mulig å opprettholde nasjonale regler som springer ut fra hensyn av ikke-økonomisk karakter. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt markedspraksisen samtidig kan sies å påvirke forbrukernes økonomiske disposisjoner.

Dagens praksis etter § 1 som faller innenfor direktivets virkeområde, må imidlertid integreres i tolkningen av bestemmelsene som gjennomfører direktivet artikkel 5, samt øvrige bestemmelser i direktivet.

Departementet mener det er mest hensiktsmessig å skille ut de deler av dagens lovregulering som faller henholdsvis innenfor og utenfor direktivets virkeområde i egne kapitler. Fordelen med en slik løsning er at direktivets bestemmelser beholdes i en egen bolk (lovforslagets kapittel II), og at det således ikke blandes inn kompliserende elementer i et fra før intrikat regelverk. Dessuten synliggjøres lovbestemmelser utenfor direktivets virkeområde (lovforslagets kapittel III).

Generalklausulen § 1 første ledd

Når det gjelder generalklausulen i dagens § 1 første ledd, vil deler av bestemmelsene og praksis etter disse kunne videreføres etter implementeringen av direktivet om urimelig markedspraksis.

Begrepet ”god forretningsskikk” henspiller på forholdet næringsdrivende imellom. Dette faller utenfor direktivets virkeområde og kan således videreføres. Departementet forslår at bestemmelser om handlinger næringsdrivende i mellom reguleres i et eget kapittel V.

Mye av praksis etter begrepet ”urimelig overfor forbruker” befinner seg i direktivets kjerneområde, og må derfor fortolkes i lys av og erstattes med direktivets bestemmelser, jf. lovforslagets kapittel II. Dette vil neppe innebære noen særlig endring av forbrukerbeskyttelsen slik den fremgår av praksis per i dag. Deler av praksis er dessuten begrunnet i ikke-økonomiske hensyn og foreslås videreført under kapittel III.

Praksis etter begrepet ”god markedsføringsskikk” er begrunnet i ikke-økonomiske hensyn, og faller utenfor direktivets virkeområde. Slik praksis kan videreføres

også etter implementeringen av direktivet. Departementet foreslår et eget kapittel III i lovforslaget som hjemler en videreføring av praksis etter bestemmelsen.

Kjønnsdiskriminerende reklame § 1 annet ledd

Bestemmelsen om kjønnsdiskriminerende reklame er begrunnet i likestillingshensyn, som er en ikke-økonomisk interesse. Gjennomføringen av direktivet vil således ikke berøre nasjonal regulering av kjønnsdiskriminerende reklame. Departementet foreslår at bestemmelsen inntil videre opprettholdes i kapittel III. Det tas imidlertid sikte på å nedsette en arbeidsgruppe som vil se nærmere på bestemmelsens berettigelse, innhold og plassering.

Særlig påtrengende reklame § 1 tredje ledd

Bestemmelsen om særlig påtrengende reklame i § 1 tredje ledd er basert på ikke-økonomiske hensyn. Vi er således utenfor direktivets virkeområde, og bestemmelsen, og praksis etter denne, kan videreføres uavhengig av implementeringen av direktivet. Departementet forslår at det i kapittel III om markedspraksis som har betydning for annet enn forbrukernes økonomiske interesser, spesifiseres at det kan legges vekt på slike forhold.

Skjult reklame § 1 fjerde ledd

Bestemmelsen om skjult reklame går lengre enn minimumsstandarden i fjernsalgsdirektivet som regelen er basert på. Den kan derfor ikke beholdes med hjemmel i felles europeisk sektorlovgivning, men må vurderes i forhold til direktivet om urimelig markedspraksis. Departementet er av den oppfatning at bestemmelsen om skjult reklame kan videreføres, da den ikke sier noe mer enn det som allerede følger av direktivets, herunder svartelistens, bestemmelser. Departementet foreslår at bestemmelsen inntas i lovforslagets kapittel I.

6.6 Forslag til lovbestemmelser

Kap I) Forbud mot urimelig markedspraksis

§ 1-1 Alminnelig bestemmelse

Urimelig markedspraksis er forbudt. Som markedspraksis regnes en næringsdrivendes markedsføring eller annen handling, unnlattelse, tiltak eller atferd for øvrig før, under eller etter salg eller levering av ytelser til forbrukere. Kapittel II, III og IV omhandler hva som anses som urimelig markedspraksis.

Ved urimelighetsvurderingen etter §§ 2-1 [alternativt 2-2], 3-1, 4-2 og 4-3 legges det vekt på om spesiallovgivning om forbrukerbeskyttelse er overtrådt.

§ 1-2 Reklameidentifikasjon

All markedsføring skal utformes og presenteres på en slik måte at den tydelig framstår som markedsføring.

Kap II) Forbrukernes økonomiske interesser

§ 2-1 Urimelig markedspraksis som har betydning for forbrukernes økonomiske interesser

En markedspraksis er urimelig dersom den strider mot god markedsskikk overfor forbrukere og den er egnet til merkbart å endre forbrukernes økonomiske atferd.

En markedspraksis er urimelig dersom den er villedende, jf. §§2-2, eller aggressiv, jf. §2-4.

Departementet fastsetter i forskrift en uttømmende opplisting over de formene for markedspraksis som under enhver omstendighet skal anses som urimelige.

Kap III) Annet enn forbrukernes økonomiske interesser

§ 3-1 Urimeleg markedspraksis som har betydning for annet enn forbrukernes økonomiske interesser

En markedspraksis er urimeleg dersom den strider mot god markedsføringskikk overfor forbrukere. Ved vurderingen kan det blant annet legges vekt på om markedspraksisen krenker allmenne etikk- og moraloppfatninger, om det tas i bruk støtende virkemidler, eller om markedspraksisen, på grunn av utforming, format, omfang eller innhold, fremstår som særlig påtrengende.

Annonser og den som utformer reklame skal sørge for at reklame ikke er i strid med likeverdet mellom kjønnene, og at den ikke utnytter det ene kjønns kropp eller gir inntrykk av en støtende eller nedsettende vurdering av kvinne eller mann.

6.7 Økonomiske og administrative konsekvenser

Lovforslaget forventes ikke å få økonomiske konsekvenser for næringslivet. Kapittel I og III innebærer kun en videreføring og/eller lovfesting av gjeldende rett når det gjelder lovstridsprinsippet, bestemmelsene om skjult reklame, god markedsføringskikk, særlig påtrengende reklame og kjønnsdiskriminerende reklame. Kapittel II innebærer ikke en tilstramning i forhold til gjeldende retts urimelighetsvilkår, heller en svak oppmykning.

Håndheving av nytt regelverk vil innebære merarbeid for Forbrukerombudet og Markedsrådet. Når samme praksis skal følges i hele EU, vil også samordning internasjonalt kunne kreve en del ressurser. Det må også tas høyde for at flere saker kan bli prøvd for EFTA-domstolen. Dette vil i så fall medføre økte omkostninger for Staten.

Kapittel 7. Beskyttelse av barn og unge i markedsføringen

7.1 Innledning

I dette kapitlet foreslår departementet at det innføres særregler om beskyttelse av barn i markedsføringsloven, i den grad dette er mulig sett hen til direktivet om urimelig handelspraksis (direktiv 2005/29/EF, heretter kalt "direktivet"). Med begrepet "barn" menes generelt mindreårige under 18 år, men i den konkrete urimelighetsvurdering vil målgruppens alder og utvikling, herunder om reklamen retter seg mot små barn eller ungdommer, tillegges vekt. Bakgrunnen for lovforslaget er at mindreårige må betraktes som en spesielt sårbar gruppe, sett i sammenheng med en utvikling der barn og unge i økende grad er gjenstand for oppmerksomhet fra de kommersielle aktørene, samt at det finner sted en stadig mer kreativ bruk av nye medier og virkemidler for å nå denne gruppen.

Spørsmålet om å innta en særskilt "barnebestemmelse" i markedsføringsloven har vært drøftet tidligere. I 1993 ble det nedsatt et utvalg som skulle vurdere om den daværende markedsføringsloven var egnet til å ta hånd om ulike former for uetisk markedsføring. Etter utvalgets oppfatning var det unødvendig å ha en særbestemmelse om markedsføring rettet mot barn. Det fremgår av NOU 1995:2 at utvalget anså hensynet til beskyttelse av barn tilstrekkelig varetatt gjennom den foreslåtte utforming av generalklausulen i § 1 første ledd.⁴⁸

På grunn av den økende kommersialiseringen i samfunnet er spørsmålet om en egen bestemmelse om beskyttelse av barn og unge igjen satt på den politiske dagsordenen. Implementeringen av direktivet om urimelig markedspraksis har dessuten nødvendiggjort en gjennomgang av markedsføringslovens bestemmelser. Departementet har i den anledning sett på muligheten for å innføre særregler om beskyttelse av barn og unge som stadfester dagens fortolkning og praksis etter gjeldende lovverk.

Direktivet legger begrensninger på hvilke regler vi kan ha nasjonalt innenfor direktivets virkeområde. I punkt 7.2 behandles forholdet til direktivet. I punkt 7.3 behandles gjeldende rett etter markedsføringsloven. Departementet går her gjennom hvilke deler av dagens praksis som antas å falle innenfor direktivets virkeområde, og således er underlagt gitte begrensninger, og hvilke områder som faller utenfor direktivet, der landene står fritt til å gi de nasjonale regler de måtte ønske. Punkt 7.4 omhandler annet regelverk og lovforslag. Punkt 7.5 inneholder en oversikt over reguleringen i øvrige nordiske land. I punkt 7.6 oppsummeres departementets vurderinger. I punkt 7.7 presenteres forslag til lovbestemmelser, mens punkt 7.8 gir en oversikt over økonomiske og administrative konsekvenser.

Barne- og likestillingsdepartementet har avholdt to møter med bransjen og interesseorganisasjoner⁴⁹, henholdsvis 25. mai og 29. november 2005, der temaet særregler om beskyttelse av barn ble behandlet. Referat fra møtene kan finnes på:

⁴⁸ NOU 1995:2 "Forslag til endringer i markedsføringsloven", side 14.

⁴⁹ Kreativt Forum (interesseorganisasjon for reklamebransjen), Annonsørforereringen (ANFO), Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon (HSH), Barneombudet og Forbrukerombudet.

7.2 Forholdet til EU/EØS-regelverk om markedsføring – direktivet

7.2.1 Regler om beskyttelse av barn og unge i direktivet

Direktivet har i svartelisten punkt 28 et forbud mot å direkte påvirke barn til å kjøpe ting eller mase på foreldrene eller andre om å kjøpe ting til dem:

”Å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem. Denne bestemmelsen berører ikke artikkel 16 i direktiv 89/552/EØF om fjernsynssending.”

Det er noe uklart hvor sterke kjøpsoppfordringer som kreves, men det er slått fast i fortalet til direktivet punkt 18 at bestemmelsen ikke innebærer et forbud mot markedsføring rettet mot barn.

I fortalets punkt 18 fremgår det videre at hvorvidt en handelspraksis skal anses urimelig, vurderes ut i fra den gjennomsnittlige forbruker. EF-domstolen har tolket dette til å være en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet forbruker, og dette er også gjengitt i fortalets punkt 18. Dersom markedsføringen er særskilt rettet mot en spesiell gruppe, eksempelvis barn, er det den gjennomsnittlige forbruker i denne gruppen som skal være gjenstand for vurderingen. Dette fremgår dessuten av direktivet artikkel 5 nr. 2 bokstav b.

Men også i tilfeller hvor markedsføringen ikke er rettet mot en spesiell gruppe, åpnes det i artikkel 5 nr. 3 for at forholdet til særlige sårbare grupper kan tas i betraktning. Dette utdypes i fortalets punkt 19. Alder og godtroenhet nevnes her som eksempler på forhold som gjør en gruppe særlig påvirkelig for en spesiell markedspraksis, og dersom den næringsdrivende med rimelighet må forutse dette, skal handelspraksisen vurderes ut i fra det gjennomsnittlige medlemmet av denne gruppen. Det åpnes med andre ord for at tolkningen av direktivets urimelighetsstandard vil avhenge av om markedsføringen kan sees eller høres av barn eller andre sårbare grupper, og om markedsføringen eller det markedsførte produktet er egnet til å påvirke denne gruppen i særlig grad.

Medlemsstatene vil vanskelig kunne videreføre/innføre andre regler enn det som er nedfelt i direktivet så lenge man er innenfor direktivets virkeområde. Dette innebærer at dagens praksis som faller innenfor direktivets virkeområde må integreres i tolkningen av bestemmelsene som gjennomfører direktivets artikkel 5 nr. 2, 5 nr. 3 og svartelistens punkt 28. Utenfor direktivets virkeområde står landene imidlertid fritt til å gi den nasjonale regulering man måtte ønske. Det er således viktig å definere dette området nærmere.

7.2.2 Virkeområdet for direktivet

Når det gjelder direktivets virkeområde generelt, herunder begrensningen til å regulere markedspraksis som berører forbrukerens økonomiske interesser, samt avgrensningen mot smaks- og anstendighetshensyn og helse- og sikkerhetshensyn, vises det til punkt 5.3 og 6.2.2 ovenfor.

Det vil etter departementets syn være mulig å lovfeste dagens praksis etter markedsføringsloven som springer ut fra hensyn av ikke-økonomisk karakter, jf. punkt 8.3 nedenfor. Videre vil det være mulig å slå ned på reklame som anses som urimelig etter mer allmenne samfunnsmessige betraktninger. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt markedspraksisen samtidig kan sies å påvirke forbrukernes økonomiske disposisjoner.

I en nordisk rapport behandles problemstillinger tilknyttet direktivets virkeområde og markedsføring mot barn og unge spesielt⁵⁰. Det argumenteres for at nasjonale regler eller praksis som først og fremst er fastsatt på bakgrunn av klart definerte ikke-økonomiske interesser, vil kunne opprettholdes parallelt med gjennomføringen av direktivet om urimelig markedspraksis. Som eksempel nevnes reklame som benytter farlig produkt, oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd på sikkerhetsnormer, reklame som spiller på frykt, angst og redsel, samt reklame som benytter aggressive virkemidler som vold, sex og rus. Det antas videre at det samme gjelder begrensninger på reklame for visse matvarer eller andre produkter som kan være spesielt ugunstig for barn, for eksempel på grunn av fedme.

På den annen side vil neppe mer generelle restriksjoner på markedsføring rettet mot barn (eksempelvis forbud mot direktoreklame overfor barn under 16 år), være forenlig med direktivet. I den nordiske rapporten vises det til at uttrykket ”uten at det pålegges et regelrett forbud mot reklame rettet mot barn” i fortalens punkt 18 er tatt med nettopp for å understreke at generelle forbud ikke er i samsvar med direktivet.

7.3 Oversikt over dagens lovverk og praksis

7.3.1 Ingen særskilte regler knyttet til markedsføring rettet mot barn

Den norske markedsføringsloven (lov av 16. juni 1972 nr. 47) har i dag ingen særskilte regler knyttet til markedsføring rettet mot barn og unge. Det er intet forbud mot å rette reklame mot denne gruppen generelt. Markedsføringsloven setter imidlertid visse skranker for reklame mot barn og unge. Praksis på dette området bygger i hovedsak på generalklausulen i markedsføringsloven § 1 første ledd, jf. § 1 tredje og fjerde ledd. Det slås således ned på reklame som er urimelig overfor forbrukerne eller som for øvrig strider mot god markedsføringsskikk.

Kriteriet ”god markedsføringsskikk” ble inntatt i § 1 ved lovendring som trådte i kraft 1. april 1997. Ved innføringen av begrepet sluttet Stortinget seg til departementets vurdering om at en ved markedsføring overfor barn ville kunne stille strengere krav enn ellers⁵¹. Det følger også av Forbrukerombudets og Markedsrådets praksis at de generelle reglene tolkes strengere når barn og unge er målgruppen for markedsføringen.

⁵⁰ Se ”EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices. Report for the Nordic Council of Ministers, Committee on Consumer Affairs.” av Antonia Bakardjieva Engelbrekt, side 58 flg.

⁵¹ Jf. Ot. prp nr. 70 (1995-96) side 11.

Det fremgår av forarbeidene til loven at både artikkel 16 i fjernsynsdirektivet og artikkel 14 i Det Internasjonale Handelskammers (ICC) grunnregler for reklamepraksis vil være retningsgivende ved tolkningen av begrepet ”god markedsførings-skikk”. Det vises i den anledning til utvalgets uttalelser⁵², samt til departementets tilslutning til dette⁵³.

Ved vurderingen av om loven er overtrådt når det gjelder barn og unge, legges det særlig vekt på at en ikke skal utnytte barn og unges påvirkelighet, godtroenhet, tillit og manglende erfaring, samt at det skal være lett å skille reklame fra annet stoff. Videre legges det vekt på om reklamen er særlig påtrengende og hvilket medium som benyttes (direktoreklame, TV- og kinoreklame, TV-programtrailere, Internett, superboards m.v.).

Deler av den praksis vi har etter markedsføringsloven § 1 berører de mindreåriges økonomiske interesser. Denne praksisen er rettet mot virkemidler eller handlinger som er egnet til å påvirke etterspørselen etter en vare eller en tjeneste. Mye av forvaltningspraksis knyttet til markedsføring rettet mot barn og unge, er imidlertid begrunnet i andre hensyn enn å beskytte barn og unges økonomiske interesser. Hovedhensikten er her å beskytte barn og unge mot uheldige budskap eller virkemidler i reklamen, og ikke mot selve reklamen som sådan. Dette vil igjen si at praksisen ikke er rettet mot tiltak som er egnet til å påvirke etterspørselen, men derimot mot virkemidler eller handlinger som oppfattes som støtende ut i fra mer allmenne betraktninger.

7.3.2 Urimelig kjøpepress, lokketilbud, kjøps- og maseoppfordringer

Forbrukerombudet har behandlet en rekke saker etter markedsføringsloven § 1 som gjelder bruk av virkemidler som kan være egnet til å skape et urimelig kjøpepress på barn. Et eksempel er forbrukerombudets sak 99-0701. Saken gjaldt en McDonalds annonse for måltidet Happy Meal i Donald Duck & Co. Med Happy Meal fulgte det en ny leke hver uke. Lekene, som kunne settes sammen til en stor Mikke Mus-figur, kunne også kjøpes separat. For å få en hel figur måtte barna samle leker i fire uker. Etter Forbrukerombudets vurdering ville dette appellere til barns samlebehov og øke kjøpepresset. Markedsføringen ble ansett i strid med markedsføringsloven § 1.

Reklame rettet mot barn som inneholder en kjøpsoppfordring av typen ”kom og kjøp”, ”neste gang du kjøper” eller ”får du hos din leketøysforhandler”, vil kunne anses i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd. Det samme gjelder en oppfordring til å overtale foreldre eller andre til kjøp. Et eksempel er Forbrukerombudets sak 00-2298. Saken gjaldt en annonse for et ferieopphold på Gaustadblakk høyfjellshotell i Donald Duck & Co. I annonsen het det bl.a.: ”Hei på deg! Ta med mamma og pappa på jul/vinterferie til oss i vinter”, ”På julaften kommer julenissen” og ”Send inn kupongen, og vi sender deg vårt juleprogram og en kjempesmart lommelykt!”. Forbrukerombudet fant at markedsføringen var i strid med markedsføringsloven § 1, da barna direkte ble oppfordret til å overtale foreldrene til å feriere på hotellet.

⁵² Jf. NOU 1995:2 side 14.

⁵³ Jf. Ot. prp. nr. 70 (1995-96) side 10.

Praksis som nevnt ovenfor må kunne sies å falle inn under virkeområdet til direktivet om urimelig markedspraksis. Det dreier seg her om tiltak som typisk er egnet til å øke etterspørselen etter en vare. Det faktum at maseoppfordringer er inntatt i svartelistens punkt 28, jf. punkt 7.2.1 ovenfor, trekker i retning av at vi her er i kjerneområdet av direktivet.

Det kan imidlertid nevnes at også i slike saker finnes det moralske og etiske aspekter. Et eksempel er Sørlandschips-saken (Forbrukerombudets sak 96-0823), der annonsøren appellerer til barna om å hjelpe de stakkars figurene i reklamen, og således spiller på deres følelser. Videre vil også det å appellere til barns samlerbehov kunne sies å ha en etisk side.

7.3.3 Særlig påtrengende reklame

Ved vurderingen av hva som anses i strid med § 1 første ledd kan det legges vekt på om reklamen fremstår som særlig påtrengende, jf. § 1 tredje ledd.

Eksempelvis vil superboards og ”trikkereklame” lettere kunne anses som ”særlig påtrengende” enn for eksempel en annonse i et blad eller i en avis. Fjernsyn og kino anses som særlig sterke og påtrengende medier med stor påvirkningskraft og hvor det gjerne tas i bruk sterke virkemidler. Ifølge Forbrukerombudets praksis stilles det krav om at reklameinnslag i tilknytning til barneforestilling på kino skal følge aldersgrensen på hovedfilmen.

Direkte adressert reklame er en annen form for reklame som kan virke påtrengende. Kravene vil være strengere ved markedsføring direkte adressert til barn enn dersom tilsvarende materiell rettes til voksne. Et eksempel er Markedsrådets sak nr. 9/2001 der et slankepreparatet ble sendt som direkte adressert C-post til flere barn i alderen 10-14 år. Markedsrådet fant det urimelig og i strid med god markedsføringsskikk å adressere markedsføring av slankeprodukt direkte til umyndige under 18 år.

Når det gjelder forholdet til direktivet, vises det til punkt 6.3.3 ovenfor.

7.3.4 Skjult reklame

Et grunnleggende prinsipp er at markedsføring tydelig skal fremstå som markedsføring, og at den ikke på grunn av utforming, presentasjon eller sammenblanding med andre elementer er vanskelig å gjenkjenne og identifisere som reklame. Prinsippet er lovfestet i dagens markedsføringslov § 1, fjerde ledd.

Prinsippet er spesielt viktig når reklame er rettet til barn og unge, og medfører at markedsføringen må utformes slik at det er åpenbart for den aldersgruppen som er målgruppe at det er tale om markedsføring. Nye medier og nye markedsføringsfenomener gjør skillet mellom markedsføring, underholdning og redaksjonelt stoff vanskelig å trekke. Både innhold og form kan være med å gjøre markedsføringen vanskelig å identifisere. Ofte vil markedsføringen fremstå som noe annet enn markedsføring, typisk ved at markedsføringen er blandet sammen med spill-, leke- og underholdningsaktiviteter.

Når det gjelder forholdet til direktivet, vises det til punkt 6.3.4 ovenfor.

7.3.5 Produktmerking som er egnet til å villede

Ved overtredelse av markedsføringsloven § 2 (villedende forretningsmetoder) eller § 3 (utilstrekkelig veiledning) vil også generalklausulen i markedsføringsloven § 1 første ledd kunne anses overtrådt. Det følger for øvrig av ICCs grunnregler for reklamepraksis⁵⁴, at det skal utvises særlig forsiktighet for å sikre at reklamen ikke villeder barn og unge med hensyn til produktets faktiske størrelse, verdi, beskaffenhet, holdbarhet og ytelse.

Praksis vedrørende villedende produktmerking vil gjerne være begrunnet i hensynet til forbrukerens økonomiske interesse. Ofte gjelder slike saker villedning med hensyn til det markedsførte produktets kvaliteter, og dette faller innenfor direktivets virkeområde. Et eksempel er Forbrukerombudets sak 93-0773 som gjaldt markedsføring av modellbiler. Modellbilen i ferdigbygd stand var ikke i samsvar med bildene på utsiden av esken og eskens størrelse ga forventninger om noe annet enn det ferdige resultatet. Etter en helhetsvurdering kom Forbrukerombudet til at informasjonen på emballasjen var villedende og i strid med markedsføringsloven §§ 2 og 3.

Det forekommer også at produktmerkingen er mangelfull eller villedende sett hen til helse- og sikkerhetsaspekter ved produktet, og denne praksisen kan sies å være begrunnet i andre hensyn enn de økonomiske. Som nevnt ovenfor i punkt 7.2.2 er det unntak fra direktivet for regler som beskytter forbrukernes helse og sikkerhet. Her kan det vises til Forbrukerombudet sak 97-0319 vedrørende godteriposen "Baby Wild Animals". På posen var det en advarsel på engelsk om at innholdet ikke egnet seg for barn under 5 år. Forbrukerombudet viste til at advarsler vedrørende liv og helse skal gis på norsk, jf. markedsføringsloven §§ 1 og 3.

7.3.6 Reklame som ikke tar hensyn til umyndiges begrensede avtalekompetanse

I følge vergemålsloven § 2 kan en umyndig i utgangspunktet ikke selv råde over sine midler eller binde seg ved rettshandel. Vergemålsloven bestemmer videre at en umyndig ikke kan påta seg en gjeldsforpliktelse uten overformynderiets samtykke, jf. §§ 1 og 55. Forbrukerombudet har på den bakgrunn lagt til grunn at det må anses som en urimelig handling i strid med markedsføringslovens § 1 første ledd å oppfordre umyndige til å inngå kjøpsavtale som innebærer stiftelse av en gjeldsforpliktelse. Det vises til Forbrukerombudets sak 00-2221 som gjaldt telefonsalg av mobilabonnement til mindreårige.

Direktivet om urimelig markedspraksis berører ikke avtaleretten, jf. punkt 5.5.2 ovenfor.

7.3.7 Reklame som benytter farlig produkt, oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd på sikkerhetsnormer

Det stilles strenge krav med hensyn til markedsføring av farlige produkter eller fremstilling av farlige situasjoner, spesielt dersom reklamen retter seg mot barn eller dersom barn medvirker i reklamen. Dette følger også av fjernsynsdirektivet

⁵⁴ Artikkel 14 pkt 1b, underpunkt i.

artikkel 16 punkt 1 bokstav d. Det vil videre kunne være i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd å oppfordre til lovbrudd, farlig adferd eller brudd på vanlige sikkerhetsnormer. Dette er i overensstemmelse med ICCs grunnregler for reklamepraksis, jf. artikkel 14 punkt 2.

Markedsrådets sak nr. 13/1993 gjaldt reklamefilm for maling, der en liten gutt demonstrerte "farveglede" ved å håndmale farens Mercedes. Situasjonen viste mangel for respekt for de sikkerhetsnormer som gjaldt malingprodukter, og Markedsrådet fant at annonsøren hadde overtrådt aktsomhetsnormen.

Praksis er begrunnet i klare etiske og moralske hensyn, og ikke i økonomiske. En slik praksis vil være utenfor direktivets virkeområde.

7.3.8 Reklame som spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit

Det vil kunne anses i strid med god markedsføringsskikk å spille på følelser som sosial usikkerhet, dårlig selvtillit eller dårlig samvittighet. Dette prinsippet følger også av ICCs grunnregler for reklame, jf. artikkel 14 punkt 3 bokstav a.

Forbrukerombudets sak 92-2073 gjaldt en annonse i bladet Foreldre og Barn. Annonsen viste avbildning av tre smilende og lekende barn, mens det fjerde barnet satt i vinduet og så på. Annonsen hadde følgende tekst: "Alle fikk være med å leke unntatt Anne-Li - Hun hadde Cherrox-kopi". Forbrukerombudet uttalte at det måtte utvises forsiktighet med å spille på sosial usikkerhet og følelser mellom foreldre og barn i markedsføringen, og annonsen ble på denne bakgrunn ansett i strid med markedsføringsloven § 1.

Også slik praksis er begrunnet i andre hensyn enn de økonomiske. Det er her de etiske og moralske aspekter som er sentrale, og en er således utenfor direktivets virkeområde.

7.3.9 Reklame som spiller på frykt, angst eller redsel

Markedsføring som unødig kan skape frykt, angst eller redsel, eller på annen måte tar i bruk virkemidler som kan virke skremmende, vil kunne være i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd. Ved vurderingen vil både reklamens budskap og de virkemidler som benyttes være relevante momenter.

Forbrukerombudets sak 88-1602 gjaldt annonse for tilbud om livsforsikring. I annonsens heading var en gutt tillagt følgende utsagn: "Pappaen min kan aldri dø, for vi har livsforsikring." Forbrukerombudet la vekt på at annonsen utvilsomt kunne underbygge barns naturlige frykt for tap av en eller begge foreldrene, og anså markedsføringstiltaket urimelig og i strid med markedsføringsloven § 1.

Praksis om reklame som spiller på frykt, angst eller redsel er begrunnet i etiske og moralske hensyn, og vi befinner oss utenfor direktivets virkeområde.

7.3.10 Reklame som benytter aggressive virkemidler som vold, sex eller rusmidler

Det vil lett kunne anses i strid med markedsføringsloven § 1 dersom reklame spiller på vold, sex eller rusmidler. Dette vil særlig gjelde i forhold til barn og unge. Mediets art og eventuelt sendetidspunkt vil kunne ha særskilt betydning ved vurdering av hvorvidt et markedsføringstiltak som spiller på denne type virkemidler anses lovstridig.

Forbrukerombudets sak 01-0193 gjaldt en annonse for mobiltjenester rettet mot ungdom. Annonsen viste et blodig bilde av en ung mann med oppdelt tunge. Etter Forbrukerombudets vurdering var avbildningen grotesk og ekstrem i sin fokusering på blod og smerte. Forbrukerombudet fant at bruk av så sterke virkemidler måtte anses støtende ut fra alminnelig, anerkjente og utbredte normer i samfunnet. Annonsen ble ansett i strid med markedsføringsloven § 1.

Forbrukerombudets sak 99-0410 gjaldt en reklamekatalog for ungdomsklær. Modellene i katalogen var meget unge og lettkledde og i flere av avbildningene poserte de i seksuelt utfordrende stillinger. Etter Forbrukerombudets vurdering måtte de kropps- og sexfikserte avbildningene anses i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd.

Det er på det rene at praksis om reklame som benytter aggressive virkemidler er begrunnet i andre hensyn enn de økonomiske. En slik praksis vil være utenfor direktivets virkeområde.

7.4 Annet relevant regelverk, lovforslag m.v.

7.4.1 Innledning

Det finnes også annet regelverk som har betydning i forbindelse med markedsføring overfor barn og unge, herunder kringkastingsloven og personopplysningsloven. Det finnes også enkelte lovforslag av relevans for temaet. Ingen av disse lovreglene eller lovforslagene vil bli drøftet i forbindelse med revideringen av markedsføringsloven, men det er hensiktsmessig å nevne disse for oversiktens skyld. Det må vurderes om generelle forbud som beskrevet nedenfor vil stå seg ved implementeringen av direktivet om urimelig markedspraksis. Det vil kunne være aktuelt å søke om overgangsordning, jf. direktivets artikkel 3 nr. 5 og 6.

7.4.2 Kringkastingsloven

Lov om kringkasting (lov av 4. desember 1992 nr. 127) med tilhørende forskrifter har særlige regler som gjelder reklame i kringkasting og forholdet til barn og unge. Mens annonsør er ansvarlig for at reklamen er i samsvar med markedsføringsloven, retter kringkastingsregelverket seg mot kringkaster.

Kringkastingsloven § 3-1 annet ledd setter forbud mot reklame særlig rettet mot barn i fjernsyn og radio. I forskriftenes § 3-6 gis nærmere anvisning på tolkningen av bestemmelsen samt utfyllende regler om forholdet til barn og unge under 18 år.

7.4.3 Personopplysningsloven

Personopplysningsloven (lov av 14. april 2000 nr. 31) har blant annet regler om krav til samtykke til utlevering av personopplysninger. Forbrukerombudet ga i samarbeid med Datatilsynet i 2004 ut en veileder om innsamling og bruk av barn og unges personopplysninger. Hovedregelen er at barn over 15 år kan samtykke til bruk av personopplysninger om seg selv. For barn som er yngre enn 15 år, må foreldrene samtykke. Det er oppstilt unntak for sensitive personopplysninger, hvor aldersgrensen for samtykke er satt til 18 år.

7.4.4 Forslag om reklameforbud i skolen

Reklamebransjen og Forbrukerombudet har tatt initiativ til lovregulering om reklameforbud i skolen. Dette blir for tiden vurdert av Kunnskapsdepartementet, og et eventuelt forbud vil sannsynligvis inntas i opplæringsloven (lov av 17. juli 1998 nr. 61). Problemstillingen drøftes ikke nærmere i dette høringsnotatet.

7.4.5 Forslag om forbud mot reklame for skrapmat

Ett tema som har fått økt oppmerksomhet både på norsk, nordisk og europeisk plan de siste årene, er markedsføring av usunn mat overfor barn. Enkelte interessegrupper ønsker et forbud mot markedsføring rettet mot barn for såkalt skrapmat (mat med stor andel av salt, sukker og fett m.v.).

Departementets vurdering er at det ikke er hensiktsmessig å foreslå et nasjonalt forbud mot slik type markedsføring på dette tidspunktet. Departementet tar sikte på å lovfeste gjeldende praksis, mens et forbud mot markedsføring rettet mot barn for usunn mat vil være av ny karakter. Problemstillingen reiser vanskelige juridiske avgrensninger som ikke har vært gjenstand for utredning. Det er heller ikke gitt at et eventuelt forbud hører hjemme i markedsføringsloven, da helseaspektet kommer tungt inn. Problemstillingen drøftes ikke nærmere i dette høringsnotatet.

Et eventuelt forbud vil imidlertid trolig gå klar av direktivet om urimelig markedspraksis, da dette vil være tuftet på hensynet til helse og sikkerhet.

7.5 Regulering i andre nordiske land

7.5.1 Danmark

Det var heller ikke i Danmark egne regler om reklame rettet mot barn og unge i tidligere markedsføringslov. Den 15. april 2005 la imidlertid det danske Markedsføringsutvalget fram sin betenkning om en ny markedsføringslov. Utvalget foreslo blant annet egne regler for reklame rettet mot barn og unge. På bakgrunn av betenkningen fremmet den danske regjering forslag til ny markedsføringslov for Folketinget. Lovforslagets § 8 inneholdt særbestemmelser om markedsføring mot barn og unge. Under første forhandling i Folketinget kom det frem at samtlige partier som uttalte seg var positive til egne særbestemmelser om beskyttelse av barn og unge. Flere partier ønsket imidlertid strengere bestemmelser enn de som ble foreslått.

Den nye markedsføringsloven trådte i kraft 1. juli 2006. Loven inneholder enkelte endringer i forhold til det opprinnelige lovforslaget, blant annet i bestemmelsen om markedsføring mot barn og unge. Bestemmelsen inntas i sin helhet nedenfor:

”Markedsføring rettet mod børn og unge

§ 8

Markedsføring rettet mod børn og unge skal være udformet med særlig hensyntagen til børn og unges naturlige godtroenhed og manglende erfaring og kritiske sans, som bevirker, at de er lette at påvirke og nemme at præge.

Markedsføring rettet mod børn og unge må ikke direkte eller indirekte opfordre til vold, anvendelse af rusmidler, herunder alkohol, eller anden farlig eller hensynsløs adfærd eller på utilbørlig måde benytte sig af vold, frygt eller overtro som virkemidler.”

Det uttales i merknadene til det opprinnelige lovforslaget at dette ikke implementerer direktivet om urimelig markedspraksis, og at formålet er å revidere markedsføringsloven på bakgrunn av Markedsføringsudvalgets anbefalinger.

Danmark har gitt uttrykk for et ønske om å beholde bestemmelsen om særlig beskyttelse av barn. Den ble beskrevet som en ”liten generalklausul” om reklame til barn, med enkelte mer spesifikke forbud. Det ble gitt uttrykk for at de spesifikke forbudene i annet ledd faller utenfor direktivets virkeområde, da de er begrunnet i smaks- og anstendighetshensyn. Den generelle bestemmelsen i første ledd anses som en beskrivelse av hva som kjennetegner ”gjennomsnittsforbrukeren” i en barnegruppe.

7.5.2 Sverige

Den svenske markedsføringsloven inneholder ikke særlige bestemmelser om markedsføring til barn. Utgangspunktet er at markedsføring rettet mot barn bedømmes etter samme materielle regler som reklame rettet mot voksne. Det stilles imidlertid spesielt høye krav til vederheftighet og hederlighet når reklamen retter seg til en målgruppe som kan antas å være mindre kritisk og mer mottakelig for reklamepåvirkning og overdrevne produktløfter.

ICCs grunnregler for reklame påberopes ofte ved bedømmelsen av barnereklame og har betydning ved rettsanvendelsen. Tolkningen av normene påvirkes av hvilket medium som er reklamebærer. Ulike medier har ulik karakter og egenskaper og det er ikke gitt at et reklametiltak som aksepteres i et medium er godtatt i et annet.

I henhold til Marknadsdomstolens praksis er direkteadressert reklame til barn under 16 år i strid med den svenske markedsføringsloven. Sverige har også forbud mot TV-reklame rettet mot barn under 12 år i Radio- og TV-loven.

7.5.3 Finland

Den finske konsumentskyddslagen har ikke særlige regler om markedsføring til barn. I henhold til kapittel 2 i loven er markedsføring som strider mot ”god sed” eller som for øvrig er utilbørlig overfor forbrukerne ulovlig. Markedsføring som retter seg til barn bedømmes strengere enn annen markedsføring. Det finske

forbrukerombudet har laget retningslinjer for markedsføring til barn basert på loven, forarbeidene, Marknadsdomstolens avgjørelser og Konsumentombudsmannens praksis.

7.5.4 Island

Island har i 2005 gjennomført omfattende strukturelle lovendringer på konkurranse- og forbrukerområdet. Den tidligere konkurranseloven (lov av 25. februar 1993 nr. 8) omfattet både bestemmelser av konkurranserettslig og av forbrukerrettslig karakter, og artikkel 22 inneholdt en egen bestemmelse om barn og markedsføring. Loven er nå splittet opp i en ny konkurranselov (lov av 11. mai 2005 nr. 44) og en lov om tilsyn med urimelig markedspraksis og markedstransparens (lov av 20. mai 2005 nr. 57). Reglene i den gamle lovens kapittel VI og VII er videreført i sistnevnte "markedsføringslov", og den tidligere "barnebestemmelsen" er inntatt i sin helhet i artikkel 8. Det er således ikke foreslått materielle endringer i lovverket i tilknytning til markedsføring overfor barn og unge.

I henhold til artikkel 8 annet til fjerde ledd skal det ved utformingen av reklame tas hensyn til at barn og unge ser og hører den, og reklamen skal på ingen måte være støtende for dem. Videre skal det utvises særlig forsiktighet på grunn av barns godtroenhet og lettpåvirkelighet. Dersom barn er med i reklamen, skal den heller ikke vise eller beskrive farlige handlinger eller situasjoner som kan lede dem eller andre barn inn i farlige situasjoner eller oppføre til lovbrudd.

7.6 Departementets vurdering

7.6.1 Hensyn for og mot særregulering om beskyttelse av barn og unge

Det synes å være bred enighet blant de ulike aktørene i Norge om at barn og unge er spesielt sårbare og har behov for særskilt beskyttelse overfor markedsføring. På et møte med representanter fra bransjen og interesseorganisasjoner som departementet arrangerte i mai 2005, var den entydige tilbakemeldingen at dagens praksis etter norsk markedsføringslov ikke anses å være for streng. Det var derfor ikke prinsipielle motforestillinger mot at dagens praksis videreføres. Derimot var det delte meninger om det er ønskelig å lovfeste dagens regler. Forbrukerombudet og Barneombudet mener det er behov for særregler, for å stadfeste og tydeliggjøre dagens praksis. Representanter fra bransjen ønsker derimot ikke særregler som kodifiserer praksis, men vil heller opprettholde dagens regime med en generell generalklausul som utdypes gjennom forvaltningspraksis. Bransjen er også opptatt av at den nasjonale reguleringen i Norge ikke bør skille seg vesentlig ut fra lovreguleringen i Europa for øvrig.

Det kan argumenteres for at en særregulering i markedsføringsloven knyttet til beskyttelse av mindreårige, vil gjøre loven mindre generell og fleksibel. Det kan også hevdes at egne barnebestemmelser i markedsføringsloven er et skritt i gal retning når det gjelder målsetningen om regelforenkling. Det kan også virke ulogisk at man nedfeller prinsipper om beskyttelse av én sårbar gruppe, mens markedsføring som kan skade andre sårbare grupper vil måtte vurderes etter de

generelle reglene i loven (eksempelvis funksjonshemmede, personer med minoritetsbakgrunn eller tilhørighet til religiøse grupperinger).

Departementet er likevel av den oppfatning at det er hensiktsmessig med egne regler som beskytter denne gruppen.

Mindreårige må for det første betraktes som en spesielt sårbar gruppe. Barn og unge er sårbare for påvirkning fra markedsføring, fordi de ikke har den nødvendige erfaring eller kritiske sans til å foreta objektive vurderinger i tilknytning til reklame.⁵⁵ Dette gjør at de blir lette å lede når det for eksempel lokkes med løfter om gaver eller deltakelse i konkurranser.

I TemaNord rapporten ”Kommersielt press mot barn og unge i Norden”⁵⁶ drøftes spørsmålet om barnet er sårbart og trenger beskyttelse eller om det kan betraktes som en selvstendig aktør med egne ønsker og behov. Undersøkelsen viser at det er den førstnevnte oppfatningen som råder. Norske foreldre oppfatter barn og unge som sårbare, stilt overfor kommersielle krefter.

Et annet argument er at mindreårige er en meget attraktiv målgruppe for kommersielle aktører. Barn og unge opptre selv som forbrukere i stadig tidligere alder. De mindreårige har dessuten stor påvirkningskraft på familiens innkjøp og prioriteringer forøvrig. Videre representerer barn og unge fremtidens forbrukere. Det blir derfor viktig for de næringsdrivende å forsøke å påvirke barna i tidlig alder, både for å sikre seg størst mulig andel av familiens ”husholdningspenger” og for å kapre barnas merkevarelojalitet og produktpreferanser.

En dansk undersøkelse fra 2003 viser at 5- og 7-åringer behersker ca. 1000 ord, hvorav ca. 200 er merkevarenavn⁵⁷. Jo tidligere man kommer inn i barnas liv, desto sterkere preferanser skapes. Begrepet ”tweens” har vokst frem som en karakteristikk på aldersgruppen 8-12 år, markedssegmentet mellom barn og tenåringer.⁵⁸

Barn og unge er således i økende grad gjenstand for oppmerksomhet fra de kommersielle aktørene. Samtidig har det funnet sted en stadig mer kreativ bruk av nye medier og virkemidler for å nå denne gruppen. Medieutviklingen gjør det enklere å integrere reklame i annet stoff, og grensen mellom reklame, informasjon og underholdning blir ofte utydelig. Økt bruk av levende bilder, lyd og interaktivitet fører også til en mer intens og direkte påvirkning på barn og unge.

Departementet mener det er av sentral betydning å beskytte barn og unge mot det økende kommersielle presset de blir utsatt for i dagens samfunn.

⁵⁵ Se blant annet omtale i NOU 2001:6 ”Oppvekst med prislapp?” (Nyborg-utvalget) side 40 om forskning knyttet til barns forståelse av reklame ved ulike alderstrinn og barns evne til å skille mellom reklame og programinnhold. Se også SIFO-rapporten ”Den kommersielle ungdomstiden” for tall på forbruk og kjøpemønster.

⁵⁶ TemaNord 2005:567. Rapporten er utarbeidet av SIFO.

⁵⁷ Se rapporten ”The Economic power of Children” utarbeidet av Flemming Hansen, Jens Halling og Jens Carsten Nielsen i 2003, inntatt i ”Barns makt”, Lena Olsen (red) i 2004, side 87 flg.

⁵⁸ Se Siegel, Coffey & Livingston ”The Great Tween Buying Machine” (2001) og Martin Lindstrøm ”Brandchild” (2003).

Den ovennevnte argumentasjonen for egne barnebestemmelser knytter seg tilsynelatende til økonomiske hensyn, i den forstand at det fokuseres på at barnets sårbarhet gjør det mer mottagelig for tiltak som er egnet til å påvirke etterspørselen av et produkt. Det er imidlertid andre hensyn som er desto viktigere i vurderingen av om egne barnebestemmelser er hensiktsmessige, herunder etiske og moralske hensyn. Det faktum at barna er en viktig målgruppe for annonsørene, medfører at det tas i bruk sterke, og ofte støtende, virkemidler for å fange denne gruppens oppmerksomhet. Reklamen spiller ofte på barnets sosiale usikkerhet og dårlige selvtillit, jf. punkt 8.3 ovenfor. Iblant benyttes vold, sex og rusmidler som oppmerksomhetsvekkere, eller det spilles på frykt, angst eller redsel. Det vises i den anledning til Nyborg-utvalgets utredning⁵⁹ der det uttales:

”Et utviklingstrekk de siste årene har vært såkalt grensesprengende reklame. Markedsførerne søker oppmerksomhet ved å sjokkere. Eksempelvis har det vært en trend å la reklamen spille på pornografiske effekter og å bryte tabuer. Forbrukerombudet og Barneombudet har registrert en økt tendens til bruk av slike virkemidler. Reklamen rettet mot barn og unge er i økende grad blitt kroppsfiksert. Selv for produkter som ikke har med kropp å gjøre, spilles det på kropp, sensualitet og sex. Fotomodellene blir stadig yngre, også de som opptrer i reklame rettet mot voksne. Det er grunn til å tro at denne type reklame påvirker barn og unges verdi- og menneskesyn, selvbilde og spesielt kropps- og skjønnhetsidealer.”

Videre vises det til TemaNord rapporten ”Kommersiell press mot barn og unge i Norden”, der det uttales:

”Dette ser ut til å være en annen måte det kommersielle presset oppleves på, og som er mer forankret i kulturelle forhold. Foreldrene føler at barna er manipulerte og ofre for reklamens glansede bilder og uvirkelige verden, og at dette gjør at de blir misfornøyd med seg selv. De føler at reklamen eller det kommersielle presser seg inn i familien, inn i barnas egne verden og utfordrer grunnleggende verdier.”⁶⁰

Her vektlegges altså kulturelle og verdimeslige aspekter i tillegg til de rent økonomiske. Rapporten viser dessuten massiv oppslutning fra foreldrene i samtlige nordiske land rundt utsagnet ”Reklamen gjør at stadig flere unge er misfornøyd med utseendet”.

En undersøkelse utført av Statens filmtilsyn i 2004⁶¹ viser at foreldrene anså reklame, banning og vold som det mest uønskede innholdet i nær sagt alle medier. Reklame på TV, kino, Internett, i tegneserier og blader ble regnet som mest problematisk. Videre viser undersøkelsen at foreldre opplever at reklame i tillegg til å legge et stort kjøpepress på barna, også sender ut livsstilssignaler foreldrene er lite fornøyde med.

Etter departementets vurdering er det ønskelig å opprettholde dagens beskyttelse av barn og unge etter markedsføringsloven. En måte å oppnå dette på er å lovfeste de prinsipper som i dag følger av forvaltningspraksis. I tillegg til å stadfeste og

⁵⁹ NOU 2001:6 ”Oppvekst med prislapp?”, side 46.

⁶⁰ TemaNord 2005:567, side 88.

⁶¹ Statens filmtilsyn rapport 1/2004 ”Medieregulering og foreldre. Kunnskap og holdninger til innholdsregulering av audiovisuelle medier”. Rapporten er utarbeidet av Faltin Karlsen og Trine Syvertsen.

synliggjøre dagens praktisering av loven på dette området, vil det sikre større forutsigbarhet for de næringsdrivende. Trolig vil det også øke bevisstheten rundt behovet for å beskytte barn og unge mot økt omfang av markedsføring i flere og flere medier. Departementet er derfor av den oppfatning at slike lovbestemmelser vil ha en forsterket normerende effekt i forhold til dagens reguleringsregime.

7.6.2 Departementets vurdering av i hvilken grad dagens praksis kan lovfestes - oppsummering

Gjennomgangen i punkt 7.2 og 7.3 ovenfor viser at det etter departementets vurdering vil være mulig å opprettholde nasjonale regler som beskytter de mindreåriges ikke-økonomiske interesser. Det vil derfor være mulig å lovfeste dagens praksis etter markedsføringsloven som knytter seg til beskyttelse av mindreårige mot reklame som benytter farlig produkt, oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd på sikkerhetsnormer, reklame som spiller på frykt, angst og redsel, samt reklame som benytter aggressive virkemidler som vold, sex og rus. Det vil også være mulig å lovfeste dagens praksis knyttet til særlig påtrengende reklame mot barn og unge.

Dagens praksis som faller innenfor direktivets virkeområde og knytter seg til økonomiske interesser, må imidlertid integreres i tolkningen av bestemmelsene som gjennomfører direktivet artikkel 5 nr. 2, 5 nr. 3 og svartelistens punkt 28, samt øvrige bestemmelser i direktivet. Det vil etter all sannsynlighet ikke være mulig å ha egne, nasjonale bestemmelser som utdyper fortolkningen av disse reglene.

Selv om man må forholde seg til de regler som oppstilles i direktivet, er det ikke sikkert at dette vil innebære noen endring av forbrukerbeskyttelsen slik den fremgår av praksis per i dag. Det antas at en del av disse restriksjonene også vil kunne oppfylle de generelle vilkårene til urimelig markedspraksis i artikkel 5 til 9 i direktivet om urimelig markedspraksis, særlig sett hen til at det kan legges et strengere kriterium til grunn dersom reklamen retter seg mot eller kan påvirke sårbare grupper, jf. artikkel 5. nr. 2 bokstav b og 5 nr. 3. Kjøps- og maseoppfordringer vil kunne rammes direkte av svartelistens punkt 28. Villedende produktmerking vil kunne rammes av artikkel 6 om villedende markedspraksis. Det vil således neppe være noen særlig forringelse av forbrukervernet i forhold til gjeldende rett.

7.6.3 Gjennomføring

Departementet foreslår å utarbeide et nytt kapittel om markedsføring rettet mot barn. Kapittelet deles opp i tre bestemmelser, nærmere bestemt én alminnelig bestemmelse, én bestemmelse om praksis som påvirker kjøpsbeslutninger, samt én bestemmelse om praksis som er urimelig på annet grunnlag.

Departementet foreslår at den første generelle bestemmelsen inneholder en beskrivelse/tolkning av hva som kjennetegner ”gjennomsnittsforbrukeren” i en barnegruppe, etter dansk mønster, jf. punkt 7.5.1 ovenfor. Slike kjennetegn vil kunne være påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet. Denne bestemmelsen retter seg mot næringsdrivende som utformer markedsføringstiltak.

Departementet foreslår videre at det i den alminnelige bestemmelsen slås fast at det ved vurderingen av om markedspraksis er i strid med lovens bestemmelser, skal tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare. Denne bestemmelsen retter seg mot forbrukermyndighetene som håndhever loven.

Departementet foreslår at den andre bestemmelsen gjelder restriksjoner som faller innenfor direktivets virkeområde. Her slås det fast hvilke forhold det skal legges vekt på ved urimelighetsvurderingen etter § 2-1 (bestemmelsen om markedspraksis som har betydning for forbrukernes økonomiske interesser i lovforslagets kapittel II). Bestemmelsen vil inneholde en gjengivelse/tolkning av relevante, sentrale bestemmelser om barn i direktivet, herunder artikkel 5 nr. 2 og 3, samt av punkt 28 i svartelisten.

Departementet foreslår at den tredje bestemmelsen regulerer restriksjoner som faller utenfor direktivets virkeområde, da de er begrunnet i annet enn økonomiske hensyn. Her slås det fast hvilke forhold det kan legges vekt på ved urimelighetsvurderingen etter § 3-1 (bestemmelsen om markedspraksis som har betydning for annet enn forbrukernes økonomiske interesser i lovforslagets kapittel III).

7.7 Forslag til egne barnebestemmelser i markedsføringsloven

Kapittel IV. Beskyttelse av barn

§ 4-1 Alminnelig bestemmelse

Når markedspraksis rettes mot barn, eller for øvrig kan ses eller høres av barn, skal det vises særlig aktsomhet overfor barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet.

Ved vurderingen av om markedspraksis er i strid med bestemmelser i eller i medhold av denne lov, skal det tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare.

§ 4-2 Påvirkning av kjøpsbeslutninger

Ved urimelighetsvurderingen etter § 2-1 flg. legges det vekt på om markedspraksisen er særskilt rettet mot barn. Selv om markedspraksisen ikke er særskilt rettet mot barn, legges det vekt på om den, på grunn av art eller produkt, appellerer til barn, og den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen.

En markedspraksis er alltid urimelig dersom den direkte oppfordrer barn til å kjøpe eller til å overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe et produkt.

§ 4-3 Annen urimelig markedspraksis overfor barn

Ved urimelighetsvurderingen etter § 3-1 kan det blant annet legges vekt på om markedspraksisen:

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

7.8 Økonomiske og administrative konsekvenser

Lovforslaget forventes ikke å få økonomiske konsekvenser for næringslivet. For Forbrukerombudet og Markedsrådet kan klarere regler medføre at behandling av saker på dette området blir mindre ressurskrevende.

Kapittel 8. Forbrukernes mulighet til å reservere seg mot adressert og uadressert reklame i posten, telefonmarkedsføring og dørsalg

8.1 Innledning

I dette kapittelet ser departementet nærmere på ulike alternativer for å bedre forbrukernes mulighet til å frabe seg direkte markedsføring og uadressert reklame. Under pkt. 8.5 foreslår departementet ulike alternativer for å innskjerpe reglene om telefonmarkedsføring. Departementet ønsker imidlertid å vente med å konkludere til etter høringsrunden. Ett av alternativene går ut på å innføre krav om forhåndssamtykke i likhet med det som gjelder for markedsføring via sms og e-post mv. Et annet alternativ går ut på å innføre krav om forhåndssamtykke, men med visse unntak. Andre alternativ er å innføre skriftlighet som formkrav ved avtaler som inngås på bakgrunn av telefonmarkedsføring og å forbedre Reservasjonsregisteret. Et ytterligere alternativ er at det ved telefonmarkedsføring skal benyttes visse spesialnumre som er lette å kjenne igjen.

Det foreslås at dagens reservasjonsordning for direkte markedsføring per post videreføres, jf. pkt. 8.6.

I pkt. 8.7 foreslås det å innføre en reservasjonsordning for dørsalg, i likhet med det som gjelder for uadressert reklame.

Når det gjelder uadressert reklame, foreslår departementet i pkt. 8.8 å utvide reservasjonsadgangen til å omfatte alle gratisaviser som leveres forbrukerne, dvs. uavhengig av forholdet mellom andelen redaksjonelt stoff og reklame. Departementet stiller også spørsmålet om dagens reservasjonsordning for uadressert reklame kan gjøres mer effektiv. I forhold til uønsket reklame på dørmatten kunne én løsning være å innta i lovteksten at det alltid vil være tilstrekkelig å merke postkassen sin. En annen mulighet kunne være å forby reklame på dørmatten med mindre forbrukeren eksplisitt har samtykket til å motta dette. Presiseringen av at innstikk i aviser og andre trykksaker ikke anses som uadressert reklame, og derfor faller utenfor reservasjonsordningen, foreslås opprettholdt, jf. pkt. 8.9.

8.2 Innspill fra bransjen og organisasjonene

Barne- og likestillingsdepartementet har avholdt to møter med ulike bransjeorganisasjoner, naturvernorganisasjoner og Forbrukerombudet om disse reglene, hhv. 23. juni og 8. september 2006.⁶² I etterkant har flere kommet med skriftlige innspill. Deler av disse gjengis nedenfor under de enkelte temaer. Innspillene i sin helhet, samt referat og annet bakgrunnsmateriale fra møtene kan finnes på:

<http://www.odin.dep.no/bld/norsk/tema/forbrukernytt/p30007816/004061-990072/dok-bn.html>

⁶² Departementet også hatt møter med Posten Norge AS, NORDMA, Postkom, Norsk Markedsanalyse Forening og Norges Blindeforbund.

8.3 Gjeldende rett

8.3.1 Direkte markedsføring (adressert reklame i posten, telefonmarkedsføring, sms- og e-postreklame m.m.)

Med direkte markedsføring menes vanligvis direkte henvendelser til enkeltpersoner for å selge eller markedsføre varer, tjenester eller andre ytelser. Dette omfatter for eksempel direkte henvendelser via telefon, e-post, sms og adressert reklame i posten

Etter *personopplysningsloven* (lov 14. april 2000 nr. 31) § 26 annet ledd har enkeltpersoner rett til å reservere seg mot direkte markedsføring i Det sentrale reservasjonsregister (Reservasjonsregisteret), som administreres av Brønnøysundregistrene. Nærmere regler for Reservasjonsregisteret er fastsatt i *personopplysningsforskriften* (forskrift av 15.12.2000 nr. 1265). Datatilsynet håndhever bestemmelsen.

Reservasjonsordningen gjelder uavhengig av medium, men på grunn av at markedsføringsloven stiller krav om forhåndssamtykke for direkte markedsføring via e-post, telefaks, sms m.m., får den i praksis kun anvendelse på markedsføring via telefon og post. Man kan velge om reservasjonen også skal gjelde markedsføringshenvendelser fra ideelle og humanitære organisasjoner.

Markedsføreren plikter etter lovens § 26 tredje ledd å oppdatere adresseregisteret sitt mot Reservasjonsregisteret før første gangs utsendelse og deretter minst fire ganger i året. Reservasjonen gjelder ikke dersom markedsføringen er rettet mot en som den behandlingsansvarlige har et løpende kundeforhold til, og som gjelder den behandlingsansvarliges egne produkter.⁶³

Reservasjonen er personlig, og skjer i praksis ved at man oppgir sitt fødselsnummer. Registeret er knyttet opp mot opplysninger i folkeregisteret. Ettersom reservasjonen verken er knyttet til postadresse eller telefonnummer må alle i samme husstand registrere seg for å være reservert.

Brønnøysundregistrene foretar ikke selv "vasking" av lister, men leverer ut opplysninger basert på det som er registrert i folkeregisteret. Listen som utleveres til den næringsdrivende inneholder navn, offisiell (folkeregistrert) adresse og fødselsdato. Fødselsnummer gis bare ut dersom den næringsdrivende ber om dette, og adresselisten som skal "vaskes" inneholder fødselsnumre fra før. For å få en tilfredsstillende matching med Reservasjonsregisteret er markedsførerne avhengige av at deres egne navne- og adresselister stemmer overens med det som står registrert i folkeregisteret. Hvis opplysningene ikke stemmer, er det sannsynlig at markedsføreren får beskjed om at vedkommende ikke er registrert i Reservasjonsregisteret og at markedsføringshenvendelse derfor kan foretas.

Markedsføringsloven (lov 16. juni 1972 nr. 47) § 2 b første ledd stiller krav om forhåndssamtykke ved direkte markedsføring til fysiske personer ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmetoder som for eksempel sms, e-post, telefaks og automatiserte oppringninger. Denne bestemmelsen ble vedtatt i 2000. Måten

⁶³ Med "behandlingsansvarlig" menes den som bestemmer formålet med bruken av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes, jf. lovens § 2 nr. 2 og 4.

samtykke kan innhentes på er for eksempel å spørre forbrukeren i forbindelse med inngåelse av ulike avtaler eller når forbrukeren henvender seg til den næringsdrivende. Det er ikke tillatt å innhente samtykke ved bruk av de kommunikasjonsmidler som er omfattet av bestemmelsen.⁶⁴ Det vil som hovedregel heller ikke være lov å ha samtykke som kontraheringsvilkår.

Etter markedsføringsloven § 2 b annet ledd er det gjort unntak fra kravet om forhåndssamtykke for muntlige markedsføringshenvendelser per telefon.⁶⁵ Videre unntas markedsføring per e-post der det foreligger et eksisterende kundeforhold og markedsføringen gjelder den næringsdrivendes egne varer, tjenester eller andre ytelser tilsvarende dem som kundeforholdet bygger på, jf. § 2 b tredje ledd. Forutsetningen er at den næringsdrivende har mottatt kundens elektroniske adresse i forbindelse med salg og at kunden enkelt og gebyrfritt gis anledning til å frabe seg slike henvendelser.

Bestemmelsene om forhåndssamtykke gjelder ikke for virksomheter som driver med opinions- og markedsundersøkelser, enten på egne vegne eller for andre oppdragsgivere. Dette anses ikke som markedsføring i lovens forstand.⁶⁶ Fordi markedsføringsloven er begrenset til næringsvirksomhet, faller for eksempel også humanitære og ideelle organisasjoners innsamlingsaksjoner utenfor.

Dørsalg og annet salg utenfor fast utsalgssted er ikke eksplisitt omfattet av de særskilte reglene i personopplysningsloven og markedsføringsloven. Datatilsynet antar at denne type salg i noen tilfeller vil kunne omfattes av reservasjonsretten. Forutsetningen er at henvendelsen innebærer behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler, eller annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inngå i et personregister, jf. personopplysningsloven § 3. I tillegg må henvendelsen for øvrig falle inn under lovens virkeområde.

8.3.2 Særskilte regler om avtaler inngått ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted

I forbindelse med avtaler inngått ved fjernsalg (dvs. der partene ikke møtes) og salg utenfor fast utsalgssted, for eksempel avtaler inngått over telefon, på Internett og på gaten, følger det av *angrerettloven* (lov 21. desember 2000 nr. 105) at selger har en ekstra streng opplysningsplikt og at forbrukerne har 14-dagers angrerett på kjøpet. Formålet med disse bestemmelsene er å ivareta forbrukernes spesielle behov ved denne typen kjøp. Man har for eksempel ikke samme mulighet som ved kjøp i butikk til å undersøke varen på forhånd, og avtaler inngås ofte mer impulsivt.

Med hjemmel i *ekomloven* (lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon), følger det av ekomforskriften (forskrift av 16.02.2004 nr. 401)

⁶⁴ Innholdet i kravet til forhåndssamtykke er nærmere beskrevet i Ot.prp. nr. 62 (1999-2000 s. 22 flg.

⁶⁵ Begrunnelsen for dette var at et slikt krav kunne ha store økonomiske følger for en del næringsdrivende og krevde en grundigere gjennomgang, jf. Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 17.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 14.

§§ 2-2, 3-3 og 3-5 at det må foreligge skriftlig fullmakt fra sluttbruker før man kan inngå en avtale om opprettelse av abonnement og fast forvalg (kun fasttelefoni) og bytte av telefonnummer (fast-, mobil- og bredbåndstelefoni).

Bakgrunnen for bestemmelsene var problemer med såkalt ”negativt salg” av denne typen tjenester over telefon, dvs. at den næringsdrivende i etterkant av telefonsamtalen opptrådte som om avtale var inngått uten at forbrukeren var enig i dette.

Post- og Teletilsynet kan fastsette vedtak om at en lovstridig praksis etter ekomloven skal opphøre. Brudd på vedtaket kan føre til tvangsmulkt og i verste fall tilbakekalling av tillatelser og stenging av kommunikasjonsnett og -tjeneste. Brudd på bestemmelsene kan antakelig også føre til at avtalen blir ugyldig, jf. ekomloven § 10-11. Dette spørsmålet må bringes inn for domstolene, evt. først for Brukerklagenemnda for elektronisk kommunikasjon som behandler tvister mellom brukere og avtalepliktige tilbydere av elektronisk kommunikasjon.

8.3.3 Uadressert reklame, gratisaviser og reklameinnstikk

Etter markedsføringsloven § 2 c er det forbudt å levere uadressert reklame til forbrukere som på en klar og tydelig måte har tilkjennegitt at de ikke ønsker dette. Slik tilkjennegivelse kan for eksempel gis ved å merke postkassen og/eller inngangsdøren sin.

Innstikk i aviser og andre trykksaker anses ikke som uadressert reklame etter bestemmelsen og er derfor ikke omfattet av reservasjonsordningen, jf. § 2 c annet ledd.⁶⁷ Det samme gjelder for gratisaviser, dersom andelen redaksjonelt stoff ikke er ubetydelig i forhold til andelen reklame i avisen.⁶⁸ Ifølge Forbrukerombudets praksis anses innstikk som uadressert reklame dersom de distribueres separat til ikke-abonnenter og andelen redaksjonelt stoff er ubetydelig i forhold til andelen reklame.

8.4 EU/EØS-retten og nordisk rett

Dagens reservasjonsordninger og krav om forhåndssamtykke har bakgrunn i en rekke EU-direktiver.⁶⁹ Ifølge disse direktivene er medlemsstatene pålagt i sin lovgivning å stille krav om forhåndssamtykke for markedsføring ved hjelp av elektroniske kommunikasjonskanaler som e-post, telefaks, sms og automatiske telefonoppringninger. For vanlig telefonmarkedsføring og reklame i posten kan medlemsstatene velge mellom reservasjonsordning og krav om forhåndssamtykke.

⁶⁷ Denne presiseringen kom inn i forbindelse med stortingsbehandlingen av bestemmelsen, jf. Innst. O. nr. 19 (2000-2001) s. 8. flg.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 62 (1999-2000) s. 26. Markedsrådet har i en avgjørelse av 15.12.05 uttalt at en bydelsavis på 24 sider, der 9 utgjorde helsides annonser og 15 sider inneholdt en blanding av redaksjonelt stoff og reklame, ikke kunne anses som reklame. Ifølge Markedsrådet ga loven ikke grunnlag for å vektlegge klagers anførsler om at artiklene delvis var ”sakset” fra andre aviser og at de fremstod som foreldet og uinteressant.

⁶⁹ Direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med elektronisk behandling av personopplysninger, direktiv 97/66/EF om beskyttelse av privatlivets fred innenfor telesektoren, direktiv 97/7/EF om fjernsalg og direktiv 2002/58/EF om tele- og kommunikasjonsvern.

Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis endrer ikke disse reglene, jf. direktivets fortale pkt. 14 siste to setninger og svartelisten pkt. 26. EØS-avtalen synes derfor ikke å være til hinder for å innføre krav om forhåndssamtykke for telefonmarkedsføring til forbrukere eller en reservasjonsordning for gratisaviser.

Både *svensk, finsk* og *islandsk* rett inneholder krav om forhåndssamtykke for markedsføringshenvendelser ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler som e-post, telefaks, sms og automatiske oppringningssystemer. For adressert og uadressert postreklame, samt telefonsalg gjelder en reservasjonsordning.

Dansk rett inneholder tilsvarende regler som nevnt ovenfor, med unntak for uanmodede telefoniske og personlige henvendelser til forbrukere. Her inneholder *forbrugeraftaleloven* § 6 (lov nr. 451 af 9. juni 2004 om visse forbrugeravtaler) forbud mot uanmodet personlig (dørsalg) og telefonisk henvendelse til forbrukeren på dennes bopel mv., uten forutgående anmodning om dette. Et løfte avgitt av forbrukeren ved en ervervsdrivendes henvendelse i strid med bestemmelsen vil ikke være bindende.

Reglene gjelder likevel ikke telefoniske henvendelser om bestilling av bøker, tegning av abonnement på aviser, ukeblader og tidsskrifter, formidling av forsikringsavtaler og tegning av abonnement på visse typer redningstjenester og syketransport. I forarbeidene til loven fremgår det at de to førstnevnte unntakene særlig er begrunnet ut fra hensynet til disse produktenes betydning for det alminnelige informasjonsnivå og deltakelsen i samfunnsdebatten. De to sistnevnte unntakene er begrunnet med det samfunnsmessige behovet for at flest mulig får tilgang til denne typen tjenester, som til dels kan karakteriseres som "lavinteresseprodukter".

8.5 Direkte markedsføring – telefonmarkedsføring

8.5.1 Problemstilling

Mange forbrukere opplever telefonmarkedsføring som en særlig påtrengende og forstyrrende salgsform. Et særskilt problem har vært saker om "negativt salg" dvs. der forbrukeren får tilsendt varer eller krav om betaling uten at avtale har vært inngått. Et annet problem har vært manglende respekt for registreringer i Reservasjonsregisteret.

Tall fra Brønnøysundregistrene per 26. juni 2006 viser at 1 369 563 personer har reservert seg mot direkte markedsføring i Reservasjonsregisteret. 99 prosent av disse har reservert seg mot telefonmarkedsføring, mens 55 prosent har reservert seg mot reklame i posten. 88 prosent av de registrerte har valgt å også reservere seg mot henvendelser fra humanitære og ideelle organisasjoner.

Følgende statistikk viser at antallet som reserverer seg har vært stadig økende:

År	Antall ny-reserverte	Totalt pr. 31/12
2001	233 863	233 863
2002	118 623	352 486
2003	246 939	599 425

2004	436 871	1 036 296
2005	239 552	1 275 848

(Kilde: Brønnøysundregistrene)

I 2005 mottok Datatilsynet 900 klager, både skriftlige og muntlige, som gjaldt manglende respekt for reservasjoner. De fleste klagene gjaldt markedsføring per telefon. Forbrukerombudet mottok 750 klager relatert til telefonmarkedsføring i en eller annen form, deriblant mange om ”negativt salg”. Både Forbrukerombudet og Datatilsynet mener det bør innføres krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring. Bransjen er imot dette, jf. pkt. 8.5.3 nedenfor.

8.5.2 Høringen i 2000

Forslag om å innføre krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring var på høring i 2000. Det ble imidlertid besluttet å ikke gå videre med forslaget fordi Reservasjonsregisteret i Brønnøysundregistrene nylig var etablert. I vurderingen ble det også lagt vekt på at forslaget kunne få store økonomiske konsekvenser for næringslivet og føre til tap av arbeidsplasser. Det ble lagt til grunn at spørsmålet ville bli vurdert på nytt dersom reservasjonene ikke ble respektert.

8.5.3 Innspill fra bransjeorganisasjoner m.v.

Mediebedriftenes Landsforening uttaler at et krav til forhåndssamtykke effektivt vil sette en stopper for avisenes bruk av telefonmarkedsføring som verktøy i markedsføringsøyemed. Telefonmarkedsføring er helt avgjørende for svært mange avisers mulighet til å vedlikeholde abonnementstallet, og i mange tilfeller også helt avgjørende for avisenes overlevelse i nåværende form. Et de facto forbud mot telefonsalg vil derfor ikke bare redusere antall abonnenter og dermed abonnementsinntektene, men også annonseinntektene, siden disse er nært knyttet til antall lesere. Konsekvensene vil kunne bli dramatiske for nr. 2-aviser, riks-sprede meningsbærende aviser og andre i en utsatt markedsposisjon. Det kan ikke være riktig at seriøse aktører som avisene skal rammes fordi det er noen få useriøse selskaper som bryter gjeldende lover og regler.

NORDMA uttaler at et utvidet krav til samtykke vil ha mange utilsiktede konsekvenser. De fleste av telefonmarkedsføringsbedriftene er små og mellomstore bedrifter. I flere lokalsamfunn er disse bedriftene hjørnesteinsbedrifter. Mange av virksomhetene er lokalisert utenfor storbyene og gir et betydelig antall arbeidsplasser. Dette gjelder ikke minst for kvinner og yngre arbeidstakere. Et mulig tiltak kunne være en formell autorisasjonsordning.

Norges Blindeforbund har uttalt at telefonen er en svært viktig kommunikasjonskanal med givere og andre interesserte og en av de viktigste inntektskildene for forbundet. Norges Blindeforbund har valgt å bygge opp en egen avdeling for telefonhenvendelser til privatpersoner og næringsliv og får svært få klager på sin virksomhet.

8.5.4 Alternative forslag til endringer i reglene om telefonmarkedsføring

Departementet har sett på ulike alternativer som vil kunne velges i stedet for dagens reservasjonsordning. Disse er:

1. Det innføres krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring. Dette kan gjennomføres ved å oppheve unntaket i markedsføringsloven § 2 b annet ledd.
2. Det innføres krav om forhåndssamtykke, men med visse unntak.
3. Det innføres en regel om at avtaler inngått over telefon må bekreftes skriftlig for å være bindende (formkrav).
4. Reservasjonsregisteret effektiviseres, ved for eksempel at det blir mulig å registrere telefonnummer og alternativ postadresse. Under dette alternativet tas også opp spørsmålet om det ved telefonmarkedsføring skal benyttes visse spesialnumre som er lette å kjenne igjen.

Nedenfor redegjøres det for fordeler og ulemper ved de enkelte alternativene

8.5.4.1 Krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring

Markedsføringsloven § 2 b første ledd stiller krav om forhåndssamtykke for markedsføring ved bruk av bl.a. e-post, sms, telefaks og automatiserte oppringninger. Vanlig telefonmarkedsføring er eksplisitt unntatt fra denne regelen i § 2 b annet ledd. Spørsmålet er om dette unntaket bør oppheves.

Departementet vil først knytte noen bemerkninger til måten samtykke evt. kan innhentes på og forholdet til eksisterende kunder.

Enkelte har tatt til orde for at dagens reservasjonsregister omgjøres til et samtykkeregister. De som ønsker å motta reklame må i så fall registrere seg der. Fordi et samtykkeregister krever at den enkelte utviser en viss aktivitet for å samtykke, antar departementet at det er relativt få som vil registrere seg, selv om de i utgangspunktet ville ha samtykket til å motta reklame. Det vil være lettere for den næringsdrivende å innhente samtykke dersom dette kan gjøres på en mest mulig fleksibel måte. Det ville også bli et noe uoversiktlig system dersom man samtidig skal ha et reservasjonsregister for reklame i posten. Departementet foreslår derfor ikke at det opprettes et samtykkeregister, og at måten samtykke kan innhentes skal være den samme som det som gjelder for de andre kommunikasjonsformene etter første ledd. Dette er nærmere beskrevet under pkt. 8.3.1.

Dersom det innføres et krav om forhåndssamtykke bør det, i likhet med det som gjelder for e-postmarkedsføring, gjelde et unntak for tilfeller hvor det foreligger et eksisterende kundeforhold, jf. markedsføringsloven § 2 b tredje ledd. Dette er omtalt under pkt. 8.3.1

Når det gjelder spørsmålet om det bør innføres krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring er det tungtveiende argumenter både for og mot:

Argumenter for krav om forhåndssamtykke

De viktigste hensynene som taler for et krav om forhåndssamtykke er hensynet til forbrukerne og privatlivets fred. Mange opplever telefonmarkedsføring som en særlig påtrengende salgsform og en inntrengning i privatlivet. Privatlivet er noe man selv skal ha kontroll over. Telefonmarkedsføring kommer også som regel overrumpende og selgerne er ofte pågående. Ikke alle greier å si nei til tilbud om

varer og tjenester de ikke ønsker. Heller ikke alle er i stand til å reservere seg, for eksempel en del eldre.

Sakene hos Forbrukerombudet viser at det ofte er uklarheter i etterkant mht. om en avtale er inngått eller hva den går ut på. Et særskilt problem har vært såkalt ”negativt salg”. Mange forbrukere har også opplevd å motta inkassovarsel. Det er da forbrukeren selv som må foreta seg noe for å unngå at prosessen ruller videre. Dårlig utbygd kundeservice kan være et element som gjør dette ekstra problematisk. Siden det ofte dreier seg om småkrav, velger en del forbrukere å betale for å unngå flere problemer.

Som det fremgår av pkt. 8.5.1 har over 1, 3 millioner reservert seg i Reservasjonsregisteret. Dette utgjør ca. 28 prosent av befolkningen totalt sett og 36 prosent blant de som er over 16 år.⁷⁰ De aller fleste har reservert seg mot telefonmarkedsføring, noe som tyder på at det særlig er denne markedsføringsmetoden som er uønsket. Dette taler for å snu dagens ordning til en samtykkebasert ordning. Datatilsynet og Forbrukerombudet mottar også en rekke klager på at reservasjonene ikke respekteres, noe som er en indikasjon på at Reservasjonsregisteret ikke fungerer godt nok. Et annet viktig argument er at forbrukerne i dag har bedre beskyttelse ved for eksempel e-postmarkedsføring, som antas generelt å være mindre pågående enn telefonmarkedsføring.

Noen vil vise til at forbrukerne er godt hjulpet ved at de har 14-dagers angrerett på kjøpet i ettetid. Angrerettsinstituttet er imidlertid ikke ment å skulle avhjelpe problemer med ”negativt salg”. Forbrukeren påføres også bryderi med å returnere varen, fraktkostnader osv.

Argumenter mot krav om forhåndssamtykke

De viktigste motargumentene mot et krav om forhåndssamtykke er at et slikt krav vil få økonomiske konsekvenser for næringslivet og ideelle og humanitære organisasjoner og kan føre til tap av arbeidsplasser.

Høringsrunden i 2000 viste at bransjer som vil bli berørt av et krav om forhåndssamtykke blant annet er avisene, ukepressen, bokklubbene, telekommunikasjonsvirksomheter, callsentre, forsikringsbransjen og humanitære og ideelle organisasjoner. Det ble anført at virksomhetene vil lide store inntektstap dersom det innføres krav om forhåndssamtykke og at det kan få ringvirkninger som for eksempel tap av annonseinntekter og nedleggelse.

Et krav om forhåndssamtykke vil medføre at telefonmarkedsføring vil bli vanskeligere å praktisere som salgform, og kan i praksis innebære et forbud. Samtidig er telefonmarkedsføring rimelig og effektivt, og i flere bransjer viktigste markedsføringskanal. For mindre bedrifter kan telefonmarkedsføring være viktig for å komme inn på markedet. Dette gjelder for eksempel innen telekommunikasjonsbransjen. Denne konkurransen er positiv, både for næringslivet og forbrukerne. Økt konkurranse fører normalt til bedre produkter og lavere priser. For mange humanitære og ideelle organisasjoner er telefonmarkedsføring en av de viktigste inntektskildene.

⁷⁰ Sifo-survey hurtigstatistikk 2006, ”Reklame – en kilde til stadig ergrelse?”

Tall fra Brønnøysundregistrene viser at det per 13. mars 2006 var registrert 1828 callsentervirksomheter. 1616 av disse var enkeltpersonsforetak mens 212 var aksjeselskaper. Flere holder til i de mindre byene og i distriktene. Callsenterarbeid omfatter imidlertid ikke bare telefonmarkedsføring, men også kundepleie og rådgivning.⁷¹ I tillegg kommer interne callsentre i større virksomheter, for eksempel innen finansnæringen, reiselivsnæringen, bokklubber og aviser. Disse registreres ikke særskilt, slik at det er vanskelig å angi eksakt antall.

Når det gjelder antall arbeidsplasser, viser tall fra Statistisk Sentralbyrå at 8233 personer var sysselsatt som telefonselger i 2004 på hel- eller deltid (av minst én times varighet i uken).⁷² Med "telefonselger" menes en som selger varer og tjenester for bedrifter ved å ringe.⁷³ Bransjeorganisasjonen Norsk Direkte Markedsførings Forening (NORDMA) anslår at totalt 25 000 personer jobber med telefonsalg på heltid eller deltid. Da medregnes både interne og eksterne callsentre. Blant disse jobber også en del med kundestøtte.

Det kan hevdes at Reservasjonsregisteret representerer en balanse mellom de næringsdrivendes og forbrukernes interesser, og at det høye antallet registrerte viser at registeret fungerer etter sin hensikt. Personvernundersøkelsen i 2005⁷⁴ avdekket at 75 prosent kjente til ordningen, noe som gir grunn til å anta at det ikke bare er de såkalt "ressurssterke" som registrerer seg.

Sett i forhold til antall reserverte kan antall klager sies å være lavt. Det forhold at klageantallet hos Datatilsynet ble halvert fra 2004 til 2005 kan også tyde både på at bransjen har forbedret seg og at Reservasjonsregisteret fungerer bedre. Dette taler for at dagens ordning videreføres. Ifølge Datatilsynet er årsaken til nedgangen antakelig økt kjennskap til reglene, både blant forbrukerne og de næringsdrivende, og at en del feilkilder har blitt luket bort. En del av dem som klager er heller ikke klar over at man ikke kan reservere seg mot markeds- og opinionsundersøkelser og uadressert reklame gjennom Reservasjonsregisteret.

⁷¹ Hva som anses som "callsentervirksomhet" er basert på SSBs næringskode, og omfatter "kundetjenester vedrørende tekniske formidlingstjenester for andres regning som inngående callsentertjenester overfor kunder ved bruk av automatisk anrop eller interaktivt svarsystem, ta imot bestillinger, fremskaffe produktinformasjon, håndtere klager, utgående callsentertjenester, direkte markedsføring og adressekontroll."

⁷² På SSBs hjemmeside er statistikken nærmere forklart i dokumentet "Om statistikken". Med "sysselsatt" menes personer i alderen 16-74 år som utførte inntektsgivende arbeid av minst én times varighet i referanseuken, samt personer som har slikt arbeid, men som var midlertidig fraværende pga. sykdom, ferie, lønnet permisjon e.l. For sysselsatte i Arbeidstakerregisteret er yrkeskoden levert av arbeidsgiver eller kodet ut fra yrkestittel. For andre sysselsatte er det beregnet yrkesfordeling ved statistiske metoder og bruk av andre datakilder.

⁷³ Yrket "telefonselger" er kodet etter SSBs Standard for yrkesklassifisering, jf NOS C521, 1998. Med "telefonselger" menes en som selger varer og tjenester for bedrifter ved å ringe. I arbeidsoppgavene kan inngå å fortelle om ulike varer eller tjenester og om bedriftens salgsvilkår, fortelle om varens egenskaper, registrere mottatte ordrer og videresende disse til bedriften, samt kreve inn avbetalingsrater ved behov (standard side 87).

⁷⁴ Rapporten "Setter vår lit til Storebror ... og alle småbrødrene med?" er utarbeidet av Transportøkonomisk institutt og presenterer resultater fra en undersøkelse om befolkningens holdning til og kunnskap om personvern. (Rapport nr. 789/2005)

8.5.4.2 Det innføres krav om forhåndssamtykke, men med visse unntak

Et krav om forhåndssamtykke kan eventuelt kombineres med unntak for visse bransjer. Et unntak bør imidlertid begrenses til salg og markedsføring av egne produkter og tjenester. Det kan være noen typer virksomheter som er ekstra avhengige av de inntekter som genereres gjennom telefonmarkedsføring eller som selger produkter som av ulike grunner bør være mest mulig tilgjengelige. Unntakene i den danske bestemmelsen er basert på slike hensyn, jf. pkt. 8.4. Som nevnt gjelder det danske forbudet mot telefonmarkedsføring ikke for henvendelser om bestilling av bøker, tegning av abonnement på aviser, ukeblader og tidsskrifter, formidling av forsikringsavtaler og tegning av abonnement på visse typer redningstjenester og syketransport. Unntaksregler kan imidlertid gjøre regelverket uoversiktlig og gi opphav til vanskelige grensespørsmål.

8.5.4.3 Det innføres en regel om at avtaler inngått over telefon må bekreftes skriftlig for å være bindende (formkrav).

Et annet alternativ er å innføre en regel om at en avtale som inngås over telefon må bekreftes skriftlig. En regel med en viss parallellitet følger av e-komloven, hvor det stilles krav om skriftlig fullmakt fra sluttbruker ved opprettelse av abonnement, fast forvalg og bytte av telefonnummer, jf. pkt. 8.3.2. Denne bestemmelsen tar imidlertid sikte på helt spesielle situasjoner.

Man kunne tenke seg ulike måter å oppfylle kravet til skriftlighet på, og disse bør omfatte avtaleinngåelse ved bruk av elektronisk kommunikasjon.

Et skriftlighetskrav vil antakelig kunne motvirke en del tilfeller av "negativt salg" og kjøp inngått på grunn av press. Det vil også kunne avklare uenighet om avtalens innhold. På grunn av det generelle anvendelsesområdet er det imidlertid usikkert hvordan en slik regel vil fungere. Et skriftlighetskrav kan også bli tungvint å gjennomføre og gi økte kostnader og økt administrasjon for bedriftene.

8.5.4.4 Effektivisering av Reservasjonsregisteret m.v.

Det fjerde alternativet er å foreta visse endringer i måten Reservasjonsregisteret er innrettet på for at det skal fungere bedre. Dette alternativet må sees i sammenheng med Justisdepartementets pågående arbeid med å revidere personopplysningsloven.

Det kan være ulike grunner til at folk mottar markedsføringshenvendelser til tross for at de har reservert seg. Dette skyldes ikke bare regelbrudd fra markedsførers side, men også enkelte vanskeligheter med å få en tilfredsstillende matching i kontrollprosessen mellom registreringen i Reservasjonsregisteret og de adresseopplysninger markedsfører innehar.

Det er mulig det vil la seg gjøre endre registerets innretting noe for å øke antall treff mellom markedsførers adresseliste og opplysninger i Reservasjonsregisteret.

Ett alternativ kan være å knytte registreringen til telefonnummer i tillegg til personnummer. Det er imidlertid en ulempe dersom telefonnummeret blir endret.⁷⁵

Et annet alternativ kan være at det gis mulighet for den enkelte når man reserverer seg til å registrere andre adresser enn den folkeregistrerte. På denne måten vil man kunne fange opp for eksempel pendleradresser og hytteadresser.

Et tredje alternativ kan være at markedsførere får tilgang til fødselsnumre registrert hos folkeregisteret.⁷⁶ Dette kan forhindre manglende matching som følge av at markedsførers eget adresseregister inneholder opplysninger om en enkeltperson som skiller seg fra det som er registrert, for eksempel ulike variasjoner over navn og adresser.

En annen løsning, som ikke har med Reservasjonsregisteret å gjøre, kunne være at det ved telefonmarkedsføring skal benyttes visse spesialnumre som generelt er lette å kjenne igjen og at nummeret alltid skal være synlig for mottakeren. En slik løsning kunne forebygge at markedsføringshenvendelsen kommer overrumpende på folk. Forbrukerne vil da få mulighet til å velge å ikke ta telefonen eller å forberede seg på samtalen. For noen telefoner vil det også være mulig å programmere inn en avvikende ringelyd ved slike oppringninger.

8.5.5 Vurdering

I vurderingen av hvorvidt reglene bør endres er det svært viktig å få frem alle interesser og fakta. Departementet ønsker derfor å vente med å konkludere til etter høringsrunden. Det bes om høringsinstansenes syn på de enkelte alternativene. Noen av alternativene vil kunne kombineres.

8.6 Direkte markedsføring per post

8.6.1 Problemstilling

En del instanser, deriblant Forbrukerombudet, Datatilsynet og Norges Naturvernforbund, har tatt til orde for at det bør innføres krav om forhåndssamtykke ved alle former for direkte markedsføring, herunder både for telefonmarkedsføring og adressert og uadressert markedsføring i posten. I det følgende omtales krav om forhåndssamtykke ved direkte (adressert) markedsføring i posten.

⁷⁵ Å knytte registreringen til telefonnummer i stedet for personnummer ble vurdert forut for vedtakelsen av personopplysningsloven § 26. Man kom er frem til at dette ikke var noen heldig løsning fordi det ville kreve stor aktivitet fra den registrertes side for å holde registeret oppdatert. En del personer skifter telefonnummer relativt ofte, mens fødselsnummer er konstant og det er pliktig å melde fra til Folkeregisteret om adresseendringer. Tidligere reservasjonsordninger til DM-huset og Telenor var basert på telefonnummer. Dette er også den svenske ordningen når det gjelder reservasjon mot telefonmarkedsføring.

⁷⁶ Dette er omtalt i Datatilsynets "Notat til Justisdepartementet i forbindelse med den forestående revisjon av bestemmelsen om reservasjon mot direkte markedsføring – personopplysningsloven § 26". (Desember 2005)

8.6.2 Innspill fra bransjeorganisasjoner m.v.

NORDMA uttaler at reservasjon er tilstrekkelig for å ivareta forbrukernes interesser og at et utvidet krav til samtykke vil ha mange utilsiktede konsekvenser. Undersøkelser viser at uttrykt negativ holdning til direkte markedsføring ikke gjenspeiles i forbrukernes handling.

Norsk Postordreforening mener at dagens ordning fungerer bra og ønsker ikke at det innføres et krav om forhåndssamtykke.

Norges Naturvernforbund uttaler at det må være et overordnet prinsipp at privatpersoner og bedrifter gis en effektiv mulighet til å velge bort uønsket reklame, både for å dempe uønsket kjøpepress og for å redusere de stadig voksende avfallmengdene. Uønsket reklame utgjør betydelige mengder avfall som kunne ha vært unngått, dvs. mer enn 50.000 tonn trykksaker på landsbasis. Naturvernforbundet mener det er nødvendig å spille inn prinsippet om reservasjon mot både adressert og uadressert reklame, og å inkludere avisinnstikk og gratisaviser. Noen vil av ulike grunner ha en høy terskel for å benytte seg av reservasjonsordningene, og disse, sammen med alle som har reservert seg, utgjør antakelig et klart flertall av befolkningen.

Ifølge *Posten Norge AS* og *Postkom* vil et krav om forhåndssamtykke føre til inntektstap, tap av arbeidsplasser og et dårligere posttilbud. Nettopp Postens finmaskede distribusjonsnett gjør det mulig å målrette reklamen mer. Dette fører til at reklamen blir mer relevant for mottakeren, noe som igjen kan føre til mindre avfall.

8.6.3 Vurdering

Til tross for at reklame i posten for mange fremstår som enklere å håndtere enn en telefonoppringning, opplever mange også dette som plagsomt eller irriterende og en form for inntrengning i ens privatliv. Unødig bruk av papir er også uheldig sett fra et miljømessig perspektiv.

På den annen side vil markedsføring i posten for mange ikke være like inngripende som telefonmarkedsføring. Dette gjenspeiles ved at bare litt over halvparten av de som har registrert seg i Reservasjonsregisteret har reservert seg mot postreklame. Klager over brudd på bestemmelsene gjelder også først og fremst telefonmarkedsføring. Forbrukerne utsettes heller ikke for press på samme måte til å foreta impulsive kjøpsbeslutninger, og det er mindre fare for tilfeller av ”negativt salg”. Det må også tas i betraktning at mange faktisk ønsker å motta denne formen for reklame, bl.a. for å orientere seg og gjøre de beste kjøpene. Et krav om forhåndssamtykke kan i praksis fortone seg som et forbud, og vil kunne få konsekvenser for næringslivet og arbeidsplasser.

Etter departementets syn gjør ikke de samme hensyn seg gjeldende i en slik grad for direkte markedsføring per post som for telefonmarkedsføring, og en reservasjonsordning anses som tilstrekkelig. Som nevnt under pkt. 8.5 viser også nedgangen i antall klager at Reservasjonsregisteret fungerer bedre, og det foreligger et visst forbedringspotensial for registeret. En innstramning på dette området kan dessuten føre til økt bruk av andre, mer påtrengende markeds-

føringskanaler. Departementet har derfor kommet til at det ikke bør innføres krav om forhåndssamtykke for denne typen markedsføring.

8.6.4 Forslag

Gjeldende bestemmelse om en reservasjonsordning videreføres.

8.7 Bør det innføres en rett til å reservere seg mot dørsalg?

8.7.1 Problemstilling

Uanmodete personlige henvendelser i markedsføringsøyemed hjemme hos forbrukeren vil av mange oppleves som minst like inngripende i privatlivet som telefonmarkedsføring. I dag er det antatt at noen former for dørsalg vil være omfattet av reservasjonsadgangen etter personopplysningsloven, jf. pkt. 8.3.1. Spørsmålet er om det bør innføres en reservasjonsadgang som gjelder alle former for dørsalg.

Ifølge Datatilsynet er det få klager på dørsalg. Forbrukerombudet registrerer ikke klager på dørsalg særskilt, fordi disse som regel også gjelder klager over andre forhold. Dette gjelder saker om for eksempel påtrengende salgsform, villedende opplysninger om pris og produkt, uklarhet om hvorvidt avtale om salg er inngått og hva avtalen går ut på. Noen av virksomhetene Forbrukerombudet mottar mange klager på, har dørsalg som en viktig salgsform. Dette gjelder for eksempel innen salg av boligalarmer.

8.7.2 Vurdering

Departementet mener at til tross for få klager bør forbrukerne ha en generell mulighet til å reservere seg mot dørsalg. Departementet kan ikke se at det bør være noen mindre rett til å reservere seg mot dørsalg enn mot reklame i posten. Dørsalg er tvert i mot mer inngripende, på linje med telefonmarkedsføring. Videre må det tas høyde for at dørsalg som salgsform vil kunne øke dersom det innføres krav om forhåndssamtykke for telefonmarkedsføring.

Dersom det innføres en reservasjonsadgang bør ordningen tilpasses dagens reservasjonsordning mot uadressert reklame. For eksempel vil man kunne med ett og samme klistremerke på postkassen eller inngangsdøren gi til kjenne at både dørsalg og uadressert reklame er uønsket. Dersom det står tydelig navn på inngangsdøren, bør det være tilstrekkelig å merke postkassen sin. I tillegg vil tilkjenneviselsen kunne gis muntlig direkte til dørselgeren.

8.7.3 Forslag

Departementet foreslår en ny bestemmelse i markedsføringsloven som gir forbrukerne rett til å reservere seg mot dørsalg. Denne vil utfylle det som antas å følge av personopplysningslovens regler. I tråd med svartelisten pkt. 25 i direktivet om urimelig markedspraksis kunne bestemmelsen for eksempel lyde:

§ 6-4 Dørsalg

Det er forbudt å personlig oppsøke forbrukerens hjem i markedsføringsøyemed og unnlate å etterkomme forbrukerens anmodning om å forlate stedet eller om ikke å komme tilbake. Det samme gjelder dersom forbrukeren på annen måte klart har tilkjennegitt at markedsføringshenvendelser ikke er ønsket.

8.8 Uadressert reklame og gratisaviser

8.8.1 Problemstilling

Ca. 21 prosent har reservert seg mot uadressert reklame.⁷⁷ Forbrukerombudet mottok i 2004 138 klager fra forbrukere som har mottatt slik reklame selv om de har reservert seg. Flest saker gjaldt reklame på dørmatten.

Et problem som har vist seg i praksis er uenighet mellom forbrukeren og distributøren om hvorvidt man har reservert seg på en tilstrekkelig klar måte. Dette gjelder særlig reklame som legges på dørmatten. Et annet problem er klager på utdeling av gratisaviser. I dag kan man ikke reservere seg mot gratisaviser dersom det redaksjonelle innholdet utgjør en ikke ubetydelig andel i forhold til andelen reklame. Spørsmålet er om reservasjonsretten mot uadressert reklame kan gjøres bedre, og om alle gratisaviser bør omfattes av denne.

Flere har foreslått at det bør innføres et krav om forhåndssamtykke også for uadressert reklame. Som det fremgår av pkt. 8.6 ønsker ikke departementet å foreslå et krav om forhåndssamtykke ved adressert reklame i posten. Dette gjelder også for uadressert reklame, der de samme argumenter vil gjøre seg gjeldende.

8.8.2 Innspill fra bransjen

Norges Naturvernforbund viser til at gratisaviser distribueres til svært mange som ikke ønsker dem og som ikke har noen mulighet til å reservere seg mot dem. Mottakerne må gis en mulighet til å velge dem bort og dermed gjøre en innsats for å redusere avfallsmengdene.

Norpost mener at dagens reservasjonsordning fungerer bra, både for forbrukeren og distributørene. Alle deres budansatte er strengt opplært til å respektere alle former for reservasjon. *Norpost* mener at dagens ordning med at redaksjonelle gratisaviser behandles som informasjon, og dermed kan distribueres til alle, bør opprettholdes. Forbrukerne slipper da å velge mellom enten alt (gratisaviser og reklame) eller ingenting. Selv har *Norpost* for enkelte gratisaviskunder laget et eget system som tar hånd om de få som ikke ønsker å motta gratisaviser.

Norsk Postordreforening mener at dagens ordning fungerer bra, og at Posten og andre distributører respekterer reservasjonene. Ytterligere begrensninger av denne kanalen vil være ødeleggende for en rekke virksomheter og sette mange arbeidsplasser i fare.

⁷⁷Tallet er hentet fra Sifo-survey hurtigstatistikk 2006, "Reklame – en kilde til stadig ergrelse?"

8.8.3 Vurdering

8.8.3.1 Bør reservasjonsretten omfatte alle gratisaviser?

Gratisaviser er aviser som forbrukeren ikke har bestilt og som følgelig ikke kan avbestilles. Disse gjør det mulig å omgå forbudet mot å distribuere uadressert reklame til de som har frabedt seg dette. Uønskede gratisaviser som samler seg opp foran inngangsdøren er et problem både for den enkelte og miljøet. Ikke minst utgjør dette en innbruddsrisiko for den som er bortreist. Disse hensynene taler for at forbrukerne bør få en mulighet til å reservere seg.

Et slikt forslag vil imidlertid få økonomiske konsekvenser for næringslivet. Gratisaviser utgjør en rimelig markedsføringskanal, ikke minst for det lokale næringsliv, og gode inntekter for distributørene. Departementet mener imidlertid at andelen redaksjonelt stoff ikke bør være avgjørende for om forbrukerne skal kunne reservere seg eller ikke. Forbrukerne bør ha en rett til å velge også her.

Grensedragningen mellom såkalt "gratisavis" og annen type informasjon kan by på vanskeligheter. I dagligtale tenker man gjerne på gratisaviser som reklame-finansierte trykksaker utgitt i næringsvirksomhet med reklameformidling som hovedformål. Andelen reklame kan være mindre enn andelen redaksjonelt stoff.

Dersom aviser som til vanlig er for salg fulldistribueres som uadresserte sendinger, vil en reservasjonsordning også omfatte dette. Departementet har ikke til hensikt å innføre reservasjonsrett mot vanlig informasjon av allmenn interesse, for eksempel informasjon fra stat og kommune, menighetsblad og lignende. Departementet oppfordrer imidlertid høringsinstansene til å uttale seg om ulike grensetilfeller som kan oppstå og hensiktsmessige måter å trekke grensen på.

For øvrig vil det, i likhet med det som gjelder etter dagens regel, være avsenders ansvar å klassifisere forsendelsen og ikke formidlerens, jf. § 2 c første ledd, annet punktum.

8.8.3.2 Forbedringer av reservasjonsordningen

Ifølge Forbrukerombudet er reglene om reservasjon mot uadressert reklame vanskelig å håndheve fordi det ikke er lagt opp til en standardisert ordning. Dette gjelder særlig ved utlevering av uadressert reklame på dørmatten, hvor oblat på døren ofte ikke er så lett synlig. Også her kommer aspektene med innbruddsrisiko og miljøhensyn inn.

Da bestemmelsen ble vedtatt uttalte departementet at det ikke ville

"foreslå noen organisert reservasjons- eller merkeordning. Et merke eller lignende på forbrukerens postkasse som sier nei takk til uadressert reklame, må være tilstrekkelig for at det klart er tilkjennegitt at vedkommende ikke ønsker uadressert reklame. Når det gjelder distribusjon av reklame til beboere i boligblokker og lignende hvor det er felles låsbart postkassstativ, og hvor det er vanlig å legge reklame på dørmattene i stedet, kan det være nødvendig for forbrukerne å også merke dørene sine."

Spørsmålet er om reservasjonsordningen kan forbedres. Én mulighet kunne være å forby reklame på dørmatten med mindre forbrukeren eksplisitt har samtykket til å motta dette. Dette kan imidlertid føre til ulik konkurransesituasjon mellom de distributørene som har tilgang til postkassene og de som ikke har det. På den

annen side kan det for eksempel tilrettelegges for at reklamen kan legges i en felles åpen postkasse for borettslaget o.l. Et annet alternativ kunne være å innta i lovteksten at det alltid vil være tilstrekkelig å merke postkassen. Forutsetningen er at det står tydelig navn på den enkeltes inngangsdør.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på dette.

8.8.4 Forslag

Alternativ 1

§ 6-3 Reservasjonsrett mot uadressert markedsføring [§ 2c]

Det er forbudt i næringsvirksomhet å levere ut eller å gi en formidler i oppdrag å levere ut uadressert reklame og *ubestilte aviser* til forbrukere som klart har tilkjennegitt at de motsetter seg dette. En formidler er likevel ikke ansvarlig for *leveringen* hvis formidleren har fått opplyst og har grunn til å anta at det som leveres ut, ikke er reklame.

Innstikk, som er omfattet av redaktøransvaret, i aviser og andre trykksaker, anses ikke som uadressert reklame etter denne bestemmelsen.

Alternativ 2

§ 6-3 Reservasjonsrett mot uadressert markedsføring [§ 2c]

Det er forbudt i næringsvirksomhet å levere ut eller å gi en formidler i oppdrag å levere ut uadressert reklame og *ubestilte aviser* til forbrukere som klart har tilkjennegitt at de motsetter seg dette. *Tydelig merking av postkasse vil alltid være tilstrekkelig tilkjennegivelse.* En formidler er likevel ikke ansvarlig for *leveringen* hvis formidleren har fått opplyst og har grunn til å anta at det som leveres ut, ikke er reklame eller *ubestilte aviser*.

Innstikk, som er omfattet av redaktøransvaret, i aviser og andre trykksaker, anses ikke som uadressert reklame etter denne bestemmelsen.

Alternativ 3

§ 6-3 Levering av uadressert markedsføring [§ 2c]

Det er forbudt i næringsvirksomhet å levere ut eller å gi en formidler i oppdrag å levere ut uadressert reklame og *ubestilte aviser* til forbrukere som klart har tilkjennegitt at de motsetter seg dette.

Det er likeledes forbudt å legge reklame og ubestilte aviser foran forbrukerens inngangsdør uten vedkommendes forutgående samtykke.

En formidler er likevel ikke ansvarlig for *leveringen* hvis formidleren har fått opplyst og har grunn til å anta at det som leveres ut, ikke er reklame eller *ubestilte aviser*.

Innstikk, som er omfattet av redaktøransvaret, i aviser og andre trykksaker, anses ikke som uadressert reklame etter denne bestemmelsen.

8.9 Reklameinnstikk i aviser og andre trykksaker

8.9.1 Problemstilling

Etter markedsføringsloven er det forbudt å levere uadressert reklame til forbrukere som på en klar og tydelig måte har tilkjennegitt at de ikke ønsker dette, for eksempel ved å merke postkassen sin. Reklameinnstikk i aviser anses etter gjeldende rett ikke som uadressert reklame. Flere har tatt til orde for at det bør innføres en rett til å reservere seg mot reklameinnstikk.

8.9.2 Innspill fra bransjen/organisasjonene

Mediebedriftenes Landsforening er imot å innføre en reservasjonsordning for innstikk, mens *Norpost*, *Grønn Hverdag* og *Norges Naturvernforbund* er for.

Nedenfor gjengis en del av argumentene som har vært anført i debatten om hvorvidt det bør innføres en reservasjonsordning for avisinnstikk.

Argumenter for:

- Forbrukere som ikke ønsker å motta denne typen reklame bør få mulighet til å si nei uten å måtte avbestille avisen. I 2004 mottok Forbrukerombudet ca. 200 klager som gjaldt reklameinnstikk. I en undersøkelse utført av Nordiske Mediedager i mars 2005 svarte 60 prosent at de misliker reklameinnstikk i avisene og ville ha reservert seg hvis det var mulig.
- Uønsket papirreklame innebærer mye unødvendig avfall. Avfallsforebygging og bærekraftig ressursforvaltning er viktige nasjonale målsetninger. Et stadig økende papirforbruk innebærer økt etterspørsel etter fiber, samt annen ressursbruk og forurensning. Det er også knyttet miljøbelastninger til gjenvinning.
- Bilagene bidrar til ulik konkurransesituasjon mellom avisene og de andre distribusjonsselskapene, for eksempel Posten Norge AS.

Argumenter mot:

- Innstikk er en del av en adressert sending som inngår i totalpakken kunden har bestilt. Innstikk er underlagt redaktøransvaret, og en regulering vil gripe inn i redaktørens rett og plikt til å bestemme avisens innhold.
- Forbrukeren kan selv ivareta sine interesser ved å avbestille avisen. Risikoen for oppsigelser av abonnement bidrar til at antallet innstikk regulerer seg selv.
- Avisene har store inntekter fra innstikk. I 2005 utgjorde disse rundt 540 millioner kroner brutto. Inntektene bidrar til lavere priser og dermed også til å opprettholde avisen som en konkurransedyktig og viktig kanal for den allmenne samfunnsdebatten.
- Innstikk er en rimelig markedsføringskanal for næringsdrivende og gjør det mulig for annonsørene å differensiere annonseringen geografisk.
- En reservasjonsordning vil kunne bli dyr og praktisk vanskelig å gjennomføre.

8.9.3 Forholdet til ytringsfriheten

Adgangen til å spre kommersielle ytringer er en del av ytringsfriheten. Vernet er imidlertid svakere enn for ytringer knyttet til spørsmål av allmenn interesse. Ifølge ytringsfriheten og den redaksjonelle frihet er det som hovedregel opp til redaktøren å redigere det redaksjonelle produktet, herunder å bestemme omfanget av reklame og om denne skal plasseres sammen med det redaksjonelle stoffet eller som innstikk og bilag. Et inngrep i denne friheten må ha hjemmel i lov, være begrunnet i saklige hensyn og anses nødvendig i et demokratisk samfunn, jf. Grl. § 100 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10.

Spørsmålet om forholdet til ytringsfriheten har vært forelagt Justisdepartementets lovavdeling. I en uttalelse av 9. mars 2006 konkluderer Lovavdelingen med at forbruker- og miljøhensyn vil være legitime grunner for en reservasjonsordning og at dette i utgangspunktet ikke kan sies å innebære et uforholdsmessig inngrep i ytringsfriheten. Spørsmålet er likevel tvilsomt dersom en regulering bare har en uvesentlig effekt når det gjelder å nå de målene som ligger bak, sett i forhold til de byrder avisene pålegges. Avisene vil fortsatt ha muligheten til å ta inn den samme reklamen i selve avisen.

8.9.4 Vurdering

Departementet ser at det er sentrale hensyn som taler for å innføre en reservasjonsordning. Samtidig er det også tungtveiende mothensyn. Etter en avveining av de kryssende hensyn i saken har departementet kommet til at det ikke bør foreslås en rett til å reservere seg mot reklameinnstikk i aviser, og at dagens regel videreføres.

8.9.5 Forslag

Dagens regel videreføres.

8.10 Økonomiske og administrative konsekvenser

Et krav om forhåndssamtykke ved telefonmarkedsføring vil kunne få økonomiske konsekvenser for virksomheter som benytter denne markedsføringskanalen. Forslaget kan også føre til tap av arbeidsplasser tilknyttet telefonmarkedsføring, blant annet i distriktene. Det vises til nærmere omtale under pkt. 8.5.4.1.

Når det gjelder reservasjonsrett mot alle typer gratisaviser er det rimelig å anta at mange vil benytte seg av en slik rett, på linje med reservasjon mot vanlig uadressert reklame. Dette kan blant annet få konsekvenser for lokale næringsdrivendes muligheter til å markedsføre sine produkter og for distributørenes inntekter av slik omdeling. En reservasjonsordning vil imidlertid få positive konsekvenser for miljøet, idet den vil føre til mindre unødig forbruk av papir og mindre avfall.

Dersom det innføres et krav om forhåndssamtykke for reklame og gratisaviser som legges foran inngangsdøren til forbrukerne, vil dette sannsynligvis innskrenke muligheten for distribusjon av slik reklame. Det er rimelig å anta at færre vil samtykke i forhold til det antall som ikke har reservert seg i dag. Å innhente

samtykke vil antakelig også kreve en god del administrasjon for annonsørene og/eller distributørene. En innstramning i muligheten til å distribuere reklame ”på dørmatten” vil også kunne føre til ulik konkurransesituasjon mellom de distributørene som har tilgang til låsbart postkassestativ (hvor det bare vil gjelde en reservasjonsordning) og de som ikke har det. Også denne endringen vil imidlertid ha en positiv effekt i forhold til miljøet.

Rett til å reservere seg mot dørsalg vil antakelig føre til en begrensning av denne formen for markedsføring. Dørsalg er imidlertid ikke så utbredt i dag.

Forslagene kan føre til en viss økning i antall klagesaker for Forbrukerombudet. På den annen side vil klarere regelverk være mindre ressurskrevende å følge opp. Totalt sett anses eventuelle endringer å ikke få nevneverdige økonomiske konsekvenser for Forbrukerombudet.

Datatilsynet håndhever i dag personopplysningslovens regler om reservasjon mot direkte markedsføring (i praksis direkte markedsføring per post og telefon). Det har vært reist spørsmål om Forbrukerombudet bør overta denne kompetansen. Dette vil for det første avhenge av hvilke endringer som velges når det gjelder forslagene om direkte markedsføring i dette høringsnotatet. En overføring vil også få økonomiske konsekvenser for Forbrukerombudet som må utredes nærmere.

For forbrukerne vil de enkelte forslagene kunne føre til en mer effektiv mulighet til å frabe seg uønsket reklame.

Kapittel 9. Priser

9.1 Innledning, bakgrunn m.v.

9.1.1

Dagens regler og praksis om villedende og utilstrekkelig veiledende bruk av priser i markedsføringen vil i fremtiden omfattes av reglene som gjennomfører direktivet om urimelig markedspraksis. Direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv.

Departementet foreslår derfor ingen lovfesting av praksis eller annen utdypende regulering, men at villedningstilfellene som i dag vil reguleres av de generelle reglene. Et annet spørsmål er om direktivet er til hinder for krav om prisinformasjon og prismerking. Departementet argumenterer for at dagens regel i markedsføringsloven § 3 a videreføres med tilhørende forskrifter.

I det følgende gjøres først rede for bakgrunnen for regulering av næringsdrivendes prisopplysninger. I punkt 9.2 gjøres det rede for direktivet om urimelig markedspraksis og de av reglene som berører prismarkedsføring og prisopplysning.

Spørsmålet om hvorvidt gjeldende rett og praksis vedrørende prismarkedsføring kan lovfestes omtales i punkt 9.3.

Deretter omtales reglene i markedsføringsloven § 3 a tredje ledd med tilhørende forskrift om prismerking av varer, jf. punkt 9.4.

Avslutningsvis omtales regelverket om prisopplysninger i markedsføringsloven § 3 a første og annet ledd med tilhørende forskrifter, forholdet til direktivet og vurderingen av om bestemmelsene kan videreføres, jf. punkt 9.5.

9.1.2 Behovet for regulering av næringsdrivendes bruk av priser i markedsføringen

En forutsetning for fornuftige valg og for reell priskonkurranse, er at forbrukeren kjenner eller enkelt kan gjøre seg kjent med prisen på aktuelle varer og tjenester hos ulike leverandører. Åpenhet om priser og forretningsvilkår er nødvendig for at forbrukerne skal kunne finne frem til de laveste prisene. God og tilgjengelig informasjon om priser og andre relevante forhold bidrar også til at priskonkurransen fungerer best mulig, noe som kan bidra til en effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Prismerkings- og prisinformasjonsregler skal gjøre det enkelt for forbrukerne å foreta prissammenligninger. Dette betyr at reglene må sikre at opplysningene er lett tilgjengelige og oppgis når forbrukeren har behov for dette. Det er også viktig at det informeres om fullstendig salgspris, og enhetspris når dette er aktuelt, på salgsstedene og i markedsføringen. En forutsetning for prissammenligning er at prisene som oppgis ikke er utilstrekkelige eller villedende. Innenfor en rekke bransjer er pris et hovedtema i markedsføringen. Løfter om prisnedsettelse, kampanjetilbud, markedets laveste pris m.v. synes å være svært effektive markedsføringsbudskap. Fra et forbrukerperspektiv er det viktig at man kan stole

på løftene. Sett fra nærings siden er det viktig at budskapet om for eksempel å ha lavest pris er forbeholdt de som virkelig har lavest pris.

Markedsføringsloven regulerer bruk av priser i markedsføringen og har bestemmelser om prisopplysninger/prismerking. Forbrukerombudet og Markedsrådet har omfattende praksis knyttet til bruk av prisopplysninger i markedsføring med hjemmel i markedsføringslovens § 2 om villedende forretningsmetoder og § 3 om utilstrekkelig veiledning. Videre er det inntatt en bestemmelse om prisopplysning/prismerking i § 3a.

Forbrukerombudet har påpekt at det ville være et bedre utgangspunkt for håndhevingen hvis man fikk en generell prisbestemmelse med lovfesting av praksis. En slik bestemmelse burde inneholde en prisdefinisjon, tilsvarende den som er tatt inn i forskrift om prisopplysning for tjenester § 3 siste ledd og i henhold til Forbrukerombudets praksis.

9.2 Relevante bestemmelser i direktivet om urimelig markedspraksis

Villedende priser i markedsføringen

I henhold til artikkel 6 nr. 1 vil det være villedende å opplyse om uriktig pris eller å gi uriktige opplysninger om hvordan prisen beregnes. Det vil også være villedende å gi en i og for seg riktig prisopplysning dersom fremstillingsmåten er villedende, jf. artikkel 6 nr. 1 bokstav d). Også villedende bruk av særlige prisfordeler rammes. Det samme gjelder uriktige sammenlikninger med andres priser. Et vilkår er at villedningen kan forventes å foranledige en annen transaksjonsbeslutning enn en forbruker ellers ville ha tatt.

Villedende utelatelser - å ikke opplyse om pris

Etter artikkel 7 nr. 1 er også *utelatelser* av vesentlige opplysninger forbudt dersom utelatelsen kan forventes å foranledige en annen transaksjonsbeslutning enn en gjennomsnittsforkbruker ellers ville ha tatt. Som utelatelse regnes det også hvis man skjuler vesentlige opplysninger eller gir dem på en uhensiktsmessig måte, jf. artikkel 7 nr. 2. Artikkel 7 nr. 4 lister opp opplysninger som i gitte situasjoner skal betraktes som vesentlige. Prisen inklusiv avgifter anses på visse vilkår som en vesentlig opplysning, jf. artikkel 7 nr. 4 bokstav c).

Svartelisten

I direktivets vedlegg 1 er det inntatt en liste over handlinger som under alle omstendigheter skal anses som urimelige (svartelisten). Flere bestemmelser omhandler prisinformasjon. I punktene 5 og 6 slås det fast at ulike former for lokke-tilbud, dvs. å lokke forbrukerne til butikken med et gunstig tilbud som man ikke kan eller vil oppfylle, er forbudt.

Etter punkt 18 er det forbudt å gi forbrukeren uriktige opplysninger om markedsvilkår for å få forbrukeren til å kjøpe et produkt til dårligere vilkår enn i markedet ellers. Dette må antas å omfatte uriktige opplysninger om andres priser.

9.3 Prismarkedsføring – villedende bruk av priser i markedsføringen

9.3.1 Norsk regelverk om prismarkedsføring

Markedsføringsloven § 2 gjelder villedende forretningsmetoder, herunder villedende prismarkedsføring. Ifølge bestemmelsen er det forbudt i næringsvirksomhet å anvende uriktig eller av annen grunn villedende fremstilling som er egnet til å påvirke etterspørselen etter eller tilbudet av varer, tjenester eller andre ytelser. Det fremgår dessuten av tredje ledd at meddelelser om utsalg, realisasjon eller annen form for salg i detaljhandelen til nedsatte priser kun må anvendes når prisene på de tilbudte varer virkelig er nedsatt.

Markedsføringsloven § 3 forbyr framstilling som ikke gir tilstrekkelig veiledning eller trekker inn uvedkommende forhold, og derfor må anses urimelig. Bestemmelsen kan ses som en påbygning til § 2. Lovens forbud mot det som kan virke villedende, suppleres altså med en viss veiledningsplikt.

9.3.2 Forbrukerombudets og Markedsrådets praksis om prismarkedsføring

Hovedregelen er at opplysninger om priser skal være klare og entydige. Den som lover spesielle prisfordeler må sannsynliggjøre at prisen er så fordelaktig som den kan virke. Begrensninger i tilbudet for så vidt gjelder antall produkter, varighet eller lignende skal fremgå.

Det skal tydelig fremgå hva prisen omfatter og være samsvar mellom illustrasjon og oppgitt pris i annonser. Opplyste priser skal i størst mulig grad være fullstendige slik at forbrukerne ikke trenger å foreta regneoperasjoner for å finne den totale prisen som skal betales for en vare eller tjeneste. Der pris opplyses til forbrukerne skal den inkludere merverdiavgift. Forutsetter et tilbud kjøp av flere delytelser, må også totalprisen for de samlede ytelsene oppgis. Der kjøp forutsetter at det inngås en abonnementsavtale med bindingstid, må minste samlede kostnad oppgis.

Ved prissammenlikninger (typisk før- og nå-priser, priser hos konkurrenter og liknende), skal det opplyses hvilken pris det sammenliknes med. Produktene skal være sammenliknbare. Før-priser må kunne dokumenteres. Det skal gis korrekte opplysninger om hvor omfattende et salg er. Dersom det gis inntrykk av at priser er nedsatt, for eksempel ved bruk av ord som salg, tilbud og sesongsalg, må prisene reelt være nedsatt. Det skal opplyses om avslagets størrelse ved før- og nå-pris eller ved like tydelig angivelse.

Prisgarantier (når selger gir inntrykk av at den næringsdrivendes priser er lavere enn konkurrentenes og forbrukeren for eksempel får rett til prisavslag hvis det forekommer lavere priser i markedet) skal være reelle ved at flere selger samme produkt. Den næringsdrivende må selv jevnlig undersøke og umiddelbart nedjustere sine priser dersom det fremkommer lavere priser i markedet. Forbrukerne skal ikke måtte dokumentere at prisen er lavere et annet sted ut over å vise en annonse eller lignende.

Ved bruk av påstander som "faste lave priser" og liknende må det kunne sannsynliggjøres i tilstrekkelig grad at prisene er lave. Konkurransalg, fabrikkutsalg, feilvaresalg og så videre kan bare brukes dersom prisene er så lave som

forbrukerne kan forvente ved denne typen salg. Billigstpåstander må kunne dokumenteres.

Forbrukerombudet har utarbeidet omfattende retningslinjer med hensyn til prismarkedsføring.

9.3.3 Forholdet mellom direktivet og gjeldende rett

Villedningsaspektet er det sentrale både i direktivet og etter norsk praksis. For at et tiltak skal anses villedende stiller direktivet krav til at markedsføringen er egnet til å forvri av forbrukernes transaksjonsbeslutning, mens markedsføringsloven krever at den er egnet til å påvirke tilbud eller etterspørsel.

Direktivets svarteliste inneholder elementer som også vil være ulovlige etter norsk rett:

- forbud mot villedende lokketilbud (punkt 5 og 6)
- forbud mot villedende bruk av konkurs- og flyttesalg (punkt 15)
- forbud mot villedning mht ”markedsvilkår” (må antas å omfatte prisnivå) (punkt 18)
- forbud mot villedende bruk av ”gratispåstander” (punkt 20)

Artikkel 6 nr. 1 d) omtaler spesielt prisen eller utregningsmåten og ”eksistensen av en spesifikk prisfordel”. Praksisen skal da vurderes ut fra om den ”på noen måte, herunder i kraft av den generelle fremstillingen” er egnet til å villedende forbrukeren.

Ved prissammenlikninger i markedsføringen vil prinsippene om sammenliknende reklame som ligger i direktivet om villedende og sammenliknende reklame komme til anvendelse. Sammenlikninger med andre næringsdrivende er lovlig så lenge det er sammenliknbare produkter, og sammenlikningen skjer på objektivt grunnlag. Det er også et vilkår at sammenlikningen ikke er villedende etter direktivet om urimelig markedspraksis.

Det er vanskelig å forutsi om direktivet vil innebærer en standard for villedning som avviker fra den som er etablert etter markedsføringsloven. Departementet antar at hovedlinjene i praksis etter markedsføringsloven vil kunne opprettholdes. For øvrig vises til omtalen av direktivets bestemmelser og betydningen for norsk rett i kapittel 5.

9.3.4 Kan og bør gjeldende praksis lovfestes?

Departementet har vurdert om det er hensiktsmessig å samle bestemmelsene om villedende prismarkedsføring og prisopplysning på ett sted i loven, og i den forbindelse lovfeste deler av dagens praksis ved bl.a. å ta inn en bestemmelse som slår fast hva som menes med ”pris”. Departementet har kommet til at dette ikke er ønskelig. Å ta priselementet ut av bestemmelsene om villedning vil kunne virke forvirrende. Villedningsbestemmelsene er også helt sentrale i direktivet om urimelig markedspraksis. Å innføre bestemmelser som kodifiserer tidligere praksis og/eller kriterier for når prismarkedsføring anses villedende, utover det som følger av direktivet selv, vil være vanskelig fordi direktivet totalharmoniserer.

9.3.5 Konklusjon

Som det går frem av kapittel 5, foreslår departementet at markedsføringsloven §§ 2 og 3 i forbrukerforhold erstattes av nye bestemmelser som gjennomfører direktivet, jf forslag til nye §§ 2-2 og 2-3 [alternativt 2-3 og 2-4]. Dagens praksis etter markedsføringsloven vil kunne videreføres i den grad den er i overensstemmelse med de generelle reglene om urimelig markedspraksis. Departementet foreslår etter dette ingen særlig bestemmelse om prismarkedsføring.

9.4 Prismerking

9.4.1 Direktivet om prismerking

Prismerkingsdirektivet (Direktiv 98/6/EF av 16. februar 1998 om forbrukerbeskyttelse i forbindelse med angivelse av priser på forbruksvarer) pålegger næringsdrivende å opplyse om salgspris og enhetspris på alle produkter som tilbys forbrukere. Bakgrunnen er at et transparent marked og korrekte opplysninger er til fordel for forbrukerbeskyttelsen og sunn konkurranse mellom virksomheter og produkter, jf. punkt 1 i direktivets fortale. Produkter er i dette direktivet ensbetydende med varer. Formålet er å bedre informasjonen til forbrukerne og å gjøre det enklere å sammenlikne priser. Informasjonen skal være utvetydig, klart leselig og lett identifiserbar. Hvis man i annonser/markedsføring nevner salgsprisen må også enhetsprisen oppgis.

Prismerkingsdirektivet er et minimumsdirektiv, og artikkel 10 åpner for at man har regelverk som er mer gunstig enn direktivet for så vidt angår forbrukeropplysning og sammenlikning av priser.

9.4.2 Norsk regelverk

Prismerkingsdirektivet er gjennomført i forskrift om prisopplysning for varer (Forskrift 1999-12-06 nr. 1256). Forskriften er hjemlet i markedsføringsloven § 3 a tredje ledd.

9.4.3 Forslag

Departementet foreslår at den norske forskriften videreføres, eventuelt med enkelte presiseringer i ordlyden.

9.5 Regler om prisinformasjon

9.5.1 Norsk regelverk om prisinformasjon til forbrukere

Etter dagens markedsføringslov § 3 a første ledd har næringsdrivende plikt til å informere om pris slik at prisen lett kan ses av forbrukerne, så fremt det er praktisk mulig. Dette gjelder der varer eller tjenester tilbys forbrukerne. I annet ledd er det tatt inn en forskriftshjemmel. I forskrifter gitt i medhold av denne bestemmelsen er det gitt regler om prisopplysning for varer, tjenester, gravferdstjenester,

overnattings- og serveringssteder, tannlegetjenester m.m. og ved transport og salg av elektrisk kraft.

Også annet regelverk har regler om prisopplysning til forbrukerne. Eksempelvis skal det ved salg som omfattes av angrerettloven opplyses om pris i rimelig tid før avtaleinngåelse, jf angrerettloven §§ 7 og 7 a. Også ehandelsloven § 9 har en bestemmelse om prisopplysning. Felles for disse bestemmelsene er at de har bakgrunn i EF-direktiver. Eksempler på plikt til å oppgi pris ved avtaleinngåelse som ikke har utspring i EF-retten finnes i eiendomsmeglerloven og håndverkertjenesteloven.

9.5.2 Direktivet om urimelig markedspraksis

Direktivet om urimelig markedspraksis har ingen generelle opplysningspliktreger. En markedspraksis som utelater vesentlige opplysninger anses under visse omstendigheter som villedende, etter artikkel 7 nr.1. Opplysningskrav i annen fellesskapslovgivning skal etter artikkel 7 nr. 5 alltid anses som vesentlig informasjon også etter dette direktivet. De fleste direktivene på forbrukerområdet inneholder regler om prisopplysning.

Artikkel 7 nr. 4 slår fast at det ved en "kjøpsoppfordring" (definert i artikkel 2 bokstav i)) vil være villedende å ikke opplyse om fullstendig pris. Dette er nærmere bestemt "pris inklusive avgifter, eller, dersom produktets art innebærer at prisen ikke med rimelighet kan forhåndsberegnes, måten prisen beregnes på, samt om relevant alle tilleggs kostnader til frakt, levering eller porto eller, dersom disse kostnadene ikke med rimelighet kan forhåndsberegnes, det faktum at det kan forekomme slike tilleggs kostnader,"

9.5.3 Forholdet mellom norsk regelverk og direktivet

Dagens norske regler pålegger altså i stor utstrekning næringsdrivende generell plikt til å opplyse forbrukerne om priser. Direktivet har ingen tilsvarende generelle regler. Næringsdrivende har riktignok plikt til å opplyse om fullstendig pris ved alle kjøpsoppfordringer, men dersom den næringsdrivende ikke opplyser om pris foreligger det heller ingen kjøpsoppfordring. Direktivets regel vil derfor være at hvis det opplyses om pris på et spesifisert produkt, skal det opplyses om fullstendig pris.

Som det fremgår av kapittel 5.5.10 om direktivets konsekvenser for regler om opplysningsplikt, har representanter for Kommisjonen gitt uttrykk for at nasjonale regler om opplysningsplikt kan beholdes på følgende områder (fordi disse områdene ikke totalharmoniseres, jf. artikkel 3):

- nasjonale informasjonsbestemmelser på kontraktsrettens område (dvs at de har en eller annen kontraktsrettslig konsekvens) jf. artikkel 3 nr. 2,
- nasjonale bestemmelser som ivaretar forbrukernes helse og sikkerhet, jf. artikkel 3 nr. 3,
- nasjonale regler som gjennomfører direktiver, jf. artikkel 3 nr. 4
- nasjonale regler som bygger på minimumsklausuler i direktiver forutsatt at de er essensielle og proporsjonale kan beholdes i 6 år, jf. artikkel 3 nr. 5
- nasjonale bestemmelser om lovregulerte yrker, jf. artikkel 3 nr. 8
- infokrav for finansielle tjenester og fast eiendom, jf. artikkel 3 nr. 9

Enkelte prisopplysningsbestemmelser vil som nevnt ha bakgrunn i annet EØS-regelverk og vil kunne (og måtte) videreføres. Dette gjelder markedsføringsloven § 3 a tredje ledd om prismerking for varer, og også forskriften.

Bestemmelser som har bakgrunn i, men går lenger enn, minimumsdirektiver kan beholdes minst fram til 12. juni 2013. Minimumsklausulen i prismerkingsdirektivet er svært generelt formulert, og burde gi grunnlag for mer vidtgående regler for så vidt gjelder *varer*, slik som de generelle prisopplysningsregelen i markedsføringsloven § 3a. Prismerkingsdirektivet regulerer imidlertid ikke *tjenester*, og prisopplysninger for tjenester faller dermed utenfor prismerkingsdirektivets og minimumsklausulens virkeområde. Dette innebærer at overgangsordningen i UCPD artikkel 3 nr. 5 ikke kan brukes som grunnlag for å opprettholde fortsatt krav om prisopplysning for tjenester.

9.5.4 Departementets vurderinger og forslag

Kan § 3 a med forskrifter videreføres og på hvilket grunnlag?

Det vises i denne sammenheng til diskusjonen i kapittel 5.5.10. Som det fremgår der, må utgangspunktet for vurderingen av om nasjonale opplysningspliktbestemmelser kan videreføres være om de hører inn under området som totalharmoniseres av direktivet. Direktivet skal tilnærme regler om urimelig markedspraksis, med hovedvekt på villedning som skader forbrukernes økonomiske interesser. Departementet legger til grunn at positive informasjonskrav som helt eller delvis har et annet formål enn å motvirke urimelig/villedende praksis slik virkeområdet er fastsatt i direktivet, og som dermed også ivaretar andre interesser, vil kunne videreføres.

Den type informasjonsplikt som finnes i markedsføringsloven § 3 a er ikke ment å motvirke urimelig eller villedende praksis. Den er tvert imot ment å tydeliggjøre valgene, effektivisere konkurransen og øke etterspørernes valgmuligheter, og er dermed helt i tråd med formålet direktivet om urimelig markedspraksis skal ivareta. Både bestemmelsens ordlyd, forarbeider og forhistorie underbygger dette.

Reglene om prisopplysning sto tidligere i konkurranseloven fra 1993 § 4-1. I forarbeidene står det følgende om bestemmelsen (Ot.prp nr. 41 (1992-93) punkt 6.4.4):

”... forbrukerpolitikk og konkurransepolitikk har mange felles mål. Til dels overlapper politikkområdene hverandre og til dels utfyller de hverandre. Bestemmelsene om påbud om prismerking for varer, og fullmakter til å pålegge ervervsdrivende å foreta merking eller gi annen underretning om priser, forretningsvilkår, kvalitet eller andre egenskaper, er typiske eksempler på dette. Departementet mener at disse bestemmelsene er en så viktig del av konkurransepolitikken at de bør tas inn i konkurranseloven, slik utvalget har foreslått.”

I forbindelse med vedtakelsen av ny konkurranselov ble regelen i 2004 flyttet til markedsføringsloven § 3a. Begrunnelsen var at i tilfeller der etterspørerne er forbrukere, bør reglene håndheves ut fra forbrukerhensyn og dermed av Forbrukerombudet. Dette innebærer imidlertid ingen endring av reglernes formål. § 3 a første og annet ledd med forskrifter er fastsatt med formålet å fremme rasjonelle beslutninger, noe som etter konkurranseteori er en forutsetning

for effektive etterspørere og konkurranse. Det heter i merknadene til første ledd (Ot. prp. nr. 6 (2003-2004 s. 243):

"Formålet er å legge forholdene til rette for at forbrukerne skal kunne bedømme pris og kvalitet, slik at det kan treffes rasjonelle valg."

Departementet legger etter dette til grunn at markedsføringsloven § 3 a første og annet ledd ivaretar også andre hensyn og er rettet mot andre situasjoner enn de som ivaretas/harmoniseres av direktivet, og at bestemmelsen i utgangspunktet kan videreføres.

Bør § 3 a videreføres?

Artikkel 7 nr. 4 om opplysningsplikt ved kjøpsoppfordringer pålegger også næringsdrivende å opplyse om pris. Bestemmelsen er imidlertid svært uklar og det er nokså usikkert når den kommer til anvendelse. For det første er det knyttet stor usikkerhet til hva som i utgangspunktet er en kjøpsoppfordring, jf. punkt 5.9.5. For det andre vil den næringsdrivende måtte vurdere om opplysningene allerede fremgår tydelig av sammenhengen. Departementet antar det vil gi større forutberegnelighet å kunne forholde seg til en generell bestemmelse som i dag.

Den store betydning prisinformasjon til forbrukerne har for en virksom konkurranse tilsier i alle fall at bestemmelsene bør videreføres. I denne sammenheng vi departementet vise til at daværende konkurranseloven § 4-1 er brukt som hjemmel for kraftleverandørenes plikt til å melde inn kraftpriser. Disse opplysningene tjener som grunnlag for Konkurransetilsynets oversikt over priser og leverandører av kraft, som igjen er et hjelpemiddel for forbrukere som vurderer å bytte kraftleverandør. Det kan tenkes at det i fremtiden vil være et økt behov for liknende tiltak for å bedre forbrukernes mulighet for å orientere seg også i andre markeder fordi forbrukeren i stadig større grad møtes av et fragmentert og uoversiktlig prisbilde. Som eksempel kan nevnes prising av løpende avtaler som kobler kjøp av varer og tjenester eller produktpakker som gjør prissammenligning vanskelig. Markedsføringsloven § 3 a vil kunne benyttes som hjemmel for slike tiltak.

Det kan også vises til at nyeste versjon av forslaget til tjenstedirektiv har bestemmelser om prisinformasjon om tjenester. Forslaget virker ikke koordinert med direktivet om urimelig handelspraksis, og forholdet mellom de to regelsettene er uklart. Det er derfor uansett grunn til å avvente det endelige tjenstedirektivet før norske bestemmelser endres.

9.5.5 Konklusjon

Departementet foreslår etter dette at dagens § 3 a videreføres som i dag, og i et eget kapittel, jf. forslag til nytt lovkapittel VIII.

Departementet foreslår videre at det i bestemmelsene om håndheving av den nye loven, tas inn en særlig henvisning til reglene om prisinformasjon i kapittel VIII. For å understreke at reglene ivaretar andre hensyn enn forbrukernes økonomiske interesser, foreslås det at § 11-3 annet ledd 4. punktum lyder:

"Tilsynet med kapittel VIII skjer ut fra hensynet til at forbrukerne skal kunne orientere seg i markedet og enkelt sammenligne priser."

Kapittel 10. Tilgift og konkurranser/utlodninger

10.1 Innledning

10.1.1 Oversikt

I Norge er det forbudt å yte tilgift til forbruker, jf. markedsføringsloven § 4 første ledd. En ulovlig tilgift er en tilleggsytelse som mangler naturlig sammenheng med hovedytelsen, og som man får ”på kjøpet” ved avsetningen av en vare eller tjeneste. Den kan være ”gratis” eller til ”særlig lav” pris. En slik tilleggsytelse kan også være en vannersjanse i en konkurranse eller utlodning, eller en rabattkupong. Konkurranseforbudet i § 5 går imidlertid videre og rammer enhver bruk av konkurranser og utlodninger som salgsfremmende middel, så lenge tilfældigheter helt eller delvis avgjør utfallet.

Samtlige aktører i markedet er enige om at bestemmelsene om tilgift og konkurranser/utlodninger i markedsføringen bør endres. Forbrukerombudet (FO) ønsker å opprettholde en form for regulering av tilgift, mens de næringsdrivende mener at forbudene er foreldet og bør oppheves. I høringsnotatet foreslås det ulike alternative løsninger for tilgift og konkurranser/utlodninger. Når det gjelder rabattkuponger argumenteres det imidlertid for å beholde dagens forbud.

Departementet har avholdt et møte med bransjen m.fl. Dette behandles i punkt 10.1.2. Deretter gis det en kort historisk oversikt i punkt 10.1.3.

I punkt 10.2 behandles forholdet til direktivet om urimelig handelspraksis og EU/EØS-retten.

Kapitlets hovedtema er redegjørelsen i punktene 10.3 – 10.6:

Tilgift i punkt 10.3, rabattkuponger m.v. i punkt 10.4, samt konkurranser og utlodninger i punkt 10.5. Oppbygningen er den samme i de tre punktene: først en oversikt over norsk rett og praksis, deretter en oversikt over nordisk regelverk, så en vurdering av de forskjellige alternativene og tilslutt de ulike lovforslagene. I punkt 10.6 gis et anslag over de økonomiske og administrative konsekvensene av forslagene.

Alternativene til lovforslag på tilgift, rabattkuponger og utlodninger kan kombineres på ulike måter. Dette kan gi flere alternative løsninger.

10.1.2 Innspill fra bransjen m.fl.

Barne- og likestillingsdepartementet avholdt et møte med bl.a. bransjen og representanter for forbruker- og konkurransemyndighetene, om tilgift og konkurranser m.v. den 26. januar 2006. Etter møtet mottok departementet skriftlige innspill om tilgift og konkurranser fra ANFO (Annonsørforeningen), HSH (Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon), NHO (Næringslivets hovedorganisasjon) og NORDMA (Norsk Direkte Markedsføringsforening). Organisasjonene har hovedsakelig sammenfallende syn på bestemmelsenes funksjon i dag, og ønsker bestemmelsene opphevet. Deler av innspillene gjengis

nedenfor under de enkelte temaer. Dette gjelder også innspill som ble formidlet i møtet.

Innspillene i sin helhet, samt referat og annet bakgrunnsmateriale fra møtet den 26. januar 2006 kan finnes på:

<http://odin.dep.no/bld/norsk/tema/forbrukernytt/p30007816/004061-990074/dok-bn.html>

10.1.3 Historikk

Det har vært bestemmelser mot tilgift i Norge siden lov om utilbørlig konkurranse trådte i kraft i 1922. Loven ble opphevet ved vedtakelsen av markedsføringsloven i 1972, men forbudet ble videreført i markedsføringsloven § 4. Forbudet, i markedsføringsloven § 5, mot konkurranser og utlodninger ved markedsføring av varer og tjenester var nytt i loven fra 1972.

I 1993 ble det nedsatt et utvalg med sikte på å gå gjennom markedsføringsloven. Blant annet skulle utvalget se nærmere på §§ 4 og 5, samt klargjøre hvilke typer markedsføringstiltak som burde rammes av loven. Utvalget skulle utforme forslag til nye regler som var enklere å praktisere enn de gamle reglene.

Utvalget avga sin innstilling i 1995, som NOU 1995:2 "Forslag til endringer i markedsføringsloven", med blant annet forslag til nye regler til erstatning for §§ 4 og 5. Utvalgsflertallets forslag var i utgangspunktet en skjerpelse i forhold til dagens bestemmelse, ettersom tilbud om tilleggssytelser ville være helt forbudt. Utvalget mente likevel at det i realiteten ikke var en tilstramming, snarere en forenkling i forhold til gjeldende bestemmelser. Sammenpakking av produkter uten tilstrekkelig naturlig sammenheng ville bli tillatt. Høringsinstansene var splittet i sitt syn på utvalgets forslag. Departementet valgte derfor å ikke foreslå endringer på dette punktet, men signaliserte i Ot.prp. nr. 70 (1995-96) at man ville komme tilbake til dette når spørsmålene var nærmere utredet.

Arbeidet har senere ikke vært prioritert, blant annet fordi departementet har avventet resultatet av en mangeårig prosess i EU med et forslag til forordning om salgsfremmende tiltak. Forordningen ville berøre det norske regelverket på området direkte. Forslaget har vært kontroversielt i medlemsstatene, og det har vært et blokkerende mindretall både mot Kommisjonens opprinnelige forslag og mot ulike formannskapsforslag til kompromisser. Kommisjonen trakk på denne bakgrunn forslaget høsten 2005. Departementet legger etter dette til grunn at det ikke i overskuelig fremtid vil bli fremmet og vedtatt harmonisert regelverk på området, og har derfor tatt spørsmålet opp igjen i forbindelse med denne lovrevisjonen.

10.2 Direktivet om urimelig markedspraksis og EØS-retten

Etter at forslaget til forordning om salgsfremmende tiltak ble trukket av Kommisjonen, har det vært reist spørsmål om direktivet om urimelig markedspraksis også harmoniserer medlemsstatenes regler om slike tiltak. Uttalelser fra Kommisjonen indikerer at den legger til grunn at salgsfremmende tiltak faller utenfor området som harmoniseres av direktivet. Spørsmålet har også vært diskutert med de andre nordiske landene som alle har

opplysningspliktbestemmelser (unntatt Island). Foreløpig legger de til grunn at disse bestemmelsene kan og bør beholdes ved siden av direktivet. På det nåværende tidspunktet er det likevel vanskelig å forutse hva som blir konklusjonen på dette punktet.

Direktivet vil derimot gjelde villedende bruk av tilgift og konkurranser/utlodninger i markedsføringen når forbrukere er målgruppen. Et eksempel på dette finnes i direktivets vedlegg 1. Dette vedlegget inneholder en ikke-uttømmende oversikt over praksis som alltid vil være urimelig og dermed forbudt etter direktivet. Etter vedleggets punkt 19 vil det eksempelvis være forbudt, som ledd i en handelspraksis, å hevde at det avholdes en konkurranse eller et salgsfremstøt med premier uten at de omtalte premiene eller tilsvarende ytelser faktisk blir utdelt.

I utgangspunktet ser det dermed ut til at de enkelte land står fritt til å regulere muligheten til å bruke slike tiltak, såfremt reguleringen er i overensstemmelse med EF-traktaten/EØS-avtalen. Forbud mot ulike former for markedsføring kan imidlertid vurderes som handelshindrende, men vil ofte kunne opprettholdes dersom tungtveiende hensyn taler for dette. Det har ikke vært mulig å finne konkrete eksempler der EF-domstolen eller Kommisjonen har grepet inn mot land som har hatt forbud mot ulike typer salgsfremmende foranstaltninger, eller andre handelshindrende reguleringer. Danmark har, som EU-land, for eksempel gått inn for å videreføre sine forbud mot rabattkuponger og konkurranser/utlodninger i forbindelse med markedsføringen.

10.3 Tilgift

10.3.1 Gjeldende norsk rett og praksis

10.3.1.1 Hovedregel

I Norge er det forbudt å yte tilgift til forbruker⁷⁸, jf. markedsføringsloven § 4 første ledd. En ulovlig tilgift er en tilleggsytelse som mangler naturlig sammenheng med hovedytelsen, og som man får "på kjøpet" når man kjøper en vare eller tjeneste. Den kan være "gratis" eller til "særlig lav" pris, for eksempel få med bokhylle ved kjøp av bokverk. For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må det som hovedregel foreligge kjøpeplikt av hovedytelsen for at man skal få tilleggsytelsen. Utdeling av vareprøver eller reklamemateriell vil derfor i utgangspunktet være tillatt.

Det er ikke hensikten med markedsføringsloven § 4 å ramme tilgift til næringsdrivende. Spørsmålet om tilgift til næringsdrivende må derfor vurderes etter generalklausulen i markedsføringsloven § 1.

Et tilgiftstilfelle som er lovlig etter markedsføringsloven § 4 kan i sjeldne tilfelle bli vurdert som ulovlig etter markedsføringsloven §§ 1-3, for eksempel tilbud rettet til barn.

⁷⁸ Se punkt 5.4.2 i høringsnotatets kapittel 5.

Begrunnelsen for tilgiftsforbudet er sammensatt. Tilgift har en lokkeeffekt og bidrar til å vri fokus fra pris og kvalitet over på uvedkommende forhold og ytelser. Den virker tilslørende ved at kundene kan få problemer med å sammenligne verdien av og innholdet i ulike tilbud (mengde, kvalitet, service). Dette kan innebære priskamouflering. Tilgift kan også føre til innlåsnings effekter og redusert konkurranse i markedet. Mange av de samme hensynene gjør seg gjeldende når flere hovedytelser tilbys samlet.

Et tilgiftslignende tilfelle er regulert i finansieringsvirksomhetsloven 10. juni 1988 nr. 40 § 2-14, jf. forskrift om produktpakker m.v. av 1. juni 1990 nr. 429 § 2. Bestemmelsen begrenser en finansinstitusjons adgang til å tilby en tjeneste på betingelse av at kunden samtidig skaffer seg en annen tjeneste fra den selv eller annen finansinstitusjon, eller til å innrømme en kunde gunstige vilkår på betingelser av at dette gjøres. Det er gjort enkelte unntak fra forbudet.

I ehandelsloven § 9 tredje ledd er det gitt bestemmelser om at reklametilbud (rabatter, premier og gaver) lett skal kunne identifiseres, og at opplysninger om vilkår for å benytte seg av dem skal være klare og lett tilgjengelige.

I forslaget til ny lov om Finansforetakenes virksomhet § 13-4 (NOU 2001:23) foreslås det også innført en informasjonskravsbestemmelse:

”§13-4 Produktpakker

- (1) Et finansforetak kan ikke tilby en tjeneste eller et produkt med vilkår om at kunden samtidig skaffer seg en annen tjeneste eller et annet produkt.
- (2) Når to eller flere tjenester eller produkter tilbys samlet, skal finansforetaket samtidig opplyse om
 - a. vilkårene for å utnytte tilbudet,
 - b. prisen på de enkelte tjenester eller produkter som inngår i pakken.
- (3) Kredittilsynet kan forby finansforetak å benytte vilkår i produktpakker som anses uheldig for foretakets soliditet, skadelig for virksom konkurranse eller urimelig for forbrukerne.”

10.3.1.2 Unntak

Det er gjort unntak for tilfeller der det er ”naturlig sammenheng”⁷⁹ mellom tilleggsytelsen og hovedytelsen, jf. markedsføringsloven § 4 annet ledd. Dersom det er naturlig kjøps- og bruksmessig sammenheng mellom ytelsene er tilleggsytelsen lovlig, for eksempel når en bil selges med vinterdekk og motorvarmer på kjøpet. Hvis det ikke er naturlig å kjøpe tingene sammen er det ulovlig tilgift, selv om de ofte brukes sammen. Et eksempel er at det tilbys en flatskjerm-tv på kjøpet ved salg av en luksusseng. Hvordan tilbudet presenteres kan også være av betydning⁸⁰. Forbrukerombudet har etter Cappelen-saken lagt til

⁷⁹ I MR-sak nr. 5/93 utlovet Spareland Kjøpesenter en bil til den kunden som i løpet av en dag fikk den lengste kassalappen. Markedsrådet fant det ikke tvilsomt at tiltaket ble iverksatt for å fremme omsetningen og slo fast at det ikke var noen naturlig sammenheng mellom varene som ble tilbudt i kjøpesenteret og konkurransen, dvs. tiltaket ble funnet i strid med markedsføringslovens § 4. Den ulovlige ekstraytelsen i dette tilfellet var muligheten til å delta i en konkurranse med en bil som hovedpremie.

⁸⁰ I MR-sak nr. 22/75 kom rådet under tvil til at selv om det forelå en naturlig sammenheng mellom hoved- og tilleggsytelsen, kunne tilleggsytelsen sies å mangle ”naturlig sammenheng”

grunn at "skjorte og slips i matchende farger til kr. 300,-" skal være tillatt, mens "kjøp skjorte til kr. 299,- og få matchende slips for kr. 1,-" er lovstridig. Presentasjonsmåten kan også komme i strid med § 2 hvis det reklameres med at tilleggsytelsen er "gratis", men er betinget av kjøp av andre varer eller tjenester.⁸¹

En pengeytelse (rabatt) regnes som tilgift når den mangler sammenheng med betaling av hovedytelsen. Hvis kjøp av hovedytelsen gir mulighet til å kjøpe noe annet uten slik sammenheng til særlig lav pris, vil dette være ulovlig tilgift (se punkt 10.4.1.1 om bonus- og lojalitetsprogrammer, samt notene 91 og 92).

Å tilby "mer av samme vare" typisk "ta tre betal for to" regnes som en type rabatt, og er i prinsippet ikke forbudt. Rabatt kan gis på to måter, enten ved å holde varemengden konstant og senke prisen (prisavslag, kvantumsrabatter) eller ved å holde prisen konstant og øke varemengden (mer av samme vare).⁸²

Unntaket i § 5 annet ledd for premier eller belønninger for deltagelse i konkurranser i aviser, blader og så videre, gjelder tilsvarende for tilgift, jf. § 4 tredje ledd. Verdien av premier som deles ut etter unntaket kan ikke være høyere enn de grensene departementet har satt, se punkt 10.5.1.2.

10.3.1.3 Problemer i praksis og endringsbehov

Praktiseringen av tilgiftsforbudet har vært forbundet med en del problemer. Markedsrådet sier i MR-sak nr. 3/94 at "Markedsrådet bemerker innledningsvis at grensen mellom tiltak som går inn under loven og de som ikke gjør det, kan være meget vanskelig å trekke". Gjeldende lovtekst byr på avgrensingsproblemer med hensyn til når en tilleggsytelse er å regne som tilgift. For eksempel har bransjen påpekt problemer med å definere hva som er en "naturlig sammenheng" og hva som er forskjellen på

dersom den ble presentert som noe som ble gitt "attpå". I en senere sak nr. 7/85, den såkalte Cappelen-saken, kom Markedsrådet under dissens til motsatt resultat: Dersom det forelå naturlig sammenheng, ville ikke presentasjonsmåten gjøre tilgiften ulovlig. I saken fant Markedsrådet at det var tilstrekkelig sammenheng mellom Caplex, et ett-binds leksikon og et større 10-binds leksikon, i hvertfall så lenge det større leksikonet ikke var komplett. Formuleringen "Cappelens ett-binds-leksikon på kjøpet" var ikke i strid med markedsføringsloven § 4. I MR-sak nr. 17/2000 som gjaldt en almanakk som var pakket med en ordinær utgave av bladet "Henne", ble almanakken i markedsføringen fremhevet som "ekstra". Markedsrådet fant at presentasjonsmåten førte til at almanakken måtte betraktes som en tilleggsytelse, og at det ikke var grunnlag for å betrakte bladet og almanakken som en "pakkeløsning". Flertallet kom til at det ikke var naturlig sammenheng mellom bladet og almanakken, men pekte på at i en tvilsituasjon kunne det legges vekt på om tilleggsytelsen ble særlig fremhevet i presentasjonen av tilbudet.

⁸¹ Se MR-sak nr. 20/92.

⁸² Det har vært noe diskusjon om dette også gjelder hvis kjøpene foretas over tid. I MR-sak nr. 5/2000 skulle forbrukeren samle Sprite-poeng i form av plastmynter under korken på 0,5 liters Sprite brusflasker. Det var en plastmynt under hver kork på kampanje flaskene. En plastmynt ga ett poeng, og når forbrukeren hadde samlet seks poeng kunne disse løses inn i nærmere angitte innløsningsbutikker til en ny 0,5 liters Spriteflaske i kampanjeperioden. Flasken var ikke tett når plastmynten ble fjernet, slik at hele brusen måtte drikkes før mynten kunne tas ut. Markedsrådet kom til at tilleggsytelsen i dette tilfellet var den nye Spriteflasken som kunden fikk ved innleveringen av plastmyntene. Plastmyntene hadde ingen egenverdi som pengebeløp utover å tjene som dokumentasjon. Det var da mest naturlig å anse Spriteflasken som den egentlige tilleggsytelsen. En slik tilleggsytelse, som var av samme slag som hovedytelsen, ble ikke rammet av tilgiftsforbudet.

en hovedytelse og en tilleggsytelse. Uttrykket ”*særlig lav pris*” har dessuten voldt spesielle problemer. Formålet med å sidestille dette med gratisytelser er å hindre omgåelser av tilgiftsforbudet, men det fører altså i seg selv til vanskelige grensedragninger.⁸³ Både bransjen og Forbrukerombudet har påpekt at reglene er foreldet og Markedsrådet uttaler i MR-sak nr. 5/2000 at ”markedsføringsloven, og spesielt § 4, er skrevet med sikte på til dels andre forhold enn dagens”.

På denne bakgrunn er det reist spørsmål om reglene bør oppheves eller endres. I MR-sak nr. 25/91 uttaler eksempelvis Markedsrådet at ”Markedsrådet finner grunn til å bemerke at markedsføringsloven §§ 4 og 5 har voldt så mange problemer i praksis at det kan spørres om ikke bestemmelsene burde gjennomgås på nytt med sikte på klargjøring og en nærmere grensedragning for hvilke markedsføringstiltak en ønsker å regulere ved disse bestemmelsene”.

10.3.2 Nordisk rett

Alle de nordiske landene, med unntak av Island, har bestemmelser om tilgift.

Sverige

Den svenske markedsføringslagen av 27. april 1995 13 § fastsetter et krav om informasjon ved alle typer bruk av salgsfremmende tiltak i markedsføringen.

Bestemmelsen lyder som følger:

”Förmånserbjudanden

13 § En näringsidkare, som vid marknadsföringen erbjuder köparen att förvärva ytterligare produkter utan ersättning eller till ett särskilt lågt pris eller erbjuder köparen andra särskilda förmåner, skall lämna tydlig information om

- (1) villkoren för att utnyttja erbjudandet,
- (2) erbjudandets beskaffenhet och värde, samt
- (3) de tidsgränser och andra begränsningar som gäller för erbjudandet.”

Finland

Den finske lov om konsumentskydd av 20. januar 1978 nr. 38 om, 2 kap. 4 § fastsetter lignende informasjonskrav som den svenske loven.

Bestemmelsen lyder som følger:

”Erbjuds vid marknadsföring konsumtionsnyttigheter till ett gemensamt pris eller utlovas den som köper en konsumtionsnyttighet en annan konsumtionsnyttighet till nedsatt pris eller någon annan särskild förmån, skall vid marknadsföringen klart uppges

⁸³ Saken er uproblematisk der det dreier seg om summer av symbolsk størrelse. Vanskeligere er det for prisavslag rundt 15-20 prosent. I den såkalte L-Club saken, MR-sak nr. 2/90 tok ikke Markedsrådet konkret stilling til hvor grensen for særlig lav pris går, men uttalte at et prisavslag på tilleggsytelsen innenfor vanlig ”prutningsmonn”, på anslagsvis 15%, normalt ikke ville anses å gå under begrepet ”særlig lav pris”. Avhengig av varens ordinære pris kan slike prisavslag ha betydelig innvirkning på forbrukerens valg både med hensyn til hvilken vare som velges og tidspunktet for kjøp. Hvis prisen markedsføres som ”spesielt fordelaktig”, kan dette få betydning ved vurderingen, jf. MR-sak nr.5/96.

1. erbjudandets innehåll och värde samt i fråga om konsumtionsnyttigheter som bjuds ut till ett gemensamt pris dessutom nyttigheternas pris var för sig, utom då priset på en konsumtionsnyttighet om den skaffas separat är lägre än tio euro,
2. villkoren för hur erbjudandet kan utnyttjas, i synnerhet hur länge erbjudandet är i kraft samt begränsningar i fråga om mängd och andra begränsningar.”

Danmark

Folketinget i Danmark vedtok den 16. desember 2005 en ny lov om markedsføring. I følge den nye loven er det tillatt å yte tilgift, såfremt det gis informasjon på samme måte som i Sverige og Finland. Loven trådte i kraft 1. juli 2006, men forbudet mot tilgift oppheves først 1. januar 2007. På samme tidspunkt trer den nye informasjonskravsbestemmelsen i kraft.

Bestemmelsen lyder som følger:

”Salgsfremmende foranstaltninger

§ 9. En salgsfremmende foranstaltning skal markedsføres således, at tilbudsbetingelserne er klare og let tilgjengelige for forbrukeren, og værdien af eventuelle tillægsydelser klart er oplyst.

Stk. 2. Tilbyder en erhvervsdrivende en vare eller tjenesteydelse til en bestemt pris, og har den erhvervsdrivende rimelig grund til at antage, at denne ikke vil være i stand til at imødekomme efterspørselen i en mengde, som er rimelig i forhold til tilbuddet og omfanget af dets markedsføring, skal den erhvervsdrivende tage et klart forbehold herom i markedsføringen.”

10.3.3 Vurdering av ulike lovreguleringsalternativer

10.3.3.1 Opphevelse

Ett alternativ er å oppheve dagens tilgiftsforbud. Valg av dette alternativet vil føre til en mer liberal rettstilstand i Norge enn i de øvrige nordiske landene, siden disse har innført informasjonskrav, jf. punkt 10.3.3.2.

En slik løsning vil fjerne en rettssituasjon som mange mener er foreldet, slik at tiltaket blir sidestilt med andre typer markedsføringstiltak. Bransjen oppfatter dagens regler som unødvendig strenge. Dessuten kan man unngå de vanskelige grensedragningene mellom det lovlige og det ulovlige, som har gjort gjeldende bestemmelse vanskelig å etterleve og håndheve. Se punkt 10.3.1.3.

Forbrukerombudet og bransjen er imidlertid noe uenige om konsekvensene av en eventuell oppheving av forbudet. I følge de næringsdrivende vil markedet her regulere seg selv og forbrukerne vil være i stand til å ivareta sine interesser. Forbrukerne er undervurdert, de lever i et moderne samfunn og er vant til å forholde seg til et mylder av markedsføringstiltak og andre kompliserte problemstillinger. Forbrukerombudet mener dette er å overvurdere den enkelte forbruker. De fleste forbrukere har ikke mulighet til å se de kompliserte strukturene og samspillene som ligger bak ulike markedsføringskampanjer og lar seg rive med og lokke. Det er en kjensgjerning at tilgift virker salgsfremmende. Dersom regelverket liberaliseres vil omfanget av tilgift trolig blomstre kraftig opp, blant annet fordi ulike næringsdrivende vil føle seg tvunget til å delta i ”tilgiftsløpet” for å holde seg konkurransedyktige. Dette kan igjen føre til økte priser for forbrukerne.

Bruk av tilgift i markedsføringen skal imidlertid fortsatt vurderes etter den nye generalklausulen, samt forbudet mot villedende markedsføring. Dermed kan urimelig og villedende markedsføring stanses også dersom dagens tilgiftsforbud oppheves.

10.3.3.2 Informasjonskrav

Et annet alternativ er å oppheve tilgiftsforbudet og innføre informasjonskrav for tilleggssytelser, på samme måte som i de andre nordiske landene (unntatt Island). Dette vil løse problemet som særnorske regler innebærer for de næringsdrivende ved grenseoverskridende markedsføringskampanjer.

Et informasjonskrav vil innebære at både hovedytelsen og tilleggssytelsen skal merkes med verdi. Dersom flere ytelser tilbys samlet i en pakke skal de ulike delytelsene merkes med verdi hver for seg. Andre vilkår eller begrensninger for å utnytte tilbudet må også fremgå.

Departementet har kontaktet Sverige og Finland for å høre hvordan informasjonskravsreglene har fungert i praksis, siden disse landene nå har lang erfaring med slike regler. I Finland fungerer reglene godt, i følge Konsumentverket. Eksempelvis har de på mange områder sannsynligvis ført til økt konkurranse i næringslivet. Tilsynsmyndigheten er også fornøyd med de næringsdrivendes merking av tilleggssytelsen. Merkingen kan imidlertid virke sterkt lokkende dersom tilleggssytelsen har markert høyere verdi enn hovedytelsen, og kanskje villedende dersom prisfastsettelsen ikke er riktig. Ofte selger ikke de som tilbyr tilleggssytelsen slike gjenstander til vanlig. Det må derfor anslås en pris, som det kan være vanskelig å påvise riktigheten av. Den finske tilsynsmyndigheten mener slik markedsføring er ekstra problematisk innenfor områder der det inngås langsiktige avtaler som har stor betydning for forbrukerens økonomiske stilling, for eksempel for mobiltelefonabonnement eller forbrukerkreditter. Tilleggssytelsene er ofte verdifulle produkter slik som digitalbokser, dvd-spillere, digitale kamera og wide screen tv-apparater. På denne måten bindes forbrukeren til operatøren og hindres i å utnytte den frie konkurransen. En slik praksis kan virke tilslørende og villedende.

Forslaget til bestemmelse er ment å favne situasjoner der tilleggssytelsen ikke bare er betinget av en pengebetaling, men også tilfeller der forbrukeren for eksempel bes om å gi personopplysninger som motytelse.

Bruk av tilgift i markedsføringen skal fortsatt vurderes etter den nye generalklausulen, samt forbudet mot villedende markedsføring. Dermed kan urimelig og villedende markedsføring stanses også dersom dagens tilgiftsforbud oppheves, og informasjonskrav blir innført.

Verken de næringsdrivende eller Forbrukerombudet har hatt innvendinger til å innføre et informasjonskrav.

10.3.3.3 Særreguleringer eventuelt særforbud

Et tredje alternativ er at det gis særregler for tilgiftstilbud til barn og for tilgiftstilfeller med høy lokkeeffekt. Slike særregler kan kombineres med informasjonskrav som beskrevet ovenfor.

A. *Tilgiftstilbud til barn* (for eksempel dataspill i frokostblandinger). Dersom bruk av tilgift liberaliseres kan det likevel være grunn til å beskytte barn, fordi de ikke er i stand til å gjennomskue en tilgift på samme måte som voksne og lettere lar seg lokke.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det bør utformes egne og strengere regler for tilgiftstilbud rettet til barn, eventuelt om alle former for tilgift til denne målgruppen bør forbys. Bestemmelsen kan også plasseres i lovens kapittel IV "Beskyttelse av barn". Det er klar praksis for å tolke markedsføringslovens generalklausul strengere når barn er målgruppen, blant annet fordi barn mangler evne til å skille mellom objektive budskap og reklame, og til å gjennomskue overdrivelser etc.⁸⁴

Tilgiftstilbud (inkludert kjøpsbetingede konkurranser⁸⁵) rettet til barn kan medføre sterkere kjøpepress og fordreining av kjøpsbeslutninger enn slike tilbud rettet til voksne, blant annet fordi barn har et utpreget samlebehov. De har også en sterkere opplevelse av å få ting gratis (jo flere ting desto bedre).⁸⁶ Verd å merke seg i denne sammenhengen er at hovedytelsen kan være rettet til voksne, selv om tilleggsytelsen er rettet til barn. For eksempel franske oster som er pakket sammen med en leke.

Flere av de næringsdrivende, bl.a. HSH, NHO og ANFO, mener at barna er tilstrekkelig beskyttet gjennom den vanlige praksis av markedsføringsloven etter §§ 1 og 2. De mener også at et slikt særforbud vil bli vanskelig å håndheve, fordi grensen mellom produkter til barn og voksne kan være vanskelig å trekke. Dersom det i loven ikke skilles mellom *hovedytelse* til barn eller voksne, kan imidlertid denne grenseoppgangen reduseres til kun hvem *tilleggsytelsen* er ment for.

⁸⁴ Forbrukerombudets sak 01-1337 (Statoil Norge AS): Saken gjaldt markedsføringen av "Statoils Sommerpass". Passet ble delt ut på alle Statoil stasjoner. Aktivitetsbøker med klistremerker, oppgaver og spørsmål som ble delt ut til alle barn uavhengig av kjøp, ville ikke i seg selv være i strid med god markedsføringsskikk. Teksten inneholdt imidlertid en oppfordring om å kjøre innom og stoppe ved stasjonene for å samle effekter og kjøpe is. Etter Forbrukerombudets vurdering var dette en oppfordring til barn om å overtale foreldre til å kjøre innom stasjonene og handle. Det særlige aktsomhetskravet som gjelder ved tolkning av begrepet god markedsføringsskikk når reklamen er rettet til barn, var i følge Forbrukerombudet ikke godt nok ivaretatt.

⁸⁵ Forbrukerombudets sak 99-2318 (J. L. Karlsen AS – Leketøy Engros): Saken gjaldt firmaets julekalender på Internett. Hver dag i desember kunne barna finne en "magisk" bokstav i kalenderen. Ved å samle alle bokstavene og sette dem sammen til en setning, kunne barna bli med i trekningen av leker for kr 10.000. Tiltaket ble ansett i strid med markedsføringsloven § 5. På planetene som barna måtte besøke hver dag markedsførte annonsøren også "Dagens julegavetips". Tatt i betraktning av at førjulstiden er en tid med sterkt kommersielt press på barn ble tiltaket også ansett i strid med markedsføringsloven § 1.

⁸⁶ Forbrukerombudets sak 99-2010 (McDonalds Norge): Saken gjaldt en reklamefilm for måltidet Happy Meal. Ved hvert måltid fulgte det en legobrikke. Filmen viste en liten jente som satte brikkene sammen til en legofigur. Det ble vist et nærbilde av måltidet og de åtte ulike figurene som kunne finnes sammen med måltidet. Lekene kunne kjøpes separat. Etter Forbrukerombudets vurdering ble tilbudet ikke presentert som en pakke og markedsføringen ble ansett i strid både med markedsføringsloven §§ 2 og 4.

Forbrukerombudet mener generelt at barns interesser må beskyttes særskilt, særlig på grunn av at markedsføringslovens beskyttelsesnivå etter de generelle bestemmelsene nå i større grad vil bli avgjort på EU-nivå.

B. Tilgiftstilfeller der ytelsene står åpenbart fjernt fra hverandre og har høy lokkeeffekt (for eksempel tilbud om sydentur ved kjøp av leilighet).

Forslaget til bestemmelse er ment å favne situasjoner der tilleggssytelsen ikke bare er betinget av en pengebetaling, men også tilfeller der forbrukeren for eksempel bes om å gi personopplysninger som motytelse.

Ut fra forbrukerhensyn kan det være behov for å opprettholde en form for regulering av tilleggssytelser, særlig for ytelser som åpenbart ikke har sammenheng med hovedytelsen. Dette vil åpne for en mulighet til å reagere overfor opplagte lokketilfeller. Bransjen innvender at et slikt forslag vil åpne for uklare grensedragninger i forhold til hva som er åpenbart, og dermed ligne dagens problematikk rundt ”naturlig sammenheng”. Dette kan illustreres ved en tenkt skala der et tilfelle *åpenbart uten sammenheng* vil være tilbud om ”sydentur ved kjøp av leilighet”, et tilfelle i *grenseland* vil være ”leilighet med scooter på kjøpet, mens flatskjerm ved kjøp av leilighet vil være *kunne aksepteres*. Bransjen mener også at denne løsningen vil gi særnorske regler, noe som kan føre til økte kostnader ved grenseoverskridende markedsføring.

Det kan innvendes til dette forslaget at slike åpenbare tilfeller være lettere for forbrukerne å gjennomskue, og dermed være mindre villedende (selv om lokkeeffekten vil være der) enn mer subtile tilbud. Som påpekt i punkt 10.3.3.2 kan det være vanskelig å reagere etter bestemmelsen om informasjonskrav dersom det tilbys tilleggssytelser som har en svært høy verdi, når den er oppgitt og riktig. Det kan være mulig å hindre slike høye verdier på tilleggssytelsene, for eksempel ved å sette beløpsgrenser for dem. Departementet ser imidlertid ikke dette som en aktuell løsning.

10.3.4 Forslag

10.3.4.1 Alternativ I

Ingen særbestemmelser om tilgift.

10.3.4.2 Alternativ II

§ 7-1. Informasjonskrav

(1) Når en forbruker tilbys en tilleggssytelse sammen med hovedytelsen, vederlagsfritt eller til redusert pris, ved kjøp eller annen situasjon som forutsetter en motytelse fra forbrukeren, skal den næringsdrivende samtidig opplyse om:

- a) vilkårene for å utnytte tilbudet,*
- b) ytelsenes pris hver for seg.*

(2) Det samme gjelder når to eller flere ytelser tilbys samlet, eller det tilbys en annen særskilt fordel.

10.3.4.3 Alternativ III

§ 7-2. Tilleggsytelser som er forbudt

(1) Det er forbudt å tilby forbruker en tilleggsytelse sammen med hovedytelsen, vederlagsfritt eller til redusert pris, når det åpenbart ikke er sammenheng mellom ytelsene og kjøp eller annen motytelse er en forutsetning for tilbudet.

(2) Tilleggsytelser rettet til barn er alltid forbudt, uavhengig av om hovedytelsen er rettet mot voksne.

10.4 Rabattkuponger og – merker

10.4.1 Gjeldende rett og norsk praksis

10.4.1.1 Oversikt

Den såkalte kupongregelen sier at en pengeytelse anses som tilgift hvis man bruker merke, kupong eller lignende som hovedsakelig har til oppgave å tjene som bevis for rett til hovedytelsen, jf. § 4, annet ledd, annet punktum. Det vil imidlertid være uten betydning at det er brukt merker, kuponger eller lignende hvis tilleggsytelsen har naturlig sammenheng med hovedytelsen.⁸⁷

Rabattkuponger er vanlig og tillatt i mange andre land. Kuponger kan være tatt inn i annonser eller salgsbrosjyrer, trykket på varers emballasje, i tilbudsaviser etc. Forbrukeren kan få prisavslag for en vare ved å klippe ut⁸⁸ rabattkupongen og ta den med til forretningen, eventuelt kan tilbudet være utformet slik at et bestemt antall rabattkuponger må spares opp for å oppnå rabatt ved kjøp av varen. Bestemmelsen innebærer imidlertid ikke et generelt forbud mot å gi denne type rabatter.⁸⁹ Rabattkort som hovedsakelig har en ”legitimeringsfunksjon” eller ”registreringsfunksjon”, og som forbrukeren ikke gir fra seg, tjener ikke ”hovedsakelig” som bevis for rett til pengeytelsen og rammes ikke av kupongregelen.⁹⁰ Det er også tillatt å gi kvantumsrabatter, årsbonuser og lignende

⁸⁷ MR-sak nr. 5/2000. Se fotnote nr. 82.

⁸⁸ I MR-sak nr. 3/94 var Markedsrådet enig med FO i at utklipp av bamsemerker fra emballasjen for Pampers bleier som så skulle samles opp og sendes inn for å få rabatt, måtte anses som merke/kupong i lovens forstand. Emballasjebiten hadde ikke noen annen funksjon i ettertid enn å tjene som bevis for rett til pengeytelsen. Mindretallet anså imidlertid den avklippede delen som et bevis for at det hadde funnet sted et ”rabattkvalifiserende kjøp”, derfor mente de at det dreide seg om en kvantumsrabatt og ikke ulovlig tilgift. Saken illustrerer hvor subtil grensedragningen kan være i tilgiftsspørsmålene.

⁸⁹ I MR-sak nr. 10/75 fant Markedsrådet at Det Bestes rabattkupong med tilbud om 50 % rabatt ikke var lovstridig fordi kupongen samtidig ble brukt til å tegne abonnement på tidsskriftet.

⁹⁰ I den såkalte ”Kunderingen-saken”, MR-sak nr. 12/88, der det ble solgt rabattkort pålydende kr. 100, som ga rett til rabatt i 60 forretninger, grep ikke Markedsrådet inn. Rådet la i noen grad vekt på at det var inngått en avtale om rabatt overfor en forbrukergruppe og i tillegg at kortet mer hadde formål som identifikasjon for retten til rabatt, i motsetning til kupongen som står på egne ben og som ”innløses” i forbindelse med rabattytelsen. Under henvisning til forarbeidene sier Markedsrådet selv at det i praksis vil dreie seg om til dels ubetydelige forskjeller for hvor grensen mellom det lovlige og det ulovlige skal trekkes.

tilbakebetalinger på grunnlag av kvitteringer, kassalapper etc. Forbrukerombudet har for eksempel godtatt at fotoforretninger gir kvantumsrabatt ved bruk av kundekort som stemples hver gang man kjøper en fremkalling.

Dersom en kupong ikke gir rett til prisavslag, men til hele varen⁹¹, vil det være mer naturlig å vurdere tilleggsytelsen etter kravet om ”naturlig sammenheng” enn etter kupongregelen. Dette vil ofte være aktuelt ved vurderingen av bonus- og lojalitetsprogrammene. Både kvantumsrabatter og bonus- og lojalitetsprogrammer⁹² kan da ses som en form for ”mer av samme vare”, jf. punkt 10.3.1.2. Alle opplysninger om medlemsfordeler og rabattordninger må tilfredsstillende kravene i lovens §§ 1, 2 og 3 om korrekt, klar og tilstrekkelig veiledning.

I ehandelsloven § 9 tredje ledd er det gitt bestemmelser om at reklametilbud (rabatter, premier og gaver) lett skal kunne identifiseres, og at opplysninger om vilkår for å benytte seg av dem skal være klare og lett tilgjengelige.

10.4.1.2 Problemer i praksis og endringsbehov

De næringsdrivende har påpekt at kupongregelen er komplisert og vanskelig tilgjengelig, og at det er et behov for forenkling. Den er dessuten lite anvendelig for elektronisk markedsføring. Vanskelige grensdragninger mellom det lovlige og det ulovlige svekker forutsigbarheten for de næringsdrivende. Bransjen trekker særlig frem det problematiske i å klarlegge når kupongen eller merket ”hovedsakelig” tjener som bevis for rett til pengeytelsen.

10.4.2 Nordisk rett

I Sverige og Finland er bruk av rabattkuponger og –merker tillatt. Det danske forbudet mot rabattkuponger og –merker ble imidlertid videreført da Folketinget den 16. desember 2005 vedtok en ny lov om markedsføring.

Den danske bestemmelsen lyder som følger:

”Rabatkuponer og –mærker

§ 10. Der må ikke gives rabat eller anden ydelse ved brug af mærker, kuponer eller lignende, der er stillet til rådighed af erhvervsdrivende forud for køb af en vare eller ved udførelsen af en tjenesteydelse.

Stk. 2. Erhvervsdrivende må dog ved salg af en vare eller udførelsen af en arbejds- og

⁹¹ For Domino og Trumf – kortene ble det problemer, fordi de ga rett til varer/tjenester og ikke tilbakebetaling av penger (eller en volumrabatt) som i COOP-opplegget. Det som kjøpes i deltager-forretningene regnes som hovedytelsen, mens de varer/tjenester som gis som bonusytelser utgjør tilleggsytelsen. I de aller fleste tilfeller vil det mangle ”naturlig sammenheng” mellom disse ytelsene. Løsningen ble her at forbrukerne kjøpte bonusytelsene for de poengene som var opptjent, og da til en pris som ikke var ”særlig lav”.

⁹² SAS fikk problemer med FO med hensyn til sitt EuroBonus-program. Programmet innebar at det i en del tilfelle ble tilbudt hotellopphold som tilleggsytelse til hovedytelsen, som var selve flyreisen. Slik opplegget var i begynnelsen kunne man oppnå denne tilleggsytelsen forholdsvis raskt. FO hevdet at det ikke var ”naturlig sammenheng” mellom flyreiser og hotellopphold for private forbrukere, og at det da heller ikke dreide seg om en kvantumsrabatt eller ”mer av samme vare”.

tjenesteydelse give rabat eller anden ydelse i form af mærker, kuponer eller lignende til senere indløsning, såfremt hvert enkelt mærke på tydelig måde er forsynet med udstederens navn eller firma med angivelse af en værdi i dansk mønt. Rabatmærkeudstederen skal indløse mærket til en verdi, når mærker til et beløb, hvis størrelse fastsettes af ministeren for familie- og forbrugeranliggender, kræves indløst.”

10.4.3 Vurdering av ulike lovreguleringsalternativer

10.4.3.1 Bør dagens forbud mot rabattkuponger videreføres?

Ett alternativ er å oppheve forbudet mot bruk av rabattkuponger. Et annet er å videreføre dagens forbud.

Ved å oppheve forbudet vil man fjerne en rettssituasjon som mange mener er foreldet, slik at tiltaket blir sidestilt med andre typer markedsføringstiltak. Særlig bransjen har påpekt at det har vært vanskelige grensedragninger mellom det lovlige og det ulovlige etter dagens bestemmelse.

De næringsdrivende ønsker derfor at dagens forbud oppheves. Dette vil være i tråd med rettstilstanden i Sverige, Finland og Island.

Forbrukerombudet innvender at rabattkuponger kan gjøre markedet uoversiktlig og at forbrukerne kan villedes. Selv om urimelig og villedende markedsføring fortsatt skal vurderes etter generalklausulen og forbudet mot villedende markedsføring, vil ikke dette ramme de mest problematiske sidene ved bruk av rabattkuponger og -kort. Når ”nesten alle” har kortene vil ikke forbrukerne få en reell rabatt. Derimot gis tilfeldige fordeler til de forbrukerne som har tid og mulighet til å skaffe seg oversikt over tilbudene. Forbrukerombudet ønsker derfor å beholde dagens forbud.

Danmark har nylig vurdert, og beholdt, sitt tilsvarende forbud. Begrunnelsen var at kuponger distraherer og fjerner fokus fra det kjøpet skal dreie seg om, nemlig pris og kvalitet på produktet. Det ble også fremhevet at man ikke ønsket amerikanske tilstander. Man mente forbrukerne ville bli villedet og at ekstra kostnader til innkjøp av rabattkonsepter ville bli belastet forbrukerne i form av høyere priser.

Konsekvensene av en liberalisering er ikke lette å overskue. Vanskeligheter med praktiseringen av loven kan ikke i seg selv begrunne en liberalisering. I land der rabattkuponger er tillatt, er bruken omfattende og raskt voksende. Særlig bruk av elektronisk kommunikasjon gjør dette til en attraktiv markedsføringskanal, eksempelvis vil det være aktuelt å distribuere kuponger via kundekort⁹³, internett og mobiltelefon. Barn vil være en attraktiv gruppe for slik type markedsføring. Kuponger på ulike typer kvitteringer er også en mulighet. Dessuten vil nok bruken av de såkalte ”trading stamps” bli merkbar. Dette er kjøpemerker som utstedes av spesielle firmaer, og som selges til de næringsdrivende. Disse deler ut merkene til forbrukerne i forhold til hvor mye de har kjøpt. Merkene tjener da som et middel til å holde på forbrukerne og få dem til å vende tilbake. Forbrukerne kan samle merkene og bruke dem til senere kjøp i særlige butikker opprettet av merkeutstederne. Merkene er innløselige i penger eller varer.

⁹³ Kundekortet er ikke forbudt etter dagens bestemmelse.

Departementet vil etter en samlet vurdering foreslå at det opprettholdes et forbud mot kuponger, merker og lignende som kan innløses. Departementets oppfatning er at kort, både i papir og elektroniske, ikke skaper de samme problemene i praksis som rabattkuponger og merker. Derfor foreslås det at forbudet ikke skal gjelde denne typen rabattordninger. Progressive rabatter bør imidlertid forbys for alle rabattsystemer. Dette er en type rabatt som har en sterkt innelåsende effekt, og som bør unngås.

Departementets oppfatning er at dagens forbud mot rabattkuponger og merker bør videreføres. Det bes om høringsinstansenes syn.

10.4.4 Forslag

10.4.4.1 Alternativ I

Ingen særbestemmelser om kuponger m.v. som betalingsmiddel.

10.4.4.2 Alternativ II

§ 7-3. Bruk av kuponger m.v. som betalingsmiddel

(1) Det er forbudt å gi rabatt til en forbruker under forutsetning av at det fremvises kupong, merke eller tilsvarende, som kan løses inn. Rabattsystemer som gir rett til mer av samme ytelse er likevel tillatt.

(2) Rabattsystemer som gir rett til en progressiv rabatt er forbudt.

10.5 Konkurranser og utlodninger

10.5.1 Gjeldende rett og norsk praksis

10.5.1.1 Hovedregel

Det er forbudt å benytte konkurranser, utlodninger eller lignende for å fremme salget, dersom tilfeldigheter helt eller delvis avgjør hvem som vinner, jf. markedsføringsloven § 5. Bestemmelsen kommer til anvendelse uavhengig av om kjøp er en forutsetning for å delta i konkurransen/utlodningen. Når kjøp er en forutsetning for å delta, kan konkurranser/utlodninger også betraktes som en type tilgift.

Avgjørende for om et forhold faller innenfor forbudet i § 5 er om "tilfellet" eller prestasjoner avgjør resultatet. En virksomhet som ønsker å promotere en ny parfyme på markedet kan for eksempel lokke med at kunden kan vinne denne parfymen ved å svare på noen spørsmål. Hvorvidt dette er lovlig eller ikke, vil blant annet avhenge av hvor vanskelige og omfattende spørsmålene er, og dermed om det kan kalles en prestasjonskonkurranse. Hvis det kommer inn flere identiske løsninger, kan ikke den endelige vinneren utpekes ved loddtrekning. Motsatt kan koder på lapper i sjokoladeesker som gir vinnerjanser ved registrering på internett, være preget av tilfeldigheter og dermed forbudt.

Forbudet gjelder alle ledd i omsetningsrekken, og er så omfattende at det i få tilfeller vil være aktuelt å anvende generalklausulen i markedsføringsloven § 1.

Begrunnelsen for forbudet er hovedsakelig den samme som for tilgiftsforbudet, jf. punkt 10.3.1.1.

I ehandelsloven § 9 fjerde ledd er det gitt bestemmelser om at salgsfremmende konkurranser eller spill lett skal kunne identifiseres, og at opplysninger om vilkår for å delta i dem skal være klare og lett tilgjengelige.

10.5.1.2 Unntak

Det er gjort unntak fra forbudet i § 5 annet ledd for premier eller belønninger for deltagelse i konkurranser i aviser, blader og så videre. Uttrykkene ”oppgaveløsninger” og ”konkurransedeltagelse” forutsetter en viss prestasjon fra leserens side.⁹⁴ Departementet har satt grenser for hvor høy verdien av premien kan være i slike konkurranser. I dag er denne grensen kr. 2000,- for rene pengepremier og kr. 5000,- for varepremier.

Begrunnelsen for unntaket er at slikt redaksjonelt stoff ikke er ”uvedkommende” i forhold til hovedvaren, og at det derfor ikke er grunn til å forby bruken av det.

13.5.2 Forholdet til lotteriloven

Lotteriloven av 24. februar 1995 nr. 11 forbyr, med visse unntak, lotterier uten tillatelse, jf. § 6 og § 7. Lotteri defineres i § 1 som virksomhet der deltagerne mot innskudd kan erverve gevinst som følge av trekning, gjetting eller annen fremgangsmåte som helt eller delvis gir et tilfeldig utfall. Bestemmelsen i markedsføringsloven § 5 omfatter dermed både lotterier regulert av lotteriloven og de såkalte gratislotteriene. Imidlertid anvendes markedsføringsloven § 5 hovedsakelig ved gratislotterier, fordi utlodninger eller konkurranser brukt i markedsføring av varer og tjenester normalt ikke forutsetter et ”innskudd” av deltageren. Det må i så fall påvises at det betales en overpris for å kunne delta i lotteriet, noe som oftest vil være lite praktisk.

Lønns- og prisdepartementet så forbudet mot utlodninger og konkurranser i markedsføringen som et naturlig og riktig supplement til lotteriloven og bemerket om dette:⁹⁵

”Sett i forhold til lotterilovgivningen synes det ikke å være vesentlig forskjell mellom lotteri hvor initiativtageren krever direkte innskudd i penger av deltakerne, og lotterier hvor det tas dekning gjennom deltagerens betaling for varer, tjenester eller andre ytelser, enten betalingen skjer gjennom kjøp som er et vilkår for å delta eller ved kjøp som er et resultat av den salgsfremmende påvirkning av tiltaket, selv om det ikke er direkte kjøpetvang.”

Det har tidligere vært diskutert om markedsføringslovens lotteribestemmelse burde vært overført til lotteriloven⁹⁶. Konklusjonen har imidlertid vært at en bestemmelse som regulerer bruken av lotteri i tilknytning til salgsfremmende tiltak, naturlig hører inn under den alminnelige regulering av markedsføring.

⁹⁴ Se MR-sak nr. 6/74 der Markedsrådet fant at tiltaket manglet helt den karakter av premie for prestasjon som § 5 annet ledd forutsetter. Det var derfor ulovlig.

⁹⁵ Ot.prp.nr.57 (1971-72) side 19

⁹⁶ Ot.prp.nr.84 (1998-1999) punkt 10.6 og Ot.prp.nr.44 (2002-2003) punkt 6.2

Dersom resultatet av den pågående prosessen imidlertid skulle bli at forbudet i markedsføringsloven § 5 oppheves, kan det igjen reises spørsmål om gratislotterier bør reguleres i lotteriloven, i samsvar med hensynene bak denne loven.

10.5.3 Problemer i praksis og endringsbehov

Bestemmelsen har voldt problemer både i forhold til spørsmålet om det dreier seg om en prestasjonskonkurrans, og med hensyn til kravene til deltagerens prestasjoner. Det har vært tilfeller der oppgavene har vært så enkle at det ikke foregår noen reell prestasjonskonkurrans, eller at deltagerne er så mange at det ikke foregår en reell vurdering av enkeltprestasjonene.⁹⁷ Det har også blitt vanlig at den næringsdrivende kombinerer enkle spørsmål med forslag til slagord. Slike konkurranser vil nok stå sterkere enn når formålet bare er å stimulere salgsaktivitetene. Markedsrådet har ikke stilt store krav til for å holde seg innenfor grensene her.⁹⁸ Markedsrådet uttalte i MR-sak nr. 6/89 at "så langt en skjønnsmessig avgjørelse fremstår som resultat av en individuell vurdering, mener Markedsrådet at det ikke kan sies at det er tilfellet som er avgjørende for utfallet, selv om skjønnnet ikke kan forankres i bestemte regler av objektiv karakter".

Problemstillingen er aktualisert ettersom forskjellige typer konkurranser er blitt forholdsvis alminnelige på Internett, samt radio og TV. Disse appellerer ofte særlig til barn og unge. Noen av disse konkurransene kan rammes av lotteriloven, eksempelvis "teletorgkonkurranser" og pausespill på TV. Selv om konkurransene har et klart kommersielt siktemål går de klar av markedsføringsloven. Loven kommer ikke til anvendelse når en konkurranse eller utlodning avholdes som del av et redaksjonelt produkt. Dette påpekes som et stort problem av de næringsdrivende.

Etter hvert som sponning og direkte reklame blir vesentlige innslag i media, som beskrevet i § 5 annet ledd, kan det diskuteres om også en konkurranse eller utlodning må anses som "salgsfremmende" i forhold til tilknyttet sponsor eller annonsør. Kringkastingsforskriftene har egne bestemmelser om begrensninger i sponsorrepresentasjon i forbindelse med premiekonkurranser, men det er usikkert om markedsføringsloven § 5 kan anvendes på "utlodninger" og lignende i etermedia.

⁹⁷ I MR-sak nr. 25/91 vurderte Markedsrådet nøye om det var foretatt en reell og individuell vurdering av bidragene. For en god limerick stilles det strenge krav til form, rytme, poeng og språklig form. Allerede ved grovsorteringen falt anslagsvis 80% bort, og bedømmelsen ble foretatt av faglig kompetente personer som hadde brukt den tid som var nødvendig. Markedsrådet fant at det ikke var tilfeldigheter som avgjorde denne konkurransen.

⁹⁸ I MR-sak nr. 2/1982 arrangerte Hjemmet sammen med den danske kjøkkenprodusenten HTH en konkurranse. Tiltaket gikk ut på at bladet innbød leserne til å sende inn ønsker om et nytt kjøkken, vedlagt en tegning av det gamle og samtidig fortelle hvorfor en ønsket seg et nytt. Hjemmet plukket sammen med HTH ut fem "vinnere" som gratis fikk innredet hvert sitt kjøkken. Markedsrådets flertall fant på grunnlag av en redegjørelse for bedømmelseskomitéens arbeid, at utvelgelsen av vinnerne var skjedd etter en reell individuell vurdering. Rådet fant det heller ikke påvist eller rimelig sannsynliggjort at grunnlaget for denne skjønnsmessige avgjørelse frembød en slik risiko for at rene tilfeldigheter hadde virket inn på utfallet at det rammes av §5.

10.5.4 Nordisk rett

10.5.4.1 Sverige

Informasjonskravene i markedsføringslagen 13 § gjelder også bruk av lovlige prestasjonskonkurranser og utlodninger (jf. uttrykket ”andra särskilda förmåner”) i markedsføringen.

I den svenske lotterilagen er det i tillegg et totalforbud mot alle tilfældighetskonkurranser, med mindre det er gitt konkret tillatelse for det enkelte lotteriet. Dette gjelder også for gratislotterier (i motsetning til i Norge hvor det må ytes et innskudd for at tiltaket skal komme inn under den norske lotteriloven). Ettersom det i praksis ikke gis tillatelse til salgsfremmende lotterier i Sverige, blir også tilfældighetskonkurranser i markedsføringssammenheng forbudt.

10.5.4.2 Finland

Konsumentskyddslagen 2. kap, 4b § og 5 § gjelder for utlodninger og konkurranser i sammenheng med markedsføring.

4b § lyder som følger:

”Om till marknadsføringen hänför sig utlottningar, tävlingar for allmänheten eller spel, skall vilkoren för deltagande i dem vara klara och begripliga samt lättillgängliga.

5 § lyder som følger:

”Vid marknadsføring får ej utlovas slumpartad förmån, vars erhållande förutsätter vederlag, köp av konsumtionsnyttighet eller avgivande av anbud om köp.

Vad i 1 mom. är stadgat gäller ej sådana sedvanliga tävlingsuppgifter i tidningar och tidskrifter, som bör anses utgöra tidsfördriv.”

10.5.4.3 Danmark

Det danske forbudet mot konkurranser og utlodninger ble også videreført da Folketinget den 16. desember 2005 vedtok den nye markedsføringsloven.

Bestemmelsen lyder som følger:

”§ 11. Lodtrækning og premiekonkurrencer.

Afsætning til forbrugere af formuegoder eller tjenesteytelse må ikke søges fremmet af mulighed for gevinst ved deltagelse i lodtrækning, præmiekonkurrencer eller anden form for foranstaltning, hvis udfald beror helt eller delvis på tilfældet, såfremt deltagelsen er betinget af et køb.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 gælder ikke, dersom den enkelte gevinsts størrelse og den samlede gevinstværdi ligger inden for beløbsgrænser, som fastsættes af ministeren for familie- og forbrugeranliggender. Beløbsgrænserne kan fastsættes efter produkttype og modtagerkreds.

Stk. 3. Udgifteren af et periodisk skrift kan foranstalte lodtrækning til fordeling af gevinster i forbindelse med løsning af præmiekonkurrencer.”

10.5.5 Vurdering av ulike lovreguleringsalternativer

10.5.5.1 Oppheving av konkurranseforbudet

Ett alternativ, alternativ I, er å oppheve konkurranseforbudet i sin helhet. En opphevelse vil omfatte både konkurranser/utlodninger som er betinget av kjøp eller lignende, og konkurranser/utlodninger uten kjøpeplikt. I sammenheng med dette kan det innføres opplysningsplikt med hensyn til vilkår og andre begrensninger som gjelder for et tilbud om å delta i en konkurranse eller utlodning. Dette vil i så fall omfattes av ordlyden "annen særskilt fordel" i forslaget til ny § 7-1, alt. II, om informasjonskrav i punkt 10.3.4.2.

Når forbrukerne må kjøpe en vare eller tjeneste for å få delta i en konkurranse eller utlodning, kan de lokkes til å foreta kjøp kun for vinner sjansens del. Fokus på pris og kvalitet kan dermed bli begrenset. En slik vinner sjanse "på kjøpet" anses som en form for tilgift. Derfor kan det være naturlig å oppheve konkurranseforbudet dersom tilgiftsforbudet oppheves. Det kan også anføres at dersom alternativ III, i punkt 10.3.4.3, om forbud mot åpenbare lokkeytelser vedtas, vil det være mindre behov for et eget konkurranseforbud. Da kan grovere lokketilfeller som gir rett til deltagelse i konkurranser eller utlodninger ved kjøp, forbys etter denne bestemmelsen.

De såkalte gratislotteriene reguleres ikke av lotteriloven, jf. punkt 10.5.2. En opphevelse av det generelle forbudet i markedsføringsloven vil derfor føre til at slike lotterier ikke lenger vil være lovregulert. Dersom gratislotterier fortsatt bør være lovregulert, kan det imidlertid være naturlig at en bestemmelse om dette plasseres i lotteriloven, siden det er lotterihensynene (motvirke spilllegalskap etc.) som da evt. skal beskyttes, og ikke forbrukerhensynene.

Næringslivet ønsker at konkurranseforbudet skal oppheves. Forbrukerombudet antar at de aktuelle markedsføringshensynene med hensyn til konkurranser og utlodninger vil bli ivaretatt ved en fortsatt regulering av tilgift, jf. punkt 10.3.3.3. Han ser derfor ikke behovet for en egen regulering av konkurranser og utlodninger.

En opphevelse av konkurranseforbudet vil etter alt å dømme føre til en forholdsvis stor oppblomstring av konkurranser og utlodninger i markedsføringen. Målgruppen vil nok først og fremst være barn som er lette å lokke. Utgiften ved å delta i en konkurranse, kan for eksempel være en tekstmelding e.l. For markedsførerne er slike konkurranser/utlodninger svært salg fremmende.

Bruk av konkurranser og utlodninger i markedsføringen skal imidlertid fortsatt vurderes etter den nye generalklausulen, samt forbudet mot villedende markedsføring. Dermed kan urimelig og villedende markedsføring stanses også dersom dagens konkurranseforbud oppheves.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på disse spørsmålene.

10.5.5.2 Delvis videreføring av konkurranseforbudet

Et annet alternativ, alternativ II, er å oppheve dagens generelle forbud, men forby bruk av konkurranser og utlodninger, der kjøp er en forutsetning for å delta, uavhengig av om det er en tilfældighets- eller prestasjonskonkurranse. Tilfeller der

forbrukeren for eksempel bes om å gi personopplysninger som motytelse, skal være likestilt med en pengebetaling etter forslaget til ny bestemmelse.

I alternativet foreslås bestemmelsen innskrenket til kun å gjelde overfor forbruker, og ikke også mellom næringsdrivende som i dag. Departementet ber om høringsinstansenes syn på dette.

Det forslås også å oppheve skillet mellom tilfeldigheter og prestasjoner, ett skille som til tider har vært teoretisk. Derved forenkles rettstilstanden betraktelig og bestemmelsen blir lettere både å etterleve og håndheve. Dette betyr at, dersom kjøp eller lignende forutsetninger, er en forutsetning for å delta, vil samtlige konkurranser og utlodninger rammes av forbudet. Motsatt vil det der kjøp ikke er en forutsetning for å delta, alltid være tillatt å avholde konkurransen eller utlodningen. En slik løsning innebærer både en liberalisering og en tilstramming.

Dette alternativet demper de problematiske sidene ved bruk av konkurranser og utlodninger som er beskrevet i punkt 10.5.2. Det er de kjøpsbetingede konkurransene og utlodningene som vil skape størst problemer. Konkurranser og utlodninger i markedsføring der deltagelse ikke er betinget av kjøp, vil være mindre betenkelige.

Et forbud mot kjøpsbetingede konkurranser og utlodninger vil samsvare med rettstilstanden i Danmark, Finland og Sverige (bortsett fra at i Sverige vil også tilfeldighetskonkurranser uavhengig av kjøp være forbudt pga. lotteriloven) når det gjelder kjøpeplikten. I de andre nordiske landene er det imidlertid tillatt å bruke prestasjonskonkurranser i markedsføringen.

Dersom det fortsatt skal være et forbud mot konkurranser og utlodninger ber departementet om høringsinstansenes syn på om premiebeløpsbegrensningen i så fall bør videreføres.

10.5.6 Forslag

10.5.6.1 Alternativ I

Ingen særbestemmelser om konkurranser og ulodninger m.v.

10.5.6.2 Alternativ II

§ 7-4. Konkurranser og utlodninger m.v.

(1) I næringsvirksomhet er det forbudt å søke å fremme omsetningen av varer, tjenester eller andre ytelser ved å tilby forbrukere deltagelse i utlodninger, premiekonkurranser eller lignende tiltak, dersom deltagelse forutsetter kjøp eller annen motytelse fra forbrukeren.

(2) Forbudet i første ledd gjelder ikke utlodninger, premiekonkurranser eller lignende tiltak i periodiske publikasjoner. Verdien av premiene eller størrelsen av belønningen må ikke overstige de beløp som departementet fastsetter.

10.6 Økonomiske og administrative konsekvenser

De økonomiske og administrative konsekvensene vil sannsynligvis variere avhengig av hvilke alternativer som legges til grunn.

Dersom forbudene oppheves fullstendig, eller det samtidig innføres et informasjonskrav, kan dette forenkle rettstilstanden. Det antas at en liberalisering vil medføre en økt forutsigbarhet om rettstilstanden som vil bidra til reduserte økonomiske og administrative kostnader for de næringsdrivende i forbindelse med markedsføring av salgsfremmende tiltak. På den annen side kan en liberalisering for eksempel føre til økt konkurranse mellom de næringsdrivende, og dermed økte kostnader i forbindelse med å ta i bruk denne typen markedsføring.

Når det gjelder alternativ III i forslaget til ny bestemmelse om tilgift, vil dette innebære at dagens situasjon i stor grad opprettholdes. For de som driver markedsføring overfor barn kan denne løsningen imidlertid bety en viss innstramning. For alternativ II i forslagene til nye bestemmelser om rabattkuponger og konkurranser/utlodninger, vil dagens situasjon i stor grad opprettholdes.

En forenkling av regelverket kan lette håndhevingen for Forbrukerombudet. For det offentlige for øvrig og for private forbrukere antas ikke alternativene å ha konsekvenser av betydning.

Departementet ber om høringsinstansenes syn.

Kapittel 11. Garantier

11.1 Innledning

Ved kjøp av varer, tjenester og andre ytelser gir produsenten eller selgeren ofte *garanti* på produktet. For eksempel kan garantien gå ut på at produktet skal vare en viss tid eller ha visse egenskaper. Det er ingen plikt til å gi garantier. Lovfestede rettigheter er noe forbrukeren har uavhengig av om det gis garanti. Bruken av uttrykket ”garanti” i markedsføring må antas å gi positive assosiasjoner og ha en salgsfremmende effekt.

Et problem er at frivillige garantiordninger og forbrukernes lovfestede reklamasjonsrettigheter blandes sammen, med fare for at forbrukerne villedes med hensyn til sine rettigheter. Dersom en forbruker for eksempel får høre av selgeren at en vare har ett års garanti, kan forbrukeren forledes til å tro at han eller hun ikke har rett til å klage når garantitiden er utløpt. Forbrukerkjøpslovens reklamasjonsfrist på to eller fem år kan således komme i bakgrunnen fordi forbrukeren fester seg ved at han eller hun har ett års garanti. Undersøkelser har vist at det er liten kunnskap både blant næringsdrivende og forbrukere om hva en garanti innebærer og forskjellen på garanti og reklamasjon.

11.2 EU/EØS retten

11.2.1 Forbrukerkjøpsdirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier (forbrukerkjøpsdirektivet) gjelder forbrukerkjøp av varer (ting). Direktivet stiller bestemte minstekrav til garantier som gis i forbindelse med slikt kjøp. Forbrukerkjøpsdirektivet bygger på minimumsharmonisering, dvs. at medlemslandene står fritt til å gi forbrukerne bedre rettigheter enn direktivets minimumskrav.

Forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 6 lyder slik:

”Garantier

1. En garanti skal være rettslig bindende for garantigiveren på de vilkår som er fastsatt i garantierklæringen og i tilknyttet reklame.
2. Garantien skal
 - fastslå at forbrukeren har lovfestede rettigheter i henhold til gjeldende nasjonal lovgivning om forbrukerkjøp og gjøre det klart at disse rettighetene ikke berøres av garantien,
 - på en enkel og lettfattelig måte angi garantiens innhold og de vesentlige opplysninger som er nødvendige for å gjøre bruk av garantien, særlig garantiens varighet og geografiske virkeområde samt garantigiverens navn og adresse.
3. På anmodning fra forbrukeren skal garantien stilles til rådighet skriftlig eller på et annet varig medium som er til rådighet for forbrukeren og tilgjengelig for ham/henne.

4. Den medlemsstat der forbruksvaren markedsføres, kan på sitt territorium i samsvar med reglene i traktaten fastsette at garantien skal utarbeides på ett eller flere språk som den velger blant Fellesskapets offisielle språk.

5. Dersom en garanti er i strid med kravene i nr. 2, 3 eller 4, skal dette på ingen måte berøre garantiens gyldighet, og forbrukeren kan fortsatt stole på garantien og kreve at den blir oppfylt.”

Garantibegrepet er definert i artikkel 1 nr. 2 e):

”«garanti»: enhver forpliktelse som en selger eller en produsent har påtatt seg overfor forbrukeren til uten tilleggskostnader å tilbakebetale kjøpesummen eller omlevere, utbedre eller på annen måte avhjelpe mangler ved forbruksvaren dersom den ikke svarer til de spesifikasjoner som framgår av garantierklæringen eller av den relevante reklamen,”

11.2.2 Direktivet om urimelig handelspraksis

Direktivet regulerer ikke spesielt bruk av garantier. Departementet vil likevel peke på følgende bestemmelser:

” Artikkel 6

Villedende handlinger

1. En handelspraksis anses som villedende dersom den inneholder uriktige opplysninger og dermed er usannferdig eller på annen måte, herunder samlet presentasjon, villeder eller er egnet til å villede gjennomsnittsforkbrukeren, selv om opplysningene rent faktisk er korrekte, i forbindelse med ett eller flere av følgende elementer, og under alle omstendigheter påvirker eller er egnet til å påvirke vedkommende til å treffe en transaksjonsbeslutning som vedkommende ellers ikke ville ha truffet:

...

g) forbrukerens rettigheter, herunder rett til omlevering eller tilbakebetaling i henhold til europaparlaments- og rådsdirektiv 1999/44/EF av 25. mai 1999 om visse sider ved forbrukerkjøp og tilknyttede garantier⁽⁹⁹⁾, eller risikoene vedkommende eventuelt løper.”

I svartelisten pkt. 10 er følgende presisert som villedende handelspraksis og dermed uten videre forbudt:

” Å framstille rettigheter som forbrukere har i henhold til loven, som et særlig kjennetegn ved den næringsdrivendes tilbud.”

11.3. Gjeldende norsk rett

Markedsføringsloven kapittel II a omhandler garantier og liknende, og lyder slik:

”Kapittel II a. Garantier o.l.

§ 9 c. Bruk av garantier o.l. overfor forbrukere

⁽⁹⁹⁾ EFT L 171 av 7.7.1999, s. 12.

Det er forbudt i næringsvirksomhet å bruke ordet garanti eller tilsvarende uttrykk ved omsetning av varer, tjenester eller andre ytelser, dersom mottakeren ikke gis rettigheter i tillegg til de rettighetene han eller hun ellers har, eller dersom slike rettigheter begrenses.

Ved markedsføring av garantier skal det opplyses om vesentlige begrensninger i garantien. Dersom det opplyses om garantitiden i markedsføringen, skal det også opplyses om lovens lengstefrist for reklamasjon etter den aktuelle lovgivningen.

§ 9 d. Krav til garantivilkår i forbrukerforhold

Ytes det garanti, skal det på en tydelig og lettfattelig måte opplyses om følgende i garantivilkårene:

- a) garantiens innhold, herunder eventuelle begrensninger og særlige betingelser
- b) at forbrukerens rettigheter etter aktuell og nærmere angitt lovgivning kommer i tillegg til garantien, og at disse rettighetene ikke berøres av garantien
- c) hva som er nødvendig for å benytte garantien, herunder garantiens varighet og geografiske virkeområde samt garantigiverens navn og adresse
- d) lengstefristen for reklamasjon etter aktuell og nærmere angitt lovgivning, dersom den er lengre enn garantitiden
- e) at det uansett kan reklameres på ytelsen i sin helhet etter aktuell og nærmere angitt lovgivning, dersom garantien er begrenset, for eksempel ved at garantien kun gjelder en del av ytelsen eller bare deler av utbedringskostnadene dekkes av garantien.

Der markedsføringen forut for avtaleinngåelsen er rettet til norske forbrukere, skal garantivilkårene være utformet på norsk.

Før avtaleinngåelsen skal garantigiveren opplyse forbrukeren om garantien og at forbrukeren har rett til å få garantivilkårene utlevert. Når forbrukeren ber om det, skal han eller hun motta garantivilkårene lesbart og lagret på papir eller et annet varig medium som forbrukeren råder over.”

Markedsføringsloven definerer ikke hva som menes med garantier, men en indirekte definisjon kan utledes av § 9 c første ledd: Garantier er ordninger som gir forbrukeren tilleggsrettigheter i forhold til det han eller hun ellers har.

§ 9 d kom inn i loven i 2002 som ledd i gjennomføringen av forbrukerkjøpsdirektivets garantibestemmelser, nærmere bestemt artikkel 6 nr. 2-4. Ved gjennomføringen i norsk rett benyttet man muligheten til å stille strengere krav til garantier enn direktivet. Bl.a. ble bestemmelsene gjort gjeldende for alle slags varer, tjenester og andre ytelser, mens forbrukerkjøpsdirektivet bare gjelder varer (ting). Videre ble en del krav som Forbrukerombudet har stilt i sin praksis, men som ikke følger av direktivet, lovfestet. Bl.a. gjelder det plikten til å opplyse

om den absolutte reklamasjonsfristen etter lovgivningen dersom den er lengre enn garantitiden.

11.4. Departementets vurderinger

Nåværende § 9 c første ledd kan etter departementets syn sies å regulere et spesialtilfelle av villedende markedsføring. Den var da også tidligere plassert i markedsføringsloven § 2 om villedende forretningsmetoder. Villedende bruk av garantiutsagn overfor forbrukere faller inn under virkeområdet til direktivet om urimelig markedspraksis. Siden direktivet bygger på totalharmonisering, mener departementet at villedende bruk av garantiutsagn skal vurderes etter direktivets standarder om urimelige/villedende handlinger/unnlater og svartelisten pkt. 10. Departementets foreløpige konklusjon er at § 9 c første ledd konsumeres av lovutkastet §§ 2-1 og 2-2 [alternativt 2-2 til 2-4] og ikke videreføres som et spesifikt forbud i loven. Det understrekes likevel at dagens praksis vil kunne videreføres, ved at villedende garantiutsagn i markedsføring til forbrukere kan forbys.

Dagens § 9 c annet ledd gjelder opplysningsplikt i forbindelse med markedsføring av garantier. Etter departementets oppfatning er direktivet om urimelig handelspraksis i utgangspunktet ikke til hinder for at man i nasjonal rett har spesifikke informasjonskrav også der EU-lovgivningen ikke har slike. Men det går neppe å ta slike regler inn i markedsføringsloven sammen med reglene som implementerer direktivet, og derved gi dem preg av tolkning/presisering av direktivets standarder for villedende handlinger og/eller utilstrekkelig veiledning, jf. ovenfor. Bestemmelsen hører ikke hjemme i et kapittel om kontroll med avtalevilkår, hvor dagens § 9 d om garantivilkår foreslås inntatt, jf. nærmere drøftelse nedenfor. Departementet kan heller ikke se at bestemmelsen naturlig hører sammen med noen av de øvrige bestemmelsene i lovutkastet her. Det er for så vidt en mulighet å lage et eget kapittel for bestemmelsen. Imidlertid vil dette etter departementets syn være en lite heldig lovteknisk løsning, tatt i betraktning at det er så lite som blir stående igjen av nåværende § 9 c. På denne bakgrunn foreslår departementet at bestemmelsen ikke videreføres som sådan i den nye loven.

Som det fremgår av forarbeidene til § 9 c annet ledd første punktum, er den ment å forby de samme tilfellene som dagens § 3 om utilstrekkelig veiledning forbyr, nemlig markedsføring der viktige opplysninger blir utelatt, og denne unnlatsen må anses som urimelig. Slikt sett er informasjonskrav et speilbilde av forbud mot utilstrekkelig veiledning. Det er på det rene at utilstrekkelig veiledning i markedsføring også vil kunne forbys i medhold av den nye loven, jf. særlig utkast til § 2-2 annet ledd [alternativt § 2-4]. Departementet legger således til grunn at man neppe vil miste noe særlig forbrukerbeskyttelse ved at § 9 c annet ledd ikke videreføres som et spesifikt forbud i loven.

Nåværende § 9 d gjelder krav til innhold og form på garantivilkår, samt hvordan de skal utleveres. Bestemmelsen gjennomfører forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 6. nr 2-4, men går ut over minimumskravene til garantier i dette direktivet.

Det følger av direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 3 nr. 2 at direktivet ikke berører avtaleretten, herunder bestemmelsene om kontraktens gyldighet, inngåelse og virkning.

Videre står det i fortalen pkt. 15 at:

”Dersom fellesskapets regelverk har fastsatt informasjonskrav i forbindelse med kommersiell kommunikasjon, reklame og markedsføring, anses informasjonen som vesentlig i henhold til dette direktiv. Medlemsstatene vil kunne opprettholde eller innføre informasjonskrav som vedrører avtalerett og har avtalerettslige følger dersom dette er tillatt i henhold til minimumsklausulene i gjeldende fellesskapsrett. En ikke-uttømmende liste over slike informasjonskrav i fellesskapsretten er gjengitt i vedlegg II. På bakgrunn av den fullstendige harmoniseringen som innføres ved dette direktiv, anses bare informasjonen som kreves i henhold til fellesskapets regelverk, som vesentlig i henhold til artikkel 7 nr. 5 i dette direktiv. Dersom medlemsstatene på grunnlag av en minimumsklausul har innført informasjonskrav som går utover det som er spesifisert i gjeldende fellesskapsrett, vil utelatelse av slik ekstrainformasjon ikke utgjøre en villedende utelatelse i henhold til dette direktiv. Derimot vil medlemsstatene, når de tillates i henhold til minimumsklausulene i fellesskapsretten, kunne opprettholde eller innføre strengere bestemmelser i samsvar med fellesskapsretten for å sikre et høyere beskyttelsesnivå for forbrukernes individuelle avtalerettigheter.”

Innholdet i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 6 nr. 2-4 er vanskelig å plassere i forhold til disse uttalelsene i fortalen. Det kan argumenteres med at formkravene til garantier er av avtalerettslig karakter (krav til visse avtalevilkår). Det er slik man så på det da bestemmelsene ble innført i norsk rett, jf. Ot.prp. nr. 43 (2001-2002) side 11. Forbrukerkjøpsdirektivet er også et kontraktsrettslig direktiv. Opplysningskravene i garantibestemmelsen i forbrukerkjøpsdirektivet er ikke på listen i bilag II til direktivet om urimelig markedspraksis. Dette kan tyde på at man har tenkt seg at den går på noe annet enn det direktivet regulerer.

På den annen side er § 9 d kun offentligrettslig og gir ikke forbrukeren noen individuelle kontraktsrettslige rettigheter, jf. at fortalen pkt. 15 synes å sette et slikt vilkår for opplysningskrav som er strengere enn fellesskapslovgivningen. I fortalen til forbrukerkjøpsdirektivet pkt. 21 står det at ”...Selv om slike garantier er et legitimt virkemiddel i markedsføringen, må de ikke villedle forbrukeren. For å sikre at forbrukeren ikke blir villedet, bør garantier inneholde visse opplysninger, bl.a. en erklæring om at garantien ikke berører forbrukerens rettigheter.” Det står også uttrykkelig i forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 6 nr. 5 at avtalen ikke blir ugyldig dersom formkravene til garantier ikke oppfylles. Det imidlertid mulig å tolke ”...avtalerettslige følger” og ”...individuelle avtalerettigheter” i en videre forstand: Dersom forbrukeren ikke får opplysninger om forskjellen mellom garanti og reklamasjon vil forbrukeren kunne villedes til å ikke benytte seg av sine reklamasjonsrettigheter. I så måte kan unnlattelsen av å gi opplysningene sies å ha avtalerettslige følger.

Grensen mellom handelspraksis som reguleres av direktivet og avtalerett som ikke gjør det er uklar og vanskelig å trekke. Departementet er i tvil om nåværende § 9 d er forenelig med direktivet, men heller i retning av at det er mulig å beholde den. Det er mulig det vil komme avklaringer ved diskusjoner i relevante fora. (I parentes bemerker departementet at EUs forslag til tjenstedirektiv har krav til garantier på tjenesteområdet og at det kan synes uheldig å innsnevre innholdet i § 9 d nå, når man kan bli nødt til å utvide igjen på et senere tidspunkt.)

For det tilfelle bestemmelsen skal videreføres ubeskåret, foreslår departementet at den plasseres i kapittel IX om kontroll med avtalevilkår, for å markere tilhørigheten med avtaleretten/kontraktsretten.

Departementet viser til utkast til § 9-2 og ber om høringsinstansenes synspunkter på disse spørsmålene.

11.5 Spørsmål om lovfesting av ytterligere krav til garantier

I den danske markedsføringsloven § 4 stiller man krav til at garantier må gi mottakeren *vesentlig* bedre rettigheter enn etter lovgivningen. Forbrukerombudet har gitt uttrykk for ønske om en tilsvarende regel i norsk rett. Forbrukerombudet har også erfart at såkalte bevisbyrdegarantier, som utvider selgerens bevisbyrde for eksempel i forhold til forbrukerkjøpsloven, skaper problemer i praksis. Slike garantier er ofte utformet slik at de bare på marginalt vis utvider forbrukernes rettigheter i forhold til forbrukerkjøpsloven på ett punkt (bevisbyrde), samtidig som rettighetene gjerne begrenses på andre områder. Dette kan medføre at forbrukeren kan komme dårligere ut ved å benytte seg av garantien enn om vedkommende utelukkende hadde forholdt seg til forbrukerkjøpsloven. På denne bakgrunn vil departementet reise spørsmål om det bør stilles kvalifikasjonskrav til hva som regnes som garanti i markedsføringsloven.

Direktivet om urimelig handelspraksis regulerer ikke hva som skal regnes som garanti. Men villedende bruk av garantier overfor forbrukere kan forbyes etter direktivets generelle bestemmelser om urimelige/villedende handlinger/unnlatelser og svartelisten pkt. 10, jf. pkt. 11.4 ovenfor. Departementets foreløpige syn er det neppe er forenelig med direktivet å innta spesifikke forbud av typen: "Garantiutsagn er forbudt med mindre forbrukeren gis vesentlige tilleggsrettigheter..." eller at "Garantiutsagn kan ikke brukes dersom den eneste tilleggsrettighet forbrukeren får er at selgeren påtar seg en utvidet bevisbyrde". Departementet ber om høringsinstansenes syn på dette.

Forbrukerombudet har også ansett egenandeler ved bruk av garanti som et problemområde. Problemet er nærmere bestemt at feil som er kjøpsrettslige mangler, og således skal utbedres kostnadsfritt, blir utbedret på grunnlag av garantien. Hvis det er egenandeler ved bruk av garantien, betyr det at forbrukeren betaler for noe han eller hun har krav på skal være gratis.

Forbrukerkjøpsdirektivets garantidefinisjon, jf. pkt. 11.2.1. forutsetter at forbrukeren ikke skal betale noe. Etter departementets oppfatning kan forbrukerkjøpsdirektivet likevel ikke forstås som at garantiutsagn ikke kan brukes dersom forbrukeren må betale en egenandel. Uansett er markedsføringslovens garantibegrep mye videre enn forbrukerkjøpsdirektivets. Etter departementets oppfatning er det neppe mulig å innta et spesifikt forbud mot å bruke garantiutsagn i markedsføring dersom forbrukeren må betale en egenandel ved bruk av garantien. Begrunnelsen blir den samme som i foregående avsnitt. En mulig løsning kan imidlertid være å innføre en opplysningsplikt i garantivilkårene, som spesielt adresserer problemstillingen med egenandeler. En slik bestemmelse kan eventuelt tilføyes utkast til § 9-2, under forutsetning av at en kommer til at bestemmelsen kan videreføres.

For eksempel kan et nytt pkt. f) lyde:

”f) at det ikke skal betales egenandel for feil som må anses for å være en kjøpsrettslig mangel, og som således skal utbedres kostnadsfritt, dersom forbrukeren må betale en egenandel ved bruk av garantien.”

Departementet ber om høringsinstansenes syn på disse spørsmålene.

Kapittel 12. Markedsføringsloven §§ 9 a og 20 – Forbud mot urimelige avtalevilkår og avgrensning mot konkurranselovgivningen

12.1 Innledning

Etter markedsføringsloven § 9 a kan en næringsdrivendes bruk av urimelige vilkår i standardkontrakter overfor forbrukere forbys. Eksempler på kontrakter Forbrukerombudet har vurdert de siste årene er kontrakter om medlemskap i treningscenter, barnehageplass, parkering, bilutleie, banktjenester, persontransport og internetthandel.

Departementet foreslår å videreføre dagens § 9 a første og annet ledd. Bestemmelsen fungerer bra og utgjør et fleksibelt instrument for å forhindre urimelige avtalevilkår rettet mot forbrukere.

Det foreslås at store deler av innholdet i markedsføringsloven § 20, som avgrensner mot konkurranseloven og pristiltaksloven, oppheves, da det samme vil følge av alminnelige tolkningsprinsipper. Det foreslås imidlertid å beholde en avgrensning mot pris, og at denne flyttes til bestemmelsen om urimelige avtalevilkår. Det foreslås også å videreføre § 20 fjerde ledd om forholdet til konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende avtaler, samt forskriftshjemmelen i § 20 femte ledd om forholdet til regulerings- og kontrollbestemmelser i annen lovgivning.

12.2 Bør markedsføringsloven § 9 a endres?

12.2.1 Gjeldende rett

12.2.1.1 Markedsføringsloven

Det følger av markedsføringsloven § 9 a at "(v)ilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet overfor forbrukere kan forbys når de finnes urimelige overfor forbrukerne og det finnes at forbud tilsies av allmenne hensyn. Ved rimelighetsvurderingen skal det legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter og på hensynet til klarhet i kontraktsforhold."¹⁰⁰

Bestemmelsen gjelder ikke innholdet i prisen som avtales, eller rabatter og lignende, jf. markedsføringsloven § 20 annet ledd. Denne myndigheten tilligger konkurransemyndighetene. I § 9 b er det inntatt en avgrensning mot lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste for andre, og en forskriftshjemmel om avgrensning mot andre spesielle kontraktsforhold.

Urimelighetskriteriet i § 9 a gir anvisning på en standard, og legger opp til en helhetsvurdering av avtalevilkårene og en generell vurdering i relasjon til forbrukerne som samlet gruppe.¹⁰¹

¹⁰⁰Bestemmelsen ble vedtatt i 1981, jf. Ot.prp. nr. 38 (1979-80).

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 38 (1979-80) s. 18 og 39.

Vilkåret "allmenne hensyn" er ment henført til forvaltningens frie skjønn og innebærer at Forbrukerombudet kan sette inn tiltak på de områder hvor behovet anses størst. Ifølge praksis er relevante momenter for eksempel avtalevilkårets økonomiske betydning for den enkelte, hvor mange forbrukere kontrakten benyttes overfor, om det er snakk om nødvendighetsleveranser og signaleffekten av et vedtak, dvs. hvorvidt bruken av et bestemt avtalevilkår kan spre seg til resten av bransjen.

En sentral del av håndhevingen av bestemmelsen består i forhandlinger mellom Forbrukerombudet og de næringsdrivende. I de aller fleste sakene kommer Forbrukerombudet til enighet med den næringsdrivende om endringer i kontraktsvilkårene. Etter markedsføringsloven §§ 12 og 13 kan det imidlertid også fattes forbudsvedtak mot bruken av vilkår i strid med § 9 a. Bruk av et avtalevilkår som Markedsrådet har forbudt kan utløse plikt til å betale tvangsgebyr som er fastsatt i forbindelse med vedtaket. Det har vært få saker om § 9 a for domstolene.

Den sentrale virkning av et forbudsvedtak er at den næringsdrivende ikke for fremtiden skal kunne benytte samme standardkontrakt eller vilkår. Brudd på bestemmelsen får ikke betydning for gyldigheten av den konkrete avtalen mellom partene. Forbudet retter seg heller ikke mot andre næringsdrivende enn den eller de som har vært part i saken.

12.2.1.2 Avtaleloven

Avtaleloven § 36 gir adgang til å sette til side eller endre urimelige avtalevilkår. Avtaleloven § 37 inneholder en del tilføyelser som skal gjelde for avtaler som ikke har vært individuelt forhandlet mellom en forbruker og en næringsdrivende. I motsetning til markedsføringsloven § 9 a kan brudd på avtaleloven §§ 36 og 37 føre til at avtalen mellom partene helt eller delvis settes til side. En ugyldig avtale gir antakelig også hjemmel for inngrep etter markedsføringsloven § 9 a. En avtale eller et avtalevilkår som anses urimelig etter § 9 a vil derimot ikke automatisk anses urimelig etter avtaleloven.

12.2.2 EU/EØS-retten

Markedsføringsloven § 9 a berøres ikke av direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, jf. artikkel 3 (2). Etter denne bestemmelsen berøres "ikke aftalereetten og navnlig ikke bestemmelsene om kontraktens gyldighet, indgåelse og virkning." Man må imidlertid overholde minimumsbestemmelsene i direktiv 13/93/EØF om urimelige vilkår i forbrukeravtaler. Dette direktivet er en del av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett gjennom markedsføringsloven § 9 a og avtaleloven §§ 36 og 37 (jf. Ot.prp. nr. 89 (1993–94)).

12.2.3 Vurdering

Kontrollen med avtalevilkår utgjør en sentral del av arbeidet til Forbrukerombudet. Etter det departementet er kjent med, fungerer markedsføringsloven § 9 a som et fleksibelt instrument. Den er bransje- og medienøytral og kan tilpasses utviklingen i samfunnet og ulike rammebetingelser. Regelens generelle karakter gir et godt rom for forhandlinger med de næringsdrivende og bidrar til å gi balanserte og gode løsninger. Markedsføringsloven § 9 a bidrar også til å sikre

gjennomføringen av forbrukerlovgivningen på de enkelte områder. Etter departementets syn taler disse forhold for å videreføre markedsføringsloven § 9 a.

Departementet har vurdert hvorvidt ordlyden i bestemmelsen burde endres for i større grad å fange opp særlig aktuelle spørsmål. Uttrykkene i dagens ordlyd er relativt vage og skjønnspregede. En mer presis og spesifisert bestemmelse kunne kanskje ha ført til større forutberegnelighet for de næringsdrivende og andre brukere av loven. På den annen side ville dette kunne bidra til å begrense noe av fleksibiliteten til bestemmelsen og gjøre den mindre tilpasningsdyktig i forhold til utviklingen i samfunnet. Det kan også være vanskelig å velge ut hvilke momenter som bør være med i en slik bestemmelse uten at dette fører til utelukkelse av andre viktige momenter. Departementet har ut fra dette kommet til at dagens ordlyd i § 9 a første og annet ledd bør beholdes. Det foreslås imidlertid å innta en avgrensning mot pris i et nytt tredje ledd, som i dag følger av § 20 annet ledd. Dette vil bli omhandlet under pkt. 12.3 nedenfor.

12.2.4 Forslag

Departementet foreslår at ordlyden i markedsføringsloven § 9 a første og annet ledd beholdes uendret. Videre foreslås det at § 9 b inntas som nytt tredje ledd i denne bestemmelsen. Som det vil fremgå av pkt. 12.3 nedenfor foreslås det også at markedsføringsloven § 20 første til tredje ledd oppheves, samtidig som det inntas en avgrensning mot vilkår om pris i bestemmelsen om urimelige avtalevilkår.

Forslag til lovtekst:

§ 9-1. Urimelige avtalevilkår. [§ 9a og 9b]

Vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet overfor forbrukere kan forbyes når de finnes urimelige overfor forbrukerne, og det finnes at forbud tilsies av allmenne hensyn.

Ved rimelighetsvurderingen skal det legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter og på hensynet til klarhet i kontraktsforhold.

Denne bestemmelsen gjelder ikke vilkår om priser og lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre. Kongen kan gi nærmere regler om at bestemmelsen heller ikke skal gjelde for andre spesielle kontraktsforhold.

12.3 Markedsføringsloven § 20 – avgrensning mot konkurranselovgivningen

12.3.1 Gjeldende rett

12.3.1.1 Markedsføringsloven

Markedsføringsloven § 20 inneholder en rekke avgrensninger mot tilgrensende regelverk i konkurranseloven og pristiltaksloven.

Markedsføringsloven § 20 første og tredje ledd avgrenser anvendelsesområdet for generalklausulen i markedsføringsloven § 1 mot konkurranseloven og pristiltaksloven.¹⁰²

Etter § 20 første ledd får generalklausulen ikke anvendelse på ”innholdet av næringsdrivendes tilbud, krav eller avtale om priser og forretningsvilkår.” Heller ikke gjelder bestemmelsen ”istandbringelse eller gjennomføring av konkurransereguleringer eller nekting av forretningsforbindelse.”

§ 20 tredje ledd fastsetter at ”(b)estemmelsene i denne lov gjør ingen innskrenkninger i fullmakter fastsatt i eller i medhold av konkurranseloven, jf. likevel fjerde ledd og lov om pristilak.” Loven får imidlertid anvendelse på framstilling og presentasjon av kontraktsvilkår, for eksempel om dette gjøres på en villedende måte.¹⁰³

Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsene ble inntatt for å avskjære tvil om hvorvidt den dagjeldende prislovs fullmaktsbestemmelser kunne føre til kompetansestrid mellom domstolene og prismyndighetene.¹⁰⁴ De aktuelle lover det avgrenses mot i dag er konkurranseloven og pristiltaksloven. Ifølge rettspraksis og juridisk teori gjelder avgrensningen uavhengig av om konkurransemyndighetene har benyttet seg av sine fullmakter til å gi nærmere bestemmelser eller ikke.¹⁰⁵ Utenfor området for § 20 første ledd er det derimot lagt til grunn at generalklausulen må kunne anvendes dersom fullmaktene ikke har vært benyttet.¹⁰⁶

I § 20 første ledd er det også avgrenset mot nekting av forretningsforbindelser. Konkurransetilsynet har kompetanse til å gripe inn mot forretningsnekt mellom foretak dersom dette får samfunnsøkonomiske konsekvenser. Hjemmel for inngrep er først og fremst konkurranseloven § 11 om misbruk av dominerende stilling. Et eksempel her vil være et foretak som stiller som vilkår overfor sin leverandør at det ikke skal leveres produkter til nye foretak som vil inn på markedet.

Etter gjeldende praksis kan Forbrukerombudet gripe inn mot såkalte kontraheringsvilkår, dvs. vilkår en næringsdrivende setter for overhodet å kontrahere med en part.¹⁰⁷ Eksempler som har vært oppe i praksis er finansinstitusjoners nekting av å inngå låneavtaler uten saklig grunn og nekting av å gjennomføre vanlige betalingstransaksjoner uten at forbrukeren har konto i banken.

Etter markedsføringsloven § 20 annet ledd får markedsføringsloven § 9 a om kontroll med urimelige avtalevilkår ikke anvendelse på ”innholdet i vilkår om priser, rabatter, bonuser og avanser”. Også her er formålet å avgrense mot konkurransemyndighetenes kontroll med avtaler etter konkurranselovgivningen.

¹⁰² Også markedsføringslovens forløper, konkurranseloven av 1922, inneholdt en avgrensning mellom generalklausulen og den dagjeldende trustloven av 1926.

¹⁰³ Jf. Ot.prp. nr. 57 (1971-72) s. 33.

¹⁰⁴ Innstilling fra Konkurranselovkomiteén fra 1966 s. 14 og Ot.prp. nr. 57 (1971-72) s. 33.

¹⁰⁵ Rt. 1933 s. 1240, Eckhoff og Gjelsvik ”Prisloven av 26. juni 1953” (1955) s. 28-29 og Løchen og Grimstad ”Markedsføringsloven. Kommentartutgave” (2002) s. 247.

¹⁰⁶ Eckhoff og Gjelsvik s. 28-29 og Løchen og Grimstad s. 248.

¹⁰⁷ NOU 1976:61 Standardkontrakter s. 87 og Ot.prp. nr. 38 (1979-80) s. 44.

Særlig relevant her er pristiltaksloven § 2, jf. pkt. 12.3.1.3. Selv om man la til grunn at det forelå en viss overlapping mellom regelverkene anså man det ikke som nødvendig med en nøyaktig avgrensning. Det ble antatt at prismyndighetene og markedsmyndighetene i praksis ville konsentrere sin innsats om forskjellige sider av kontraktsvilkårene. Man ønsket imidlertid å trekke en eksplisitt grense i forhold til pris, slik at det fremgikk at Forbrukerombudet og Markedsrådet ikke skulle drive noen alminnelig priskontroll.¹⁰⁸

§ 20 fjerde ledd fastsetter at konkurranseloven § 10 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler ikke gjelder ved bruk av kontraktsvilkår som er fremforhandlet i samarbeid med Forbrukerombudet i medhold av markedsføringsloven § 13 annet ledd. Denne ble vedtatt i forbindelse med konkurranseloven av 2004 for å unngå tvil i disse situasjonene.¹⁰⁹

§ 20 femte ledd inneholder en forskriftshjemmel om avgrensning i forhold til andre regulerings- og kontrollbestemmelser.

12.3.1.2 Konkurranseloven

Konkurranseloven (lov 5. mars 2004 nr. 12) har som formål å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Med hjemmel i lovens bestemmelser fører Konkurransetilsynet kontroll med foretakssammenlutninger, at bedriftene ikke driver konkurranseskadelig samarbeid eller utnytter sin dominerende stilling på utilbørlig måte. Overtredelse av konkurranseloven kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr og i visse tilfeller tvangsgebyr og straff.

12.3.1.3 Pristiltaksloven

Konkurransetilsynet fører også tilsyn med pristiltaksloven (lov 11. juni 1993 nr. 66). Etter pristiltaksloven § 2 er det forbudt å ta, kreve eller avtale priser som er urimelige. Heller ikke må det kreves, avtales eller opprettholdes forretningsvilkår som virker urimelig overfor den annen part eller som åpenbart er i strid med allmenne interesser. Overtredelser av prisloven er straffsanksjonert, og kan i tillegg føre til inndragning og sivilrettslig krav på tilbakebetaling. I praksis er pristiltaksloven § 2 lite anvendt.

12.3.2 Vurdering

Departementet har vurdert hvorvidt de ulike avgrensningene i markedsføringsloven § 20 bør beholdes. Når det gjelder markedsføringsloven §§ 20 første, annet og tredje ledd om avgrensning mot konkurranseloven og pristiltaksloven, vil departementet peke på at disse lovene har et annet formål og tar sikte på å ramme andre forhold enn det markedsføringsloven gjør. Konkurranselovgivningen er rettet mot metoder og fremgangsmåter som får betydning for en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser gjennom fri konkurranse. Markedsføringsloven derimot retter seg særlig mot handlinger som enten strider mot god forretningskikk næringsdrivende imellom eller som er urimelige i forhold til forbrukere. I den

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 38 (1979-80) s. 30-31.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 243-244.

utstrekning spørsmålet om overlapping reiser seg vil forholdet mellom de to regelverkene måtte avgjøres på grunnlag av alminnelige tolkningsprinsipper. Dette er løsningen når det gjelder forholdet mellom markedsføringslovens spesialbestemmelser i §§ 2-9 og konkurranselovgivningen. (Det er imidlertid særlig generalklausulen som i praksis kan gi opphav til tolkningsproblemer). Det har ikke vist seg å oppstå avgrensingsproblemer i praksis som ikke har blitt løst gjennom en tolkning. Ved behov kan også forskriftshjemmelen i gjeldende § 20 femte ledd benyttes i en del tilfeller.

På to områder er det imidlertid etter departementets syn ønskelig å beholde en avgrensning. Det bør fortsatt bør gå klart fram at bestemmelsen om urimelige avtalevilkår ikke skal kunne anvendes på prisfastsettelsen, jf. § 20 annet ledd, dvs. at Forbrukerombudet ikke skal drive med priskontroll. Dette gir klarhet og forutberegnelighet om rettstilstanden. Videre bør § 20 fjerde ledd om forholdet til konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende avtaler beholdes. Denne ble innført i forbindelse med vedtakelsen av den nye konkurranseloven i 2004 for å presisere at kontraktsvilkår som er fremforhandlet av Forbrukerombudet ikke anses som konkurransebegrensende avtaler.

12.3.3 Forslag

Departementet ønsker å videreføre dagens rettstilstand, men foreslår visse lovtekniske endringer:

- 1) Markedsføringsloven §§ 20 første til tredje ledd oppheves. Det foreslås imidlertid å beholde en avgrensning mot pris, og at denne flyttes til bestemmelsen om urimelige avtalevilkår. Se forslag til lovtekst under pkt. 12.2.4.
- 2) Markedsføringsloven § 20 fjerde ledd foreslås flyttet til ny § 9-3.
- 3) § 20 femte ledd om avgrensning mot andre regulerings- og kontrollbestemmelser foreslås flyttet til ny § 11-1 femte ledd.

12.4 Økonomiske og administrative konsekvenser

Forslagene vil ikke få økonomiske eller administrative konsekvenser.

Kapittel 13. Usikret kreditt – lån til forbrukere

13.1 Innledning

I dokument nr. 8:66 (2003-2004), jf. Innst. S. nr. 36 (2004-2005), om tiltak for å hindre en ny gjeldskrise, reiser forslagsstillerne blant annet spørsmål om finansieringsselskapenes markedsføring av kort saksbehandlingstid og enkle krav til låntaker fører til uforsvarlige kredittvurderinger og liten bevissthet blant forbrukerne om betingelsene ved usikret kreditt.

Stortinget fattet på bakgrunn av forslaget følgende anmodningsvedtak til Regjeringen, vedtak nr. 86, 2. desember 2004 (2004-2005):

”Stortinget ber Regjeringen fremme forslag til lovendringer som styrker kontrollen av form og innhold i markedsføring av usikret kreditt, slik at de reelle betingelsene for kunden kommer klart frem”.

Det ble også fremmet to andre anmodningsvedtak på bakgrunn av dokument 8:66. Justisdepartementet har ansvaret for oppfølgingen av disse to vedtakene.

Dette kapitlet representerer oppfølgingen av anmodningsvedtak nr. 86 fra Barne- og likestillingsdepartementets side. Departementet konkluderer med at en eventuell styrking av håndhevingen som omtalt i høringsnotatets kapitler 14-16 også ville føre til en styrket kontroll med form og innhold i markedsføring av usikret kreditt. Etter departementets syn er det ikke behov for ytterligere endringer i markedsføringsloven. Nødvendige endringer i finanslovgivningen vil bli fulgt opp av Justisdepartementet.

13.2 EU-regelverk

13.2.1 Direktivet om urimelig markedspraksis

Av fortalen punkt 9 går det frem at regelverket for markedsføring av finansielle tjenester ikke totalharmoniseres av direktivet, og at det derfor kan gis strengere bestemmelser for å beskytte forbrukernes økonomiske interesser enn direktivet gir grunnlag for. Begrunnelsen for dette er at det for finansielle tjenester, på grunn av deres kompleksitet og iboende alvorlige risiko, må settes opp detaljerte krav med positive forpliktelser for de ervervsdrivende.

13.2.2 Nytt forbrukerkredittdirektiv - planlagt revisjon av kredittkjøpsloven

I EU er det fremlagt forslag til revidert direktiv om forbrukerkreditt¹¹⁰ som skal avløse det gjeldende forbrukerkredittdirektivet (87/102/EØF endret ved direktivene 90/88/EØF og 98/7/EF). Direktivet forventes å bli et totalharmoniseringsdirektiv, og vil dermed trekke opp rammen for hvilke regler Norge kan ha på forbrukerkredittområdet. Finansavtaleloven med forskrifter og

¹¹⁰ COM (2005) 483 final

kredittkjøpsloven med forskrifter, gjennomfører det gjeldende forbrukerkredittdirektivet i norsk rett. Når det reviderte direktivet er endelig vedtatt, må det foretas tilsvarende endringer i det norske gjennomføringsregelverket. Bakgrunnen for arbeidet i EU er en utvikling av kredittmarkedene som etter Kommisjonens syn krever en revidert lovgivning på europeisk nivå.

Justisdepartementet arbeider for tiden med å oppnevne et utvalg som bl.a. skal ha som mandat å foreslå en gjennomføring av det forestående nye forbrukerkredittdirektivet i norsk rett.

13.3 Oversikt over gjeldende rett og praksis

13.3.1 Frarådningsplikt og opplysningsplikt – rettslig grunnlag

Generelt

Markedsføring av forbrukslån og kreditt reguleres av markedsføringsloven, samt deler av kredittkjøpsloven og forskrift om låneavtaler, hjemlet i finansavtaleloven. Utgangspunktet er at markedsføringen ikke skal være misvisende eller villedende for forbrukeren, og ikke være i strid med god markedsføringsskikk. Aggressiv markedsføring, herunder markedsføring som forespeiler at kreditt kan gis svært raskt, vil kunne anses som urimelig etter markedsføringsloven. I tillegg oppstiller kredittkjøpsloven og finansavtaleloven en opplysningsplikt for selger/långiver før en eventuell avtale inngås med forbrukeren. Krav om angivelse av effektiv rente er her sentralt. Utformingen av reglene er imidlertid noe ulik avhengig av om det gjelder forbrukerkredittkjøp/tjenester, kontokredittavtaler eller avtaler om lån.

Nærmere om opplysningsplikten

Etter gjeldende rett (som har sin bakgrunn i EU-regelverk) har man krav på opplysninger om effektiv rente ved et konkret låneopptak, jf. kredittkjøpsloven §§ 4 og 5 og finansavtaleloven § 46. Videre foreligger det plikt til å opplyse om effektiv rente ved markedsføring når det opplyses om andre låne- og kredittvilkår, jf. kredittkjøpsloven § 6, og forskrift 11. februar 2000 nr. 101 om låneavtaler (låneavtaleforskriften) gitt med hjemmel i finansavtaleloven § 48 sjettede ledd.

Endringer i *angrerettloven*, som gjennomfører et EU-direktiv om fjernsalg av finansielle tjenester, setter omfattende informasjonskrav til markedsføringen ved fjernsalg, jf. *angrerettloven* kap. 5A. Dette gjelder for eksempel sms, internett og telefon.

13.3.2 Håndheving av regelverket om usikret kreditt

Forbrukerombudet (FO) fører tilsyn med markedsføringsloven, herunder markedsføring av forbrukslån og andre former for usikret kreditt. Ombudet foretar løpende vurderinger av markedsføringen av usikret kreditt, blant annet om formen er urimelig eller villedende.

Etter forskrift 27. juni 1986 nr. 1305 om ikrafttredelse av lov 21. juni 1985 nr. 82 om kredittkjøp m.m. Delegering av myndighet, del IV, skal Forbrukerombudet ha tilsynet

med at bestemmelsene fastsatt i eller i medhold av kredittkjøpsloven blir overholdt. Forskriften er hjemlet i kredittkjøpsloven § 30.

13.4 Vurdering

Departementet ser det slik at det ikke er ønskelig med et generelt forbud mot markedsføring av forbrukslån og andre former for usikret kreditt. Det er kravene til markedsføringens form og innhold som eventuelt bør endres.

Forbrukerombudet har, sammen med Kredittilsynet og Forbrukerrådet, foreslått at dagens regler bør utvides slik at det opplyses om effektiv rente ved all markedsføring av kreditt og lån, jf. rapporten "Tiltak for å bedre informasjonstilbudet til sluttbrukere i finansmarkedet" fra 2004.

Det er Justisdepartementet som har lovansvaret for dette. Justisdepartementet har sendt et forslag til ny § 5 i låneavtaleforskriften på høring, med frist 15. august 2006, om å utvide opplysningsplikten ved markedsføring av lån etter denne bestemmelsen. Forslaget går ut på at det skal opplyses om effektiv rente mv. ved all markedsføring av lånetilbud. Dette skal gjelde også i tilfeller hvor det ikke gis opplysninger om lånevilkår i annonsen, som angir rentesats eller andre tall som angir lånekostnadene. Med uttrykket "effektiv rente" menes lånekostnader uttrykt som en årlig prosentandel av et lånebeløp. Utvalget som er beskrevet i punkt 13.2.2 skal også bl.a. ha som mandat å utrede en revisjon av kredittkjøpsloven og finansavtaleloven, med forskrifter, samt en harmonisering av reglene i de to lovene. Barne- og likestillingsdepartementet legger etter dette til grunn at nødvendige endringer i finanslovgivningen gjøres av Justisdepartementet.

Etter "lovstridsprinsippet", se punkt 6.3.1.5 i høringsnotatets kapittel 6, kan Forbrukerombudet gripe inn dersom markedsføring strider mot ufravikelig spesiallovgivning som gjelder forbrukerbeskyttelse. Slik lovgivning finnes blant annet i finansavtaleloven (frarådningsplikt, opplysningsplikt).

I høringsbrevets kapitler 14-16 diskuteres markedsføringslovens sanksjonsapparat, blant annet om Forbrukerombudets myndighet bør utvides, slik at han kan opptre raskere og mer effektivt i den enkelte sak. I så fall vil også kontrollen med form og innhold i markedsføring av usikret kreditt, samt avtalevilkår, bli styrket.

13.5 Forslag

Det gjøres ikke andre endringer i markedsføringsloven ut over eventuelle endringer i systemet for håndheving og sanksjoner som drøftes i kapitlene 14 og 16.

Kapittel 14. Håndheving og saksbehandlingsregler. Vedtakskompetanse

14.1 Håndhevingsapparat

I dette kapitlet foreslås at Forbrukerombudet og Markedsrådet skal håndheve også den nye loven. Videre drøftes spørsmål om Forbrukerombudet og Markedsrådets vedtakskompetanse.

Ett alternativ er å videreføre dagens system med at det er Markedsrådet som har den primære kompetansen til å fatte forbudsvedtak og at Forbrukerombudets vedtakskompetanse er begrenset til ”hastesaker” og der saksforholdet har vesentlige likheter med tidligere Markedsrådsaker der forbud er nedlagt. Et annet alternativ er at Forbrukerombudet blir et tydeligere tilsynsorgan med selvstendig, og ikke som i dag avledet, vedtakskompetanse. Med dette alternativet blir Markedsrådet klageinstans for Forbrukerombudets avgjørelser. Det understrekes at uansett valg av alternativ, skal Forbrukerombudet, som i dag, som hovedregel forsøke å få næringsdrivende til å innrette seg etter regelverket frivillig.

Videre diskuteres om det i visse tilfeller bør gjøres unntak fra kravet om at det er søkt oppnådd frivillig ordning. Et slikt unntak kan blant annet være aktuelt ved overtredelser av enkelte ”klare” forbud og tilfeller av manglende dokumentasjon av påstander om virkning i markedsføring (f.eks. påstander om slankende effekt).

14.1.1 Organene og dagens system for håndheving av markedsføringsloven

Forbrukerombudet har til oppgave å føre tilsyn med at det, ut fra hensynet til forbrukerne, ikke skjer markedsmissbruk eller nyttes urimelig avtalevilkår i strid med markedsføringsloven. Dette omfatter de tradisjonelle forbudene mot villedende, utilstrekkelig veiledende og urimelig markedsføring. I tillegg kommer de mer spesifikke forbudene mot negativt salg, uanmodet markedsføring via e-post, SMS o.l. og uønsket uadressert reklame.

Ombudets arbeid består i hovedsak i å informere næringsdrivende og forbrukere om markedsføringslovens regler, og å søke å oppnå at de næringsdrivende følger bestemmelsene. I det store flertall av sakene som behandles av Forbrukerombudet, oppnås det enighet gjennom at det skriftlig eller muntlig gis informasjon og/eller gjennomføres diskusjoner med de næringsdrivende. En viss andel av ombudets saker lar seg imidlertid ikke løse på denne måten, og krever derfor at det gripes inn med sanksjoner.

Markedsrådet er et domstolslignende organ bestående av 9 medlemmer som er personlig oppnevnt. Rådet kan fatte vedtak om å forby handlinger som er i strid med de bestemmelsene i loven som beskytter forbrukernes interesser.

Den forvaltningsrettslige kompetansen til å gripe inn mot lovstridig markedsføring og urimelige avtalevilkår er delt mellom Markedsrådet og Forbrukerombudet. I tillegg er det straffbart å bryte enkelte av lovens bestemmelser, men politiet har i løpet av de over 30 årene loven har eksistert benyttet denne straffehjemmelen i

ytterst få tilfeller. Det er derfor i praksis Markedsrådet og Forbrukerombudet som håndhever markedsføringsloven.

For at disse organene skal kunne sørge for at markedsføringslovens regler respekteres, har det vist seg å være nødvendig med sanksjonshjemler som gjør det mulig å gripe inn overfor næringsdrivende som ikke innretter seg frivillig etter lovverket.

Det er Markedsrådet som har den primære kompetansen til å fatte vedtak om å forby brudd på lovverket. Forbrukerombudet har kompetanse dersom det vil medføre skade eller ulempe å avvente Markedsrådets vedtak, eller hvor markedsføring eller avtalevilkår som i det vesentlige er identisk med noe som Markedsrådet tidligere har lagt ned forbud mot blir gjentatt.

14.1.2 Problemstillinger og utfordringer

Sanksjonssystemet i markedsføringsloven ble sist revidert i 1995. Det ble da vedtatt at Markedsrådet og Forbrukerombudet skal kunne knytte tvangsgebyr til sine vedtak. Formålet med endringen var å bidra til at vedtakene i større grad respekteres av de næringsdrivende.

Siden 1995 har det skjedd en omfattende utvikling i måten varer og tjenester markedsføres og omsettes på. Særlig har det skjedd en dreining over mot større omsetning gjennom forskjellige former for fjernsalg, eksempelvis bestilling over Internett og ved hjelp av mobiltelefon.

Ved fjernsalg må kjøperen kunne stole på fremstillingen av produktene som gis gjennom markedsføringen, og det blir derfor svært viktig at myndighetene kan gripe inn raskt og effektivt mot næringsdrivende som gir villedende eller feilaktig informasjon, eller på andre måter unnlater å oppfylle kravene som følger av lovgivningen. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor lovregler bevisst brytes med det formål å oppnå en vinning.

I takt med denne utviklingen har det blitt stadig viktigere at de nye elektroniske kommunikasjonskanalene fungerer godt, og ikke benyttes som kanal for spredning av uønskede reklamebudskap i strid med lovverket.

Utviklingen har også gått i retning av at mer markedsføring og handel skjer på tvers av landegrensene, noe som gjør det nødvendig for ethvert land å ha et velfungerende sanksjonssystem som kan benyttes for å beskytte både landets egne innbyggere og borgere i andre land som utsettes for lovstridig markedsføring. Denne forpliktelsen er sterkt vektlagt i Europaparlaments- og rådsforordning (EF) 2006/2004 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning (forordningen om forbrukervernsamarbeid), samt i direktiv 2005/29/EF om urimelig markedspraksis.

Blant annet på grunn av de nevnte aspektene, kan det diskuteres om dagens system for håndheving av markedsføringslovens regler og sanksjonsmuligheter ved brudd på regelverket, bør revideres.

For det første oppstår det spørsmål om hvordan reglene som avgjør hvorvidt Markedsrådet og Forbrukerombudet har kompetanse til å fatte vedtak, bør endres. Videre må det vurderes hvorvidt sanksjonsmulighetene som er hjemlet i dagens

markedsføringslov er tilstrekkelige, eller om de bør endres eller suppleres, jf. kapittel 16.

14.1.3 Systemer for håndheving i andre nordiske land

Felles for alle de nordiske landene er at

Forbrukerombudet/Konsumentombudsmannen er ansvarlig for å se til at markedsføringslovens regler overholdes av de næringsdrivende. I alle landene bygger tilsynet på en forhandlingsmodell, hvor ombudene søker å løse sakene gjennom en dialog med innklagede.

Når det gjelder utformingen av sanksjonssystemene som benyttes i tilfelle hvor sakene ikke lar seg løse gjennom dialog, har de andre nordiske landene valgt forskjellige løsninger fra Norge.

I Danmark ligger kompetansen til å fatte vedtak mot lovstridig markedsføring eller avtalevilkår hos domstolene (i praksis Sør- og Handelsretten i København) jf. § 13 i markedsføringsloven.

Forbrukerombudsmanden kan fatte foreløpig forbudsvedtak. Vilkårene for dette er at det "er øyensynlig fare for, at formålet med et forbud som nævnt i § 13, stk. 1, vil forspildes, hvis rettens afgørelse skal afventes.", jf. § 21. Det foreløpige forbudet må så stadfestes av domstolene.

I Sverige har Konsumentombudsmannen kompetanse til å "meddela föreläggande" i saker som "inte är av större vikt" jf. § 21 marknadsföringslagen. I andre saker ligger denne kompetansen til Marknadsdomstolen. I tilfelle hvor det legges ned påstand om "marknadsstörringsavgift" eller erstatning må sak anlegges ved Stockholms Tingrett jf. § 38.

Også i Sverige finnes det mulighet for å legge ned midlertidige (interimistiska) forbud. Denne kompetansen er tillagt domstolene (Marknadsdomstolen/Tingretten) jf. § 20.

I Finland kan Marknadsdomstolen fatte forbudsvedtak med tvangsgebyr. Domstolen kan også fatte midlertidige forbud, jf. §§ 7 og 8 i marknadsföringslagen.

Konsumentombudsmannen kan fatte forbudsvedtak i saker "som inte har avsevärd betydelse för tillämpning av lag eller i övrigt" jf. § 8 andre ledd og § 6 i lagen om konsumentverket. Midlertidige forbud kan fattes av KO "om det på grund av ärendets omfattning eller förfarandets snabba verkan eller av något annat särskilt skäl är nödvändigt att i brådskande ordning hindra ett förfarande som avses i 1 mom" (hindre lovbrudd).

14.1.4 Videreføring av dagens organer

Forbrukerombudet og Markedsrådet er i dag godt etablerte forvaltningsorganer med betydelig kompetanse i håndheving av markedsføringslovens regler. Organene har vært etablert i over 30 år, og har hatt en helt sentral posisjon i arbeidet med å føre kontroll med og veilede næringsdrivende om markedsføringslovens regler.

Alle de nordiske landene har opprettet en ombudsordning for å føre daglig kontroll og tilsyn med markedsføring og avtalevilkår. Våre naboland har imidlertid valgt å involvere domstolene i fastsettelsen av vedtak og reaksjoner overfor dem som ikke respekterer lovens bestemmelser. Dette skjer enten gjennom at det er opprettet særskilte markedsdomstoler eller at saker bringes inn for de ordinære domstolene.

I Norge opprettes det ikke særdomstoler utenfor det ordinære domstolssystemet med mindre det foreligger meget tungtveiende grunner.

Departementet kan ikke se at det skulle være tilstrekkelig tungtveiende grunner til å opprette en særdomstol for behandling av markedsrettslige saker, slik man har i Sverige og Finland. Vedtakene som fattes av Markedsrådet og Forbrukerombudet respekteres og etterleves i de fleste tilfeller av de næringsdrivende. Og i de tilfellene hvor man har opplevd problemer i praksis, mener departementet det er andre grep enn å opprette en egen markedsdomstol som bør tas for å sikre en mer effektiv håndheving.

Det samme gjelder med hensyn til å vurdere å gi de ordinære domstolene en større rolle i vedtaksprosessen. Dette ville føre til en forsinkelse i prosessen med å fatte vedtak, og legge ytterligere belastning på domstolsapparatet.

Departementet foreslår på denne bakgrunn å beholde dagens organer, Markedsrådet og Forbrukerombudet, som de kompetente organer til å fatte vedtak om forbud mot markedsføring og avtalevilkår i strid med markedsføringslovens bestemmelser.

14.2 Vedtakskompetanse

14.2.1 Dagens ordning

14.2.1.1 Markedsrådets vedtakskompetanse

Vedtakskompetansen etter markedsføringsloven ligger primært til Markedsrådet, jf. markedsføringsloven § 12.

Bestemmelsen gir Markedsrådet myndighet til å forby handlinger som er i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av lovens kapittel I eller § 9 c, når det finner at inngrep tilsies av hensyn til forbrukerne. Dette omfatter både det generelle forbudet mot markedsføring som er urimelig i forhold til forbrukerne eller i strid med god markedsføringsskikk, samt de mer spesifikke forbudene mot villedende markedsføring, negativt salg, uanmodet e-postreklame o.l., uadressert reklame, markedsføring som ikke inneholder tilstrekkelig veiledning, tilgift, utlodninger og villedende bruk av ordet garanti.

Handlinger som er i strid med § 1 annet ledd (kjønnsdiskriminerende markedsføring) kan forbys av hensyn til likestilling mellom kjønnene.

Markedsrådet kan også forby vilkår som nevnt i kapittel II om urimelige avtalevilkår eller som ikke oppfyller kravene i § 9 d om krav til garantivilkår, eller å foreta handlinger som tilsikter slik bruk.

I tillegg har Rådet myndighet til å forby enkelte handlinger som er i strid med bestemmelser gitt i medhold av annet regelverk enn markedsføringsloven. Dette

gjelder bl.a. visse brudd på forskriftene til kringkastingsloven (TV-reklame rettet mot barn) og visse brudd på lov om alternativ behandling (lovstridig markedsføring av behandlingsmetoder).

I grenseoverskridende saker, kan rådet forby en handling som strider mot bestemmelser som nevnt i § 9 e første ledd, hvis handlingen er foretatt i næringsvirksomhet i Norge og handlingen skader forbrukernes kollektive interesse i en annen EØS-stat.

I tillegg til å fatte vedtak om forbud, har Rådet også myndighet til å påby de tiltak som rådet finner er nødvendig for å sikre at forbudet overholdes. Det kan også fattes vedtak om å påby prismerking som omtalt i § 3 a.

De fleste av Markedsrådets vedtak kan også rettes mot virksomheter og personer som har medvirket til at handlinger eller vilkår som er i strid med loven har blitt anvendt.

Markedsrådets vedtak skal grunngis samtidig som det treffes, og kan ikke påklages videre i forvaltningen, jf. § 12 siste punktum. Markedsrådets vedtak kan imidlertid angripes ved å bringe saken inn for domstolene. Vedtaket får ikke oppsettende virkning med mindre Markedsrådet bestemmer det, jf. forvaltningsloven § 42.

14.2.1.2 Forbrukerombudets vedtakskompetanse

Forbrukerombudet har, som hovedregel, vedtakskompetanse i tilfeller hvor det ikke er oppnådd frivillig ordning, og ombudet antar at det vil medføre ”ulempe eller skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak”, jf. § 14 første ledd.

Forbrukerombudet kan også treffe vedtak dersom ombudet anser den aktuelle markedsføringen eller avtalevilkåret i det vesentlige identisk med markedsføring eller vilkår som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot.

Forbrukerombudets vedtak kan, i likhet med Markedsrådets, rettes mot medvirkere.

Ombudet skal grunngi ethvert vedtak samtidig med at det treffes, og underrette Markedsrådet om vedtaket.

Vedtaket truffet av Forbrukerombudet kan påklages til Markedsrådet. I tillegg kan Markedsrådet kreve at Forbrukerombudet bringer nærmere bestemte saker inn for rådet.

14.2.2 EU/EØS-rettslige krav til vedtakskompetanse – direktiv 2005/29/EF

Artikkel 11 i direktivet om urimelig markedspraksis pålegger alle EU/EØS-land å sikre at det finnes tilstrekkelige og effektive virkemidler til bekjempelse av urimelig markedspraksis, og for å sikre at direktivets bestemmelser overholdes i overensstemmelse med forbrukernes interesser.

Det fremgår videre av bestemmelsen at virkemidlene for å kunne gripe inn mot urimelig markedspraksis skal omfatte en rettslig adgang for forbrukere eller næringsdrivende til å kunne bringe en sak vedrørende urimelig markedspraksis inn for domstolene og/eller en administrativ myndighet til vurdering. Dersom man velger å legge kompetansen til en administrativ myndighet, må denne være kompetent til å treffe avgjørelse om klagen eller innlede rettsforfølging.

Medlemslandene kan selv bestemme om domstolene eller den administrative myndighet skal ha mulighet til å kreve saken forelagt for en annen eksisterende klageinstans før de tar stilling til den.

Rettsmidlene skal stå til rådighet, uavhengig av om de forbrukere som berøres av den lovstridige handlingen befinner seg i samme landet som der den næringsdrivende som utfører handlingen er etablert, eller om de befinner seg i en annen medlemsstat.

Medlemsstatene avgjør selv om rettsmidlene skal kunne rettes særskilt mot hver enkelt næringsdrivende, samlet mot flere næringsdrivende innen samme næringssektor eller mot de som har utarbeidet en bransjenorm. Forutsetningen er at denne bransjenormen er utformet i strid med direktivet.

For å oppfylle kravene som følger av artikkel 11, skal medlemslandene tillegge domstolene eller de administrative myndigheter hjemmel til å kunne påby at urimelig markedspraksis opphører eller forby praksis som ennå ikke er iverksatt. Forutsetningen er at dette skal gjelde selv om det ikke er ført bevis for at det er lidt tap eller skade, eller at det er tale om forsett eller uaktsomhet fra den næringsdrivendes side.

Muligheten til å påby opphør eller forby iverksettelse av urimelig markedspraksis, skal kunne treffes som ledd i en fremskyndet fremgangsmåte, enten med foreløpig virkning eller med endelig virkning. Medlemsstatene velger selv hvorvidt avgjørelser fattet med hjemmel i den fremskyndede fremgangsmåten skal ha foreløpig eller endelig virkning.

Videre kan medlemsstatene, for å forsøke å fjerne ettervirkningene av en urimelig markedspraksis som er påbudt innstilt ved endelig avgjørelse, tillegge domstolene eller de administrative myndigheter hjemmel til å kreve avgjørelsen publisert. Avgjørelsen skal publiseres enten i sin helhet eller i utdrag, og i en form som domstolene eller myndighetene finner passende. Domstolen eller den administrative myndighet vil også kunne kreve publisering av en korrigerende uttalelse.

Medlemslandene avgjør selv om de vil legge myndigheten til å kunne gripe inn mot urimelig markedspraksis til domstolene eller til forvaltningen. Legges myndigheten til forvaltningen, skal organene være sammensatt på en måte som gjør at deres upartiskhet ikke kan trekkes i tvil. Organene skal i alminnelighet begrunne sine avgjørelser, og ha myndighet som gjør det mulig for dem å effektivt overvåke og håndheve at avgjørelsene deres overholdes.

Når forvaltningen er tillagt myndighet til å påby opphør av eller forby urimelig markedspraksis, skal avgjørelser om dette alltid begrunnes. Dessuten skal det fastlegges en prosedyre som sikrer at enhver urettmessig eller utilbørlig utøvelse eller unnlattelse av å utøve myndighet fra forvaltningen side skal kunne prøves rettslig.

14.2.3 Spørsmål om hvem som skal ha vedtakskompetanse

14.2.3.1 "Tilstrekkelige og effektive midler"

Det er for det første naturlig å stille spørsmålstegn ved om hovedkravet til at medlemslandene skal sikre at det finnes tilstrekkelige og effektive midler til bekjempelse av urimelig markedspraksis, oppfylles med det håndhevingssystemet man til nå har hatt etter markedsføringsloven.

Dagens modell, som i stor grad er basert på gjennomføring av dialog og forhandlinger, fungerer godt i de fleste tilfelle. Der hvor det er prinsipiell uenighet mellom næringsdrivende og Forbrukerombudet, er det mulig å få avgjort sakene gjennom prøving for Markedsrådet. Rådets avgjørelser etterleves i stor grad av de næringsdrivende.

Departementet legger til grunn at direktivets grunnkrav på dette punkt er oppfylt gjennom dagens system.

Overfor næringsdrivende som ikke har ønske om eller til hensikt å innrette seg etter lovverket, har systemet vist seg å ha svakheter. Dette har blitt spesielt synliggjort etter hvert som markedsføringsloven i løpet av de siste årene har blitt utvidet til å omfatte nye typer lovbrudd. Samtidig har det utviklet seg nye og kompliserte markeder, og handel via Internett og andre elektroniske kommunikasjonskanaler har økt i omfang, jf. pkt. 14.1.2.

På denne bakgrunn drøfter departementet nedenfor om dagens system på enkelte punkter bør forbedres.

14.2.3.2 Domstolene eller administrative myndigheter?

Departementet legger til grunn at dagens system med vedtakskompetanse lagt til Forbrukerombudet og Markedsrådet er i tråd med direktivet.

14.2.3.3 Mulighet for å gripe inn uavhengig av hvor forbrukerne som rammes befinner seg

Det er meget viktig for gjennomføringen av direktivet at muligheten til å gripe inn overfor næringsdrivende ikke er begrenset til de tilfellene hvor det er forbrukere i eget land som rammes. Det må være anledning til å gripe inn også overfor næringsdrivende som utfører handlinger som rammer de kollektive interessene til forbrukere i andre medlemsland.

Dette prinsippet er allerede gjennomført i norsk rett i forbindelse med implementeringen av direktiv 98/27/EF, forbudsdirektivet. Tilsvarende vil gjelde i forhold til forordning 2006/2004 om forbrukervernsamarbeid. Denne forordningen forventes snart å bli innlemmet i EØS-avtalen, og det vil bli foreslått at forordningen inkorporeres i markedsføringsloven. Direktivet om urimelig markedspraksis omfattes av samarbeidsmekanismene etter både forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid, jf. direktivet om urimelig markedspraksis artikkel 16. Implementeringen av forordningen om forbrukervernsamarbeid går som et separat løp, og det foreslås derfor ingen nye særskilte regler om dette her. I utkast til lovtekst kapittel X er imidlertid de bestemmelser som vil gjennomføre forordningen innarbeidet, selv om de ennå ikke er vedtatt.

14.2.3.4 Valgfrihet med hensyn til hvem vedtak skal rettes mot

At vedtak, i tillegg til å kunne rettes mot den enkelte næringsdrivende, også kan rettes mot grupper av bestemte næringsdrivende innenfor samme bransje, er uproblematisk, så lenge alle som vedtaket rettes mot bryter loven på samme måte.

Forbrukerombudet og Markedsrådet har fattet vedtak mot bransjeorganer som har stått for utforming av bransjenormer som bryter med lovens krav, men vedtakene får ikke direkte virkning for den enkelte bedrift. Da må det i så fall et nytt vedtak til.

Slik loven har vært utformet, har man også hatt bestemmelser om medvirkningsansvar. Det er tenkelig at det med hjemmel i denne bestemmelsen vil kunne bli fattet vedtak mot bransjeorganer som medvirker til overtredelse av markedsføringsloven gjennom å ha utarbeidet bransjenormer som strider mot lovverket.

Spørsmålet er imidlertid om det bør komme klarere til uttrykk i lovens ordlyd at vedtak også kan rettes mot organer som har utarbeidet bransjenormer.

Departementet ber om høringsinstansenes synspunkter på dette.

14.2.3.5 Hvem bør ha primær vedtakskompetanse?

EU/EØS-landene står etter direktivet om urimelig markedspraksis fritt til å avgjøre hvilket organ eller organer som skal ha kompetanse til å fatte vedtak, jf. pkt.

14.2.2 ovenfor. Som direktivet også gjenspeiler, kan vedtakskompetansen fordeles på flere måter. Departementet foreslår å beholde dagens organer som de kompetente myndigheter til å kunne fatte forbudsvedtak ved brudd på markedsføringslovens regler, jf. pkt. 14.1.4.

Spørsmålet er om dagens ordning med at Markedsrådet etter lovens hovedregel kan treffe vedtak skal videreføres, eller om det bør innføres en toinstansordning der Forbrukerombudet kan treffe vedtak i alle saker og der Markedsrådet blir klageinstans.

Ordningen med Forbrukerombud og Markedsråd var ny med markedsføringsloven. Ombudet skulle motarbeide markedsmissbruk og ta opp saker med sikte på å komme til en løsning. Det ble imidlertid ikke ansett tilstrekkelig å basere offentlig tilsyn på at frivillige ordninger skulle oppnås eller at saker måtte bringes inn for domstolene. Markedsrådet ble derfor opprettet. Rådet skulle være bredt sammensatt. Det ble ansett som viktig at man hadde et organ som kunne gripe raskere inn enn man kan ved vanlig domstolsbehandling.

Markedsføringsloven har, siden bestemmelsene om Markedsrådet og Forbrukerombudets vedtakskompetanse ble vedtatt, gjennomgått en rekke endringer hvor nye forbud har kommet til. Samtidig har man sett en utvikling hvor fremveksten av nye markeder har ført med seg en helt annen konkurransesituasjon hvor en mengde aktører konkurrerer om kundene. Markedsføring har også spredt seg til nye kanaler, hvor budskapene i mange tilfeller sprer seg raskere og mer direkte frem til mottakerne enn det som har vært vanlig tidligere.

Denne utviklingen fordrer at det føres et svært aktivt tilsyn med at markedsføringsloven etterlevs, og det er spørsmål om dette i sin tur også bør få betydning for hvordan kompetansen til å fatte vedtak fordeles.

Vurdering

Departementet mener forhandlingsmodellen er et viktig element i håndhevingen av markedsføringsloven, og understreker at utgangspunktet vil være at Forbrukerombudet skal søke å komme til en frivillig ordning uansett om ombudet får primær vedtakskompetanse eller ikke.

Fordelen med å gi ombudet primær vedtakskompetanse er at man vil få et system hvor kompetansen til å vurdere hvorvidt vedtak skal fattes ligger hos det organet som fører daglig tilsyn med lovgivningen, og som raskt kan gripe inn med vedtak i de tilfellene hvor det viser seg at dette er nødvendig. Ved å velge en slik løsning vil man få et system hvor fordelingen av kompetansen i utgangspunktet gir mulighet for toinstansbehandling av vedtak etter markedsføringsloven. Dette er ikke tilfelle i dag, hvor Markedsrådets vedtak ikke kan påklages administrativt, og man følgelig heller ikke får noen prøving av skjønnet som er utøvd. Det kan derfor hevdes at rettsikkerheten til den som vedtaket rettes mot ivaretas bedre ved en slik løsning enn hva som tidligere har vært tilfelle. Markedsrådet sammenkalles bare noen ganger i året, og kan ikke treffe vedtak så raskt som det er behov for i mange saker. De siste årene har det vært atskillige eksempler på saker hvor Forbrukerombudet har benyttet sin kompetanse til å fatte vedtak som førsteinstans, ut fra en vurdering av at det vil medføre "ulempe eller skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak". Brudd på loven skjer ofte i form av handlinger som utføres i nærmere avgrensede perioder, og det er ofte nødvendig å kunne gripe inn raskt dersom disse skal kunne stanses. Allerede i dag behandler Forbrukerombudet mange saker i første instans, og i realiteten vil det ikke innebære en vesentlig forskjell om ombudet får vedtakskompetanse i alle saker. En fordel sammenlignet med dagens ordning ville være at man ville fjerne muligheten for uenighet og prosess rundt spørsmål om det vil medføre "ulempe eller skadevirkning" å avvente Markedsrådets vedtak. Denne vurderingen er stadig gjenstand for diskusjon under Forbrukerombudets utøvelse av sin vedtakskompetanse, og har medført at vedtak fattet av ombudet har blitt opphevet av Markedsrådet. Et eksempel er MR-sak 21/02 (Notar).

På den annen side innebærer ombudsrollen at Forbrukerombudet skal ha en pådriverrolle i forbrukerspørsmål, og ikke en ren tilsynsrolle. Pådriverrollen er viktig og skal ikke svekkes. Det kan imidlertid heves at pådriverrollen kan innebære en fare for at Forbrukerombudet blir noe ensidig i sine vurderinger. Markedsrådets nøytralitet og sammensetning bidrar til å gi vedtakene legitimitet. Det er neppe grunn til å anta at Markedsrådets rolle som nøytral instans vil påvirkes av om rådet blir et klageorgan og ikke et vedtaksorgan.

Et moment i vurderingen vil også være om ombudet vil bruke færre ressurser på å komme frem til frivillige ordninger med næringsdrivende dersom ombudet får full vedtakskompetanse.

Departementets forslag

Departementet ønsker ikke å konkludere på dette punktet før etter høringsrunden og ber om høringsinstansenes syn på spørsmålet. Alternativet om å snu om på vedtakskompetansen til Forbrukerombudet og Markedsrådet er innarbeidet i utkastet til lovtekst §§ 11-3 og 11-4, samt kapittel XII. Departementet understreker at dette ikke innebærer at dette alternativet er valgt. Dersom man kommer til at

dagens system videreføres, foreslår departementet at dagens vedtaksbestemmelser uansett omstruktureres slik det er gjort i lovforslaget, men med de tilpasninger i som er nødvendige for å vise at Markedsrådet har primærkompetanse og at Forbrukerombudet kan treffe vedtak i visse tilfeller.

Særlig om saker av prinsipiell betydning og om Forbrukerombudets beslutninger om å avslutte saker

Departementet foreslår at Forbrukerombudet fortsatt skal kunne forelegge for Markedsrådet saker av prinsipiell betydning, jf. dagens § 13 sjette ledd og utkast til § 11-3 sjette ledd. Dette vil særlig være aktuelt i tilfelle hvor markedsføringen er avsluttet, men hvor Forbrukerombudet ønsker en avklaring for fremtiden. Se forøvrig merknader om prøving av spørsmål av prinsipiell karakter i Ot.prp. nr. 60 (1990-91).

Alle vedtak som fattes av Forbrukerombudet skal uansett kunne bringes inn for Markedsrådet til vurdering. Dette betyr at næringsdrivende i et hvert tilfelle hvor Forbrukerombudet fatter vedtak, vil ha anledning til å påklage vedtaket til Markedsrådet.

Dagens § 13 siste ledd sier at dersom Forbrukerombudet beslutter å ikke bringe en sak inn for Markedsrådet, kan den bringes inn av en næringsdrivende eller forbruker som berøres av handlingen eller vilkåret, eller av en sammenslutning av næringsdrivende, forbrukere eller lønnstakere. Alternativet om å snu om på vedtakskompetansen reiser spørsmål om å videreføre denne bestemmelsen omskrevet til de nye forutsetningene. Departementet antar det kan være behov for å åpne opp for at Forbrukerombudets lovanvendelse kan prøves av Markedsrådet også i saker der Forbrukerombudet kommer til frivillige ordning med den næringsdrivende eller Forbrukerombudet finner at den næringsdrivende ikke har brutt loven. Det følger også av direktivet om urimelig markedspraksis artikkel 11 siste ledd at forvaltningsorganets unnlattelse av å utøve sine fullmakter skal kunne påklages. Departementet foreslår derfor at også Forbrukerombudets slutning om å avslutte en sak kan klages inn for Markedsrådet av berørte tredjeparter, jf. utkast til § 11-4 annet ledd. Dersom saken er tilstrekkelig opplyst, vil Markedsrådet kunne treffe vedtak om påbud eller forbud selv. Ellers vil det være aktuelt å be klager og innklagde og eventuelt Forbrukerombudet om å opplyse saken.

Forbrukerombudet er et frittstående forvaltningsorgan med begrensede ressurser. Forbrukerombudet står fritt til å prioritere hvilke saker som skal realitetsbehandles ut i fra hensynet til forbrukerne. Det har likevel utviklet seg en praksis der Forbrukerombudets nedprioritering av enkeltsaker kan påklages til Markedsrådet. Markedsrådet er tilbakeholden med å overprøve Forbrukerombudets skjønn med hensyn til hvilke saker som skal realitetsbehandles. Dagens "klageadgang" følger ikke av loven, og antagelig heller ikke av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Det er her tale om håndheving av offentligrettslige regler - markedsføringsloven gir ingen private parter noen rettigheter. Departementet foreslår likevel å videreføre den etablerte klageadgangen gjennom nevnte utkast til § 11-4 annet ledd som sier at "*Markedsrådet behandler også klager fra en part som berøres av Forbrukerombudets beslutning om å avslutte en sak.*" Utkast til § 11-4 annet ledd vil således omfatte to typetilfeller: Tilfellene der Forbrukerombudet finner at loven ikke er brutt og tilfeller der Forbrukerombudet

ikke finner å prioritere en enkeltsak. Departementet ber om høringsinstansenes synspunkter på dette.

14.2.3.6 Hjemmel til å fatte vedtak om påbud og forbud

I følge artikkel 11 nr. 2 i direktivet skal de organer som håndhever lovverket ha myndighet til å påby at en pågående urimelig markedspraksis opphører, eller forby at praksis som snarlig er tenkt iverksatt, blir satt ut i livet.

Erfaringene man har gjort gjennom de siste 30 år etterlater liten tvil om at det er nødvendig, ut fra hensynet til forbrukerne og konkurrentene til dem som iverksetter en urimelig markedspraksis, at slik praksis kan stanses gjennom vedtak fra forvaltningen eller domstolene.

Formen for vedtak man til nå har operert med etter markedsføringsloven, skiller seg fra modellen som beskrives i direktivet. Etter dagens modell, har Markedsrådet og Forbrukerombudet mulighet til å forby gjentakelse av handlinger som strider mot lovverket. Markedsrådet kan i tillegg påby de tiltak som er nødvendig for å sikre at et forbudsvedtak overholdes. Departementet legger til grunn at dette oppfyller kravene i direktivet.

Det vises til utkast til §§ 12-1 til 12-6 som angir Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtakskompetanse

14.2.3.7 Fremskyndet fremgangsmåte for å fatte vedtak

Direktivet om urimelig markedspraksis artikkel 11 nr. 2 krever at medlemsstatene skal vedta bestemmelser om at vedtak kan fattes gjennom en fremskyndet fremgangsmåte. Slike vedtak skal enten ha foreløpig virkning eller endelig virkning.

Gjeldende rett

Slik tilsynet med markedsføring fungerer i praksis, fatter ikke Markedsrådet vedtak på eget initiativ. Det er derfor Forbrukerombudet som alltid foretar vurderingen av om det bør fattes vedtak, enten ved at saken legges fram for Markedsrådet, eller ved at Forbrukerombudet fatter vedtaket selv.

For at Forbrukerombudet selv skal kunne fatte vedtak eller be om at Markedsrådet gjør det, er det som hovedregel et vilkår at det ikke er oppnådd frivillig ordning med den næringsdrivende, jf. dagens § 14 første ledd.

Dette medfører at Forbrukerombudet som oftest må gjennomføre en dialog med de involverte for å avklare om den næringsdrivende frivillig ønsker å stanse eller endre markedsføringen eller avtalevilkårene. Eneste unntak som kan gjøres fra dette er dersom Markedsrådet tidligere har fattet forbudsvedtak mot markedsføring eller avtalevilkår som i det vesentlige er identisk, jf. § 14 annet ledd.

Unntaket i § 14 annet ledd blir praktisert slik at det likevel alltid innledes dialog dersom man har å gjøre med en næringsdrivende som Forbrukerombudet ikke tidligere har vært i kontakt med. Det er altså kun overfor gjengangere at muligheten til å fatte forbudsvedtak uten forutgående dialog har blitt benyttet.

Problemstilling

Dagens system gir spekulative næringsdrivende som tidligere er informert om, eller burde ha alle forutsetninger for å gjøre seg kjent med markedsføringslovens regler, en mulighet til å trenere saker og holde markedsføring som Forbrukerombudet mener er lovstridig gående mens det drøftes om det er mulig å oppnå frivillig ordning. Således vil den eksisterende prosessen for å fatte forbudsvedtak kunne være en langsom, omstendelig og lite effektiv prosess. Dette gjelder særlig overfor dem som forsettlig bryter loven for å forsøke å oppnå økonomisk vinning. At Forbrukerombudet skulle gå til domstolene og søke en midlertidig forføyning, har ikke vært ansett som en hensiktsmessig eller særlig praktisk måte å gripe inn mot lovstridig markedsføring.

Vurdering

Det må understrekes at systemet med dialog og forhandlinger for å søke å komme frem til en "frivillig ordning" fungerer svært godt i flertallet av saker som behandles hos Forbrukerombudet. Det er etter departementets syn derfor ikke ønskelig å gå bort fra dette som en hovedregel.

I sakene hvor man har å gjøre med næringsdrivende som bevisst ikke ønsker å følge spillereglene, er det imidlertid mye som taler for at systemet bør endres. Slike saker kan håndteres gjennom at det innføres klarere regler om en "fremskyndet fremgangsmåte", noe som vil være i overensstemmelse med direktivets krav.

Etter dagens system kan Forbrukerombudet i fatte forbudsvedtak uten å gjennomføre dialog med den næringsdrivende dersom Markedsrådet tidligere har fattet vedtak mot tilnærmet identisk markedsføring eller avtalevilkår. Men i disse tilfellene er det ikke snakk om noen egentlig "fremskyndet fremgangsmåte". Utformingen av selve vedtaket og fristen for dets ikrafttredelse, klagefrist osv, gjør at prosedyren rundt fastsettelsen av vedtaket uansett er den samme.

Som redegjørelsen for regelverket i våre naboland viser, har man der allerede innført muligheten for å kunne fatte midlertidige vedtak for å gripe raskt inn mot lovstridig markedsføring i saker hvor det er nødvendig, jf. pkt. 14.1.3.

"Fremskyndet fremgangsmåte" ved skriftlig bekreftelse

Etter dagens praksis, krever Forbrukerombudet i mange tilfelle en form for skriftlig bekreftelse fra næringsdrivende på at de i fremtidig markedsføring vil innrette seg etter de regler som Ombudet har informert dem om. Får ikke Forbrukerombudet en slik bekreftelse, vil det i mange tilfeller være grunnlag for å fatte forbudsvedtak, da det ikke kan sies å være oppnådd frivillig ordning.

Det oppstår imidlertid i enkelte saker usikkerhet rundt hvordan utsagn fra en næringsdrivende skal tolkes, og om denne faktisk bekrefter at han innretter seg etter Ombudets krav eller ikke.

Som et eksempel kan nevnes saken mellom Notar og Forbrukerombudet, MR-sak 21/02. Her uttalte Notar, etter at Forbrukerombudet hadde bedt dem stanse en praksis som ble ansett å være i strid med markedsføringsloven, at de ikke var enig med Forbrukerombudet i at annonsen var lovstridig. Notar hevdet at denne kun var stanset inntil forhandlingene med Forbrukerombudet var avsluttet.

I et slikt tilfelle er det uklart hvorvidt det faktisk er oppnådd en frivillig ordning. Det samme kan være tilfelle i saker hvor Forbrukerombudet ikke mottar noe svar fra den næringsdrivende, men kan konstatere at den aktuelle markedsføringen avsluttes. Dersom lignende markedsføring senere iverksettes, oppstår spørsmålet om det må forhandles på nytt for å søke å oppnå en frivillig ordning.

Det er derfor hensyn som kan tale for å innføre en formell rett for Forbrukerombudet til å kreve skriftlige bekreftelser fra næringsdrivende.

Dersom det knyttes rettsvirkninger til om det er gitt en slik skriftlig bekreftelse, ville man kunne unngå prosess rundt spørsmålet om den næringsdrivende har fått orientering fra Forbrukerombudet. En slik bekreftelse ville forhåpentligvis bevisstgjøre den næringsdrivende og redusere sjansene for at de samme typer brudd på lovgivningen blir iverksatt ved en senere anledning.

Dersom den næringsdrivende senere begår handlinger i strid med bekreftelsen som er gitt, vil det også være færre betenkeligheter knyttet til at Forbrukerombudet går raskere til verks ved utferdigelsen av et forbudsvedtak. Ved bekreftelsen har dermed den næringsdrivende uttrykkelig erkjent at han er kjent med de aktuelle reglene i markedsføringsloven og har lovet å innrette seg etter disse.

Det ble i forbindelse med implementeringen av forordningen om forbrukervernsamarbeid (2006/2004/EF), vurdert om Forbrukerombudet i saker som behandles etter forordningen burde gis en uttrykkelig hjemmel til å kunne kreve at en næringsdrivende må avgi en skriftlig bekreftelse på at brudd på markedsføringsloven skal opphøre. På bakgrunn av høringen om gjennomføringen av forordningen om forbrukervernsamarbeid vil det bli foreslått et nytt første punktum i dagens markedsføringslov § 13 femte ledd med følgende ordlyd: *”Forbrukerombudet kan kreve skriftlig bekreftelse fra overtrederen om at ulovlige forhold skal opphøre.”* Denne lovendringen skjer i et separat løp i forhold til forslagene i dette høringsnotatet, da gjennomføringen av forordningen må skje så snart som mulig (samarbeidet mellom de europeiske håndhevingsmyndighetene starter ved årsskiftet 2006/2007). Det knyttes ingen rettsvirkninger til den omtalte endringen i § 13 femte ledd.

Departementet vil foreslå å videreføre og utbygge denne bestemmelsen om skriftlig bekreftelse fra den næringsdrivende. Nærmere bestemt slik at retten til å kreve skriftlig bekreftelse innarbeides i ny § 11-3 femte ledd, og at ny § 12-3 første ledd spesifiserer at vedtak kan fattes uten at man forsøker å oppnå ”frivillig ordning” i tilfeller hvor den næringsdrivende tidligere har gitt en skriftlig bekreftelse på at ulovlige forhold som Forbrukerombudet har påtalt skal opphøre. Ordningen vil også kunne innføres selv om Markedsrådet beholder den primære vedtakskompetansen.

Departementet ber om høringsinstansenes syn.

”Fremskyndet fremgangsmåte” - vedtak uten forutgående forhandlinger

Markedsføringsloven har de seneste årene blitt utvidet til å omfatte andre typer lovbrudd enn de mer skjønnsmessige lovforbudene mot for eksempel villedende markedsføring eller avtalevilkår og markedsføring som er urimelig overfor forbrukerne. Disse nye typene lovbrudd er mer konkrete, med objektive kriterier som det i utgangspunktet burde være lettere for de næringsdrivende å forholde seg

til. Som eksempel kan nevnes forbudene mot negativt salg, uanmodete elektroniske markedsføringshenvendelser (spam) og uønsket uadressert reklame i markedsføringsloven §§ 2 a, 2 b og 2 c.

I tillegg kommer i forbindelse med implementeringen av direktivet om urimelig markedspraksis de konkrete eksemplene på urimelig markedspraksis som er tatt inn i den såkalte "svartelisten".

Departementet mener det kan diskuteres om det bør åpnes for adgang til å gripe inn mot overtredere uten at det gjennomføres en dialog og eventuelle forhandlinger i forkant, i de tilfellene hvor det er denne typen "klare" lovregler som er overtrådt.

Informasjon om lover, avgjørelser, retningslinjer og standpunkter er i dag lett tilgjengelig for dem som ønsker tilgang til dette. I tillegg har Forbrukerombudet som en av sine viktigste oppgaver å veilede næringsdrivende om praksis og standpunkter rundt markedsføringsloven. Det finnes selvsagt også andre aktører som kan konsulteres. Dette kan tale for at det i visse tilfelle er mindre grunnlag for å opprettholde den sterke beskyttelsen av næringsdrivende som hevder å være uvitende om at de har brutt markedsføringslovens regler fordi de ikke har satt seg godt nok inn i disse. Det kan også vises til at Forbrukerombudet allerede i dag har hjemmel til å fatte vedtak uten å forsøke å oppnå frivillig ordning i tilfeller hvor Markedsrådet har fattet forbud mot markedsføring eller avtalevilkår som er identiske, jf. markedsføringsloven § 14 annet ledd.

Departementet ber derfor om høringsinstansenes syn på om Forbrukerombudet eller Markedsrådet også bør gis hjemmel til å fatte vedtak gjennom en "fremskyndet fremgangsmåte" ved at det ikke er nødvendig å forsøke å oppnå "frivillig ordning" i tilfeller hvor den næringsdrivende har overtrådt bestemmelsene i dagens §§ 2 a, 2 b, 2 c, 3 a, 9 d og i svartelisten, som tilsvarende lovutkastet kapittel VI, §§ 8-1, 9-2 og forskrift i medhold av § 2-1 tredje ledd [alternativt § 2-2 siste ledd].

Det vises til utkast til § 12-3 første ledd.

"Fremskyndet fremgangsmåte" ved manglende dokumentasjon

Om dokumentasjonsplikten i direktivet om urimelig markedspraksis vises til pkt. 5.13.

Gjeldende rett

Hvis det brukes udokumenterte påstander (om et produkts virkning) i markedsføringen som kan påvirke etterspørselen, har Forbrukerombudet gjennom en lang praksis funnet at dette er i strid med markedsføringsloven § 1 første ledd. Dette er også i samsvar med Markedsrådets praksis i blant annet sakene 21/91, 18/92, 2/96 og 11/98, der Markedsrådet fant det urimelig i forhold til forbrukerne og i strid med markedsføringsloven § 1 å benytte en reklamepåstand uten at det er godtgjort at innholdet av påstanden medfører riktighet.

Det er den som benytter påstander i markedsføringen som i første rekke må godtgjøre at påstandene er riktige. For å kunne håndheve markedsføringsloven, f.eks. for å vurdere om et markedsføringstiltak er uriktig eller på annen måte villedende etter § 2, er det derfor ansett nødvendig at Forbrukerombudet kan kreve

å få fremlagt dokumentasjon for påstander i markedsføringen. Forbrukerombudet kan med hjemmel i § 15 kreve å få fremlagt slik dokumentasjon.

Undersøkelsen som bekrefter at påstanden er riktig må i utgangspunktet være foretatt på forhånd og kunne fremlegges når det kreves. Dersom dokumentasjon ikke kan fremlegges på Forbrukerombudets forespørsel, kan påstanden anses som udokumentert, og det kan i utgangspunktet fattes vedtak mot videre bruk av påstanden. I praksis er det imidlertid ofte slik at den næringsdrivende hevder å ha tilgang til dokumentasjon, men at det tar noe tid å fremlegge denne for Forbrukerombudet. Ofte oppstår det tvil om hvor lenge Forbrukerombudet må vente med å fastslå at dokumentasjon ikke foreligger når dokumentasjon er meldt å være underveis.

Dersom dokumentasjon fremlegges er det to vilkår som må være oppfylt for at påstanden kan anses dokumentert. For det første stilles krav til selve måten dokumentasjonen er fremkommet på. For at dokumentasjonen skal ha tilstrekkelig beviskraft, kreves vanligvis at påstandene kan underbygges av uttalelser eller undersøkelser utført av nøytrale instanser med anerkjent faglig kompetanse, og på en faglig forsvarlig måte. For det andre må dokumentasjonens innhold være dekkende for de påstander som fremsettes i markedsføringen. Det må for eksempel være samme produkt som er testet som det som markedsføres. Normalt vil det ikke være tilstrekkelig at en komponent i produktet er testet og dokumentert.

Forbrukerombudet vil normalt selv ikke ha tilstrekkelig kompetanse til å vurdere hvorvidt dokumentasjonen er utført på faglig forsvarlig måte, eller om innholdet i dokumentasjonen er dekkende for påstandene som er fremsatt. I slike tilfeller er Forbrukerombudet avhengig av å få sakkyndig bistand, noe som gjerne koster penger og/eller tar lang tid.

Visse påstander i markedsføring kan ikke dokumenteres, slik som ”Spis så mye du vil og gå 30 kg ned i vekt på en uke ved å spise disse pillene”, fordi det er en fysisk umulighet. I utgangspunktet skal Forbrukerombudet også kreve fremlagt dokumentasjon for disse påstandene, og gi annonsør en rimelig frist til å fremlegge dokumentasjon. Dersom ”dokumentasjon” fremlegges skal denne også vurderes av sakkyndig bistand, med de økonomiske og tidsmessige ulemper dette innebærer.

Vurderinger og forslag

Som nevnt ovenfor er det den næringsdrivende som fremsetter påstanden som må dokumentere riktigheten av påstanden. Dokumentasjon skal foreligge på markedsføringstidspunktet og skal kunne fremlegges når Forbrukerombudet krever det.

For å effektivisere tilsynet på dette punktet, og unngå at unødvendig mange forbrukere blir lurt i mellomtiden, ber departementet om høringsinstansenes syn på om det bør innføres en regel om at dokumentasjonsmaterialet skal være sendt til Forbrukerombudet eller Markedsrådet innen 48 timer fra begjæring om dette er mottatt, og hvis fristen ikke overholdes skal dette i seg selv gi grunnlag for å treffe et forbudsvedtak mot tiltaket.

Forslag til en slik bestemmelse er inntatt utkast til § 12-3 annet ledd:

”Dersom dokumentasjon for en påstand om virkning benyttet i markedsføring ikke er avsendt til håndhevingsmyndigheten innen 48 timer fra begjæring om dette er mottatt

av den næringsdrivende, kan håndhevingsmyndigheten treffe vedtak mot fortsatt bruk av påstanden”.

Et spørsmål er hva som skal regnes som ”mottatt” i denne sammenhengen. Erfaringsmessig vil enkelte næringsdrivende være vanskelig å nå, og det bør unngås at noen kan omgå dokumentasjonskravet ved ikke å være tilgjengelig på den adressen som er oppgitt i Brønnøysundregistrene, og i Folkeregisteret dersom det dreier seg om privatpersoner. Departementet er oppmerksom på at en slik 48-timersregel vil kunne få store konsekvenser for de næringsdrivende. Vi ber derfor om høringsinstansenes syn om det bør knyttes tvangsmulkt til en overtredelse av et slikt vedtak. Ofte vil det være vanskelig for den næringsdrivende å stanse markedsføringen så raskt.

Når det gjelder påstander som erfaringsmessig ikke lar seg dokumentere, typisk overdrevne påstander om slankende effekt, vil det som nevnt ikke ha særlig hensikt å innhente dokumentasjon. For de påstander om effekt som åpenbart ikke kan dokumenteres er det derfor ønskelig å utvikle regler som effektiviserer disse situasjonene spesielt.

I Sverige har praksis utviklet seg slik at man for visse typer påstander om slankende effekt ikke trenger å innhente dokumentasjon. Ved å legge en mer generell sakkyndig uttalelse om slankemidlers effekt til grunn, fastslås at påstandene ikke lar seg dokumentere, og tiltaket dermed anses ulovlig. Ettersom Norden ser ut til å bli betraktet som ett marked av aktørene i slanke- og helsekostbransjen, oppleves stadig oftere at forbrukermyndighetene i flere av landene har de samme markedsføringstiltak til behandling, og praksis i Norge synes svært lite effektiv sammenlignet med den svenske.

På denne bakgrunn ber departementet om høringsinstansenes syn på om det bør innføres en regel som gir anledning til å nedlegge forbud uten å innhente dokumentasjon dersom en påstand om effekt åpenbart ikke kan dokumenteres.

En slik regel kan f.eks. lyde:

”I særlige tilfeller, hvor en påstand om virkning åpenbart ikke kan dokumenteres, kan det nedlegges forbudsvedtak uten at det på forhånd søkes innhentet dokumentasjon fra den næringsdrivende”.

Det vises til utkast til § 12-3 annet ledd.

14.3 Økonomiske og administrative konsekvenser

Departementet antar at forslagene i dette kapitlet ikke får økonomiske eller administrative konsekvenser av betydning for Forbrukerombudet og Markedsrådet.

Kapittel 15. Særlig om ”grenseoverskridende” håndheving

EU har gjennom direktiv 98/27/EF (forbudsdirektivet) og forordning 2006/2004/EF (forordningen om forbrukervernsamarbeid) gitt nærmere bestemmelser om samarbeid over landegrensene for å gripe inn mot grenseoverskridende markedsføring i strid med forbrukernes kollektive interesser.

Hovedinnholdet i direktivet og forordningen er etablering av et rammeverk for behandling av saker hvor forbrukernes kollektive interesser, slik disse er definert gjennom nærmere angitt fellesskapslovgivning om forbrukervern, krenkes av næringsdrivende etablert i et annet EU/EØS-land enn der forbrukerne som rammes befinner seg.

Forordningen om forbrukervernsamarbeid krever at alle medlemsland skal ha organer, ”kompetente myndigheter”, som er pliktige til å behandle grenseoverskridende saker på brudd på fellesskapsretten, og at disse organene skal ha et visst minimum av håndhevingsvirkemidler til sin rådighet. Forbudsdirektivet fastslår at hvert land skal kunne motta eller begjære at det gripes inn med forbud eller lignende sanksjoner mot grenseoverskridende brudd på direktivenes bestemmelser.

Som nevnt i pkt. 14.2.3.3 er direktivet om urimelig markedspraksis omfattet av samarbeidsmekanismene etter både forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid, jf. direktivet om urimelig markedspraksis artikkel 16.

Forbudsdirektivet ble implementert som del av markedsføringsloven i 2002. Det pågår i øyeblikket en prosess for å implementere forordningen om forbrukervernsamarbeid.

Bestemmelsene som følger av forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid foreslås videreført i utkast til kapittel X *Grenseoverskridende handlinger som skader forbrukernes kollektive interesser.*

Kapittel 16. Reaksjoner og sanksjoner mot brudd på markedsføringsloven

I dette kapitlet diskuterer departementet om de administrative sanksjonene som står til rådighet for Forbrukerombudet og Markedsrådet bør styrkes. Det foreslås at dagens tvangsgebyrordning, som har til formål å sørge for etterlevelse av forbudsvedtak, videreføres. I tillegg drøftes det om det bør innføres overtredelsesgebyr ved brudd på visse "klare" forbudsbestemmelser. Dersom de administrative sanksjonene styrkes, foreslår departementet at dagens straffebestemmelse i markedsføringsloven innsnevres.

16.1 Gjeldende rett – problemstillinger

16.1.1 Dagens bestemmelser i markedsføringsloven

Sanksjonssystemet i markedsføringsloven bygger på et tosporet system: Et administrativt (forbudsvedtak m/tvangsgebyr) og et strafferettslig spor jf. § 17 (gjelder bare forbudsbestemmelsene i §§ 2-9).

Det administrative sporet er det som i all hovedsak blir benyttet. Politiet har så langt ikke prioritert anmeldelser fra Forbrukerombudet eller andre for brudd på markedsføringslovens regler.

Den mulige forvaltningsrettslige reaksjonen for brudd på markedsføringsloven har, siden 1996, vært forbudsvedtak med tvangsgebyr.

I et forbudsvedtak skal det som hovedregel også fastsettes et tvangsgebyr som den som vedtaket retter seg mot skal betale dersom vedkommende overtrer vedtaket eller medvirker til at en annen foretar den handlingen vedtaket retter seg mot, jf. § 16. Fastsettelse av tvangsgebyr kan unnlates dersom særlige grunner tilsier det.

Brytes et forbudsvedtak hvor det er fastsatt tvangsgebyr, utferdiger Forbrukerombudet forelegg, med mindre vedtaket er eldre enn 3 år eller overtredelsen av vedtaket har skjedd for mer enn 2 år siden. Vedkommende som blir ilagt forelegget har frist på minst 3 uker til å erklære om forelegget vedtas. Et vedtatt forelegg er tvangsgrunnlag for utlegg.

Dersom forelegget ikke vedtas, skal Forbrukerombudet reise søksmål for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret. Forbrukerombudet kan unnlate å reise søksmål dersom særlige grunner foreligger. Foruten å prøve lovligheten av forelegget kan domstolen innenfor rammen av partenes påstander prøve de skjønsmessige sider ved utmålingen av tvangsgebyret. Mekling i forliksrådet er ikke nødvendig.

Forbrukerombudets utferdigelse av forelegg og beslutning om å reise søksmål kan ikke påklages.

I § 15 er det fastsatt en hjemmel for Markedsrådet og Forbrukerombudet til å kunne kreve de opplysninger disse myndigheter trenger for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Retten til å kreve opplysninger gjelder overfor enhver, og i skriftlig eller muntlig form innen en fastsatt frist.

Markedsrådet og Forbrukerombudet kan også foreta slik gransking og besiktigelse, herunder kreve utlevert dokumenter, gjenstander, vareprøver eller annet, som de finner påkrevd for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Om nødvendig kan det kreves hjelp av politiet. Det kan også kreves at opplysninger skal gis til eller gransking kunne foretas av andre offentlige organer som er pålagt å medvirke til gjennomføringen av loven.

16.1.2 Problemstillinger

Forbudsvedtak med tvangsgebyr fattet av Markedsrådet eller Forbrukerombudet er det reelle sanksjonsmiddelet i dag.

Tvangsgebyret blir ikke utløst med mindre den næringsdrivende som vedtaket er rettet mot, bryter det. Dette har ført til at enkelte næringsdrivende har kunnet unndra seg reaksjoner, både ved opprettelse av nye selskaper og ved å gjøre små endringer i markedsføringen, slik at forbudsvedtaket ikke overtres. Det må da fattes et nytt forbudsvedtak.

Forbrukerombudet opplyser at det er et problem at enkelte spekulerer i å bryte loven for å skaffe seg økonomisk vinning. Utviklingen innen IKT gjør det også lettere å nå et stort antall personer med markedsføringsbudskap raskt og uten å måtte bruke store ressurser. Ombudet har erfart at useriøse aktører som kun tar sikte på å oppnå kortsiktig vinning gjennom ulovlig markedsføring, i stadig større grad tar i bruk moderne kommunikasjonsteknologi.

Som redegjørelsen for regelverket i våre naboland viser, jf. pkt. 14.1.3, har man der større mulighet for å bringe saker inn for domstolene med de muligheter dette gir til å ilegge direkte sanksjoner i form av ubetingede bøter, eventuelt fengselsstraff.

Forholdet til EMKs forbud mot dobbelt straff må vurderes når det diskuteres hvilke sanksjoner det skal åpnes for i markedsføringsloven. Å operere med et tosporet system som i dag, reiser potensielt problemstillinger i forhold til EMK protokoll 7 artikkel 4. Riksadvokaten har i en avgjørelse av 14. november 2003 i klagesak (sak R. 03-1228) lagt til grunn at tvangsgebyr etter markedsføringsloven neppe vil være straff etter EMK. Uansett vil det være en fordel å så langt som mulig samordne sanksjonssystemet for å unngå mulighetene for en dobbeltsporet behandling.

I og med at brudd på markedsføringslovens regler gjennomgående blir henlagt av politiet må det vurderes om det er hensiktsmessig å beholde den vide straffehjemmelen som finnes i dagens markedsføringslov.

16.2 EU/EØS-rettslige krav til reaksjoner og sanksjoner

Direktivet om urimelig markedspraksis stiller opp minstekrav til hva slags reaksjonsmuligheter man skal ha i hvert medlemsland. Etter artikkel 13 skal det fastsettes effektive og avskrekkende tiltak for å sikre effektiv håndheving av reglene. I artikkel 11 nr. 1, fremheves det at medlemsstatene skal sørge for at håndhevingsmyndighetene har tilstrekkelige og effektive virkemidler tilgjengelig for å bekjempe urimelig markedspraksis.

For øvrig vises til redegjørelsen under punkt 14.2.2. Direktivet fokuserer på å få stanset den ulovlige virksomheten, men berører for eksempel ikke strafferetten.

I forordningen om forbrukervernsamarbeid (2006/2004/EF) stilles det krav om at myndighetene i medlemslandene i alle grenseoverskridende saker, herunder de som berører direktivet om urimelig markedspraksis, skal ha myndighet til å foreta etterforskning og håndheving som er nødvendige for å kunne anvende forordningen, jf. artikkel 4 nr. 3. Forbrukerombudet vil få rollen som ”kompetent myndighet” til å håndheve mesteparten av forbrukerlovgivningen som er omfattet av forordningen, herunder reglene som gjennomfører direktivet om urimelig markedspraksis.

I forordningen listes det opp minimumskrav til sanksjonene i artikkel 4 nr. 4. Disse inkluderer:

- tilgang til og beordring om utlevering av dokumenter og annen informasjon
- å foreta ”nødvendige kontroller på stedet”
- skriftlig pålegg om stans av lovbrudd
- å få tilsagn (skriftlig bekreftelse) fra selger med løfte om stans av overtredelsen og ha rett til å publisere denne
- å kunne beordre stans av lovstridig handling og publisere dette vedtaket
- å kunne ilegge økonomiske sanksjoner.

I arbeidet med å implementere forordningen om forbrukervernsamarbeid, har en kommet til at dagens markedsføringslov anses å oppfylle kravene til håndhevingsvirkemidler. Forbrukerombudet skal ha etter forordningen. Det vil bli foreslått en ny bestemmelse som gir Forbrukerombudet en uttrykkelig rett til å kreve bekreftelse fra den næringsdrivende om at ulovlige forhold skal opphør, da markedsføringsloven i dag ikke uttrykkelig hjemler dette, jf. pkt. 14.2.3.7.

16.3 Forslag til endringer – tvangsgebyr, overtredelsesgebyr

Departementet mener at den generelle utviklingen, og spesielt de problemene Forbrukerombudet viser til, gjør det naturlig å diskutere om det bør foretas endringer i markedsføringslovens sanksjonssystem.

Departementet har i sitt arbeid sett hen til løsningene som finnes i våre naboland og hvilke sanksjoner som andre norske forvaltningsorganer har til rådighet. Det er også lagt vesentlig vekt på anbefalingene i Sanksjonsutvalgets utredning (NOU 2003:15).

16.3.1 Tvangsgebyrordningen

Departementet har fått tilbakemelding fra Forbrukerombudet om at innføringen av muligheten til å kunne knytte tvangsgebyr til forbudsvedtak har fungert effektivt i mange saker. Hoveddelen av Markedsrådets og Forbrukerombudets forbudsvedtak de siste ti årene har aldri blitt overtrådt. Frykten for å utløse tvangsgebyret må antas å ha vært motiverende for å unngå brudd på vedtaket i svært mange av disse tilfellene. Departementet anser det som hensiktsmessig å beholde ordningen med tvangsgebyr i loven, da dette vil være et egnet virkemiddel i mange saker.

Det foreslås imidlertid, i tråd med terminologien i Sanksjonsutvalgets utredning (NOU 2003:15) en endring i begrepsbruken, slik at man benytter begrepet "tvangsmulkt" i stedet for "tvangsgebyr". Forøvrig foreslås å beholde dagens løsning, hvoretter mulkten kan fastsettes enten som et løpende gebyr eller et engangsbeløp. Departementet har fått tilbakemeling fra Forbrukerombudet om det neppe er noe behov for ubetinget tvangsmulkt etter Sanksjonsutvalgets terminologi.

Departementet viser til utkast til § 12-5 og ber om synspunkter på denne.

Dersom Forbrukerombudet treffer vedtak om tvangsmulkt vil, i tråd med hovedregelen i forvaltningsloven, klagen ikke få oppsettende virkning med mindre den næringsdrivende begjærer det, og Forbrukerombudet etterkommer begjæringen, jf. forvaltningsloven § 42.

16.3.2 Overtredelsesgebyr

Det er imidlertid spørsmål om det er behov for sterkere reaksjonsmuligheter enn kun forbud mot fremtidige overtredelser som gis ved et vedtak om tvangsmulkt.

Utgangspunktet for Sanksjonsutvalgets arbeid er at bruken av straffetrusler bør reduseres. Dette kan gjøres ved at det i større grad benyttes administrative sanksjoner.

I henhold til Sanksjonsutvalgets utredning, klassifiseres tvangsmulkt ikke som en sanksjon, slik utvalget definerer dette begrepet (NOU 2003:15 side 180). Videre sier utvalget i sin drøftelse av bruk av sanksjoner i offentlig forvaltning, at man bør ha som mål å etablere et "effektivt regelsett som sikrer etterlevelse av fastsatte handlingsnormer og som samtidig ivaretar den enkeltes rettssikkerhet" (side 183).

Sanksjonsutvalget har i sin utredning gått nærmere inn på bruken av såkalt "overtredelsesgebyr" som sanksjonsmiddel. På side 170 definerer utvalget dette som at "forvaltningen pålegger en person eller et foretak å betale et pengebeløp til det offentlige som følge av at personen eller noen som identifiseres med foretaket, har overtrådt en handlingsnorm (et forbud eller et påbud) fastsatt i lov eller forskrift i medhold av lov eller i individuell avgjørelse."

Overtredelsesgebyr anvendes i dag først og fremst ved såkalte masseovertredelser, som eksempelvis brudd på vegtrafikkloven. I slike tilfelle er ansvaret tilnærmet objektivt, og satsene for gebyrene er ofte standardiserte. Man har imidlertid også ordninger hvor det utmåles individuelle gebyrer. Sanksjonsutvalget er av den oppfatning at bruk av overtredelsesgebyr i mange tilfelle bør kunne erstatte bøtStraff (side 170).

På side 220 i NOU 2003:15 går utvalget nærmere inn på hvordan en eventuell bestemmelse om overtredelsesgebyr bør utformes. Utvalget anbefaler at gebyr kun skal kunne ilegges i tilfelle hvor overtrederen er å bebreide.

I konkurranseloven er Konkurransetilsynet gjennom § 29 gitt hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på en rekke av lovens bestemmelser. Vilåret for at denne adgangen skal kunne brukes er at overtredelsen har skjedd forsettlig eller uaktsomt.

Departementet er av den oppfatning at det kan være hensiktsmessig å innføre en hjemmel for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr i markedsføringsloven. Enkelte av lovens bestemmelser er regler som overtres i stor grad, og hvor det er enkelt å avgjøre om det foreligger en overtredelse. Dette gjelder §§ 2 a, 2 b, 2 c, 3 a, 9 c, 9 d, samt den såkalte "svartelisten" fra direktivet om urimelig markedspraksis.

Når det gjelder øvrige bestemmelser i markedsføringsloven som kan karakteriseres som rettslige standarder eller inneholder innslag av skjønn, kan det i større grad stilles spørsmålsteget ved om overtredelsesgebyr er en egnet sanksjon. Til forvaltningens bruk av sanksjoner ved overtredelse av rettslige standarder sier Sanksjonsutvalget på side 184 følgende:

"I en del bestemmelser brukes rettslige standarder av typen "god forretningsskikk", "god meglerskikk" eller lignende. I utgangspunktet kan slike formuleringer synes uklare. Det vil imidlertid normalt ha utviklet seg retningslinjer innen bransjen og hos rettshåndhevende myndigheter som avklarer hva som ligger i begrepene. På samme måte som ved delegert lovgivning må det forutsettes at de grupper som berøres har satt seg inn i hva som nærmere ligger i begrepene. Bruk av rettslige standarder er også godtatt i strafferetten. På denne bakgrunn finner ikke utvalget grunn til å fraråde at overtredelser av rettslige standarder kan sanksjoneres."

Departementet mener likevel at en regel om overtredelsesgebyr bør være begrenset til kun å omfatte brudd på de av lovens forbud i loven som er rettet mot klart definerte handlinger. Dette omfatter nåværende §§ 2 a, 2 b, 2 c, 3 a, 9 c, 9 d, samt den såkalte "svartelisten" fra direktivet om urimelig markedspraksis, som tilsvarer lovutkastet kapittel VI, §§ 8-1, 9-2 og forskrift etter § 2-1 tredje ledd [alternativt § 2-2 siste ledd]. På grunn av de øvrige bestemmelsenes skjønnsmessige karakter, finner departementet det ikke riktig å fremme forslag om at brudd på de generelle forbudene mot urimelig avtalevilkår og markedsføring som er urimelig og i strid med god markedsføringsskikk, villedende eller utilstrekkelig veiledende kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

Klage på vedtak om overtredelsesgebyr vil, i tråd med hovedregelen i forvaltningsloven, ikke få oppsettende virkning med mindre den næringsdrivende begjærer det, og Forbrukerombudet etterkommer begjæringen, jf. forvaltningsloven § 42.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det bør innføres en regel om overtredelsesgebyr i markedsføringsloven, jf. utkast til § 12-6.

16.3.3 Straff

I forlengelsen av forslaget under det forrige punktet blir det dermed spørsmål om også hjemmelen i markedsføringsloven § 17 til å ilegge bøtstraff og/eller fengsel for brudd på markedsføringslovens bestemmelser bør endres.

Hjemmelen er, som tidligere nevnt, sjelden blitt brukt i løpet av de drøyt 30 årene loven har eksistert. Som Sanksjonsutvalget har påpekt, kan det være mer hensiktsmessig å gi forvaltningen større muligheter til å sanksjonere effektivt mot lovbrudd, og begrense hjemmelen til å ilegge straff til kun grove eller gjentatte brudd på enkelte av lovens bestemmelser.

Under forutsetning av at de administrative sanksjonsmulighetene styrkes, foreslår departementet at nåværende § 17 innskrenkes slik at den bedre reflekterer det

reelle behovet for en straffebestemmelse for brudd på markedsføringslovens regler. Dvs. at straff skal være forbeholdt grove eller gjentatte overtredelser.

Ved utformingen av straffebestemmelsen må det også tas hensyn til at skal være mulig å reagere mot brudd på loven som Forbrukerombudet, på grunn av manglende forbrukerhensyn, ikke vil reagere mot. Flere av bestemmelsene i markedsføringsloven vil også gjelde næringsdrivende imellom. Der Forbrukerombudet mangler kompetanse pga. manglende forbrukerhensyn er det ikke noe tilsynsorgan som næringsdrivende kan klage til. Overtredelser av de straffebelagte bestemmelsene vil likevel kunne anmeldes til politiet.

I nåværende § 17 første ledd er det forsettelig overtredelse av §§ 2-9 som er straffbare. Det foreslås å videreføre dette. I tillegg foreslås at overtredelse av bestemmelsene som gjennomfører direktivet og de nye bestemmelsene om beskyttelse av barn blir straffbare på samme måte.

I dagens § 17 annet ledd er også uaktsom overtredelse av §§ 2, 2 a første ledd og 3 straffbare. Departementet foreslår å videreføre dette.

Det vises til utkast til § 13-1.

Kapittel 17. Diverse spørsmål i forbindelse med domstolsprøving

Det følger av markedsføringsloven § 16 i at Forbrukerombudet må utferdige forelegg for å drive inn tvangsgebyr når det er konstatert brudd på et forbudsvedtak. For at gebyret skal bli tvangsgrunnlag må forelegget vedtas frivillig av den næringsdrivende. Om dette ikke blir gjort, må Forbrukerombudet gå til sak ved domstolene for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret.

Forbrukerombudet har måttet gå til sak en rekke ganger for å få fastslått plikten til å betale forelegget om tvangsgebyr og få et tvangskraftig rettsgrunnlag. Det er kun i et lite fåtall tilfeller at den næringsdrivende frivillig har vedtatt forelegget.

At ombudet i de fleste tilfeller må anlegge søksmål for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyrene medfører at det må brukes store ressurser på å føre saker for retten. Samtidig tar det da lang tid, gjerne opp i mot et par år, fra markedsføringen fant sted og til det foreligger en avgjørelse fra domstolene som bekrefter at den næringsdrivende må betale tvangsgebyret. Forbrukerombudet har sett en rekke eksempler på at næringsdrivende i løpet av denne tiden har fortsatt den lovstridige annonseringen, før de på tidspunktet da det endelig foreligger en rettskraftig avgjørelse har gått konkurs.

Det er problematisk for Forbrukerombudets bruk av sanksjonsmulighetene i dagens markedsføringslov, at lovens ordning er slik at det er ombudet som har søksmålsbyrden. Dette medfører at det blir enklere for den næringsdrivende å trenere saken, blant annet med gjentakelse av lovstridig markedsføring eller tapping av firmaet som mulige resultater. Snur man søksmålsbyrden vil dette trolig føre til raskere prosesser og at færre saker bringes inn for domstolene.

I Sanksjonsutvalgets innstilling sies følgende på side 195 vedrørende søksmålsbyrde: "For borgerne er det åpenbart enklere om det offentlige har søksmålsbyrden. Hensynet til en effektiv håndheving taler imidlertid i motsatt retning. Man vil lett risikere at forvaltningen unnlater å reise sak av prosessøkonomiske grunner, hvilket vil svekke sanksjonssystemets effektivitet. Dersom det offentlige pålegges å reise sak dersom en sanksjon ikke vedtas, er det en klar risiko for at det må reises en rekke saker som unødig belaster domstolene for å få iverksatt sanksjonen. Borgernes rettssikkerhet knyttet til en fornyet vurdering av saken vil i det store flertall av saker være tilstrekkelig ivaretatt gjennom den administrative klageadgangen.

Utvalget finner at hensynet til effektivitet må føre til at hovedregelen bør være at den private part har ansvaret for å reise sak om sanksjonens lovlighet, i samsvar med den alminnelige regel om dette for forvaltningsavgjørelser ellers.

Det bør imidlertid ikke være noe til hinder for at det rent unntaksvis, der det foreligger særlige hensyn, fastsettes at det offentlige har søksmålsbyrden. Gjennomføringen kan skje ved at sanksjonen ilegges i form av et forelegg, som må vedtas for å bli bindende, f.eks. slik ordningen er for tvangsgebyr etter markedsføringsloven § 16. Dersom slik vedtakelse ikke skjer, vil det være forvaltningsorganet som må bringe saken inn for retten for å få konstatert om vilkårene er oppfylt."

Departementet er av den oppfatning at det foreligger tungtveiende grunner som taler for å følge Sanksjonsutvalgets anbefaling om at søksmålsbyrden som hovedregel bør ligge på den næringsdrivende.

Videre, i forhold til spørsmålet om tvangsfullbyrdelse av sanksjoner, sier utvalget på side 207: "Ordningsen for administrative sanksjoner bør etter utvalgets syn være slik den i dag er på de aller fleste offentligrettslige områder, der krav fastsatt i medhold av lovgivningen er såkalt særlig tvangsgrunnlag, se tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 tredje ledd. Det innebærer at sanksjonsvedtaket som sådan danner tvangsgrunnlag og at forvaltningen ikke er nødt til å få fastslått oppfylleelsesplikten ved dom, men kan gå direkte til tvangsinnndring. En slik løsning er etter utvalgets syn ikke betenkelig ut fra hensynet til den som ilegges administrativ sanksjon. Vedkommende har uansett anledning til å få prøvet de innsigelsene han måtte ha mot sanksjonen."

Departementet støtter utvalgets syn på dette spørsmålet, og foreslår derfor at vedtak om tvangsmulkt og overtredelsesgebyr skal være tvangsgrunnlag, jf. utkast til § 12-5 tredje ledd og § 12-6 tredje ledd.

Kapittel 18. Lovens stedlige virkeområde

Markedsføringsloven har i dag ingen bestemmelser om lovens stedlige (geografiske) virkeområde. Spørsmålet er drøftet i NOU 1995:2 forslag til endringer i markedsføringsloven s. 51-54. Her legges til grunn at markedsføringsloven i prinsippet gjelder for markedsføring fra utlandet som er rettet mot Norge. Problemet er imidlertid at Norge ikke har jurisdiksjonsmyndighet overfor utenlandske overtreidere. Videre finner utvalget ingen holdepunkter for at loven gjelder når norske næringsdrivende (utelukkende) driver markedsføring fra Norge mot utlandet. Utvalget konkluderer med at det er behov for nærmere avklaringer.

På denne bakgrunn vil departementet reise spørsmål om det bør tas inn en uttrykkelig bestemmelse om lovens stedlige virkeområde.

Utkastet til kapittel X *Grenseoverskridende handlinger som skader forbrukernes interesser*, vil gjennomføre kravene i direktiv 98/27/EF (forbudsdirektivet) og forordning 2006/2004 om forbrukervernsamarbeid. I og med disse bestemmelsene vil Forbrukerombudet delta i internasjonalt samarbeid for å få stoppet grenseoverskridende overtredelser av nærmere angitt forbrukervernlovgivning som bygger på fellesskapsretten, jf. pkt. 14.2.3.3 og 15. Direktivet og forordningen berører likevel ikke regler om lovvalg og jurisdiksjon.

Hvilket lands rett som kommer til anvendelse (lovvalg) må avgjøres konkret. I følge norsk rett må man, dersom annet ikke er bestemt, vurdere hvilket land saken har sterkest tilknytning til. Denne alminnelige lovvalgsregelen leder til at den norske markedsføringsloven i utgangspunktet vil gjelde i tilfellene der markedsføring/avtalevilkår er rettet mot norske forbrukere. I publikasjonen "De nordiske forbrukerombudenes standpunkter til handel og markedsføring på Internett" av oktober 2002, er det listet opp en del relevante momenter i vurderingen av om markedsføring kan sies å være rettet mot et marked. For eksempel vil språket på nettsiden og valutaen prisene er oppgitt i, være relevante i den konkrete helhetsvurderingen. Problemet er likevel at selv om man f.eks. kommer til at en utenlandsk nettbutikk retter sin markedsføring mot norske forbrukere, har norske myndigheter ikke jurisdiksjon over virksomheter etablert i utlandet, og kan følgelig ikke gripe inn med sanksjoner. I henhold til samarbeidsmekanismene i forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid, vil Forbrukerombudet likevel kunne be håndhevingsorganer i andre EØS-land, om å stoppe ulovlig markedsføring fra utlandet mot Norge.

Departementet vil også peke på at noe EØS-regelverk som berører markedsføringsloven opererer med et såkalt senderlandsprinsipp, dvs. at virksomhetene i utgangspunktet bare trenger å følge de nasjonale reglene i landet de er etablert. Dette gjelder bl.a. TV-direktivet (direktiv 89/552/EØF) og ehandelsdirektivet (direktiv 200/31/EF). Departementet finner det derfor vanskelig å lovfeste at markedsføringsloven alltid skal gjelde for markedsføring som rettes mot norske forbrukere. Om markedsføringsloven skal gjelde må etter departementets syn fortsatt avgjøres konkret i det enkelte tilfelle.

Et annet spørsmål er om norske næringsdrivende som bare retter sin virksomhet mot utenlandske markeder, skal være omfattet av markedsføringsloven. Departementet ser at det i hvert fall i forbrukerforhold kan være forhold som taler for dette. Et eksempel er utsendelse av uanmodet elektronisk markedsføring (spam). Slik markedsføring er ikke omfattet av samarbeidet etter forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid. Etter departementets syn kunne det være ønskelig at Forbrukerombudet med direkte hjemmel i markedsføringsloven hadde mulighet til å stoppe en norsk spammer som bare spammer utenlandske forbrukere. Departementet finner det likevel vanskelig å lovfeste at markedsføringsloven alltid vil gjelde for handlinger eller utelatelser som utelukkende har virkning utenfor riket. Markedsføringsloven gjelder også handlinger næringsdrivende imellom, jf. kapittel lovutkastet kapittel V. Man kan vanskelig bestemme at disse særbestemmelsene, som ikke følger av EØS-retten, også skal gjelde når norske næringsdrivende opererer på utenlandske markeder. Man kan heller neppe vente at utenlandske myndigheter vil håndheve norsk offentligrettslig regelverk. Norske næringsdrivende må derimot selvsagt følge reglene som gjelder i landet der virksomheten har sin virkning. Departementet vil likevel understreke at bortsett fra håndhevelsen av spam-forbudet, synes hensynet til forbrukere innen EØS-området ivaretatt med samarbeidsmekanismene etter forbudsdirektivet og forordningen om forbrukervernsamarbeid. Dvs. at her vil spesielt oppnevnte utenlandske forbrukermyndigheter kunne be Forbrukerombudet stoppe ulovlig markedsføring/avtalevilkår som skjer fra Norge mot utlandet.

Hovedregelen etter lovene om Svalbard og Jan Mayen er at norsk privatrett, strafferett og den norske lovgivningen om rettspleien gjelder når ikke annet er fastsatt. Markedsføringsloven inneholder kun offentligrettslige regler, og faller ikke inn under noen av de nevnte kategoriene av lovbestemmelser. Det er heller ikke særskilt fastsatt at markedsføringsloven skal gjelde på Svalbard og Jan Mayen, hvilket betyr at loven i dag ikke gjelder her. Departementet foreslår til høringsinstansenes overveielse å lovfeste at Kongen gis fullmakt til å bestemme om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, loven skal gjelde for Svalbard og Jan Mayen. Det vises til utkast til § 1-4.

Departementets foreløpige syn er at det ellers ikke tas inn noen generelle bestemmelser om lovens stedlige virkeområde i den nye loven. Det bes om høringsinstansenes syn på dette.

Kapittel 19. Reklamens bindende virkning

19.1 Bakgrunn

Utsagn som skjer som ledd i markedsføring, har etter gjeldende rett betydning i forskjellige sammenhenger. Markedsføringsutsagn er for det første underlagt offentligrettslig tilsyn gjennom reglene i markedsføringsloven, jf. kapittel 14 for en nærmere beskrivelse av gjeldende rett. Videre kan også markedsføringsutsagn ha betydning når en skal avgjøre om en gjenstand har mangel, jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav c, jf. annet ledd.

På oppdrag fra Embetsmannskomiteen for forbrukerspørsmål bevilget Nordisk Ministerråd for en del år siden midler til en utredning om rettsvirkninger av reklameutsagn. Utredningen, som er skrevet av professorene Kai Krüger og Peter Møgelvang-Hansen, er trykket som TemaNord 2001:549, Reklamens bindende virkning – Om kontraktsrettslige og markedsrettslige rettsvirkninger av reklame etter nordisk rett. I utredningen er det reist spørsmål om en bør knytte ytterligere rettsvirkninger til slike utsagn. Dette formuleres stikkordsmessig gjerne som et spørsmål om en bør gi reklamen ”bindende virkning”, jf. nærmere punkt 19.2 nedenfor. Forfatterne kommer med forslag til enkelte lovendringer, og anbefaler på denne bakgrunn at det settes i gang et fellesnordisk lovgivningsinitiativ.

19.2 Nærmere om hva spørsmålet går ut på

19.2.1 Innledning

Krüger og Møgelvang-Hansen foreslår i rapporten nevnt under punkt 19.1 at det i de nordiske markedsføringslovene gis nye bestemmelser med følgende ordlyd (i dansk språkdrakt):

”§ A. Misvisende eller villedende reklame medfører erstatningsansvar for annoncøren i overensstemmelse med de almindelige erstatningsregler, i det omfang reklamen påfører en forbruger tab eller udgifter i begrundet tillid til, at aftale kunne inngås på grundlag av reklamens oplysninger. Er forbrugeren påført væsentlig ulempe har forbrugeren dessuden krav på en godtgørelse.

§ B. En aftaleparts oplysninger i reklamer anses for en del af aftalen med forbrugeren, medmindre det kan antages, at oplysningerne har været uden betydning for forbrugeren vurdering af aftalens fordelagtighed.

Stk. 2. Stk. 1 gælder tilsvarende om oplysningerne i reklamer, som hidrører fra et tidligere salgsled eller fra nogen, der har handlet for aftaleparten.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 gælder ikke, hvis oplysningerne er rettet i tide på tydelig måde.”

§ C. Reklame, der som ledd i markedsføring af varer og tjenester er rettet til almenheden, anses for et aftaleretligt bindende tilbud for annoncøren, hvis en forbruger på grund af reklamens indhold, udformning eller andre omstændigheder ved reklamen har haft rimelig grund til å tro på reklamens bindende virkning.

Stk.2 Reklame som nævnt i stk. 1 tilbakekaldes ved en lignende meddelelse til almenheden.”

Forslaget har en side til sentrale utgangspunkter og prinsipper innenfor avtalerett, erstatningsrett og kontraktsrett. Reelt sett synes det å være tale om tre beslektede, men likevel forskjellige spørsmål jf. nedenfor under punkt 19.2.2 til 19.2.4 om hva de enkelte forslagene nærmere går ut på.

19.2.2 § A – spørsmål om erstatning for villedende markedsføring.

I perioden forut for en avtaleinngåelse kan det tenkes at partene pådrar seg kostnader knyttet til forberedelse mv. Eksempelvis kan en advokat som er forespeilet at han vil få et betenkingsoppdrag, pådrar seg kostnader ved innkjøp av spesiallitteratur. Dersom avtalen likevel ikke kommer i stand – eksempelvis fordi ”oppdragsgiveren” uten grunn trekker seg – kan det bli spørsmål om advokaten kan få erstattet innkjøpskostnadene. Etter gjeldende rett synes det å være på det rene at en part som innretter seg i tillit til at det kan inngås en avtale med et visst innhold, undertiden kan få erstattet denne typen kostnader. En sier gjerne at dette bygger på et prinsipp om såkalt culpa in contrahendo, det vil si uaktsom opptreden i perioden forut for avtaleinngåelse.

Også på forbrukerområdet kan en tenke seg at det kan bli spørsmål om slik erstatning. Dersom en næringsdrivende annonserer med at han selger et produkt til en gitt pris, kan det tenkes at mange forbrukere vil ønske å inngå avtale om kjøp av produktet. Forbrukerne vil i den forbindelse kunne bruke tid og penger – eksempelvis til transport – for å få inngått avtalen. Dersom det viser seg at den næringsdrivende kanskje aldri har hatt noen eksemplarer av produktet, men bare har benyttet annonsen som et ”lokketilbud”, kan det bli spørsmål om forbrukerne kan kreve å få erstattet sine utgifter (og eventuelt også kompensere for eventuell ulempe). I nevnte rapport foreslås det en generell regulering av dette, jf. § A, som lyder:

”Misvisende eller villedende reklame medfører erstatningsansvar for annoncøren i overensstemmelse med de almindelige erstatningsregler, i det omfang reklamen påfører en forbruger tab eller utgifter i begrundet tillid til, at aftale kunne inngås på grundlag av reklamens opplysninger. Er forbrukeren påført væsentlig ulempe har forbrukeren dessuden krav på en godtgørelse.”

Det kan virke noe uklart hvordan forslaget skal forstås i forhold til forslaget til § C. Som nevnt under punkt 2.4 nedenfor, går forslaget til § C ut på at reklameutsagn skal være forpliktende for avgiveren. Forslaget under dette punktet synes imidlertid å forutsette at utsagnet likevel ikke er forpliktende.

Det er videre noe uklart hva erstatningsregelen nærmere går ut på. På den ene siden kan det se ut som om brudd på forbudet mot misvisende eller villedende reklame i seg selv skal være tilstrekkelig for å pådra ansvar. På den annen side kan det – på bakgrunn av at det vises til alminnelige erstatningsregler – se ut som om en kun mener å vise til gjeldende, ulovfestet rett. Etter departementets foreløpige syn taler mye for å legge til grunn den siste tolkingen.

Forslaget til lovregulering innebærer også en regel om ulempeerstatning, det vil si erstatning for ikke økonomisk tap. Hensynet bak synes å være at en anser det som

rimelig at forbrukeren ikke bare kompenseres for sitt økonomiske tap, men også for ulike former for plunder og heft som han eller hun har pådratt seg.

Det kan hevdes at det vil være rimelig at en forbruker som har innrettet seg i henhold til reklamen, tilkjennes erstatning for sitt økonomiske tap. Samtidig kan det etter departementets syn reises spørsmål om en slik lovfesting vil tilføre noe utover det gjeldende rett allerede åpner for, jf. det som er sagt ovenfor om at en part som innretter seg i tillit til at det kan inngås en avtale med et visst innhold, undertiden kan få erstattet kostnader han har hatt som ledd i kontraktsforberedelsen. Videre kan det kanskje reises spørsmål om det er behov for en slik regel, fordi de tap som oppstår i forbrukerforhold, gjennomgående vil være beskjedne. Det typiske tapet vil være begrenset til transportutgifter eller lignende. Som nevnt ovenfor, synes dette å være bakgrunnen for at det er tatt til orde for at det gis en regel også om ulempeerstatning. En slik regel vil imidlertid gå lenger enn det gjeldende rett i dag åpner for. Mot en slik regel kan det innvendes at en i norsk rett tradisjonelt i svært liten grad anerkjenner denne typen ikke-økonomisk erstatning, jf. blant annet det som er lagt til grunn i forarbeidene til forbrukerkjøpsloven, jf. Ot.prp. nr. 44 (2001 – 2002) s. 199. Etter departementets syn er det vanskelig å se at det er hensyn som tilsier særlige regler på dette området.

Av de nordiske landene er det i dag kun Sverige og Danmark som har lovfestet regler om erstatning som følge av brudd på markedsføringsloven.

Den gjeldende danske markedsføringslov inneholder i § 13 andre ledd en erstatningsbestemmelse. Bestemmelsen videreføres i den nye danske markedsføringsloven (i kraft fra 1. juli 2006) § 20 annet ledd og lyder som følger:

”Handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler”.

Bestemmelsen, som viser til alminnelige erstatningsregler, har fortrinnsvis vært anvendt ved erstatningskrav mellom konkurrerende næringsdrivende, men det antas at bestemmelsen også kan påberopes av forbrukere som har lidt tap som følge av overtredelse av markedsføringsloven. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom forbrukeren har pådratt seg reiseutgifter i forbindelse med villedende reklame. I og med at erstatning etter bestemmelsen utmåles etter prinsippet om negativ kontraktsinteresse, vil det imidlertid sjelden være tale om erstatningsbeløp av noen særlig størrelse.

Den svenske markedsføringsloven (Marknadsföringslag 1995:450) § 29 har også regler om erstatning ved brudd på loven:

”Den som uppsåtligen eller av oaktsomhet bryter mot ett förbud eller ett åläggande som har meddelats med stöd av 14, 15 eller 16 a § eller mot en föreskrift i 5-13 d §§, skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för en konsument eller någon annan näringsidkare.

Vid bestämmande av ersättningen till näringsidkare får hänsyn tas även till omständigheter av annan än ekonomisk art.)”

Det følger etter dette at forbrukere vil kunne ha krav på erstatning i visse tilfeller der den næringsdrivende har brutt lovens spesialbestemmelser i §§ 5-13. Dette gjelder dersom den næringsdrivende har opptrådt forsettelig eller uaktsomt, og dersom det er nedlagt konkrete forbud/påbud i forbindelse med overtredelse av

loven. I praksis er erstatning i disse tilfellene begrenset til økonomisk tap i form av reiseutgifter og lignende. Brudd på lovens generalklausul gir ikke rett til erstatning.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på de spørsmål som er reist.

19.2.3 § B – spørsmål om betydningen av reklameutsagn for mangelsbedømmelse m.v.

Når en skal avgjøre om en gjenstand har en mangel, vil en normalt ta utgangspunkt i det som er avtalt mellom partene. På forbrukerområdet vil det imidlertid ofte være slik at man ikke har noen særskilt avtaleregulering av hvilke egenskaper, hvilken kvalitet mv. varen skal ha. En er derfor ofte henvist til å falle tilbake på en mer abstrakt mangelsbedømmelse. Som ledd i denne, kan en blant annet legge vekt på opplysninger som har fremkommet i markedsføring. Eksempelvis heter det i forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav c at tingen har mangel dersom ”den ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen eller dens bruk, dersom selgeren ikke viser at opplysningene før kjøpet er rettet på en tydelig måte, eller at de ikke kan ha innvirket på kjøpet”. Videre følger det av forbrukerkjøpsloven § 16 annet ledd at det tilsvarende gjelder for ”opplysninger noen annen enn selgeren har gitt på tingens innpakning, i annonse eller annen markedsføring på vegne av selgeren eller tidligere salgsledd”. Tilsvarende regulering følger av annen forbrukerlovgivning, jf. blant annet håndverkertjenesteloven § 18, avhendingsloven § 3-8 og bustadoppføringslova § 27. I nevnte rapport tas det til orde for en generell regulering av dette, jf. § B som lyder:

”§ B En aftaleparts opplysninger i reklamer anses for en del af aftalen med forbrugeren, medmindre det kan antages, at oplysningerne har været uden betydning for forbrugers vurdering af aftalens fordelagtighed.

Stk 2. Stk 1 gælder tilsvarende om oplysningerne i reklamer, som hidrører fra et tidligere salgsledd eller fra nogen, der har handlet for aftaleparten.

Stk 3. Stk 1 og 2 gælder ikke, hvis oplysningerne er rettet i tide på tydelig måde.”

Bestemmelsen synes å innebære forslag om en generell lovfesting av det prinsippet som er kommet til uttrykk i forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav c, jf. § 16 annet ledd og annen lovregulering.

Det kan kanskje hevdes at det vil være en fordel at det på generelt grunnlag fastslås at reklameutsagn mv. anses som en del av avtalegrunnlaget, og således kan tillegges betydning blant annet for kontraktsbruddsvurderingen. Bestemmelsen vil i det vesentlige få betydning for kontraktsforhold hvor det ikke allerede foreligger noen slik lovregulering. Mot dette kan det imidlertid innvendes at en slik lovregulering ikke er nødvendig, fordi den neppe tilfører noe utover det som etter ulovfestet rett vil følge av en naturlig tolkning av avtaleforholdet. Dersom en tenker seg en avtale som går ut på at forbrukeren skal leie en båt, vil avtaleforholdet ikke være underlagt noen positiv lovregulering på linje med forbrukerkjøpsloven. Imidlertid er det neppe tvilsomt at det i en mangelsbedømmelse kan legges vekt på at utleieren i sin markedsføring har reklamert med at båten har visse egenskaper som viser seg ikke å være til stede.

Etter departementets syn kan det videre spørres om det er naturlig at en lovfester en regel som kun vil reflektere ett av flere elementer i en sammensatt mangelsbedømmelse.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det bør innføres en generell bestemmelse som foreslått i rapporten § B. Departementet ber videre om synspunkter på hvor i det norske regelverket en slik bestemmelse eventuelt bør plasseres.

19.2.4 § C – spørsmål om reklameutsagn bør anses som et rettslig bindende tilbud

Tradisjonelt har det vært vanlig å si at en avtale består av en sammenkobling av to utsagn: et løfte (tilbud) og en aksept. Begge disse utsagnene har det vært vanlig å omtale som ”dispositive” utsagn, det vil si at utsagnet gir uttrykk for at avgiveren påtar seg plikter eller gir fra seg rettigheter. Det å avgjøre om et utsagn er dispositivt, beror i utgangspunktet på en konkret vurdering, hvor en blant annet vil legge vekt på ordlyden i utsagnet, hvor klart og utømmende utsagnet er, i hvilken sammenheng utsagnet fremkommer, til hvem det er rettet mv. Utsagnet kan etter omstendighetene anses som dispositivt selv om avgiveren ikke nødvendigvis mente å forplikte seg. Det avgjørende vil i praksis være om mottakeren med rimelighet kunne oppfatte utsagnet som forpliktende.

Tradisjonelt har en ikke ansett utsagn i annonser mv. som rettslig forpliktende for avgiveren. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til avtaleloven, jf. Ukast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens område 1914 s. 24, hvor det i merknadene til § 1 i lovutkastet heter:

”Utkastet har ingen bestemmelse om hva der skal forstaaes ved t i l b u d (...) Efter alminnelige opfatning foreligger saaledes som regel ikke noget tilbud, naar nogen sender rundt priskuranter eller i avertissementer eller ved opslag kundgjør priserne paa sine varer.”

Videre heter det på s. 38 i merknadene til § 10 følgende om denne typen utsagn:

”Som regel vil vistnok en trykt henvendelse ha et saa upersonlig præg, at den som mottar den, maa gaa ut fra at den er rettet til et meget stort antal personer, og at den nærmest er å opfatte som reklame og derfor ikke kan antages at indeholde noget tilbud. Er den derimot stilet til bestemte mottagere, og den videre er uderskrevet og datert, kan forholdet stille seg anderledes. Det kan i det hele opstilles en alminnelig regel, om at jo mer personlig en henvendelse er, des snarere vil den bli at anse som tilbud.”

Denne typen utsagn har med andre ord snarere vært ansett slik at avgiveren gjennom utsagnet gir en oppfordring om å komme med tilbud. Etter gjeldende rett kan det nok imidlertid være noe usikkert om og i hvilken grad denne typen utsagn etter en konkret vurdering kan anses forpliktende for avgiveren. I rapporten omtalt under punkt 1 foreslås det en generell regulering av dette, jf. § C som lyder:

”§ C. Reklame, der som ledd i markedsføring af varer og tjenester er rettet til almenheden, anses for et aftaleretligt bindende tilbud for annoncøren, hvis en forbruger på grund af reklamens indhold, udformning eller andre omstændigheder ved reklamen har haft rimelig grund til å tro på reklamens bindende virkning.

Stk 2. Reklame som nævnt i stk. 1 tilbagekaldes ved en lignende meddelelse til almenheden.”

Forslaget synes i korthet å gå ut på at en i lovs form slår fast at avgiveren anses forpliktet til å oppfylle i henhold til utsagnet. Dette vil eksempelvis innebære at en selger som reklamerer med at han selger et produkt av en spesiell modell til en gitt pris, i utgangspunktet vil være forpliktet til å inngå en avtale med dette innholdet dersom en forbruker henvender seg med ønske om å kjøpe produktet. Reklamen anses med andre ord som et bindende tilbud fra selgerens side.

Det fremgår ikke klart av forslaget hvilken virkning det vil ha dersom selgeren ikke vil eller kan inngå en slik avtale – eksempelvis fordi produktet i mellomtiden er blitt utsolgt. Etter det departementet kan se synes en å mene at dette skal representere et kontraktsbrudd (en forsinkelse i form av ikke-oppfyllelse) fra selgeren side. Konsekvensen av dette vil være at forbrukeren kan gjøre sanksjoner gjeldende. I praksis vil det kanskje først og fremst være erstatning som er aktuelt, ved at forbrukeren kan kjøpe produktet i en annen butikk, og kreve et eventuelt mellomlegg erstattet av selgeren.

Bakgrunnen for forslaget synes blant annet å være en forutsetning om at det i dagens samfunn, med utstrakt bruk av markedsføring, ikke lenger er grunn til å opprettholde det tradisjonelle synspunktet om at slike utsagn ikke er forpliktende for avgiveren. Det er imidlertid ikke åpenbart at dette er en naturlig forutsetning når en skal vurdere spørsmålet. Det forhold at en står overfor et utsagn som er mer eller mindre adressatløst, ved at det retter seg til en ubegrenset krets av personer, synes ikke å skille seg fra situasjonen da avtaleloven ble gitt.

Men selv om man skulle fravike det tradisjonelle utgangspunktet om at reklameutsagn som utgangspunkt ikke er forpliktende for avgiveren, er det etter det departementet kan se uansett vanskelig å se at dette vil være annet enn et utgangspunkt for vurderingen. Det må – blant annet på bakgrunn av anbefalingene i den tidligere omtalte rapporten – være klart at et utgangspunkt om at reklameutsagn er bindende, under enhver omstendighet må underlegges flere modifikasjoner.

For det første må reklameutsagnet i seg selv være så klart og uttømmende at det er egnet som grunnlag for en avtale. Hva som nærmere ligger i dette, vil bero på de konkrete omstendighetene, men det må trolig innebære at produktet og prisen spesifiseres.

For det andre må mottakeren, som det fremgår av forslagets ordlyd, ha hatt rimelig grunn til å stole på utsagnet. Dette innebærer at mottakeren ikke uten videre kan bygge rett på ordlyden i ethvert utsagn – eksempelvis dersom det burde ha vært klart for forbrukeren at varen var feilpriset eller det forelå en trykkfeil eller lignende.

I forlengelsen av dette må det under henvisning til hva mottakeren med rimelighet kan legge i utsagnet, dessuten innfortolkes begrensninger i rekkevidden av utsagnet. Dette kan være at utsagnet må forstås som begrenset i tid, ved at det gjelder kun en dag eller en kortere periode. I rapporten s. 138 påpekes at dette vil være knyttet til hvilket medium som benyttes, og at varighetsbegrensninger vil avhenge blant annet av sirkulasjonstakten. Som eksempel nevnes at en avisannonse normalt vil måtte forstås som et dagstilbud som utløper ved forretningstidens slutt den dagen annonsen sto på trykk, dersom annonsen ikke gjentas ved senere utgivelser. Videre kan begrensningene gjelde omfanget av

utsagnet, ved at det gjelder et begrenset antall eller et spesielt vareparti. Utgangspunktet er at det er annonsørens oppgave å sørge for at slike begrensninger kommer klart fram i utsagnet, slik at det ikke skapes uberettigede forventninger hos forbrukeren. Det vil likevel variere om den enkelte forbruker kan bygge rett på et utsagn som ikke er tilstrekkelig klart, og det må vurderes konkret om forbrukeren som eksempelvis tropper opp i butikken sent på dagen eller med gårsdagens annonse har et berettiget krav.

Videre vil det også ligge en begrensning i den forslåtte bestemmelsens annet ledd, som gjør det mulig å kalle tilbake reklameutsagn.

En regel som under gitte forutsetninger gir reklameutsagn bindende virkning, vil kunne gjøre det mulig for forbrukerne selv å forfølge brudd på markedsføringslovens bestemmelser, ved å rette krav mot næringsdrivende. Dette kan utgjøre et supplement til håndhevelsen fra Forbrukerombudet, som har begrenset kapasitet til å forfølge brudd på lovens bestemmelser.

Etter departementets syn kan det reises spørsmål om de hensyn som begrunner regler om offentlig tilsyn med markedsføringen, faller sammen med de hensyn det er naturlig å legge vekt på når en skal vurdere spørsmålet om avtalerettslig binding mv. Et sentralt formål med å kreve at det i annonser opplyses om antallet gjenstander som tilbys til redusert pris, kan være å hindre at forbrukerne blir villedet og gjøre det enklere og mindre tidkrevende for forbrukerne å vurdere ulike tilbud. Det er dermed ikke sagt at et brudd på forbudet mot villedende markedsføring, skaper noen forventning hos forbrukeren om at utbudet av en vare er ubegrenset.

Det kan også reises spørsmål om en regel som dette vil være egnet og hensiktsmessig som grunnlag for private parters eventuelle håndhevelse. Som nevnt ovenfor, vil et utgangspunkt om at reklameutsagn er rettslig forpliktende for avgiveren, måtte underlegges en rekke modifikasjoner. Dette innebærer at en vil stå tilbake med en nokså skjønnsmessig regel, som ikke nødvendigvis vil være enkel å praktisere. I de fleste tilfellene vil det antakelig heller neppe være aktuelt at forbrukere sørger for at bestemmelsen blir håndhevet ved å anlegge sak for domstolene. Det vil i så fall være mer nærliggende at slike tvister eventuelt løses i reklamasjonsnemnder eller Forbrukertvistutvalget.

Regelen vil også kunne lede til en form for forskjellsbehandling mellom forbrukere, noe som kanskje kan oppleves som urimelig. Eksempelvis kan en tenke seg at en annonse om salg av et produkt etter en tolkning – under henvisning til at tilbudet er begrenset i tid og omfang – må forstås slik at selgeren tilbyr 50 eksemplarer av produktet. Dette vil innebære at forbrukeren som er nr. 51 i rekken, ikke kan bygge noen rett på utsagnet.

Forslaget i rapporten er i utgangspunktet formulert som et forbrukerrettslig spørsmål. Samtidig peker forfatterne på at dette også vil kunne ha en side til avtaleretten mer generelt. Departementet skal her peke på enkelte forhold som i den forbindelse bør tas i betraktning.

FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp ("CISG") har i del II regler om avtaleinngåelse. Etter CISG er det mye som taler for at den typen reklameutsagn en her står overfor, ikke vil bli ansett som forpliktende for avgiveren. Videre bygger CISG på et prinsipp om at tilbud i utgangspunktet fritt

kan kalles tilbake. Konvensjonen bygger således på andre regler og prinsipper enn det det her tas til orde for. Til dette kan man si at forholdet til CISG ikke kan være noe avgjørende argument. Grunnen til dette er dels at Norge, sammen med Danmark, Finland og Sverige, har tatt forbehold for konvensjonen del II, dels at konvensjonen ikke gjelder for forbrukerforhold. På den annen side har det i flere år vært tatt til orde for at Norge bør trekke sitt forbehold til konvensjonen del II. Dersom det skulle være aktuelt å trekke dette forbeholdet, vil man bevege seg i en annen retning enn det forslaget her går ut på. Dette vil i så fall lede til en fragmentering av avtaleretten i Norge.

Videre vil det også skje en fragmentering på nordisk plan. Avtaleloven av 1918 bygger på et fellesnordisk lovsamarbeid, og dette synes å være bakgrunnen for at Krüger og Møgelvang-Hansen tar til orde for at det tas et fellesnordisk initiativ for å følge opp anbefalingene i rapportene. Noe slikt felles lovgivningsinitiativ er imidlertid ikke tatt. Etter det departementet er kjent med har spørsmålet om slike regler vært reist i Danmark i forbindelse med at et utvalg har hatt i oppdrag å forberede en revisjon av markedsføringsloven. Utvalgets flertall la til grunn at det falt utenfor utvalgets mandat å vurdere dette spørsmålet, mens et mindretall bestående av Peter Møgelvang-Hansen samt representanter for forbrukersiden foreslo å følge opp anbefalingene i rapporten.

Etter det departementet kjenner til har spørsmålet ikke vært tatt opp i Sverige.

I EU arbeider man for tiden med et stort kontraktsrettsprosjekt, blant annet med sikte på å forbedre kvaliteten på eksisterende fellesskapslovgivning og å utvikle en felles referanseramme med kontraktsrettslige regler og prinsipper. Det er grunn til å tro at også regler om avtaleinngåelse vil bli berørt. Det er usikkert i hvilken retning dette arbeidet vil gå i forhold til det spørsmålet som er reist her.

Videre bør man være oppmerksom på at eventuelle regler som foreslått, også vil ha en side til lovvalgsregler, det vil si regler som sier noe om hvilket lands rett som skal legges til grunn. Som Krüger og Møgelvang-Hansen selv peker på, vil lovvalgsreglene – i alle fall for norsk retts vedkommende – lede til at spørsmålet om en bindende avtale er inngått, følger selgerlandets rett. Dersom reklameutsagn etter selgerlandets rett ikke anses forpliktende, vil en norsk forbruker ikke kunne påberope seg en bestemmelse som nevnt.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om reklame bør anses som et rettslig bindende tilbud, og synspunkter på den konkrete bestemmelsen som er foreslått i rapporten § C. Høringsinstansene bes også om synspunkter på hvor i det norske regelverket en slik bestemmelse eventuelt bør plasseres.