

Høring om endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler

1	Innledning.....	4
1.1	Hvorfor foreslås det endringer?	4
1.2	Forslaget i hovedtrekk.....	4
2	Proessen frem til høringsnotatet.....	7
3	Oppbygningen av høringsnotatet.....	8
4	Forbrukerombudet	8
4.1	Innledning	8
4.2	Tilsyns- og vedtakskompetanse	8
4.2.1	Gjeldende rett og praksis.....	8
4.2.2	Problemstilling	10
4.2.3	Departementets vurderinger og forslag	10
4.3	Kravet til «frivillig ordning».....	15
4.3.1	Gjeldende rett og praksis.....	15
4.3.2	Problemstilling	17
4.3.3	Departementets vurderinger og forslag	17
4.4	Endring av navn	19
4.4.1	Gjeldende rett	19
4.4.2	Problemstilling	20
4.4.3	Departementets vurderinger og forslag	20
5	Markedsrådet	22
5.1	Innledning	22
5.2	Sammensetning	22
5.2.1	Gjeldende rett og praksis.....	22
5.2.2	Problemstilling	22
5.2.3	Departementets vurderinger og forslag	23
5.3	Oppgaver.....	25
5.3.1	Gjeldende rett og praksis.....	25

5.3.2	Problemstillinger	25
5.3.3	Departementets vurderinger og forslag	26
5.4	Saksbehandling	29
5.4.1	Gjeldende rett	29
5.4.2	Problemstillinger	30
5.4.3	Departementets vurderinger og forslag	30
5.5	Nærmere om vedtak og saksomkostninger	32
5.5.1	Gjeldende rett og praksis	32
5.5.2	Problemstilling	32
5.5.3	Departementets vurderinger og forslag	33
5.6	Overprøving	34
5.6.1	Gjeldende rett og praksis	34
5.6.2	Problemstilling	35
5.6.3	Departementets vurderinger og forslag	35
5.7	Endring av navn	37
6	Fellesspørsmål	38
6.1	Innledning	38
6.2	Styring og uavhengighet	38
6.2.1	Gjeldende rett og praksis	38
6.2.2	Problemstilling	39
6.2.3	Departements vurderinger og forslag	40
6.3	Opplysningsplikt og forholdet til regler om taushetsplikt	42
6.3.1	Gjeldende rett	42
6.3.2	Problemstilling	43
6.3.3	Departementets vurderinger og forslag	43
6.4	Tiltak for å sikre at opplysningsplikten overholdes	44
6.4.1	Gjeldende rett	44
6.4.2	Problemstilling	44
6.4.3	Departementets vurderinger og forslag	44
6.5	Utvidet hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr	46
6.5.1	Gjeldende rett	46
6.5.2	Problemstillinger	46

6.5.3	Departementets vurderinger og forslag	47
6.6	Rammer for utmåling av overtredelsesgebyr	49
6.6.1	Gjeldende rett	49
6.6.2	Problemstilling	49
6.6.3	Departementets vurderinger og forslag	50
6.7	Varighet av vedtak	50
6.7.1	Gjeldende rett	50
6.7.2	Problemstilling	50
6.7.3	Departementets vurderinger og forslag	51
6.8	Foreldelse av adgangen til å ilegge administrative sanksjoner/reaksjoner	51
6.8.1	Gjeldende rett	51
6.8.2	Problemstilling	52
6.8.3	Departementets vurderinger og forslag	52
7	Økonomiske og administrative konsekvenser	52
7.1	Innledning	52
7.2	Konsekvenser for næringslivet	53
7.3	Konsekvenser for forvaltningen	54
7.4	Konsekvenser for forbrukerne	54
8	Forslag til lovendringer og forskrift med kommentarer	55
8.1	Forslag til endringer i markedsføringsloven	55
8.2	Forslag til ny forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling	58
8.3	Forslag til endringer i angrerettloven	60
8.4	Kommentarer til endringer i markedsføringsloven	60
8.5	Kommentarer til ny forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling mv.	64
8.5.1	Bestemmelser i dagens forskrift som er fjernet	64
8.5.2	Forslag til ny forskrift	65
8.6	Kommentarer til endringer i angrerettloven	67

1 Innledning

1.1 Hvorfor foreslås det endringer?

Stortinget ba i 2013 om en helhetlig gjennomgang av virkemiddelapparatet på forbrukerområdet. Samme år ga Forbrukerombudet innspill om behov for endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler.

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) ble gitt i oppdrag å utrede Forbrukerrådets rolle og grensegangen til Forbrukerombudet, og publiserte sine funn i 2015 i rapporten *Gjennomgang av det statlige forbrukerapparatet*.¹

Det overordnede formålet med endringene som foreslås i markedsføringslovens håndhevingsapparat er for det første *mer effektiv håndheving*. I dag er det en tid- og ressurskrevende prosess å få fattet et vedtak mot næringsdrivende som har overtrådt lovens bestemmelser. Etter å ha konstatert at markedsføringsloven er overtrådt må Forbrukerombudet som regel først forsøke å få den næringsdrivende til å inngå en frivillig ordning om at praksisen må opphøre. Dersom dette ikke lykkes kan Forbrukerombudet bringe saken inn til Markedsrådet. Der behandles saken som regel av Markedsrådets ni medlemmer. Ved klare og alvorlige brudd på markedsføringsloven er det uheldig med en så omstendelig prosess.

De foreslåtte endringene skal sikre at forbrukermyndighetene raskere og mer effektivt skal kunne stoppe brudd på markedsføringsloven. Videre skal endringene sikre at reglene virker tilstrekkelig preventivt. Det vil si at næringsdrivende generelt oppfatter at brudd på markedsføringsloven får konsekvenser, og at disse konsekvensene står i samsvar med overtredelsens alvor. Dette er særlig viktig i saker der handelspraksisen grenser opp mot svindel, er aggressiv eller på andre måter har store skadevirkninger for forbrukerne.

Det andre overordnede formålet er å *tydeliggjøre Forbrukerombudets rolle som tilsyn*. Difi-rapporten fra 2015 viste at Forbrukerombudet har en uklar rolle. På den ene siden har Forbrukerombudet, som nøytral håndhever av lovverk, mange fellestrekk med øvrige statlige tilsyn. På den andre siden er Forbrukerombudet et ombud i navnet og har ikke vedtakskompetanse som andre tilsyn. Utredningen pekte på at dette er forhold som også fører til en uklarhet og sammenblanding med Forbrukerrådet.

De foreslåtte endringene tydeliggjør Forbrukerombudets tilsynsrolle.

1.2 Forslaget i hovedtrekk

I det følgende gis en oversikt over høringsnotatets forslag til endringer.

¹ Difi-rapport 2015:4

(https://www.difi.no/sites/difino/files/gjennomgang_av_det_statlige_forbrukerapparatet_difi-rapport_2015_4.pdf)

- Forbrukerombudet gis vedtakskompetanse i alle saker (høringsnotatets punkt 4.2)

I motsetning til andre tilsynsorgan som er undersøkt i bakgrunnsnotatet har Forbrukerombudet som hovedregel ikke vedtakskompetanse. Forbrukerombudet må som regel først forsøke å få den næringsdrivende til å inngå en frivillig ordning om å følge markedsføringsloven eller annen lov ombudet fører tilsyn med. Dersom dette ikke fører frem, kan Forbrukerombudet bringe saken inn til Markedsrådet og prosederer den muntlig i en domstolslignende prosess med den næringsdrivende som motpart. Forbrukerombudet kan bare fatte vedtak i hastesaker eller der Markedsrådet har fattet vedtak i en tilsvarende sak.

For å klargjøre Forbrukerombudets rolle som tilsynsmyndighet og effektivisere håndhevingen av markedsføringsloven, foreslås det å gi Forbrukerombudet vedtakskompetanse i alle saker.

- Fjerne kravet om at Forbrukerombudet må forsøke å komme til frivillig ordning før det fattes vedtak (høringsnotatets punkt 4.3)

Det er i dag et krav om at Forbrukerombudet må forsøke å komme til frivillig ordning i flere typer saker. Dette gjør det vanskelig for ombudet å raskt gripe inn mot næringsdrivende som opptrer i strid med regelverket.

Det foreslås derfor å fjerne kravet om å komme til frivillig ordning før det fattes vedtak. Forhandlinger med næringsdrivende, herunder det å påvirke næringsdrivende til å innrette seg etter loven, vil fortsatt være Forbrukerombudets primære arbeidsmetode for å sikre etterlevelse.

- Forbrukerombudet endrer navn til Forbrukertilsynet, eventuelt Markedsføringstilsynet (høringsnotatets punkt 4.4)

Forbrukerombudet fører hovedsakelig tilsyn med at lovverk overholdes. Pådriverrollen, som kjennetegner andre ombud, ivaretas først og fremst av Forbrukerrådet.

For å tydeliggjøre Forbrukerombudets rolle, foreslås navneendring til Forbrukertilsynet eller Markedsføringstilsynet. Virksomheten foreslås ledet av en direktør.

Gjeldende navn «Forbrukerombudet» er for enkelthets skyld anvendt i høringsnotatet.

- Markedsrådet treffer som hovedregel avgjørelser i et utvalg på tre medlemmer (høringsnotatets punkt 5.2)

Markedsrådet består i dag av hele ni medlemmer, og alle vedtak treffes som regel av samtlige. Dette gjør Markedsrådsbehandlingen svært ressurskrevende.

Det foreslås derfor å redusere antall medlemmer som fatter vedtak til tre. Samtidig foreslås det at Markedsrådets leder i særlige tilfeller kan beslutte at vedtak skal fattes av et forsterket utvalg på fem medlemmer. Markedsrådets avgjørelser om innsyn, opplysningsplikt og Forbrukerombudets nedprioriteringer foreslås fattet av leder alene.

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

Såkalte prosessledende avgjørelser som den næringsdrivende kan påklage behandles i dag av departementet. Det foreslås at klager i stedet skal gå til Markedsrådet.

- Forbrukerombudet skal ikke lenger kunne forelegge prinsipielle saker for Markedsrådet (høringsnotatets punkt 5.3)

Forbrukerombudet kan i dag bringe prinsipielle spørsmål inn for vurdering i Markedsrådet. Departementet er ikke kjent med andre forvaltningsorgan som har tilsvarende lovbestemt mulighet til å forelegge saker for ankeorganet og muligheten er benyttet kun en gang siden den ble innført i 1992. Det foreslås derfor å fjerne denne ordningen.

- Markedsrådets saksbehandling skal som hovedregel være skriftlig (høringsnotatets punkt 5.4)

Markedsrådets fatter i dag vedtak etter at det har vært gjennomført muntlige forhandlinger der Forbrukerombudet og den næringsdrivende legger frem sitt syn på faktum og juss. Å gjennomføre muntlige forhandlinger vil i noen saker være unødvendig ressurskrevende.

Det foreslås derfor at saksbehandlingen for Markedsrådet som hovedregel skal være skriftlig. Markedsrådets leder kan beslutte at det skal gjennomføres muntlig behandling der dette anses hensiktsmessig av hensyn til sakens opplysning eller effektiv ressursbruk.

- Forbrukerombudets og Markedsrådets uavhengighet reguleres direkte i loven (høringsnotatets punkt 6.2)

Hovedregelen i norsk rett er at overordnet organ har styringsrett overfor underordnet organ. Dette innebærer at statsråden i utgangspunktet kan styre Forbrukerombudet i alle spørsmål, og at statsråden er ansvarlig overfor Stortinget for organets handlinger. I forarbeidene til markedsføringsloven er det lagt til grunn at Forbrukerombudet og Markedsrådet ikke kan styres i faglige spørsmål. I en rapport fra professor Eivind Smith ble det påpekt at Forbrukerombudet og Markedsrådet mangler et tydelig rettslig grunnlag for uavhengigheten og at omfanget av denne uavhengigheten er uklart.²

For å klargjøre Forbrukerombudets og Markedsrådets uavhengighet foreslås det å lovfeste at de er faglig uavhengige forvaltningsorganer som ikke kan styres av departementet ved utøvelse av myndighet i enkeltsaker eller generell lovtolkning. For øvrige oppgaver gjelder hovedregelen om departementets styringsrett.

- Opplysningsplikt etter markedsføringsloven går foran taushetsplikt etter annen lovgivning (høringsnotatets punkt 6.3)

² Se Difi-rapport 2012:7 *Uavhengig eller bare uavklart? Organisering av statlig myndighetsutøvelse*, særlig s. 65 (<https://www.difi.no/sites/difino/files/difi-rapport-2012-7-uavhengig-eller-bare-uavklart.pdf>)

Markedsføringsloven § 33 gir i dag Markedsrådet og Forbrukerombudet hjemmel til å kreve opplysninger, foreta granskning mv. Om bestemmelsen går foran eller må vike for taushetsplikt i andre lover er i dag uklart, og dette vanskeliggjør Forbrukerombudets innhenting av opplysninger som er avgjørende for å etterforske lovbrudd etter markedsføringsloven. Dette gjelder særlig opplysninger fra tredjemenn som banker.

Det foreslås derfor at opplysningsplikt etter markedsføringsloven går foran taushetsplikt etter annen lovgivning. I tillegg foreslås det at tvangsmulkt kan ilegges dersom opplysninger ikke gis (punkt 6.4).

- Overtredelsesgebyr kan ilegges i flere saker (høringsnotatets punkt 6.5)

Overtredelsesgebyr er et beløp som de næringsdrivende må betale dersom de har brutt visse bestemmelser i markedsføringsloven. Gebyret ilegges for allerede utførte handlinger. Dette i motsetning til tvangsmulkt som må betales der den næringsdrivende gjentar eller fortsetter handlingen det er nedlagt forbud mot. I noen saker anses ikke tvangsmulkt å være tilstrekkelig avskrekkende.

Det foreslås derfor å utvide muligheten til å legge overtredelsesgebyr i saker om urimelig, villedende eller aggressiv handelspraksis.

- Tidsbegrensning på vedtak (høringsnotatets punkt 6.7)

Det er i dag ingen tidsbegrensning på vedtak fattet av Forbrukerombudet eller Markedsrådet. Det innebærer at et vedtak i prinsippet gjelder for all fremtid. Tidligere var denne på tre år. Begrunnelsen var at det synet og de forholdene som lå til grunn for vedtaket kan endre seg, og det ville derfor være urimelig ikke å ha en utløpsdato.

Tilsvarende hensyn gjør seg fortsatt gjeldende og det foreslås vedtak må være begrenset til å gjelde maksimalt i ti år.

2 Prosessen frem til høringsnotatet

I 2013 ga Forbrukerombudet innspill til BLD om behov for enkelte endringer i dagens håndhevingsapparat. Ved budsjettbehandlingen høsten 2013 ba flertallet i familie- og kulturkomiteen (H og FrP) om en helhetlig gjennomgang av virkemiddelapparatet på forbrukerområdet.

Gjennomgangen ble delt i to: Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) ble gitt i oppdrag å utrede ulike sider ved Forbrukerrådets rolle og oppgaveløsning, samt grensegangen mot Forbrukerombudet. I tillegg satt departementet i gang en intern utredning av markedsføringslovens håndhevingsapparat.

Difi publiserte i 2015 sine funn i rapporten *Gjennomgang av det statlige forbrukerapparatet*.³ Utredningen til Difi viste blant annet at Forbrukerombudet har en uklar rolle.

³ Difi-rapport 2015:4

Departementets interne utredning ble påbegynt i 2015. Tidlig i prosessen ble det gjennomført et møte med representanter fra Virke, NHO, Finans Norge, NORDMA, ANFO, Forbrukerombudet, Forbrukerrådet og Markedsrådet. Der ble det informert om at departementet ville se nærmere på håndhevingsapparatet etter markedsføringsloven som et ledd i en helhetlig gjennomgang av forbrukerapparatet. Det ble i den forbindelse bedt om innspill.

Videre har departementet hatt kontakt med andre departementer både nasjonalt og på nordisk nivå for informasjon om hvordan tilsynsvirksomhet er organisert på andre områder og i andre land.

3 Oppbygningen av høringsnotatet

Høringsnotatet har tre hoveddeler: en del om Forbrukerombudet (4), en del om Markedsrådet (5) og en del om fellesspørsmål (6). Hver del er delt inn i de problemstillingene departementet har identifisert. Under hver problemstilling redegjøres det først for gjeldende rett, og eventuell praksis der det er relevant. Deretter skisseres hva som er problemet med gjeldende rett og praksis. Til slutt drøftes problemstillingen og ulike løsninger, og det konkluderes.

Etter hoveddelene redegjøres det for økonomiske og administrative konsekvenser (7).

Avslutningsvis følger forslag til lov- og forskriftstekst samt kommentarer til disse (8).

Generell bakgrunnsinformasjon om forbrukerapparatet, relevante folkerettslige forpliktelser, håndhevingen i øvrige nordiske land og andre tilsynsorganer i Norge, samt ombud, følger som et vedlegg til dette høringsnotatet.

4 Forbrukerombudet

4.1 Innledning

Denne delen behandler problemstillingene departementet har identifisert når det gjelder Forbrukerombudet, herunder Forbrukerombudets vedtakskompetanse, saksbehandling og navn.

4.2 Tilsyns- og vedtakskompetanse

4.2.1 Gjeldende rett og praksis

Bestemmelsene i markedsføringsloven, med unntak av kapittel 6, håndheves av Forbrukerombudet og Markedsrådet, jf. markedsføringsloven (mfl.) § 32.

Forbrukerombudet fører tilsyn med at loven overholdes, mens Markedsrådet er lovens primære vedtaksorgan.

Forbrukerombudets tilsynsområde er nærmere angitt i mfl. § 34 første ledd.⁴ Her fremgår det at ombudet fører tilsyn med bestemmelsene i markedsføringsloven kapittel 1 til 5, og bestemmelsene gitt i medhold av denne loven. Forbrukerombudet fører videre slikt tilsyn som ombudet er tillagt etter annet regelverk, blant annet angrerettloven.⁵

Tilsynet skjer primært «ut fra hensynet til forbrukerne», jf. § 34 annet ledd første punktum. Med dette menes de kollektive forbrukerinteressene, dvs. hensynet til forbrukerfellesskapet som sådan. Derimot skal Forbrukerombudet ikke behandle saker som kun berører interessene til næringsdrivende.⁶

Selv om Markedsrådet er det primære vedtaksorganet, behandler rådet som hovedregel ikke saker på eget initiativ. Markedsføringsloven § 38 første ledd første og annet punktum forutsetter uttrykkelig at sakene *bringes inn* for Markedsrådet, enten av Forbrukerombudet eller andre. Fra denne hovedregelen er det gjort et unntak i første ledd tredje punktum, som sier at Markedsrådet kan kreve at Forbrukerombudet bringer nærmere bestemte saker inn for Markedsrådet. Denne bestemmelsen har til nå hatt liten betydning i praksis.

I visse tilfeller, som nevnt i § 37, har Forbrukerombudet vedtakskompetanse. Dette gjelder for det første i såkalte «hastesaker», hvor det ikke er oppnådd frivillig ordning og Forbrukerombudet antar at det vil medføre ulempe eller skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak, jf. § 37 første ledd. Kravet om å forsøke frivillig ordning, eller de tilfeller hvor dette ikke er nødvendig, er behandlet nærmere i punkt 4.3 nedenfor.

Forbrukerombudet har også vedtakskompetanse dersom ombudet anser handlingen eller avtalevilkåret i det vesentlige identisk med handlinger eller vilkår som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot, jf. § 37 annet ledd. I motsetning til første ledd er det her ikke nødvendig at Forbrukerombudet har forsøkt å oppnå frivillig ordning med den næringsdrivende. Regelen er begrunnet i effektivitetshensyn, for å unngå at Markedsrådet belastes med opplagte saker.⁷

Til tross for at Forbrukerombudets vedtakskompetanse formelt sett er avledet og begrenser seg til unntakstilfellene, benyttes denne vedtakskompetansen relativt ofte i praksis. Bakgrunnen for dette er at det i mange tilfeller vil være skadelig eller medføre ulempe for forbrukerne å avvente Markedsrådets vedtak. De fleste vedtak fattes i dag av Forbrukerombudet i første instans.

⁴ Forbrukerombudet fører også tilsyn med annen ufravikelig forbrukerlovgivning gjennom det såkalte lovstridsprinsippet, som går ut på at brudd på slik lovgivning også som hovedregel vil være i strid med markedsføringsloven. Se nærmere om dette i Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 3.3.4.

⁵ I tillegg kommer markedsføring av kredittavtaler etter finansavtaleloven kapittel 3, markedsføring av alternativ behandling av sykdom, forbudet mot TV-reklame rettet til barn i kringkastingsloven, forbudet mot prispåslag ved videresalg av billetter til kultur- og idrettsarrangementer (svartebørsloven), tidspartloven, samt krav til merking av tekstiler.

⁶ Tilsynet etter § 2 annet ledd skjer likevel ut fra hensynet til likestilling mellom kjønnene, særlig med vekt på hvordan kvinner fremstilles. Tilsynet etter § 10 med forskrifter skjer ut fra hensynet til at forbrukerne skal kunne orientere seg i markedet og enkelt sammenligne priser, jf. § 34 første ledd annet punktum.

⁷ Se forarbeidene til den tidligere bestemmelsen i markedsføringsloven 1972 § 14 annet ledd, Ot.prp. nr. 38 (1979-1980) s. 43 og Ot.prp. nr. 70 (1995-1996) s. 21.

Der Forbrukerombudet har fattet vedtak, skal ombudet underrette Markedsrådet om vedtaket. Den vedtaket retter seg mot, kan påklage vedtaket til Markedsrådet, jf. § 37 tredje ledd.

Forbrukerombudet og Markedsrådet kan med hjemmel i § 39 fatte enkeltvedtak om forbud, påbud, tvangsmulkt samt overtredelsesgebyr. Det er et grunnleggende vilkår for å fatte vedtak at Forbrukerombudet eller Markedsrådet finner at inngrep tilsies av forbrukerhensyn eller de andre hensynene loven skal ivareta, jf. henvisningen til § 34 annet ledd. Vilkåret er først og fremst tatt med for å avgrense mot andre hensyn, som for eksempel hensynet til næringsdrivende.⁸

Vedtak kan også rettes mot medvirkere, jf. § 39 tredje ledd. Det fremgår av forarbeidene at det kan rettes vedtak mot personer uten at vedtaket samtidig rettes mot et firma. Videre kan det rettes vedtak mot bransjeorganisasjoner som har medvirket til lovbrudd.⁹

Markedsrådets vedtak kan ikke påklages, jf. § 39 annet ledd.

Markedsrådets funksjon og rolle som klageorgan for Forbrukerombudets vedtak er nærmere omhandlet i punkt 5.3 nedenfor.

4.2.2 Problemstilling

Forbrukerombudet har gitt uttrykk for at dagens system for håndheving kan effektiviseres. Forbrukerombudet kan i større grad enn Markedsrådet fatte raske vedtak.

Næringsdrivende har i noen saker bedt om at Forbrukerombudet fatter vedtak slik at de kan bli ferdige med saken. Dette er ikke mulig etter dagens ordning med mindre det er en hastesak eller saken er vesentlig identisk med tidligere saker Markedsrådet har tatt stilling til.

Dagens fordeling av vedtakskompetanse mellom Forbrukerombudet og Markedsrådet reiser spørsmål som det kan være krevende å vurdere. I tillegg avviker ordningen fra håndhevingssystemet på andre tilsynsområder. Konkurransetilsynet, Medietilsynet, og Datatilsynet har alle primærkompetanse til å fatte vedtak på sine områder.¹⁰

4.2.3 Departementets vurderinger og forslag

4.2.3.1 Generelt

Spørsmålet om å endre vedtakskompetanse var oppe til vurdering i forbindelse med forslag til ny markedsføringslov i 2009. I høringsnotatet fra 2006 presenterte departementet to alternativer: Flytte den primære vedtakskompetansen fra Markedsrådet til Forbrukerombudet, eller beholde den gjeldende ordningen (med avledet og begrenset

⁸ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 211.

⁹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 212.

¹⁰ Se det vedlagte bakgrunnsnotatet pkt. 4 for utdypende informasjon om håndhevingssystemet på andre tilsynsområder

vedtakskompetanse for Forbrukerombudet). Uansett alternativ skulle utgangspunktet være at Forbrukerombudet skal forsøke å komme frem til frivillige ordninger.¹¹

Flere høringsinstanser stilte seg positive til alternativet om primær vedtakskompetanse for Forbrukerombudet. Hovedvekten av høringsinstansene ønsket imidlertid å videreføre den gjeldende ordningen.¹² Det avgjørende for departementet ble følgende:

«Departementet ser at det er gode argumenter for begge alternativene som ble presentert i høringsnotatet. Departementet har som utgangspunkt at Forbrukerombudets rolle som pådriver i forbrukerspørsmål ikke må svekkes og at det er viktig å videreføre forhandlingsmodellen. De aller fleste saker blir løst gjennom dialog mellom Forbrukerombudet og de næringsdrivende. Det er svært få tilfeller ut i fra sakstilfanget hvor ombudet må fatte vedtak eller bringe saker inn for Markedsrådet. Forbrukerombudet opplyser at dette i 2006 dreide seg om 21 saker ut fra totalt 7789 henvendelser. På bakgrunn av at hovedvekten av høringsinstansene fremhever at dagens ordning fungerer godt og har innvendinger til forslaget om å gi Forbrukerombudet alminnelig vedtakskompetanse som førsteinstans, er departementet kommet til at dagens ordning bør videreføres når det gjelder det grunnleggende forholdet mellom Forbrukerombudet og Markedsrådet. Departementet vil likevel foreslå å effektivisere håndhevingen til Forbrukerombudet på enkelte punkter ...»¹³

I likhet med tidligere, mener departementet at gode argumenter taler for at Forbrukerombudet får den primære vedtakskompetansen.

Etter departementets vurdering vil primær vedtakskompetanse for Forbrukerombudet gjøre at vedtak kan treffes raskere og mer ressurseffektivt. Markedsrådet sammenkalles bare noen ganger i året. At enkelte saker må bringes inn til Markedsrådet for endelig avgjørelse, får dermed den virkning at det kan ta lang tid fra Forbrukerombudet har konstatert at loven er brutt, til et vedtak er fattet. I tillegg unngås en ressurskrevende behandling i Markedsrådet. En effektivisering av håndhevingen vil også ha en preventiv effekt ved at næringsdrivende opplever at brudd på markedsføringsloven raskt får konsekvenser.

Departementet kan heller ikke se at det nødvendigvis er i den næringsdrivendes interesse at saken trekker ut i tid. Dette gjør seg særlig gjeldende der den næringsdrivende erkjenner å ha brutt loven og ønsker å bli ferdig med saken. I slike saker virker det lite hensiktsmessig for alle involverte parter at saken må bringes inn til Markedsrådet for en avgjørelse.

Videre synes det hensiktsmessig at kompetansen til å fatte vedtak ligger hos det organet som fører tilsyn med lovgivningen. Dette vil også være mer i tråd med hvordan

¹¹ Se høringsnotatet pkt. 14.2.3.5

([https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/bld/hdk/2006/0011/ddd/pd fv/286436-horingsnotat - ny lov om markedsforing.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/bld/hdk/2006/0011/ddd/pd%20fv/286436-horingsnotat_-_ny_lov_om_markedsforing.pdf))

¹² Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.3.1

¹³ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.3.2

håndhevingen av offentligrettslige regler er organisert på andre sammenlignbare områder i forvaltningen.¹⁴

I dag kan Forbrukerombudet fatte vedtak dersom det ikke er oppnådd frivillig ordning og ombudet antar at det vil «medføre ulempe eller skadevirkning å avvende Markedsrådets vedtak». Vilkårene for at ombudet kan fatte vedtak er skjønnsmessige, og vil alltid kreve en nærmere vurdering fra Forbrukerombudets side. Spørsmålet om ombudet hadde vedtakskompetanse, er også ofte gjenstand for prosedyre i Markedsrådet. Dersom Forbrukerombudet gis vedtakskompetanse unngår man dette vurderingstemaet.

Dersom Forbrukerombudet får vedtakskompetanse vil dette også åpne for en mer reell toinstansbehandling av vedtak, i motsetning til dagens ordning hvor Markedsrådets vedtak ikke kan påklages, men kan bringes inn for domstolene. Adgang til forvaltningsklage er en rettsikkerhetsgaranti for de næringsdrivende.

Forslaget om å gi Forbrukerombudet primær vedtakskompetanse møtte imidlertid motstand fra et flertall av høringsinstansene i forrige runde. I de følgende to punktene vil departementet derfor særlig vurdere om og i hvilken grad tidligere innvendinger fortsatt gjør seg gjeldende.

4.2.3.2 Forbrukerombudets rolle

En innvending fra høringsinstansene var at ombudsrollen vanskelig lar seg forene med primær vedtakskompetanse. Det ble nevnt at siden Forbrukerombudet har en pådriverrolle i forbrukerspørsmål, er det en fare for at ombudet kan bli noe ensidig i sine vurderinger. Departementet la som nevnt også til grunn at Forbrukerombudets rolle som pådriver i forbrukerspørsmål ikke måtte svekkes.¹⁵

Navnet indikerer at Forbrukerombudet først og fremst er et ombud, mens lovgrunnlaget tillegger ombudet tilsynsoppgaver. Hvorvidt Forbrukerombudets rolle er forenlig med primær vedtakskompetanse, beror etter departementets vurdering på hva som er Forbrukerombudets *primære* rolle.

Departementet har foretatt en nærmere gjennomgang av andre tilsynsorganer, samt sammenlignet Forbrukerombudet med andre ombud og tilsyn i det vedlagte bakgrunnsnotatet pkt. 4 og 5.

Gjennomgangen av ulike tilsynsorganer viser at organer både kan være ombud og tilsyn, men at dette reiser enkelte problemstillinger knyttet til rolleblanding. Dersom Forbrukerombudet har en sterk pådriverrolle ser departementet at dette kan oppfattes som mer problematisk hva gjelder rolleblanding enn for andre tilsynsorganer. Andre tilsyn ivaretar i større grad hensyn som ikke er knyttet opp mot en bestemt gruppe: Hensynet til konkurranse eller hensynet til stabile og velfungerende markeder knytter seg ikke i samme grad til en bestemt gruppe som hensynet til forbrukerne. Pådriverfunksjonen hos andre tilsyn kan derfor oppfattes som i mindre grad å påvirke selve utførelsen av

¹⁴ Departementet viser her til gjennomgangen av ulike tilsynsorganer i det vedlagte bakgrunnsnotatet punkt 4

¹⁵ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.3.1 og 15.3.2

tilsynsoppgavene, mens en pådriverfunksjon for forbrukerinteressene kan medføre at Forbrukerombudet lettere oppfattes som en motpart snarere enn et tilsynsorgan. Dersom Forbrukerombudet får vedtakskompetanse taler dette for at pådriverfunksjonen ikke bør være *for* fremtredende.

På den annen side opparbeider Forbrukerombudet seg en høy kompetanse på sitt fagfelt gjennom tilsynsarbeidet. Det er viktig for samfunnsdebatten og den politiske beslutningsprosessen at denne kunnskapen kommer til nytte. Departementet mener derfor at det er viktig at Forbrukerombudet deltar med sin fagkunnskap i høringer og i samfunnsdebatten. Så lenge slike innspill baserer seg på faglige vurderinger og erfaringer innenfor tilsynsområdet, kan ikke departementet se at et slikt engasjement vil være uforenlig med primær vedtakskompetanse.

Når det gjelder pådriverrollen på forbrukerområdet er det også viktig å se forbrukerapparatet under ett. På forbrukerfeltet er det Forbrukerrådet som gjennom sine vedtekter er tildelt oppgaven som interesseorgan for forbrukerne. Det er altså Forbrukerrådet som først og fremst skal ivareta pådriverfunksjonen på forbrukerområdet. Dette betyr at det i mindre grad er behov for at Forbrukerombudet har en pådriverfunksjon i tillegg til tilsynsoppgaver, enn det for eksempel er på personvernområdet, hvor Datatilsynet er forutsatt å ivareta begge funksjoner.

Forbrukerombudet har opp gjennom årene fått en stadig sterkere tilsynsrolle. Etter departementets vurdering har dette blitt særlig tydelig etter at markedsføringsloven 2009 trådte i kraft, hvor Forbrukerombudets håndheving ble effektivisert på flere punkter. Det ble også innført hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr.

Samlet sett mener departementet at tilsyn er den sentrale oppgaven for Forbrukerombudet, mens pådriverrollen må utføres i forlengelse av tilsynsvirksomheten. Forbrukerombudet må derfor først og fremst betraktes som et tilsynsorgan, og ikke et ombud. Dette er også i samsvar med Difis synspunkter i gjennomgangen av forbrukerapparatet:

«Etter Difis oppfatning er Forbrukerombudet en myndighet og et tilsyn på lik linje med en rekke andre statlige tilsyn. Det vil bli enda tydeligere dersom det får vedtakskompetanse og dermed blir førsteinstans myndighet etter markedsføringsloven – med Markedsrådet som klageinstans.»¹⁶

4.2.3.3 «Forhandlingsmodellen»

Forrige gang spørsmålet om vedtakskompetanse var oppe til vurdering, mente flere høringsinstanser at dette kunne føre til at ombudet ville bruke færre ressurser på å komme frem til frivillige ordninger. For departementet var det som nevnt også viktig å videreføre forhandlingsmodellen.¹⁷

Forhandlingsmodellen går i korte trekk ut på at Forbrukerombudet gjennom dialog og forhandlinger skal forsøke å få de næringsdrivende til å innrette seg frivillig etter loven. For en nærmere beskrivelse av innholdet i forhandlingsmodellen, og særlig kravet om å forsøke «frivillig ordning», vises det til punkt 4.3 nedenfor. I det følgende vil

¹⁶ Difi-rapport 2015:4 *Gjennomgang av det statlige forbrukerapparatet* s. 47

¹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.3.1 og 15.3.2

departementet ta stilling til om forhandlingsmodellen – som arbeidsform – lar seg forene med primær vedtakskompetanse. Etter departementets vurdering beror dette på hvordan forhandlingsmodellen praktiseres.

Dersom utgangspunktet for forhandlingene oppfattes å være at Forbrukerombudet representerer forbrukerne, og går inn for løsninger som strekker seg lengst mulig i forbrukervennlig retning, vil dette være problematisk. Særlig hvis vurderingene har større innslag av skjønn. Flere av de lovbestemmelser som Forbrukerombudet fører tilsyn med er av mer skjønnsmessig karakter, som krever en nærmere vurdering for å fastslå hvorvidt praksisen er i strid med loven. Markedsføringsloven preges også av rettslige standarder, dvs. normer som kan endre seg med samfunnsutviklingen. Et eksempel er forbudet mot «urimelig handelspraksis». Hva som er urimelig vil kunne endre seg over tid.

Bestemmelsen bygger imidlertid på totalharmonisert regelverk fra EU, og Forbrukerombudet vil i sine vurderinger uansett følge praksis i EU/EØS. Dette gjør at tolkningen av regelverket er noe mindre skjønnspreget enn tidligere.

Det kan nok være ulike meninger om Forbrukerombudet forsøker å strekke regelverket i forbrukervennlig retning eller om de har en nøytral oppfatning av bestemmelsene. Etter loven er imidlertid utgangspunktet at Forbrukerombudet gjennom forhandlinger skal få de næringsdrivende til å innrette seg etter loven, verken mer eller mindre. Et eksempel er at det etter markedsføringsloven § 22 ikke skal benyttes vilkår som er urimelige overfor forbrukerne. Her fremgår det av selve loven at det ved rimelighetsvurderingen skal legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter og på hensynet til klarhet i kontraktsforholdet.

Så lenge Forbrukerombudet praktiserer forhandlingsmodellen som forutsatt, kan ikke departementet se at forhandlingsmodellen skal stå i veien for at Forbrukerombudet også har vedtakskompetanse.

Et annet spørsmål er hvordan primær vedtakskompetanse vil virke inn på muligheten til å oppnå resultater gjennom forhandlinger. Difi skriver også i sin rapport om forbrukerapparatet at de «ser at det kan være utfordrende å kombinere forhandlingsmodell med utvidet vedtakskompetanse i Forbrukerombudet. Det kan for eksempel være at økt myndighet bidrar til økt konfliktnivå og svekket vilje til å komme fram til omforente og frivillige løsninger».¹⁸

Slik departementet ser det kan vedtakskompetanse for Forbrukerombudet også få en positiv effekt på forhandlingene, ved at de næringsdrivende raskere innretter seg i samsvar med lovverket. At Forbrukerombudet gis primær vedtakskompetanse vil her kunne fungere som et mer reelt «ris bak speilet» sammenlignet med alternativet der saken må bringes inn til Markedsrådet.

På bakgrunn av det ovennevnte mener departementet at forhandlingsmodellen, som en arbeidsform, ikke vil stå i veien for at Forbrukerombudet får primær vedtakskompetanse.

¹⁸ Difi-rapport 2015:4 s. 63

Når det gjelder forhandlingsmodellens krav om å forsøke å oppnå «frivillig ordning» vil departementet foreslå visse endringer. Dette er behandlet i punkt 4.3 nedenfor.

4.2.3.4 Endelig vurdering og forslag

For å styrke og effektivisere håndhevingen av markedsføringsloven og øvrig regelverk som Forbrukerombudet fører tilsyn med, foreslår departementet at Forbrukerombudet gis primær vedtakskompetanse. Forbrukerombudet er et tilsynsorgan, og bør i likhet med andre tilsynsmyndigheter ha mulighet til å sanksjonere lovbrudd der det anses nødvendig. Slik ordningen er i dag, kan det i enkelte saker gå lang tid fra lovbrudd er konstatert til et vedtak er fattet. Å legge vedtakskompetansen til Forbrukerombudet vil derfor kunne effektivisere håndhevingen i flere saker.

Forslaget om å gi Forbrukerombudet vedtakskompetanse er innarbeidet i lovendringsforslaget, se særlig § 35 med kommentarer.

Forslaget medfører at Markedsrådet vil få rollen som klageinstans i en ordinær forvaltningsprosess. I den forbindelse er det nødvendig å se nærmere på Markedsrådets sammensetning, oppgaver og saksbehandling, se punkt 5.

4.3 Kravet til «frivillig ordning»

4.3.1 Gjeldende rett og praksis

Forbrukerombudets saksbehandling er basert på en såkalt forhandlingsmodell, jf. mfl. § 35. Forhandlingsmodellen innebærer at ombudet primært skal arbeide for å få de næringsdrivende til å innrette seg frivillig etter regelverket som ombudet fører tilsyn med.

Forbrukerombudet behandler saker på grunnlag av klager eller på eget initiativ. I første omgang skal ombudet benytte seg av «myke» virkemidler som informasjonsvirksomhet, dialog og forhandlinger for å motvirke brudd på loven, jf. § 35 første ledd. Denne bestemmelsen gjelder generelt, også før det er konstatert lovstrid.

For det tilfellet at Forbrukerombudet finner at loven er brutt, skal det som hovedregel søkes å få den næringsdrivende til å inngå en *frivillig ordning* om at den lovstridige praksisen skal opphøre, jf. § 35 annet ledd. Tilsvarende krav gjelder etter angrerettloven § 41 tredje ledd. Det stilles ikke formkrav til frivillige ordninger. Den næringsdrivende kan derfor gi en muntlig lovnad om å innrette seg. Dersom den næringsdrivende lover å innrette seg, men ikke gjør det i praksis vil det likevel ikke være oppnådd frivillig ordning. Den næringsdrivende kan også stilltiende rette seg etter Forbrukerombudets syn. Dersom lovbruddet opphører vil saken være løst.

I praksis vil Forbrukerombudet gjerne rette en skriftlig henvendelse til den næringsdrivende hvor det gjøres oppmerksom på at tiltaket vurderes å være i strid med regelverket, og på den bakgrunn bes det om at forholdet rettes opp. I samme henvendelse bes den næringsdrivende kommentere saken, herunder gjennomføre nødvendige endringer for å sikre fremtidig etterlevelse.

For å rydde unna tvil om innholdet i en frivillig ordning, kan Forbrukerombudet kreve en skriftlig bekreftelse fra den næringsdrivende på at ulovlige forhold skal opphøre, jf. § 35 annet ledd tredje punktum. Det kan også kreves at den næringsdrivende unnlater å ta i bruk den lovstridige handelspraksisen eller det urimelige avtalevilkåret for fremtiden. Det er konkrete og aktuelle handlinger eller vilkår, som Forbrukerombudet kan kreve bekreftelse på at skal opphøre eller at den næringsdrivende skal unnlate å ta i bruk.¹⁹ Den næringsdrivende vil ikke være forpliktet til å avgi skriftlig bekreftelse. Dersom den næringsdrivende velger å ikke avgi en skriftlig bekreftelse, vil rettsvirkningen være at det ikke er oppnådd frivillig ordning. Av Forbrukerombudets årsrapport for 2015 fremgår det at det ble avgitt 0 skriftlige bekreftelser i 2015, mens i 2014 var tallet 3.²⁰

I visse tilfeller som nevnt i § 36 er det likevel ikke nødvendig for Forbrukerombudet å forsøke frivillig ordning. Dette gjelder for det første der den næringsdrivende handler i strid med visse spesifikke og mindre skjønnsmessige forbud, herunder bestemmelsene i forskrift om urimelig handelspraksis.²¹ For det andre dersom handlingen eller avtalevilkåret i det vesentlige er identisk med handlinger eller vilkår som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot, eller der den næringsdrivende handler i strid med en tidligere avgitt skriftlig bekreftelse. Forbrukerombudet trenger heller ikke forsøke frivillig ordning ved manglende dokumentasjon for påstand om konkret virkning i markedsføring (etter en 48-timers frist), eller der en slik påstand åpenbart ikke kan dokumenteres.²²

Dersom frivillig ordning ikke oppnås, evt. at det ikke er nødvendig å forsøke frivillig ordning, kan Forbrukerombudet forelegge saken for Markedsrådet til avgjørelse, jf. § 35 tredje ledd. I visse tilfeller kan Forbrukerombudet selv fatte vedtak, jf. § 37.

Forbrukerombudets og Markedsrådets vedtakskompetanse er nærmere omtalt i punkt 4.2.

Omtrent 400 saker blir realitetsbehandlet av Forbrukerombudet hvert år. I de aller fleste saker kommer Forbrukerombudet og den næringsdrivende til enighet om hvordan praksis skal endres. Kun i et fåtall av sakene (8-10) har ombudet ansett det som nødvendig å fatte vedtak eller bringe saken inn for Markedsrådet.

Gjeldende forordning (EF) nr. 2006/2004 om forbrukervernsamarbeid artikkel 4 nr. 3 bestemmer at hver av håndhevingsmyndighetene skal ha den etterforsknings- og håndhevingskompetanse som er nødvendig for anvendelse av forordningen. Artikkel 4 nr. 6 oppstiller i bokstav a) til g) visse minstekrav til kompetanse, blant annet skal myndighetene kunne kreve at enhver overtredelse stanses eller forbys (bokstav f), samt ha

¹⁹ Rekkevidden til vedtak og frivillige ordninger er særlig omtalt i Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.4

²⁰ Forbrukerombudets årsrapport for 2015:

https://forbrukerombudet.no/content/2016/02/%C3%85rsmelding-2015_nynorsk.pdf.

²¹ Forskrift 1. juni 2009 nr. 565 implementerer den såkalte «svartelisten» (Bilag 1 til direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis). Listen omfatter former for handelspraksis som under alle omstendigheter skal anses som urimelige. Listen er uttømmende og kan ikke suppleres av medlemsstatene. At en handling *ikke* står på listen betyr ikke at den er tillatt, men en eventuell lovstrid må vurderes etter de generelle bestemmelsene §§ 6 til 9 i hvert enkelt tilfelle.

²² Unntaket der Markedsrådet tidligere har truffet forbudsvedtak i en tilsvarende sak gjaldt også etter markedsføringsloven 1972, jf. § 14 annet ledd. De øvrige unntakene ble innført ved loven av 2009 med det formål å effektivisere håndhevingen, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.7.3 til 15.7.5.

mulighet til å ilegge økonomiske sanksjoner (bokstav g). Bokstav e) gir myndighetene en rett til å få skriftlig bekreftelse fra lovovertrедeren på at ulovlige forhold skal opphøre. Forordningen er gjennomført i norsk rett med virkning fra 1. mars 2007, hovedsakelig gjennom regler i markedsføringsloven.²³

I forslaget til revidert forordning om forbrukervernsamarbeid²⁴ foreslås det at myndighetene gis mer omfattende kompetanse og sanksjoner, jf. artikkel 8.

Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis artikkel 11 pålegger alle EU/EØS-land å sikre at det finnes tilstrekkelige og effektive virkemidler til å bekjempe urimelig handelspraksis, slik at direktivets bestemmelser overholdes i overensstemmelse med forbrukernes interesser. Medlemslandene skal gi domstolene eller de administrative myndigheter hjemmel til å kunne påby at urimelig handelspraksis opphører eller forby praksis som ennå ikke er iverksatt. Muligheten til å påby opphør eller forby iverksettelse av urimelig handelspraksis, skal kunne treffes som ledd i en fremskyndet fremgangsmåte, enten med foreløpig virkning eller med endelig virkning. Artikkel 13 pålegger medlemsstatene å fastsette effektive, forholdsmessige og avskrekkende sanksjoner. Kravene i direktivet er gjennomført ved markedsføringsloven 2009.²⁵

Direktivet 2011/83/EU om forbrukerrettigheter stiller i artikkel 23 krav om at medlemsstatene har egnede og effektive midler som kan sikre at bestemmelsene i direktivet overholdes, mens artikkel 24 stiller krav om virkningsfulle, forholdsmessige og avskrekkende sanksjoner. Kravene er gjennomført i angrerettloven fra 2014.²⁶

4.3.2 Problemstilling

Begrepet «frivillig ordning» benyttes i to sammenhenger i dagens markedsføringslov. For det første for å beskrive innholdet i forhandlingsmodellen som Forbrukerombudet arbeider etter, og for det andre som et vilkår for å kunne fatte vedtak i visse typer saker.

Forbrukerombudet har påpekt at det i dag stilles krav om å forsøke frivillige ordning i saker hvor dette åpenbart ikke er egnet. Ombudet har også påpekt at et vilkår om å forsøke frivillig ordning for å kunne fatte vedtak, kan være problematisk med hensyn til kravet til en effektiv håndheving av EU/EØS-regelverket.

4.3.3 Departementets vurderinger og forslag

Bestemmelsen som regulerer de tilfeller hvor det ikke er nødvendig å forhandle om frivillig ordning, kom inn i markedsføringsloven i 2009 med det formål å effektivisere Forbrukerombudets håndheving på enkelte punkter. Selv om Forbrukerombudet er unntatt fra plikten til å forhandle om frivillig ordning i en del tilfeller, er fortsatt mange saker hvor dette er hovedregelen.

²³ Jf. Ot.prp. nr. 102 (2005-2006) og Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)

²⁴ COM (2016) 283

²⁵ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)

²⁶ Jf. Prop. 64 L (2013-2014)

At brudd på enkelte lovbestemmelser er omfattet av kravet om å forsøke frivillig ordning, er i forarbeidene begrunnet med at bestemmelsene er mer skjønnsmessig utformet, og derfor taler for den «myke» fremgangsmåten gjennom forhandlingsmodellen.²⁷

Forbrukerombudet har påpekt at kravet har fått uheldige utslag i praksis og blant annet vist til saker der ombudet mente at den næringsdrivende handlet i strid med mfl. §§ 6 og 9 om urimelig og aggressiv handelspraksis, i form av aggressiv inndriving av omtvistede krav. Dersom handlingen ikke rammes av de former for aggressiv handelspraksis som fremgår av den såkalte «svartelista», gjelder utgangspunktet om dialog og forhandlinger for å forsøke frivillig ordning, før det kan bli aktuelt å fatte vedtak.

Departementet er enig med Forbrukerombudet i at kravet om å forsøke frivillig ordning virker lite hensiktsmessig i et slikt tilfelle. Ved aggressiv handelspraksis utsettes forbrukerne for et utilbørlig press fra den næringsdrivende, og behovet for å kunne handle raskt gjør seg derfor særlig gjeldende. Dialog og forhandlinger vil ikke være egnede virkemidler i denne sammenheng. Tvert imot gir det useriøse næringsdrivende en mulighet til å trenere saken og holde lovstridig markedsføring gående mens det drøftes om det er mulig å oppnå frivillig ordning.

Kravet om å forsøke frivillig ordning har også fått andre uheldige utslag i praksis. Et eksempel er der den næringsdrivende bevisst villeder forbrukerne i sin markedsføring, men Forbrukerombudet ikke kan reagere med en økonomisk sanksjon hvis det er snakk om en «førstegangsovertredelse». Det anses negativt både for forbrukere og konkurrenter at næringsdrivende som bryter loven kan «slippe unna» med lovbrudd første gang dette skjer. Forbrukerombudet har i denne sammenheng påpekt at kravet om å forsøke frivillig ordning synes problematisk med hensyn til de krav som stilles til en adekvat og effektiv håndheving av EU-regelverket. Spørsmålet om Forbrukerombudet har gått langt nok i prøve å oppnå en «frivillig ordning» før det fattes vedtak har også vært gjenstand for prosess i flere saker for Markedsrådet, og i mange saker som en del av dialogen mellom Forbrukerombudet og næringsdrivende. Kravet medfører derfor økt ressursbruk for begge sider.

Slik departementet vurderer det, fungerer modellen med dialog og forhandlinger godt i flertallet av de saker som behandles hos Forbrukerombudet. Det er derfor ikke aktuelt å gå bort fra forhandlingsmodellen som *arbeidsform*. Forbrukerombudet skal fortsatt forsøke å påvirke næringsdrivende til å innrette seg frivillig etter loven, herunder føre forhandlinger med de næringsdrivende eller deres organisasjoner.

Departementet ser imidlertid at plikten til å forsøke frivillig ordning som en *betingelse* for å kunne fatte vedtak mot den lovstridige handlingen eller avtalevilkåret, forhindrer en effektiv håndheving av flere av lovens bestemmelser. Departementet har etter dette kommet til at kravet om å forsøke frivillig ordning som en betingelse for å fatte vedtak i visse typer saker, jf. mfl. § 35 annet ledd første og annet punktum, bør fjernes.

²⁷ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.7.4.1 og 15.7.4.4

Forbrukerombudet har opplyst at det ikke har vært noen merkbar økning i vedtak fra Forbrukerombudet eller Markedsrådet etter at man i 2009 fjernet kravet om frivillig ordning ved brudd på reglene i markedsføringsloven kapittel 3 og forskrift om urimelig handelspraksis (den såkalte «svartelista»). Departementet har derfor ingen forventning om at antallet vedtak vil øke betraktelig fordi man går bort fra kravet i sin helhet. Forhandlinger med næringsdrivende, herunder det å påvirke næringsdrivende til å innrette seg etter loven, vil fortsatt være Forbrukerombudets primære arbeidsmetode for å sikre etterlevelse. Dette er synliggjort i markedsføringsloven § 35 første ledd som foreslås videreført.

I tillegg vil forvaltningslovens krav til forsvarlig saksbehandling gjelde ved siden av markedsføringsloven. Dette betyr at den næringsdrivende i utgangspunktet skal forhåndsvarsles om eventuelle vedtak, jf. forvaltningsloven § 16. Av samme bestemmelse følger det at vedkommende skal gis anledning til å uttale seg innen en angitt frist. Videre følger det av forvaltningsloven § 17 at forvaltningsorganet skal påse at saken er så «godt opplyst som mulig» før vedtak treffes.

Når det gjelder hjemmelen i mfl. § 35 annet ledd tredje punktum, som sier at Forbrukerombudet kan kreve skriftlig bekreftelse fra den næringsdrivende på at ulovlige forhold skal opphøre, foreslås denne videreført. Bakgrunnen for dette er at bestemmelsen gjennomfører artikkel 4 nr. 6 bokstav e) i forordningen om forbrukervernsamarbeid. I forarbeidene fremgår det at bestemmelsen er et alternativ til sanksjoner. Det knyttes ikke andre rettsvirkninger til manglende etterfølgelse av kravet om skriftlig bekreftelse, enn at tilsynsmyndigheten kan velge å forfølge saken videre med forbudsvedtak mv. Dersom overtrederen gir en skriftlig bekreftelse på at det ulovlige skal opphøre, vil vedkommende være avtalerettslig forpliktet til å gjøre det.²⁸

Departementets forslag om å fjerne kravet om å forsøke frivillig ordning må sees i sammenheng med forslaget om å utvide hjemmelen til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr, se punkt 6.5.

Det er også en plikt til å forsøke å oppnå frivillig ordning før det fattes vedtak etter angrerettloven § 41 tredje ledd. Departementet foreslår også å fjerne dette kravet.

Det vises til lovendringsforslaget i markedsføringsloven § 35 og angrerettloven § 41 med kommentarer.

4.4 Endring av navn

4.4.1 Gjeldende rett

På forbrukerområdet er det i dag to organer som er sentrale i å ivareta forbrukernes rettigheter: Forbrukerombudet som håndhever offentligrettslige krav og Forbrukerrådet som er forbrukernes interesseorganisasjon samt mekler i privatrettslige tvister. Begge

²⁸ Jf. Ot.prp. nr. 102 (2005-2006) punkt 3.4.2 og 3.4.3.1

driver utadrettet virksomhet og har en pådriverfunksjon, om enn i noe forskjellig grad, se vedlegget pkt. 1.

Forbrukerombudet er både en stilling og en organisasjon. Personen so innehar stillingen som Forbrukerombud åremålsbeskikkes av Kongen for en periode på seks år uten adgang til gjenoppnevning, jf. mfl. § 32 annet ledd.²⁹

4.4.2 Problemstilling

Difi har i sin gjennomgang av forbrukerapparatet vist til at Forbrukerombudets navn i dag skaper forvirring om organets rolle:

«Forbrukerombudet er i dag en tilsynsmyndighet og bruk av ombudsbegrepet i navnet bidrar til forvirring rundt hva slags rolle Forbrukerombudet har vis-a-vis Forbrukerrådet. En navneendring hvor det går klart frem at Forbrukerombudet er en tilsynsmyndighet vil i seg selv bidra til en rolleavklaring. Ut fra bruk og forståelse av ombudsbegrepet i forvaltningen for øvrig, ville derfor markeds(førings)tilsyn el. etter Difis mening kunne være et mer dekkende betegnelse på Forbrukerombudet.»³⁰

4.4.3 Departementets vurderinger og forslag

Departementet er enig med Difi i at navnet i dag skaper forvirring. Slik forbrukerapparatet er organisert, er det i realiteten Forbrukerrådet som i størst grad har en pådriverrolle.

Som det fremgår av punkt 4.2.3 er hovedoppgaven til Forbrukerombudet å føre tilsyn med at loven overholdes. Ombudsnavnet gir inntrykk av en større pådriverrolle enn det Forbrukerombudet har. En navneendring vil kunne tydeliggjøre Forbrukerombudets tilsynsrolle. I tillegg er ombudsnavnet knyttet til organer uten vedtakskompetanse. Dette gjør også at det er naturlig med et navnebytte dersom Forbrukerombudet gis primær vedtakskompetanse.

Et navnebytte vil føre til at navnet skiller seg fra tilsvarende organ i Sverige, Finland og Danmark, Konsumentombudsmannen og Forbrugerombudsmanden. Departementet ser imidlertid ikke at dette kan tillegges avgjørende vekt. Det viktigste er at de som skal forholde seg til organet i Norge vil få de rette assosiasjoner til navnet. I tillegg vil det være en reell forskjell mellom det norske håndhevingsorganet og det svenske, finske og danske ved at det norske organet vil ha større kompetanse til å fatte vedtak. Den norske modellen vil bli mer lik systemet på Island, hvor Forbrukermyndigheten (Neytendastofa) har kompetanse til å fatte vedtak. En annen forskjell er at ombudsstillingen i disse landene er en selvstendig del innenfor en større organisasjon. I Sverige ligger funksjonen i Konsumentverket, i Finland i Konkurs- og konsumentverket og i Danmark er ombudsmannens sekretariat en del av Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Det foreslås derfor å endre Forbrukerombudets navn, eksempelvis til Forbrukertilsynet eller Markedsføringstilsynet.

²⁹ Åremålsperioden var tidligere på seks år, med mulighet for én gangs gjenoppnevning. Dette ble endret ved lov 19. juni 2009 nr. 43. Den nærmere begrunnelsen følger av Ot.prp. nr. 74 (2008-2009).

³⁰ Difi-rapport 2015:4 s. 47-48

Ulempen ved navnet «Markedsføringstilsynet» er at det ikke er dekkende for hele området Forbrukerombudet fører tilsyn med. I tillegg til markedsføring, fører Forbrukerombudet tilsyn med handelspraksis mer generelt, avtalevilkår og øvrig regelverk som verner forbrukernes interesser, slik som angrerettloven. Videre synliggjør ikke navnet «Markedsføringstilsynet» at Forbrukerombudet kun håndhever markedsføringsloven der forbrukerinteressen krever dette. Er reklame i strid med reglene for markedsføring næringsdrivende imellom må saken eventuelt klages inn for Næringslivets konkurranseutvalg, som er et selvdømmende organ opprettet blant annet av NHO og Virke.

Navnet «Forbrukertilsynet» tydeliggjør derimot hvilke hensyn Forbrukerombudet skal ivareta. En innvending mot forslaget er at det ikke i tilstrekkelig grad bidrar til å tydeliggjøre forskjellen til Forbrukerrådet. Det kan også gi inntrykk av at Forbrukerombudet ikke er en nøytral myndighet, men en pådriver for forbrukerinteressen. En annen innvending er at ombudet ikke fører tilsyn med forbrukere, noe navnet «Forbrukertilsynet» kan tilsi.

Alternativet «Forbrukertilsynet» er innarbeidet i lovendringsforslaget. Departementet presiserer at dette ikke innebærer at alternativet er endelig valgt.

Ved et navneskifte av virksomheten til eksempelvis Forbrukertilsynet, er det etter departementets vurdering også behov for å se på navnet på virksomhetens leder og oppnevningen.

I dag er Forbrukerombudet ansatt på åremål, men uten adgang til gjenoppnevning. Begrunnelsen for denne begrensningen var ombudenes særegne rolle hvor fornyelse, dynamikk og uavhengighet var særlig viktig.³¹ Som drøftet under pkt. 4.2.3 og vedlegget punkt 5 vurderer departementet at Forbrukerombudet først og fremst er et tilsyn og mindre grad et ombud. Det foreslås at Forbrukerombudets tilsynsrolle tydeliggjøres blant annet ved å endre navnet og at Forbrukerombudet gis primær vedtakskompetanse. I og med at tilsynsrollen tydeliggjøres er det naturlig å se hen til andre tilsyn ved vurderingen av hva lederen skal hete og hvor lenge vedkommende skal fungere. De fleste tilsynene departementet har undersøkt ledes av en direktør som er ansatt på vanlige åremålsbetingelser, det vil si at åremålsperioden er på 6 år med mulighet for gjenoppnevning én gang.³² Det foreslås derfor at Forbrukertilsynet ledes av en direktør på alminnelige åremålsbetingelser.

Det vises til lovendringsforslaget i § 34 første ledd.

³¹ Se Ot.prp. nr. 74 (2008-2009) pkt. 2.3.1 og 2.5

³² Etter tjenestemannsloven § 3 nr. 2 bokstav f kan tjenestemenn ansettes på åremål. Det er gitt nærmere regler om lengden på åremålsstillinger og gjenoppnevning i forskrift til tjenestemannsloven § 3 nr. 2.

5 Markedsrådet

5.1 Innledning

Denne delen behandler problemstillingene departementet har identifisert når det gjelder Markedsrådet, herunder Markedsrådets sammensetning, oppgaver og saksbehandling.

5.2 Sammensetning

5.2.1 Gjeldende rett og praksis

Etter mfl. § 32 tredje ledd skal Markedsrådet bestå av en leder, nestleder og syv medlemmer. Samtlige har personlige varamedlemmer. Markedsrådet er vedtaksført når lederen eller nestlederen og minst fire andre medlemmer eller varamedlemmer er til stede. I praksis møter som regel samtlige ni medlemmer enten selv eller med sin vara.

Det store antallet medlemmer er begrunnet med at Markedsrådet bør ha en bred og allsidig sammensetning.³³

Det følger av forarbeidene at det er ønskelig at leder og nestleder har dommerkvalifikasjoner, noe som innebærer krav om juridisk embetseksamen og norsk statsborgerskap.³⁴ Videre fremgår det at selv om det ikke er regler om Markedsrådets sammensetning, forutsettes det at:

«[...] Markedsrådet sammensettes av personer som kan opptre uavhengig og bidra til å tilføre rådet samlet en bred og allsidig innsikt så vel i de almene sider ved saker rådet får til behandling som i de sider ved sakene som særlig berører de næringsdrivendes og forbrukernes forhold i alminnelighet til spørsmål som rådet får å ta stilling til.»³⁵

Markedsrådets medlemmer og varamedlemmer, totalt 18 stykker, oppnevnes av Kongen for fire år av gangen. Det er ingen begrensninger i muligheten til å gjenoppnevne medlemmene. I tillegg til at medlemmene samlet skal ha en bredde i både kompetanse og erfaring, ønsker man å tilstrebe representasjon fra ulike deler av landet.

Markedsrådets sammensetning har vært uendret siden 1972, og ble ikke drøftet særskilt i forbindelse med utarbeidelsen av ny lov i 2009.³⁶

5.2.2 Problemstilling

Antallet medlemmer som behandler saker i Markedsrådet, samt kravene til rådets sammensetning, gjør at både oppnevning og saksbehandling er svært ressurskrevende. Samtlige forvaltningsklagenemnder som er undersøkt i forbindelse med utarbeidelsen av høringsnotatet har færre medlemmer.

³³ Ot.prp. nr. 57 (1971-72) s. 28

³⁴ Se domstolloven §§ 53 og 54

³⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 207 og Ot.prp. nr. 57 (1971-72) s. 28

³⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 140 og 141

5.2.3 Departementets vurderinger og forslag

5.2.3.1 Antall medlemmer

Av forarbeidene til markedsføringsloven av 1972 fremgår det ikke uttrykkelig hvorfor det på markedsføringsrettens område skal være behov for et så omfattende og bredt sammensatt kollegium ved vurderingen av denne typen saker. Det kan imidlertid ha sammenheng med at mange bestemmelser i markedsføringsloven av 1972 var generelt utformet med utstrakt bruk av rettslige standarder. Avgjørende for tolkningen av slike standarder vil ofte være normer på andre områder, og innholdet i disse vil kunne endre seg over tid. Slike normer kan være av samfunnsmessig, forretningsmessig og moralsk art, noe som kan tilsi at vurderingene foretas av et kollegium med bred erfaring.

Selv om bestemmelsene i markedsføringsloven fortsatt legger opp til skjønnsmessige vurderinger, har markedsføringsretten endret karakter siden 1972. Den viktigste endringen som har skjedd er at store deler av markedsføringsloven er fullharmonisert på EU-nivå ved markedsføringsloven av 2009 som gjennomførte direktiv 2005/29/EF. I tillegg til at de rettslige standardene er konkretisert, innebærer dette at Markedsrådet må følge de avgjørelser som fattes av EFTA- og EU-domstolene.

Både hensynet til effektiv ressursutnyttelse og endringene i markedsføringsretten, tilsier etter departementets vurdering at det gjøres endringer i Markedsrådets sammensetning.

I den nye Konkurranselagenemnda skal avgjørelser fattes i et utvalg på tre medlemmer. I særlige tilfeller kan lederen beslutte at avgjørelser skal treffes i en forsterket nemnd på fem medlemmer.³⁷ Det kan også nevnes at Stortinget nylig har vedtatt at Pasientskadenemnda som hovedregel skal settes med tre nemndsmedlemmer, og ikke fem slik det var tidligere. Begrunnelsen for endringen var å effektivisere saksbehandlingen.³⁸ Lederen kan bestemme at nemnda settes med fem medlemmer der sakens vanskelighetsgrad gjør det nødvendig.³⁹ I tingretten, som i dag kan overprøve alle avgjørelser som treffes av Markedsrådet, treffes avgjørelser av én fagdommer. Dersom partene krever det eller retten finner det ønskelig kan retten settes med to meddommere og disse kan være fagkyndige der forsvarlig behandling av saken tilsier det.⁴⁰

For å effektivisere behandlingen av den enkelte sak og i lys av at avgjørelsene blir stadig mer styrt av totalharmoniserte europeiske rettsakter med tilhørende rettspraksis, har departementet derfor falt ned på at antall medlemmer som treffer avgjørelse bør reduseres til tre. I likhet med forslaget til ny Konkurranselagenemnd, foreslås det ikke et eksakt antall nemndsmedlemmer totalt da dette vil avhenge av sakstilfang.

Etter departementets vurdering vil det unntaksvis kunne være behov for å sette ned et forsterket råd på fem medlemmer. Det kan være tilfellet i prinsipielt viktige saker eller i saker som krever særlig fagkunnskap.

³⁷ Se konkurranseloven § 36 tredje ledd og Prop. 37 L (2015-2016) s. 93

³⁸ Se pasientskadeloven § 9 tredje ledd og Prop. 9 L (2015-2016) s. 18

³⁹ Se pasientskadeloven § 16

⁴⁰ Se tvisteloven § 9-12 første og annet ledd

Av hensyn til effektiv saksbehandling er det etter departementets vurdering ikke alltid nødvendig at tre personer fatter en avgjørelse. Dette vil være klager på Forbrukerombudets prosessledende avgjørelser, slik som innsyn og pålegg om å gi opplysninger, og saker som er nedprioritert av Forbrukerombudet. For å sikre en effektiv behandling av slike saker, gis leder eller nestleder mulighet til å avgjøre saken alene. Det er imidlertid ingenting i veien for at leder eller nestleder forelegger saken for tre eller fem rådsmedlemmer hvis vedkommende anser dette som hensiktsmessig.

Departementet foreslår at Markedsrådets leder eller nestleder beslutter om saken skal behandles av fem medlemmer eller leder/nestleder alene.

5.2.3.2 Kompetanse

Når det gjelder krav til kompetanse, kan det nevnes at både Konkurranseskylagenemnda og Pasientskadenemnda stiller krav i loven til at lederen har juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap. For Konkurranseskylagenemnda stilles det i tillegg krav om at lederen må tilfredsstille kravene til høyesterettsdommere, det vil si at de er over 30 år. Konkurranseskylagenemnda stiller ingen kompetansekrav til øvrige medlemmer, mens Pasientskadenemnda krever at ett medlem som hovedregel skal være brukerrepresentant og det andre medisinsk sakkyndig.

I og med at Markedsrådets avgjørelser har gått fra å være mer skjønnsmessige til å bli styrt av rettsregler og rettspraksis, vurderer departementet det slik at det bør stilles krav til juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap i loven. Departementet ser imidlertid ikke grunn til å stille øvrige krav som stilles til dommere, slik som statsborgerskap eller en viss alder. Markedsrådet foreslås fortsatt å kunne behandle saker, om enn i noe mindre utstrekning, i en muntlig domstolslignende prosess. Departementet vurderer det derfor som ønskelig at leder og nestleder har en viss erfaring med å lede slike prosesser, uten at dette foreslås som et vilkår i loven.

Når det gjelder øvrige medlemmer, har departementet vurdert om de skal være representanter for henholdsvis forbruker- og næringsiden slik som i forbrukertvistutvalget eller om de bør ha særskilt kompetanse innenfor et fagområde, eksempelvis juss, økonomi, teknologi eller markedsføring, eventuelt en kombinasjon av interesserepresentasjon og fagkompetanse. Som det fremgår av forarbeidene som er sitert i pkt. 5.2.1, skal Markedsrådets medlemmer opptre uavhengig og ikke representere en bestemt side. Departementet oppfatter at det også er slik i praksis. I dagens Markedsråd er åtte av ni jurister. Departementet vurderer det slik at med den økte rettsliggjøringen av de vurderingene Markedsrådet skal foreta er det viktig at medlemmene er uavhengige og har juridisk kompetanse. Samtidig vil økt bruk av internett, nye markedsføringsmetoder og innsikt i forbrukeradferd gjøre at også annen fagkompetanse vil kunne være viktig for å få klargjort faktum i saker for Markedsrådet. Departementet vurderer det slik at dette ikke bør reguleres i loven, men at det ved oppnevningen, sett opp mot tilgjengelige kandidater, bør tas sikte på å ha medlemmer som har kompetanse innenfor juss, teknologi og økonomi eller markedsføring.

5.2.3.3 Andre spørsmål

For øvrig foreslår departementet å videreføre gjeldende rett ved at medlemmene oppnevnes for fire år, og at det ikke er noen begrensninger i adgangen til å gjenoppnevne medlemmer. I motsetning til i dag, foreslås det at departementet og ikke Kongen utnevner leder og øvrige medlemmer. Dette begrunnes med at Markedsrådet, i henhold til forslaget, ikke skal gjenspeile ulike interesser, og heller være et fagkyndig klageorgan.

Se lovendringsforslaget i § 38 første og annet ledd, samt § 9 i forslaget til forskrift.

5.3 Oppgaver

5.3.1 Gjeldende rett og praksis

Etter mfl. § 38 behandler Markedsrådet saker som det blir forelagt av Forbrukerombudet. Dersom Forbrukerombudet velger ikke å bringe en sak inn for Markedsrådet, kan den næringsdrivende eller forbrukeren som berøres av handlingen eller vilkåret ta initiativ til å få *saken realitetsbehandlet* av Markedsrådet. Tilsvarende kan også sammenslutninger av næringsdrivende, forbrukere eller lønnstakere kreve Markedsrådets behandling av saker.⁴¹

Bestemmelsen gir ikke forbrukere eller næringsdrivende rett til å få *Forbrukerombudets avgjørelse* om å avslutte en sak, for eksempel nedprioriteringer, behandlet i Markedsrådet.⁴² Det har allikevel utviklet seg en praksis der Markedsrådet behandler klager på ombudets nedprioriteringer.

Uavhengig av om det er kommet en klage eller ikke, kan Markedsrådet av eget tiltak kreve at Forbrukerombudet bringer nærmere bestemte saker inn for Markedsrådet.⁴³

Markedsrådet behandler også klager på Forbrukerombudets vedtak, samt prinsipielle saker etter § 35 fjerde ledd.⁴⁴ Adgangen til å behandle prinsipielle saker er kun benyttet én gang siden adgangen ble innført i 1992.⁴⁵

Forbrukerombudet fatter ikke bare vedtak, men også avgjørelser om innsyn etter offentleglova og pålegg om å gi opplysninger etter markedsføringsloven § 33. Etter forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling § 2 tredje ledd er:

«Markedsrådet [...] Forbrukerombudets overordnede organ i saker om anvendelsen av markedsføringsloven. For andre saker, for eksempel saker om innsyn og klager på saksbehandling, er Barne- og likestillingsdepartementet klageinstans.»

5.3.2 Problemstillinger

I høringsnotatet punkt 4.2 foreslås det at Forbrukerombudet gis primær vedtakskompetanse. Dette innebærer nødvendigvis også endringer i Markedsrådets

⁴¹ Se mfl. § 38 første ledd andre punktum.

⁴² Se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 147

⁴³ Se mfl. § 38 første ledd tredje punktum.

⁴⁴ Se mfl. § 38 annet ledd.

⁴⁵ Se MR-2012-576 (Norges innsamlingsråd) der spørsmålet var tolkningen av begrepet «eksisterende kundeforhold» i relasjon til en forbruker og en frivillig organisasjon.

oppgaver da dagens regulering forutsetter at Markedsrådet er det primære vedtaksorganet og at Forbrukerombudet bringer saker inn til Markedsrådet, jf. formuleringene i markedsføringsloven § 38 første ledd.

Etter gjeldende rett er det uklart om klager på saksbehandlingen og pålegg om å gi opplysninger til Forbrukerombudet skal behandles av Markedsrådet eller departementet. I henhold til forskriften skal klager på saksbehandlingen gå til departementet. Samtidig er det lang praksis for at Markedsrådet ikke bare tar stilling til materielle spørsmål ved sin behandling av saken, men også eventuelle saksbehandlingsfeil.⁴⁶ I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål ved om det er departementet eller Markedsrådet som bør behandle klager på prosessledende avgjørelser slik som innsyn og opplysningsplikt.

En siste problemstilling er om det er noe reelt behov for en lovbestemmelse som gir Forbrukerombudet muligheten til å forelegge prinsipielle spørsmål for Markedsrådet. Som nevnt har denne muligheten kun blitt benyttet én gang siden 1992.

5.3.3 Departementets vurderinger og forslag

5.3.3.1 Klager på Forbrukerombudets vedtak

Dersom Forbrukerombudet fatter vedtak i alle saker, vil Markedsrådets oppgave først og fremst være å behandle klager på Forbrukerombudets vedtak. Forbrukerombudet vil ikke lenger bringe saker til Markedsrådet for at vedtak skal bli fattet. Det følger av alminnelig forvaltningsrett at dersom Forbrukerombudet mottar en klage på vedtak de har fattet, må ombudet først vurdere klagen. Er det ikke aktuelt for ombudet å ta klagen til følge, oversendes den til Markedsrådet for behandling.⁴⁷

5.3.3.2 Klager i saker der Forbrukerombudet ikke fatter vedtak

Saker som Forbrukerombudet behandler, men som de ikke bringer inn for Markedsrådet, kan i dag klages inn av forbrukere eller næringsdrivende som berøres av handlingen eller vilkåret samt deres interesseorganisasjoner.⁴⁸ Dette kan være saker der den næringsdrivende frivillig innretter seg etter Forbrukerombudets krav eller der Forbrukerombudet finner at det ikke foreligger brudd på loven. Et eksempel der denne klageretten ble benyttet var i 1998 da Markedsrådet behandlet NetComs bindingstid på mobiltelefonabonnement.⁴⁹ Forbrukerombudet hadde fremforhandlet visse endringer i NetComs mobiltelefonabonnement, og hadde akseptert 3 års bindingstid. Forbrukerrådet var uenig i dette, og tok saken inn til Markedsrådet. Markedsrådet vurderte at 3 års bindingstid var for lenge og la ned forbud mot vilkåret, i tråd med Forbrukerrådets klage. Det er nå slått fast i lang praksis for Markedsrådet at det i løpende avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende som hovedregel ikke kan opereres med lengre bindingstid enn ett år.

⁴⁶ Kompetansefordelingen mellom departementet og Markedsrådet i saksbehandlingsklager er nærmere behandlet i «Markedsføringsloven med kommentarer» av Lunde mfl. (2015) s. 290

⁴⁷ Se forvaltningsloven, særlig §§ 31 til 33

⁴⁸ Også sammenslutning av lønnstakere, se mfl. § 38 første ledd, andre punktum

⁴⁹ Se MR-1998-6. Et annet eksempel er MR-2012-575

Klagerett etter denne bestemmelsen antas å være noe videre enn det som følger av alminnelig forvaltningsrett ved at den verken krever at avgjørelsen må anses som et enkeltvedtak eller stiller krav til rettslig klageinteresse.⁵⁰

Departementet foreslår å videreføre denne klageretten, men å endre ordlyden i og med at Forbrukerombudet ikke lenger vil «bringe en sak inn for Markedsrådet».

5.3.3.3 Klager på Forbrukerombudets avgjørelse om å avslutte en sak

En sak som er klaget inn til Forbrukerombudet kan få mange forskjellige utfall: Forbrukerombudet kan beslutte å treffe vedtak, bringe saken inn for Markedsrådet, slå fast at loven ikke er brutt, konstatere at den næringsdrivende har innrettet seg eller nedprioritere saken. Der saken avsluttes av Forbrukerombudet uten at det gjøres noe med praksisen eller vilkåret det klages på, kan alle med rettslig klageinteresse etter alminnelig forvaltningsrett ha rett til å påklage Forbrukerombudets avgjørelse. Dette forutsetter at avgjørelsen må anses som et enkeltvedtak.⁵¹ I praksis behandler Markedsrådet alle klager på Forbrukerombudets nedprioriteringer, uten å vurdere om dette er å anse som et enkeltvedtak eller ikke. Markedsrådet realitetsbehandler ikke saken, men kan pålegge Forbrukerombudet å behandle saken. Markedsrådet er tilbakeholdne med å overprøve Forbrukerombudets vurderinger og klagebehandlingen er lite ressurskrevende.⁵²

Ved revisjonen av markedsføringsloven i 2009, ble det foreslått å lovfeste denne klageadgangen. Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp i Odelstingsproposisjonen.⁵³ Spørsmålet står i samme stilling i dag, og departementet ser ingen grunn til å endre dagens rettstilstand. Som det ble påpekt i forarbeidene til dagens markedsføringslov så har berørte næringsdrivende og forbrukere samt deres organisasjoner rett til å klage selve saken inn for Markedsrådet etter markedsføringsloven, se pkt. 5.3.3.2 ovenfor. I tillegg vil alle med rettslig klageinteresse ha rett til å påklage Forbrukerombudets vedtak etter alminnelig forvaltningsrett.

Departementet foreslår derfor ikke å gi forbrukere og næringsdrivende en rett etter markedsføringsloven til å påklage Forbrukerombudets avgjørelser om å avslutte en sak.

5.3.3.4 Klager på Forbrukerombudets øvrige avgjørelser

Det er ikke bare Forbrukerombudets vedtak, eller manglende vedtak, næringsdrivende og forbrukere kan være misfornøyde med. Også Forbrukerombudets behandling av innsynsbegjæringer, pålegg om å gi opplysninger og generelle saksbehandling kan det være reist innsigelser mot. Spørsmålet her er om disse innsigelsene skal behandles av Markedsrådet eller departementet. I henhold til forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling behandler departementet i dag saker om innsyn og klager på saksbehandling. Samtidig er det lang praksis for at Markedsrådet behandler klager på

⁵⁰ Enkeltvedtak kan påklages av alle med rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven § 28

⁵¹ Se note 51

⁵² Det er særlig saker om helse Markedsrådet har pålagt Forbrukerombudet å prioritere, se MR-2011-347 (realitetsbehandlet i MR-2012-735) og MR-2011-1447.

⁵³ Se Ot. prp.nr. 55 (2007-2008) pkt. 15.6.3

Forbrukerombudets saksbehandlingsfeil når de behandler klager på Forbrukerombudets vedtak eller saker ombudet har brakt inn for Markedsrådet. I ny konkurranselov § 35 er det vedtatt at Konkurransetilsynets prosessledende avgjørelser som kan påklages. Dette vil være saker om innsyn og pålegg om å gi opplysninger.⁵⁴ I høringsnotatet punkt 6.4 foreslås det at Forbrukerombudet og Markedsrådet skal kunne fatte vedtak om tvangsmulkt for å sikre at pålegg om å gi opplysninger etterkommes. Etter departementets vurdering vil det ikke være hensiktsmessig at departementet behandler klager på et slikt vedtak. Kompetansen og erfaringen med å behandle denne typen saker vil ligge hos Markedsrådet og ikke departementet. Det vil da heller ikke være hensiktsmessig at departementet behandler klager på selve pålegget om å gi opplysninger, selv om det ikke er fattet noe vedtak om tvangsmulkt. Når det gjelder krav om innsyn etter offentleglova ser departementet heller ikke her noen grunn til at klager på ombudets avgjørelser skal behandles av departementet. Klage på saksbehandlingsfeil knyttet til et vedtak bør, som i dag, behandles av Markedsrådet.

For å klargjøre og sikre en mer hensiktsmessig kompetansefordelingen mellom departementet og Markedsrådet foreslås det derfor å la alle Forbrukerombudets vedtak og avgjørelser med klagerett gå til Markedsrådet. En eventuell generell misnøye med Forbrukerombudets saksbehandling kan, som i dag, rettes til departementet, uten at det er nødvendig eller ønskelig å regulere dette i lov eller forskrift.

5.3.3.5 Saker av prinsipiell karakter

Et særskilt spørsmål som departementet ønsker høringsinstansenes syn på, er om Forbrukerombudet fortsatt bør ha anledning til å forelegge saker av prinsipiell karakter for Markedsrådets uttalelse, jf. gjeldende § 35 fjerde ledd. Denne muligheten ble innført i 1992 og er kun benyttet én gang.⁵⁵ Bestemmelsen ble innført med det formål å styrke Markedsrådet som rettskapende organ, samt skape klare linjer både for Forbrukerombudet og næringsdrivende.⁵⁶ Bestemmelsen gir Forbrukerombudet en mulighet til å få avklart prinsipielle spørsmål selv om den næringsdrivende innretter seg etter Forbrukerombudets standpunkt.⁵⁷ Bestemmelsen var oppe til diskusjon når markedsføringsloven av 2009 ble vedtatt. Den ble da utvidet til å omfatte ikke bare prinsipielle spørsmål om markedsføringstiltak, men også avtalevilkår.⁵⁸ Bakgrunnen var at departementet ikke så noen avgjørende argumenter mot å videreføre ordningen samt at ordningen ble antatt å være særlig aktuell for å avklare prinsipielle spørsmål rundt avtalevilkår.

Det daværende Justis- og politidepartementet diskuterte spørsmålet under forutsetning av at Forbrukerombudet hadde primær vedtakskompetanse, og uttalte i den forbindelse at de var i tvil om ordningen var hensiktsmessig. Justis- og politidepartementet påpekte at dette

⁵⁴ Se offentleglova § 32, forvaltningsloven § 14 og Prop. 37 L (2015-2016) s. 84.

⁵⁵ Se MR-2012-576

⁵⁶ Se Ot.prp. nr. 60 (1990-91) s. 1

⁵⁷ Se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 209

⁵⁸ Se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) pkt. 15.5

vil være et unntak fra lovforslagets normalordning om at ombudet treffer vedtak i første instans, og vil frata den næringsdrivende en reell toinstansbehandling.

Barne- og likstillingsdepartementet er ikke kjent med andre forvaltningsorgan som har eksplisitt hjemmel til å forelegge prinsipielle spørsmål for klageinstansen. Det har vist seg at Forbrukerombudets behov for å forelegge prinsipielle spørsmål for Markedsrådet er svært begrenset, også ved vurdering av avtalevilkår. Særordningen foreslås derfor fjernet.

5.3.3.6 Markedsrådets behandling av vedtak som ikke er påklaget

Markedsrådet kan i dag kreve at Forbrukerombudet bringer nærmere bestemte saker inn for Markedsrådet.⁵⁹ I og med at Forbrukerombudet ikke lenger vil bringe saker inn for behandling foreslås bestemmelsen fjernet. Departementet vurderer det slik at Markedsrådet fortsatt bør kunne behandle og omgjøre Forbrukerombudets vedtak av eget tiltak. Det er imidlertid ikke behov for å regulere spørsmålet i markedsføringsloven da dette følger av forvaltningsloven § 35 annet ledd.

Se lovendringsforslaget i § 38 tredje ledd med kommentarer.

5.4 Saksbehandling

5.4.1 Gjeldende rett

I tillegg til forvaltningsloven er Markedsrådets saksbehandling regulert i forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv.⁶⁰ kapittel II.

Markedsrådet bistås av et sekretariat som mottar et skriftlig sammendrag av saken fra Forbrukerombudet.⁶¹ Sekretariatet innhenter opplysninger som er nødvendige for å få klarlagt saken og berammer møte på vegne av Markedsrådets leder.⁶² Parten og Forbrukerombudet skal varsles om møtet og gis anledning til å forklare seg for Markedsrådet.⁶³ Også andre som har særlig interesse for eller opplysninger i saken kan varsles om møtet og forklare seg. Markedsrådets medlemmer får tilsendt sakens dokumenter forut for møtet.

Markedsrådet kan bestemme at saken skal behandles uten muntlige forhandlinger.⁶⁴ I praksis gjennomføres som regel muntlige forhandlinger dersom parten eller Forbrukerombudet ønsker det. Markedsrådet kan også bestemme at møtet skal foregå i et offentlig møte, det vil si at allmennheten skal få tilgang til forhandlingene.⁶⁵

⁵⁹ Se mfl. § 38 første ledd tredje punktum

⁶⁰ Se forskrift 5. juni 2009 nr. 588

⁶¹ Se forskriften § 8

⁶² Se forskriften § 4 og 8

⁶³ Se forskriften § 9

⁶⁴ Se forskriften § 11

⁶⁵ Se forskriften § 5

Etter at parten, Forbrukerombudet og eventuelt andre, har forklart seg, tas saken opp til rådslagning og avgjørelse blant Markedsrådets medlemmer. Er det behov for ytterligere opplysninger kan saken utsettes.⁶⁶

I en Markedsrådssak der det tas stilling til sakens realitet, vil Forbrukerombudet og den næringsdrivende normalt få ca én time hver til et hovedinnlegg. Deretter åpnes det for at Forbrukerombudet og den næringsdrivende kommenterer hverandres innlegg. Rådets medlemmer har anledning til å stille spørsmål. Til slutt settes det av ca. én time til Markedsrådets interne rådslagning og avgjørelse.

Det føres protokoll over forhandlingene med opplysninger om saken, møtet, Markedsrådets sammensetning med mer. Protokollen underskrives av medlemmene.⁶⁷

5.4.2 Problemstillinger

Muntlige forhandlinger er ressurskrevende, ikke bare for Forbrukerombudet, men også for de næringsdrivende som ønsker å få behandlet sin sak av Markedsrådet.

Forbrukerombudet har opplyst at næringsdrivende i enkelte saker kommer med nye opplysninger under den muntlige forhandlingen som det kan være vanskelig for Forbrukerombudet å undersøke.

Forbrukerombudet foreslås å være det primære vedtaksorgan, og vil ikke lenger bringe saker inn til Markedsrådet, slik dagens saksbehandlingsregler forutsetter. Dette nødvendiggjør visse justeringer i dagens saksbehandlingsregler.

5.4.3 Departementets vurderinger og forslag

Behandlingen av Markedsrådssaker skjer i dag i all hovedsak i en muntlig prosess som har klare likhetstrekk med domstolene. Dette er ressurskrevende og skiller prosessen for Markedsrådet fra de fleste andre forvaltningsklageprosesser.

Fordelen ved en slik prosess er at muntlighet kan gi et mer fullstendig bilde av saken og styrke tilliten til saksbehandlingen. Muntlighet gir større sikkerhet for at den som rammes av et vedtak har mottatt all informasjon som vedtaksorganet legger til grunn, og at vedkommende har fått anledning til å imøtegå denne informasjonen.⁶⁸

I tillegg kan det stilles spørsmål ved om ikke en muntlig behandling i noen saker kan være mer ressurseffektivt. En muntlig behandling gir en mer konsentrert behandling av saken og man unngår utveksling av argumenter via brev og e-post som strekker seg over tid.

Markedsrådet kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr, og dette anses som straff etter EMK. Hvorvidt det i slike og andre saker om administrative sanksjoner skal stilles krav til muntlig behandling ble nylig vurdert av Justisdepartementet i lovproposisjonen om

⁶⁶ Se forskriften § 10

⁶⁷ Se forskriften § 7

⁶⁸ Hensyn som taler for muntlighet er nærmere gjennomgått i Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) pkt. 21.3 og Prop. 37 L (2015-2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurranseklagenemnda, kartellforlik mm.) pkt. 6.8.3.

administrative sanksjoner.⁶⁹ Der trekkes det ingen klare konklusjoner, men det understrekes at det kan være behov for å ha muntlig kontakt med parter og andre berørte i saker om administrative sanksjoner, og at det ikke bare er EMK som kan tilsi dette, men også forvaltningsloven.

Etter departementets syn vil en skriftlig prosess i mange tilfeller være mer ressurseffektivt og vil kunne gi Markedsrådet tilstrekkelig informasjon til å fatte vedtak i saken. Departementet foreslår derfor at saksbehandlingen for Markedsrådet som hovedregel skal være skriftlig, slik den er for de fleste tilsvarende forvaltningsklagenemnder.

Samtidig erkjenner departementet at dagens ordning har visse fordeler. En muntlig behandling gjør det mulig for parten og/eller Forbrukerombudet bedre å forklare faktum i saken gjennom demonstrasjoner, for eksempel av en nettbasert kjøpsprosess. At Markedsrådet baserer sin avgjørelse på et så korrekt grunnlag som mulig er særlig viktig der den næringsdrivende risikerer høy tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr, eller der vedtaket kan gjøre det vanskelig for vedkommende å fortsette sin næringsvirksomhet. Departementet vil heller ikke stenge for at Markedsrådet gjennomfører muntlige forhandlinger der dette vurderes som mer ressurseffektivt.

Departementet foreslår derfor at Markedsrådet kan gjennomføre en muntlig behandling der det anses hensiktsmessig av hensyn til sakens opplysning eller effektiv ressursbruk. Det foreslås at avgjørelse om muntlig eller skriftlig behandling av saken treffes av Markedsrådets leder.

Departementet anser det som uheldig dersom Forbrukerombudet eller parten blir overrumplet av eventuelle nye opplysninger i saken som legges frem under den muntlige behandlingen, enten det anføres nye rettsregler eller legges frem nye bevis. Markedsrådet har allerede i dag anledning etter forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling § 10 til å utsette saken dersom den ikke er tilstrekkelig opplyst. Etter forvaltningsloven § 17 har Markedsrådet ikke bare en rett, men plikt til å utsette saken dersom den ikke er tilstrekkelig opplyst. For å sikre at parten og Forbrukerombudet gis tilstrekkelig anledning til å imøtegå den andre sides opplysninger foreslår departementet to endringer. For det første foreslås det at saksforberedelsen, som i domstolene, avsluttes to uker før Markedsrådet har møte.⁷⁰ Før saksforberedelsen avsluttes skal Markedsrådet kreve at Forbrukerombudet og den private parten inngir alle opplysninger av betydning i saken. For det andre foreslås det at Markedsrådet ikke bare gis en rett, men også en plikt etter forskriften til å utsette saken dersom den ikke er tilstrekkelig opplyst. Dette vil blant annet kunne gjelde der det kommer vesentlig nye opplysninger under den muntlige behandlingen, og som det vil være nødvendig for den andre siden å undersøke nærmere.

Det er viktig at parten, men også Forbrukerombudet, får tilgang til alle dokumentene i saken for å kommentere disse. Dette er for så vidt også regulert i forvaltningsloven, men

⁶⁹ Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) pkt. 21.3

⁷⁰ Se tvisteloven § 9-10

er en så sentral rettighet at den foreslås regulert i en egen bestemmelse, slik også tilfellet er for Konkurranselagenemnda.⁷¹

Andre bestemmelser i forskriften foreslås fjernet fordi de ikke er dekkende for dagens praksis eller anses tilstrekkelig regulert i forvaltningsloven. Dette gjelder blant annet § 4 første og andre ledd som regulerer at møter berammes av lederen og at Markedsrådets medlemmer må gi beskjed om inhabilitet.

For øvrig vises det til forslag til ny forskrift og kommentarene til denne.

5.5 Nærmere om vedtak og saksomkostninger

5.5.1 Gjeldende rett og praksis

Markedsrådet fatter vedtak ved alminnelig flertall. Ved stemmelikhet er lederens stemme avgjørende.⁷² Markedsrådets avgjørelser skal grunngis, også synet til et eventuelt mindretall.⁷³ I praksis utarbeider lederen utkast til vedtak basert på drøftelsene under møtet, og eventuelle dissenser skrives av det enkelte medlem.

Vedtaket skal meddeles den det retter seg mot, og kan i henhold til forskriften forkynnes.⁷⁴ I praksis skjer utsendelse av vedtakene per post/e-post uten forkynnelse.

Næringsdrivende som vinner fram i sak for Markedsrådet kan tilkjennes sakskostnader etter forvaltningsloven § 36. Dette gjelder både der Forbrukerombudet selv har fattet vedtak og der Forbrukerombudet bringer en sak inn for Markedsrådet. I utgangspunktet er det kun kostnader som er påløpt etter at saken er brakt inn for Markedsrådet som kan kreves dekket. Der kostnadene kommer som følge av Forbrukerombudets irregulære opptreden, kan også kostnader pådratt på et tidligere tidspunkt tilkjennes.⁷⁵ «Irregulær opptreden» vil eksempelvis være der Forbrukerombudet ikke lar den næringsdrivende komme til orde.

Saksomkostninger tilkjennes ikke ved behandlingen av saker som Forbrukerombudet har nedprioritert.

Reglene for kostnadsoppgaver i tvisteloven gjelder tilsvarende for krav om dekning av sakskostnader for Markedsrådet.

5.5.2 Problemstilling

Reglene om vedtak er delvis gitt i forskrift, delvis i lov. Det er behov for en kritisk gjennomgang av hvilke regler som skal være plassert hvor.

⁷¹ Se konkurranseloven § 37 annet ledd og Prop. 37 L (2015-2016) s. 94

⁷² Se mfl. § 32 tredje ledd fjerde og femte punktum

⁷³ Se forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv. § 6

⁷⁴ Se forskriften § 12

⁷⁵ Se forskriften § 13

Videre er det spørsmål om det er hensiktsmessig å regulere forhold i markedsføringsloven og forskriften som allerede følger av forvaltningsloven samt om regelen om forkynning gjenspeiler gjeldende praksis.

Reglene om saksomkostninger forutsetter i dag at Markedsrådet er det primære vedtaksorganet. Dersom dette ikke lenger skal være tilfellet, nødvendiggjør dette også endringer i reglene.

5.5.3 Departementets vurderinger og forslag

5.5.3.1 Vedtak fattes av flertallet

Departementet ser ingen grunn til å endre utgangspunktet om at Markedsrådet fatter vedtak med alminnelig flertall. Det foreslås imidlertid at dette, i likhet med krav til vedtakets begrunnelse, reguleres i forskriften i stedet for loven. I og med at Markedsrådet etter forslaget alltid skal fatte avgjørelser med en, tre eller fem personer, se punkt 5.2 ovenfor om sammensetning, er det imidlertid ikke nødvendig å regulere resultatet ved en eventuell stemmelikhet. Departementet ser heller ingen grunn til å endre reglene knyttet til begrunnelse.

5.5.3.2 Underretting om vedtaket

At vedtaket må meddeles den det retter seg mot fremgår av forvaltningsloven § 27 og anses unødvendig å regulere i forskriften. I praksis forkynnes ikke Markedsrådets vedtak, og det kan stilles spørsmål ved om det foreligger hjemmel for den mest praktiske formen for forkynning, nemlig postforkynning. Bestemmelsen i forskriften om at vedtak kan forkynnes foreslås derfor fjernet.

5.5.3.3 Saksomkostninger

Særregelen i forskriftens § 13 første og andre ledd, om at næringsdrivende kan tilkjennes sakskostnader før det treffes vedtak, har sin bakgrunn i at Forbrukerombudet i dag som hovedregel ikke fatter vedtak. Når det nå foreslås at Forbrukerombudet skal kunne fatte vedtak i alle saker, vurderer departementet det slik at denne regelen ikke lenger bør videreføres. Dette betyr at spørsmålet om dekning av sakskostnader må vurderes etter de alminnelige reglene i forvaltningsloven § 36. Etter denne bestemmelsen vil en part kunne tilkjennes vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få Markedsrådet til å omgjøre Forbrukerombudets vedtak.

Forskriftens § 13 tredje og fjerde ledd om saksomkostninger i nedprioriteringssaker og krav til kostnadsoppgave har imidlertid ingen sammenheng med at Forbrukerombudet i dag som hovedregel ikke fatter vedtak. Bestemmelsene foreslås derfor videreført.

For øvrig vises det til forslag til ny forskrift og kommentarer til denne.

5.6 Overprøving

5.6.1 Gjeldende rett og praksis

Markedsrådets vedtak kan bringes inn for de alminnelige domstoler for overprøving etter alminnelige regler for domstolsprøving av forvaltningsvedtak. Søksmål reises mot Staten ved Barne- og likestillingsdepartementet. Det løper ingen frist for innbringelse av saken til tingretten.

Etter forvaltningsloven § 27 b kan Forbrukerombudets vedtak også bringes inn for domstolene med mindre ombudet bestemmer at vedtaket, eller et eventuelt erstatningskrav, må avgjøres av Markedsrådet før det tas ut søksmål for domstolene. Departementet er kjent med at Forbrukerombudet regelmessig krever prøving i Markedsrådet av sine vedtak.

Det er antatt at Forbrukerombudet ikke har adgang til å kreve domstolsprøving av Markedsrådets vedtak.

Etter tvisteloven § 2-1 første ledd bokstav f kan selvstendige offentlige virksomheter bare være part i en rettssak (ha partsevne) når det er særlig bestemt i lov. En slik bestemmelse om partsevne foreligger ikke for Forbrukerombudet. Det kan imidlertid diskuteres om Forbrukerombudet kan ha søksmålsadgang etter tvisteloven § 1-4 annet ledd. Etter denne bestemmelsen kan «offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser» reise søksmål for å ivareta disse. I forarbeidene står det følgende om bestemmelsen:

«Bestemmelsen vil ikke ha selvstendig betydning for tilsynsorganer i forhold til den lovgivning som de har til oppgave å håndheve. Den vil derimot få anvendelse på organer som mer generelt skal ivareta bestemte interesser, for eksempel Forbrukerrådet. Den kan også gi søksmålsadgang for organer med ombudsfunksjoner på bestemte områder.»⁷⁶

Etter denne bestemmelsen kan det altså ha betydning om Forbrukerombudet først og fremst er et ombud eller tilsyn. Departementet antar at det i denne sammenheng er mest nærliggende å anse Forbrukerombudet som et tilsyn ettersom Markedsrådets avgjørelser er knyttet til selve tilsynsoppgaven til Forbrukerombudet. Det vises også til drøftelsen under punkt 4.2.3.1.

Markedsrådets avslag på innsyn kan etter offentleglova § 32 påklages til overordnet organ. Det er ikke løst direkte i verken markedsføringsloven eller forskriften om Barne- og likestillingsdepartementet er å anse som overordnet organ for Markedsrådet i innsynssaker. I forskriften § 2 tredje ledd er det imidlertid presisert at Barne- og likestillingsdepartementet er overordnet organ for Forbrukerombudet i innsynssaker, og mye taler derfor for at tilsvarende også gjelder for Markedsrådet.

Der Markedsrådet behandler Forbrukerombudets avslag på innsyn, vil videre forvaltningsklage være avskåret etter forvaltningsloven § 28 tredje ledd, jf. offentleglova § 32 tredje ledd annet punktum.

⁷⁶ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 367

5.6.2 Problemstilling

Det er i dag ingen frist for å anlegge søksmål for de alminnelige domstoler om gyldigheten av Forbrukerombudets eller Markedsrådets vedtak.⁷⁷ Er det svært lenge siden vedtaket er fattet er det imidlertid et spørsmål om saksøker har reelt behov for å få vedtaket kjent ugyldig.⁷⁸

Forbrukerombudet har gitt uttrykk for at de ønsker en lovendring som gjør det mulig for Forbrukerombudet å bringe avgjørelser fra Markedsrådet inn for retten. Etter Forbrukerombudets vurdering vil dette kunne hindre at eventuelle uriktige avgjørelser fra Markedsrådet blir stående. I tillegg kan dette føre til at man får mer veiledende rettspraksis på området, både fra nasjonale og europeiske domstoler. Forbrukerombudet viser også til at det i dag er en ubalanse når kun den næringsdrivende kan bringe saker inn for retten.

I høringsnotatet pkt. 5.3 foreslås det at Forbrukerombudets avgjørelser som ikke er vedtak, men som kan påklages, for eksempel avslag på innsyn, skal behandles av Markedsrådet. Problemstillingen her er om Markedsrådets tilsvarende avgjørelser skal kunne klages inn til departementet eller ikke.

5.6.3 Departementets vurderinger og forslag

5.6.3.1 Søksmålsfrist

Tidligere hadde forvaltningsorganet som fattet vedtak anledning til å kreve at søksmål måtte reises innen seks måneder etter at parten var informert om fristen.⁷⁹ Denne regelen ble ikke videreført i tvisteloven av 2005. Begrunnelsen var at søksmålsfristen kunne være utløpt før det økonomiske tap for den private part var klarlagt. Justisdepartementet vurderte det derfor slik at spørsmålet burde overlates til særlovgivningen.⁸⁰ Det er i dag en rekke offentligrettslige lover med en søksmålsfrist på seks måneder.⁸¹ Etter departementets vurdering er det behov for en søksmålsfrist også for vedtak som fattes etter markedsføringsloven. Dersom det tar lang tid før det tas ut søksmål, vil det være mer ressurskrevende for både Forbrukerombudet og den private parten å få saken behandlet i domstolsapparatet. De muntlige bevisene i saken vil svekkes over tid, og det kan føre til et dårligere avgjørelsesgrunnlag. Videre så kan Forbrukerombudet ha et behov for å anse saken som avsluttet, og bruke ressursene på andre saker. På den annen side må rettssikkerheten til den som vedtaket retter seg mot ivaretas. Etter departementets syn ivaretas dette ved at det må tas ut søksmål om gyldigheten av Markedsrådets vedtak eller krav om erstatning som følge av vedtaket innen seks måneder etter at vedtaket er mottatt. Departementet mener dette er tilstrekkelig tidsfrist, tatt i betraktning at den alminnelige

⁷⁷ For nærmere begrunnelse for søksmålsfristen i konkurranseretten, se Prop. 75 L (2012-2013) punkt 4.7.3

⁷⁸ Se tvisteloven § 1-3

⁷⁹ Se tvistemålsloven av 1915 § 437 annet ledd

⁸⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) punkt 26.3.4

⁸¹ Se merverdiavgiftsloven § 20-1, ligningsloven § 11-1, tollloven § 12-14, konkurranseloven § 29 og akvakulturloven § 33a

fristen for å angripe en forliksrådsavgjørelse eller anke en dom er på én måned.⁸² Den alminnelige fristen for å klage administrativt på et enkeltvedtak er tre uker.⁸³ Det antas at en part som regel vil vite hvorvidt det foreligger et erstatningsbetingende krav innen seks måneder etter at saken er avgjort. Fristen beregnes etter reglene i domstoloven §§ 148 og 149. Dersom parten blir kjent med dette på et senere tidspunkt, foreslås det at vedkommende kan begjære oppfriskning i tråd med tvistelovens regler.⁸⁴

Det følger av forvaltningsloven § 27 at parten må gjøres kjent med søksmålsfristen for at den skal gjelde.

Det vises til lovendringsforslaget i § 38 femte ledd.

5.6.3.2 Forbrukerombudets mulighet til å angripe Markedsrådets vedtak

Søksmålsadgang for Forbrukerombudet reiser en rekke prinsipielle problemstillinger, både knyttet til ombudets rolle og til forvaltningspraksis for øvrig.

I forbindelse med opprettelsen av ny Konkurranseskjennemnd ble det vurdert om Konkurransetilsynet skulle ha søksmålskompetanse. I den forbindelse ble det redegjort for tre organer som har søksmålskompetanse:

«Trygderettens kjennelser kan bringes inn for domstolene av det organet som har truffet det påankede vedtaket. Forvaltningens søksmålsadgang er kritisert av Sivilombudsmannen blant annet fordi den trygdede påtvinges et søksmål, med de ulemper det kan medføre. Det er svært sjelden at forvaltningen benytter denne søksmålsadgangen. Det andre organet hvor det foreligger søksmålsadgang for forvaltningen er fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Her kan kommunene bringe nemndas vedtak inn for domstolene. Søksmål reises mot den private part. Domstolene er i disse sakene gitt kompetanse til å prøve alle sider av saken. Det foreligger også en søksmålsadgang for forvaltningen knyttet til Utlendingsnemndas vedtak til gunst for utlendingen. Søksmål skal reises mot utlendingen. Her er det imidlertid departementet som har søksmålsadgang og ikke Utlendingsdirektoratet som behandlet saken i første instans. Departementets søksmålsadgang er begrunnet i behov for politisk styring.»⁸⁵

Forbrukerombudet har gitt uttrykk for at manglende søksmålsadgang kan være i strid med direktivet om urimelig handelspraksis artikkel 11. Etter denne bestemmelsen kan landene velge om man vil gi domstolene eller forvaltningen myndighet til å ilegge næringsdrivende sanksjoner for brudd på direktivet. Det følger av artikkel 11 nr. 3 at dersom slik myndighet er lagt til forvaltningen skal det vedtas fremgangsmåter for at utøvelse av slik myndighet skal kunne prøves rettslig.

Departementet ser at en søksmålsadgang for Forbrukerombudet vil kunne ha enkelte fordeler, men mener likevel at det ikke vil være riktig å legge til rette for at Forbrukerombudet skal kunne bringe Markedsrådets avgjørelser inn for domstolene.

⁸² Se tvisteloven §§ 6-14, 29-5 og 30-3

⁸³ Se forvaltningsloven § 29

⁸⁴ Se tvisteloven §§ 16-12 til 16-14

⁸⁵ Se NOU 2014: 11 *Konkurranseskjennemnda – Etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker* s. 132-133

For det første vil en slik søksmålsadgang bryte med forvaltningens alminnelige hierarkiske system. Etter forvaltningsloven er et underordnet organ bundet av avgjørelser fra overordnet organ. Markedsrådet må anses som Forbrukerombudets faglig overordnede organ. Markedsrådet er tillagt den kompetanse som i utgangspunktet ligger til departementet.

For det andre har ingen av tilsynsorganene det er nærliggende å sammenligne Forbrukerombudet med en slik søksmålsadgang. Verken Konkurransetilsynet, Medietilsynet, Datatilsynet eller Finanstilsynet kan angripe et vedtak fattet av overordnet organ. Spørsmålet ble vurdert i forhold til Konkurransetilsynet uten at det ble foreslått noen slik søksmålsadgang.⁸⁶

For det tredje er det flere interesseorganisasjoner som vil kunne ha anledning til å angripe en avgjørelse i Markedsrådet som i for liten grad tar hensyn til forbrukerinteressen. Dette vil blant annet kunne være Forbrukerrådet og NAF. De har begge advokatordninger som tar prinsipielle saker for domstolene der forbrukerinteressen tilsier dette.

For det fjerde så har Markedsrådet anledning til å omgjøre sitt vedtak på anmodning fra Forbrukerombudet, noe departementet er kjent med at de har gjort minst én gang.⁸⁷

5.6.3.3 Klager på Markedsrådets avgjørelser som ikke er vedtak

Der Markedsrådet behandler klager på Forbrukerombudets avgjørelser som ikke er vedtak, eksempelvis avslag på innsyn, følger det av forvaltningsloven at disse ikke kan klages videre fra Markedsrådet. Spørsmålet her er om klager på avgjørelser som Markedsrådet fatter i *første instans*, og som gir klagerett til den avgjørelsen retter seg mot, skal behandles av departementet. Etter departementets vurdering foreligger det ikke tungtveiende grunner til å frata noen en slik klagerett. Sett fra departementets side vil det kunne være viktig å vurdere saken, før den eventuelt oversendes Sivilombudsmannen eller det tas rettslige skritt.

Det vises til lovforslaget i § 32 andre ledd fjerde punktum.

5.7 Endring av navn

Det kan anføres at navnet «Markedsrådet» ikke er dekkende for den virksomheten rådet driver. Markedsrådet er et uavhengig klageorgan som blant annet behandler klager på Forbrukerombudets vedtak. Tilsvarende organ på andre områder kalles som regel en «nemnd», se vedlagte bakgrunnsnotat pkt. 4. Departementet vil derfor vurdere om Markedsrådets navn også bør endres.

⁸⁶ Se note 87 og Prop. 37 L (2015-2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskagenemnda, kartellforlik mm.)

⁸⁷ Se sak MR-2012-1245-2

6 Fellesspørsmål

6.1 Innledning

Denne delen behandler problemstillingene departementet har identifisert som er felles for både Forbrukerombudet og Markedsrådet, herunder uavhengighet, næringsdrivendes opplysningsplikt, adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr samt gebyrets størrelse og varighet av vedtak.

6.2 Styring og uavhengighet

6.2.1 Gjeldende rett og praksis

Hovedregelen i norsk rett er at et overordnet organ har instruksjonsrett over underliggende organ. Dette innebærer at statsråden har instruksjonsrett overfor organer som er underlagt departementet, og er ansvarlig overfor Stortinget for organets handlinger.

Instruksjonsretten innebærer også at overordnet organ kan omgjøre vedtak truffet av et underordnet organ. Et hovedhensyn bak dette prinsippet er at styringskjeden fra det representative demokratiet gir avgjørelser legitimitet. Unntak fra dette prinsippet må forankres i Stortinget, fortrinnsvis gjennom lov.⁸⁸

Utviklingen har gått mot mer uavhengige forvaltningsorganer. I en rapport fra 2012⁸⁹ registrerer Difi at kun halvparten av i alt 200 forvaltningsorganer, som forestår myndighetsutøvelse i enkeltsaker, følger hovedmodellen. For de øvrige organene er politisk ledelses inngrepsmuligheter begrenset på en eller annen måte.

Verken Forbrukerombudets eller Markedsrådets uavhengighet er direkte regulert i markedsføringsloven eller andre lover. Det fremgår imidlertid av forarbeidene til markedsføringsloven at Forbrukerombudet og Markedsrådet ikke kan «instrueres politisk når det gjelder faglige vurderinger» og «faglige spørsmål».⁹⁰ Det er ikke utdypet nærmere hva dette innebærer.

At det ikke foreligger noen omgjøringsadgang følger implisitt av markedsføringslovens bestemmelser om at Markedsrådet behandler klager på Forbrukerombudets vedtak og at Markedsrådets avgjørelser ikke kan påklages.⁹¹

Det fremgår av forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling § 2 annet ledd at «Markedsrådet er Forbrukerombudets overordnede organ i saker om anvendelse av markedsføringsloven. For andre saker, for eksempel saker om innsyn og klager på saksbehandlingen, er Barne- og likestillingsdepartementet klageinstans.»

⁸⁸ Se *Forvaltningsrett* av Torstein Eckhoff og Eivind Smith, 2014, s. 150 følgende og *Alminnelig forvaltningsrett* av Hans Petter Graver, 2014, pkt. 11.3

⁸⁹ Difi-rapport 2012:7 *Uavhengig eller bare uavklart? Organisering av statlig myndighetsutøvelse*. (<https://www.difi.no/sites/difino/files/difi-rapport-2012-7-uavhengig-eller-bare-uavklart.pdf>)

⁹⁰ Se Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) s. 140 og 207

⁹¹ Se mfl. § 38 annet ledd og § 39 annet ledd

I praksis er departementet svært tilbakeholdne med å styre Forbrukerombudet.⁹² Departementet er ikke involvert i behandlingen av enkeltsaker. Det er heller ikke gitt føringer for faglige prioriteringer. Forbrukerombudet står også fritt til å fremme synspunkter i høringer, i ulike medier, i politiske debatter og i dialog med andre departementer.

Når det gjelder ombudets EØS-arbeid presiseres det imidlertid i tildelingsbrevet at Forbrukerombudet gir dette området «nødvendig prioritet». Videre fremgår det at Forbrukerombudet og departementet skal ha tett kontakt og at ombudets innspill til EU-kommisjonen skal være i tråd med norsk posisjon, dersom en slik posisjon foreligger.⁹³

6.2.2 Problemstilling

Rapporten fra Difi om organiseringen av statlig virksomhet viser at uavhengigheten i mange tilfeller ikke er adekvat regulert.

Difi oppsummerer funnene slik:

«Gjennomgangen viser at det er stor avstand mellom intendert og adekvat regulert uavhengighet. Bare ca. 20 av de vel 90 organene har en adekvat rettslig regulering av uavhengigheten. Frekvensen av uklarhet om graden av «uavhengighet» eller «underordning» blir tilsvarende høy.»⁹⁴

Forbrukerombudet og Markedsrådet er eksempler på organer som ikke har adekvat rettslig regulering av uavhengigheten. Følgende fremgår av en analyse foretatt av professor Eivind Smith, som er vedlagt den aktuelle Difi-rapporten:⁹⁵

«Forbrukerombudet (jfr. LOV-2009-01-09 nr. 2) kan ikke bygge «uavhengighet» på uttrykkelige bestemmelser i loven. Forarbeidene legger til grunn at ombudet ikke kan instrueres i «faglige spørsmål», jfr. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 207, men det rettslige grunnlaget for og det nærmere omfang av det antatte unntaket fra det som følger av det hierarkiske utgangspunkt, er ikke nærmere omtalt. Det samme gjelder spørsmålet om regjeringens/departementets omgjøringsadgang etter forvaltningsloven § 35.»

Om Markedsrådet fremgår følgende:

«Markedsrådet (jfr. LOV-2009-01-09 nr. 2, LOV-1992-12-04 nr. 127), som først og fremst behandler saker som det får seg forelagt av Forbrukerombudet eller av berørte parter og er klageinstans over vedtak som Ombudet har truffet i hastesaker (LOV-2009-01-09 nr. 2 kap. 7), kan ikke støtte seg på uttrykkelige lovbestemmelser om «uavhengighet». Det samme gjelder når Markedsrådet opptre som klageinstans for Medietilsynets vedtak om politisk tv-reklame etter kringkastingsloven § 3 (jfr. LOV-1992-12-04 nr. 127 § 2-1 sjette ledd). Likevel legger forarbeidene til grunn at heller ikke Rådet kan instrueres i «faglige

⁹² Forbrukerombudets uavhengighet i praksis er nærmere behandlet i Difi-rapport 2015:4 punkt 15.1.1. (https://www.difi.no/sites/difino/files/gjennomgang_av_det_statlige_forbrukerapparatet_difi-rapport_2015_4.pdf)

⁹³ Se Tildelingsbrev til Forbrukerombudet for 2016 punkt 2.2. (<https://www.regjeringen.no/contentassets/57b05f800bb6491b9952e6e89152d09f/tildelingsbrev-2016---forbrukerombudet.pdf>)

⁹⁴ Difi-rapport 2012:7 s. 3

⁹⁵ Difi-rapport 2012:7 s. 65

spørsmål», jfr. blant annet Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 207. Et uttrykkelig element av «uavhengighet» følger derimot av klausulen om at Rådets vedtak ikke kan påklages til et annet forvaltningsorgan (LOV-2009-01-09 nr. 2 § 39 annet ledd); overprøving må altså skje ved domstolene. Men derav følger ikke nødvendigvis noen avskjæring av verken instruksjonsmyndigheten eller Kongens/ departementets omgjøringsadgang etter forvaltningsl. § 35.»

Det fremgår videre av rapporten at det ikke er tilstrekkelig med en lovbestemmelse som kun har en generell angivelse av uavhengighet. En lovbestemmelse bør besvare sentrale spørsmål, slik som skillet mellom generell og individuell instruks, og mellom faglige og administrative sider av virksomheten.⁹⁶ Funnene i denne rapporten vil følges opp av Forvaltningslovutvalget som skal legge frem sitt forslag 1. november 2018.⁹⁷

6.2.3 Departements vurderinger og forslag

Reguleringen av Forbrukerombudets og Markedsrådets uavhengighet i dag er ikke tilstrekkelig. Den uavhengighet som i praksis er lagt til grunn fra departementet, har ikke en tilsvarende forankring i lov. Det bør derfor klargjøres i lov i hvilken grad det skal gjøres unntak fra den normative hovedmodellen om instruksjonsrett over underordnet organ. Dette vil også tydeliggjøre statsrådets konstitusjonelle ansvar.

Et utgangspunkt for vurderingen må være om det foreligger hensyn som gjør at den normative hovedmodellen bør fravikes. Hvis hovedmodellen skal fravikes, må det tas stilling til i hvilke situasjoner Forbrukerombudet skal ha en uavhengig rolle.

I den videre drøftelsen legges det til grunn at Forbrukerombudet primært er et tilsynsorgan, og i mindre grad har en ombudsrolle, jf. punkt 4.2.3.1. Det vil derfor være naturlig i større grad å se hen til regulering av andre statlige tilsyn, enn til andre ombud.

Uavhengighet i saksbehandlingen kan være viktig for å sikre at alle saker blir behandlet likt og etter faglige standarder. Mulighet for politisk styring i enkeltsaker kan føre til at det tas utenforliggende hensyn, og at saksbehandlingen kan bli påvirket gjennom lobbyaktivitet overfor politikere. Dette kan føre til inkonsekvent håndhevelse av regelverket. Uavhengighet kan styrke faglige hensyn og øke beslutningenes legitimitet.

Norge er forpliktet til å følge det felleseuropeiske regelverket som er en del av EØS-avtalen. Dette innebærer at Forbrukerombudet og Markedsrådet må følge de mange rettsaktene på forbrukerområdet og EU-domstolens tolkning av disse rettsaktene uten å ta hensyn til eventuelle politiske ønsker på området.

Dette er viktige argumenter for at Forbrukerombudet og Markedsrådet ikke skal kunne instrueres om rettsanvendelse, bevisbedømmelse eller saksbehandling knyttet til enkeltsaker. Heller ikke ved generell rettsanvendelse ved forhandlinger om avtalevilkår eller utarbeidelse av veiledninger, retningslinjer eller rettighetsinformasjon, bør

⁹⁶ Se Difi-rapport 2012:7 punkt 5.3

⁹⁷ Se regjeringens nettsider for mer informasjon: <https://www.regjeringen.no/no/dep/jd/org/styre-rad-og-utval/tidsbegrensede-styrer-rad-og-utvalg/forvaltningslovutvalget/id2458957/>

departementet kunne gi føringer. De samme hensyn taler også for at departementet ikke har omgjøringsadgang i saker hvor det er fattet vedtak.

For øvrig aktivitet ser departementet ikke samme grunn til å gjøre unntak fra den normative hovedregelen om styring.

Når det gjelder Forbrukerombudets arbeid overfor EU-institusjonene, og særlig EU-kommisjonen, er det gitt føringer i *Instruks om utredning av statlige tiltak* (Utredningsinstruksen). Det fremgår her at arbeidet med EØS-sakene skal være forankret på politisk nivå i departementene, og være basert på en strategi for dette arbeidet.

Av veilederen til utredningsinstruksen fremgår det at:

«Norske deltageres mandat og rolle bør klargjøres før deltagelse i komiteer og ekspertgrupper, herunder om man er oppnevnt som deltager i egenskap av å være fagekspert eller om man representerer departementet/etaten.

Der hvor underliggende etater deltar i regelverksutformingen, bør det være tett kontakt med fagansvarlig departement for å bidra til en koordinert norsk holdning og posisjon.»⁹⁸

Forbrukerombudet deltar i et samarbeidsnettverk med øvrige håndhevingsmyndigheter i Europa samt EU-kommisjonen, det såkalte CPC-nettverket. Dette samarbeidet innebærer i noen grad diskusjoner rundt regelverksendringer, slik at forankring av norsk holdning og posisjon bør skje i henhold til veilederen. Det vil derfor være en fordel at det er klarlagt at Forbrukerombudets internasjonale arbeid på dette området er underlagt departementets styring.

Når det gjelder hvilke saker Forbrukerombudet skal jobbe med, altså hvilke prioriteringer som skal gjøres, ser heller ikke departementet sterke grunner til å gjøre unntak fra den generelle instruksjonsretten. I dag prioriterer Forbrukerombudet de bransjer som har størst økonomisk betydning for flest forbrukere (finansielle tjenester, bolig og IKT). Et nytt ombud kan velge å prioritere annerledes. Det kan være et legitimt politisk ønske å påvirke disse prioriteringene, slik at det føres tilsyn på særskilte områder. Hensynet til demokratisk forankring taler her for at dette ikke unntas fra styring.

Det kan også være behov for at Forbrukerombudet skal tildeles andre oppgaver fra departementet, slik som utarbeidelse av lov- og forskriftsutkast, kunnskapsinnhenting og lignende. Alle de øvrige tilsynsorganene som departementet har sett nærmere på har til en viss grad slike direktoratsoppgaver ut over tilsynsoppgavene, se det vedlagte bakgrunnsnotatet pkt. 4. Dersom det foreslås å utvide oppgaveporteføljen til å omfatte flere forvaltningsoppgaver bør disse i så fall være underlagt departementets styring.

På bakgrunn av ovennevnte foreslår departementet at det lovfestes at Forbrukerombudet ikke kan instrueres om avgjørelser i enkeltsaker eller generell rettsanvendelse, enten dette gir seg uttrykk gjennom utarbeidelse av veiledninger om praksis etter markedsføringsloven, forhandlinger om standardvilkår eller rettighetsinformasjon. Det

⁹⁸ Veileder til Utredningsinstruksen pkt. 5.2 (<https://dfo.no/documents/foa/publikasjoner/veiledere/veileder-til-utredningsinstruksen-v1.pdf>)

foreslås også å klargjøre at departementet ikke har omgjøringsadgang, slik at det alene er Markedsrådet som kan omgjøre Forbrukerombudets vedtak.

For øvrig foreslås det at Forbrukerombudet er underlagt departementet etter alminnelige styringsprinsipper på samme måte som øvrige tilsynsorganer.

Tilsvarende vil gjelde ikke bare for markedsføringsloven, men også angrerettloven og all lovgivning Forbrukerombudet vurderer etter lovstridsprinsippet. Lovstridsprinsippet innebærer at all handelspraksis som strider mot ufravikelige forbrukervernregler, også vil kunne være i strid med markedsføringsloven § 6.

Det vises til lovendringsforslaget i markedsføringsloven § 32 annet ledd og angrerettloven § 41.

6.3 Opplysningsplikt og forholdet til regler om taushetsplikt⁹⁹

6.3.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven § 33 gir Markedsrådet og Forbrukerombudet hjemmel til å kreve opplysninger og foreta granskinger. Bestemmelsen er en videreføring av tidligere § 15 i markedsføringsloven av 1972. Gjeldende forordning om forbrukervernsamarbeid¹⁰⁰ har i artikkel 4 nr. 6 regler om håndhevingsorganets rett til å kreve opplysninger. Ved gjennomføringen av forordningen i norsk rett ble kravene i forordningen ansett oppfylt blant annet ved hjemmelen i mfl. § 33.¹⁰¹

Plikten til å gi opplysninger er betinget av at Forbrukerombudet eller Markedsrådet krever opplysninger. Opplysninger kan kreves så lenge Forbrukerombudet eller Markedsrådet anser det nødvendig for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Innenfor rammen av dette, kan ombudet og rådet som utgangspunkt kreve alle typer opplysninger. Etter forarbeidene til den tidligere bestemmelsen i § 15, er det lagt til grunn at taushetsplikt i henhold til avtale eller privat instruks ikke skal kunne fritta noen fra å gi opplysninger i medhold av bestemmelsen. Det er derimot antatt at opplysningsplikten må stå tilbake for lovbestemt taushetsplikt.¹⁰²

Forvaltningsloven § 13 f annet ledd inneholder en generell regel om forholdet mellom taushetsplikt og opplysningsplikt. Bestemmelsen fastsetter at lovbestemt taushetsplikt går foran opplysningsplikt som følger av annen lov, dersom ikke annet er fastsatt eller klart forutsatt i lovbestemmelsen om opplysningsplikt.

⁹⁹ Dette er også et tema for Forvaltningslovutvalget, jf. mandatets punkt 3.5. Utvalget skal særlig fokusere på forvaltningslovens regler om taushetsplikt. For mer informasjon se:

<https://www.regjeringen.no/no/dep/jd/org/styre-rad-og-utval/tidsbegrensede-styrer-rad-og-utvalg/forvaltningslovutvalget/id2458957/>

¹⁰⁰ Forordning (EF) nr. 2006/2004

¹⁰¹ Se Ot.prp. nr. 102 (2005-2006) s. 19

¹⁰² Se Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) s. 31

6.3.2 Problemstilling

Markedsføringsloven § 33 forutsetter ikke at opplysningsplikten skal slå gjennom overfor lovbestemt taushetsplikt. Tvert imot er det lagt til grunn i tidligere forarbeider at opplysningsplikten antas å vike for taushetspliktsregler i annen lovgivning.

Forbrukerombudet har påpekt overfor departementet at en slik begrensning i opplysningsplikten vanskeliggjør ombudets saksbehandling og muligheten for å forfølge lovbrudd. Problemstillingen har vært særlig aktuell i saker hvor næringsdrivende er innblandet i virksomhet som forbrukerne oppfatter som svindel, og hvor den næringsdrivende forsøker å skjule sin identitet. Det kan for eksempel dreie seg om nettsider der forbrukere blir avkrevd betaling uten gyldig avtale, og hvor ombudet er avhengig av å kunne be bankene om opplysninger knyttet til bankkontoer for å avdekke hvem som står bak svindelen. I slike saker har Forbrukerombudet opplevd at banker ikke har gitt opplysninger til ombudet under henvisning til at opplysningene er underlagt lovbestemt taushetsplikt.

Bestemmelser om opplysningsplikt finnes også i andre tilsynslover, blant annet konkurranseloven § 24. Til forskjell fra markedsføringsloven § 33 er det i denne bestemmelsen presisert at opplysninger kan gis uten hinder av lovbestemt taushetsplikt.

6.3.3 Departementets vurderinger og forslag

For å kunne drive et effektivt tilsynsarbeid er Forbrukerombudet avhengig av å kunne kreve relevante opplysninger med hjemmel i markedsføringsloven. Departementet kan ikke se noen grunn til at Forbrukerombudet ikke skal kunne kreve relevante opplysninger på lik linje med andre tilsynsorganer, og vil derfor foreslå at det tas inn en bestemmelse i markedsføringsloven som fastslår at opplysninger skal kunne gis uten hinder av lovbestemt taushetsplikt.

Departementet legger til grunn at en slik presisering vil gjøre det enklere for Forbrukerombudet å forfølge lovbrudd. En utvidet hjemmel til å be om opplysninger vil også være i tråd med det som er foreslått i den reviderte forordningen om forbrukervernsamarbeid.¹⁰³ Her foreslås det at myndighetene skal gis mer omfattende kompetanse, bl.a. skal de kunne kreve opplysninger fra fysiske og juridiske personer, samt øvrige offentlige myndigheter som er nødvendig for å identifisere overtredere.¹⁰⁴

Departementet foreslår at bestemmelsen tas inn som nytt tredje ledd i mfl. § 33. Ved den generelle henvisningen til taushetsplikt «som følger av lovgivning, pålegg eller avtale», har bestemmelsen fått en vid utforming. Departementet legger imidlertid til grunn at opplysningsplikten etter mfl. § 33 begrenses på samme måte som konkurranseloven § 24, ved at den står tilbake for såkalt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt.¹⁰⁵ Kvalifisert taushetsplikt vil si taushetsplikt som går foran vitneplikten etter straffeprosessens og sivilprosessens regler, eksempelvis advokatkorrespondanse. Taushetsplikt som må vike

¹⁰³ COM (2016) 283. Forslaget ble fremsatt 25. mai 2016

¹⁰⁴ Se artikkel 8 nr. 2 bokstav a-c

¹⁰⁵ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144 og s. 236 hvor dette er nærmere omtalt

for vitneplikten er derimot ansett for å være ukvalifisert, og må derfor vike for opplysningsplikten. Dette gjelder blant annet taushetsplikten for eiendomsmeglere og banker.

Departementet ber høringsinstansenes synspunkter på om ordlyden bør avgrenses nærmere, eksempelvis ved å presisere nærmere hvem som må utlevere opplysninger på tross av lovbestemt taushetsplikt.

Taushetsplikten bør også vike tilsvarende for ombudets rett til å foreta granskninger i medhold av mfl. § 33 annet ledd.

Det vises til lovendringsforslaget i § 33 tredje ledd.

6.4 Tiltak for å sikre at opplysningsplikten overholdes

6.4.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven inneholder ingen sanksjoner ved manglende oppfyllelse av opplysningsplikten.

Manglende oppfyllelse av opplysningsplikten fra den vedtaket retter seg mot, vil imidlertid kunne føre til at det fattes vedtak etter §§ 39 til 43, jf. § 35 tredje ledd.

6.4.2 Problemstilling

Den tidligere straffeloven 1902 hadde i § 339 nr. 1 en generell straffetrussel ved brudd på opplysningsplikt til offentlig myndighet. Under arbeidet med ny straffelov ble det antatt at bestemmelsen hadde liten praktisk betydning, ettersom brudd på opplysningsplikt ofte rammes av egne straffetrusler i særlovgivningen.¹⁰⁶ Bestemmelsen ble derfor ikke videreført i den nye straffeloven av 2005.

Ettersom markedsføringsloven ikke inneholder en slik straffetrussel, er det i dag ingen mulighet for å reagere med formell straff ved brudd på opplysningsplikten. Dette er ikke nødvendigvis uheldig, da andre virkemidler kan være tilstrekkelig for å sikre oppfyllelse. I den forbindelse har Forbrukerombudet bedt departementet vurdere om det bør innføres hjemmel til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr, og påpekt at dette vil samsvare med reguleringen i eksempelvis ekomloven § 10-13.

6.4.3 Departementets vurderinger og forslag

For å sikre at opplysningsplikten overholdes, er departementet av den oppfatning at håndhevsmyndighetene bør ha mulighet til å iverksette tiltak ved manglende etterlevelse.

Når det kommer til valg av reaksjonsform har departementet lagt vekt på de vurderinger og anbefalinger som kommer frem i Prop. 62 L (2015-2016) om endringer i

¹⁰⁶ Se NOU 2002:4 *Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII* s. 416-417

forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.). Formålet med reaksjonen vil her være av betydning.¹⁰⁷

Etter departementets syn vil det primære formålet med reaksjonen være å skape et oppfyllelsespress, slik at opplysninger blir gitt. Reaksjonene departementet har vurdert er tvangsmulkt og overtredelsesgebyr. Begge reaksjonene innebærer betaling av en pengesum. Forskjellen på de to er at tvangsmulkt må betales dersom overtredelsen fortsetter eller gjentas, mens overtredelsesgebyr er en straffelignende sanksjon som må betales på bakgrunn av allerede utførte handlinger. Etter departementets vurdering vil tvangsmulkt være et mer formålstjenlig reaksjonsmiddel sammenlignet med vedtak om overtredelsesgebyr. Departementet legger vekt på at overtredelsesgebyr anses for å være et mer inngripende virkemiddel, med et pønalt formål som regnes som straff etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Prop. 62 L anbefaler at administrative sanksjoner ikke bør brukes dersom mindre inngripende virkemidler, for eksempel ikke-pønale tiltak som tvangsmulkt, er tilgjengelig og kan sikre overholdelse av lovgivningen.¹⁰⁸ På denne bakgrunn foreslår departementet at det innføres hjemmel til å fatte vedtak om tvangsmulkt ved brudd på opplysningsplikten.

En hjemmel for tvangsmulkt finnes allerede i mfl. § 42, jf. første ledd som lyder slik: «For å sikre at vedtak etter §§ 40 og 41 overholdes skal det fastsettes en tvangsmulkt som den som vedtaket retter seg mot, skal betale dersom vedkommende overtrer vedtaket. Fastsettelse av tvangsmulkt kan unnlates dersom særlige grunner tilsier det.»

Bestemmelsen foreslås utformet slik at håndhevingsmyndighetene *kan* fatte vedtak om tvangsmulkt. Et pålegg om å gi opplysninger kan derfor gis uten at det samtidig må fattes et vedtak om trussel om tvangsmulkt. Etter departementets vurdering er det derfor hensiktsmessig å skille ut bestemmelsen i et eget ledd, fremfor å gjøre tilpasninger i gjeldende mfl. § 42 første ledd. Departementet vil la det være opp til håndhevingsmyndighetene å avgjøre om en eventuell tvangsmulkt skal fastsettes som en løpende mulkt eller som et engangsbeløp.

Opplysningsplikten etter mfl. § 33 og muligheten til å fatte vedtak om tvangsmulkt for brudd på plikten, har en side mot vernet mot selvinkriminering i EMK artikkel 6 nr. 1. Vernet er aktuelt i saker som utgjør straff etter EMK, herunder saker om overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven og angrerettloven. Selvinkrimineringsvernet i saker om administrative sanksjoner er nærmere omhandlet i lovproposisjonen om administrative sanksjoner.¹⁰⁹ Her foreslås det blant annet en plikt til å veilede parter i sanksjonssaken om den retten som kan foreligge til ikke å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen kan utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff, se forslag til ny § 48 i forvaltningsloven. Denne bestemmelsen er vedtatt, men ikke trådt i kraft. Utover å konstatere at vernet og

¹⁰⁷ Se Prop. 62 L (2015-2016) punkt 31.4.1

¹⁰⁸ Se Prop. 62 L (2015-2016) s. 8

¹⁰⁹ Se Prop. 62 L (2015-2016) pkt. 22

opplysningsplikten også er aktuelt på markedsføringsrettens område, går departementet ikke nærmere inn på temaet her.

Det vises til lovendringsforslaget i § 42 tredje ledd.

6.5 Utvidet hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr

6.5.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven § 43 første ledd gir hjemmel for Forbrukerombudet og Markedsrådet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved brudd på nærmere bestemte forbud.

Bestemmelsen ble innført ved loven av 2009, med det formål å styrke reaksjonsmulighetene ved brudd på loven.¹¹⁰

For at lovbrudd skal kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr, må overtredelsen være av kvalifisert art ved at den enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatte ganger. Med gjentakelse menes at overtrederen tidligere er ilagt en reaksjon etter loven (tvangsmulkt, overtredelsesgebyr eller straff) for brudd på den samme bestemmelsen. Hvis ikke, skal tidligere lovbrudd inngå i vurderingen av om lovbruddet er vesentlig. Brudd på flere av bestemmelsene kan til sammen anses som vesentlige, selv om de ikke vil være det hver for seg.¹¹¹

Både fysiske og juridiske personer kan ilegges overtredelsesgebyr, og kan rettes mot medvirkere etter mfl. § 39 tredje ledd.

Skyldkravet for ileggelse av overtredelsesgebyr er forsett eller uaktsomhet, og er likt for både fysiske og juridiske personer.

6.5.2 Problemstillinger

Forbrukerombudet har gitt uttrykk for at hjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr bør utvides til å omfatte brudd på flere av lovens bestemmelser, nærmere bestemt forbudet mot urimelig handelspraksis, herunder villedende og aggressiv handelspraksis, jf. §§ 6 til 9.

I nyere offentligrettslig regulering er det vanlig at skyldkravet for å ilegge overtredelsesgebyr til et foretak er tilnærmet objektivt: Foretaket er ansvarlig for alle lovovertridelser med mindre overtredelsen skyldes et hendelig uhell eller uunngåelige hendelser (force majeure). Bakgrunnen for dette er nærmere beskrevet i forarbeidene til akvakulturloven:

«Det stiller håndhevende myndigheter overfor store utfordringer dersom det er nødvendig å bevise at en bestemt person har utvist uaktsomhet eller forsett. Et slikt krav kan også lede til at foretaket tilslører ansvarsforhold, hendelsesforløp og rutiner med formål om å unnsnippe ansvar. Det er foretaket som nyter godt av virksomheten - det er da naturlig å knytte

¹¹⁰ For en nærmere bakgrunn vises det til Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) pkt. 15.9.6 til 15.9.9

¹¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214

ansvaret til virksomheten som sådan, og ikke å gjøre ansvar betinget av at noen har handlet uaktsomt i foretakets virksomhet.»¹¹²

Det kan stilles spørsmål ved om det også i markedsføringsretten er behov for et objektivt foretaksansvar ved illeggelse av overtredelsesgebyr.

6.5.3 Departementets vurderinger og forslag

Da hjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr ble innført, mente departementet at enkelte av lovens bestemmelser var mer egnet til å sanksjoneres med overtredelsesgebyr enn andre. Om dette uttalte departementet:

«Departementet har tatt utgangspunkt i at overtredelsesgebyr bør være forbeholdt de av lovens bestemmelser som på en forholdsvis klar måte angir hva som er forbudt, slik at det vil være forutberegnelig for de næringsdrivende at det kan komme en reaksjon (ved grove eller gjentatte overtredelser). Det vises ellers til departementets overveielser i punkt 15.7.4 om mulighetene for vedtak uten forutgående forhandlinger ved brudd på visse spesifikke forbud. Det legges til grunn at det er de samme bestemmelsene som er egnet til å sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

Departementet har etter dette identifisert følgende bestemmelser som foreslås sanksjonert med overtredelsesgebyr:

«Svartelisten» i direktivet om urimelig handelspraksis, dvs. forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd og lovforslaget § 20 annet ledd, § 10 med forskrifter (prismerking mv.), § 11 (krav om betaling for varer, tjenester eller andre ytelser uten etter avtale mv. «negativt salg»), § 12 (rett til å reservere seg mot markedsføring ved telefon eller adressert post), § 13 (virkninger av reservasjon), § 14 (forbud mot telefonmarkedsføring på enkelte tidspunkter), § 15 (begrensninger i bruk av visse kommunikasjonsmetoder), § 16 (opplysningsplikt ved uanmodet markedsføring ved telefon eller adressert post), § 17 (levering av uadressert reklame og gratisaviser) og § 18 første og annet ledd (bruk av utlodninger, konkurranser, samlemerker mv. ved markedsføring til forbrukere).»¹¹³

Ved brudd på de øvrige bestemmelsene i markedsføringsloven, herunder mfl. §§ 6 til 9, kan det fattes forbuds- eller påbudsvedtak med tvangsmulkt, jf. mfl. §§ 40 til 42. Selve tvangsmulkten vil ikke utløses med mindre den næringsdrivende gjentar eller fortsetter den ulovlige handlingen og dermed bryter det aktuelle vedtaket. Tvangsmulkt er slik sett en betinget reaksjon.

Departementet vil bemerke at visse former for villedende og aggressiv handelspraksis allerede kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Dette forutsetter imidlertid at handlingen omfattes av de former for handelspraksis som fremgår av forskrift om urimelig handelspraksis («svartelista»).¹¹⁴ At handlingen ikke står på lista, betyr imidlertid ikke at den er tillatt. En eventuell lovstrid må da vurderes nærmere opp mot mfl. §§ 6 til 9 i det enkelte tilfelle.

¹¹² Se Prop. L (2012-2013) pkt. 5.3.2.2

¹¹³ Jf. Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.9.7.1

¹¹⁴ Forskrift 1. juni 2009 nr. 565 om urimelig handelspraksis § 1, hjemlet i mfl. § 6 femte ledd

Departementet legger til grunn at muligheten til å fatte forbudsvedtak med tvangsmulkt i mange tilfeller vil være tilstrekkelig for å motvirke brudd på disse bestemmelsene. Overfor enkelte, særlig useriøse aktører, vil imidlertid en trussel om en ubetinget sanksjon virke langt mer avskrekkende. Overfor næringsdrivende som bevisst ikke ønsker å følge reglene, vil det også være behov for å kunne gripe inn med en reaksjon som står i forhold til lovbruddet. Særlig i tilfeller hvor næringsdrivende utøver en aggressiv handelspraksis, eksempelvis pågående inndriving av omtvistede krav, har Forbrukerombudet sett behov for å kunne gripe inn med strengere reaksjoner enn forbudsvedtak med tvangsmulkt.

Markedsføringsloven § 6 første ledd forbyr urimelig handelspraksis. I annet ledd oppstilles to vilkår som begge må være oppfylt for at en praksis skal kunne anses å være urimelig. Praksisen må stride mot god forretningsskikk overfor forbrukerne, samt være egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet. Handlinger som omfattes av mfl. §§ 7 til 9, om villedende handlinger og utelatelser, samt aggressiv handelspraksis, vil alltid være urimelig handelspraksis som er forbudt etter § 6 første ledd.

Bakgrunnen for at brudd på mfl. §§ 6 til 9 (med unntak av «svartelista») ikke er sanksjonert med overtredelsesgebyr skyldes, som nevnt over, at bestemmelsene er av mer skjønnsmessig karakter.

Selv om bestemmelsene har innslag av skjønnsmessige elementer som «urimelig», «god forretningsskikk» og «villedende» har det fra loven ble vedtatt kommet både retningslinjer og praksis på området som i stor grad klargjør hva som ligger i disse begrepene. Bestemmelsene bygger for øvrig på totalharmonisert regelverk fra EU, og Forbrukerombudet vil i sine vurderinger derfor også følge praksis i EU/EØS. Dette gjør at tolkningen av regelverket er noe mindre skjønnspreget enn tidligere.

Bruk av rettslige standarder er for øvrig behandlet i lovproposisjonen om administrative sanksjoner.¹¹⁵ I denne proposisjonen vises det til Sanksjonsutvalgets vurderinger, som ikke fant grunn til å fraråde at overtredelser av rettslige standarder sanksjoneres. Sanksjonsutvalget la vekt på at det normalt vil finnes retningslinjer på området som klargjør begrepene. Det ble også lagt vekt på at rettslige standarder er godtatt i strafferetten.¹¹⁶

Forsettlig og vesentlig overtredelse av mfl. § 6 fjerde ledd, jf. første ledd, er i dag straffesanksjonert etter mfl. § 48. Departementet ser derfor få betenkeligheter med å utvide hjemmelen til å fatte overtredelsesgebyr for brudd på de samme bestemmelsene. Generalklausulen om urimelig handelspraksis i § 6 er imidlertid ikke straffesanksjonert. Departementet er imidlertid av den oppfatning at hjemmelen for overtredelsesgebyr også bør omfatte brudd på generalklausulen. Det er denne bestemmelsen som benyttes når Forbrukerombudet og Markedsrådet griper inn etter det såkalte «lovstridsprinsippet».

¹¹⁵ Se Prop. 62 L (2015-2016) om endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) s. 68

¹¹⁶ Se NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring* s. 184

Prinsippet innebærer at handlinger som strider mot bindende forbrukervernregler, som for eksempel forbrukerkjøpsloven, også anses i strid med markedsføringsloven.

Når det gjelder spørsmålet om objekt foretaksansvar for illeggelse av overtredelsesgebyr, har ikke departementet mottatt innspill som skulle tilsi at det er et behov for dette. Det foreslås derfor ingen endringer i dette høringsnotatet. Vi ber imidlertid om høringsinnstasenes syn på spørsmålet, og vil vurdere eventuelle endringer på bakgrunn av disse innspillene.

Det vises til lovendringsforslaget i § 43 første ledd.

6.6 Rammer for utmåling av overtredelsesgebyr

6.6.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven § 43 annet ledd gir retningslinjer for utmåling av overtredelsesgebyr. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger.

Det følger av forarbeidene at overtredelsesgebyr skal utmåles etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.¹¹⁷ Et overordnet prinsipp er at overtredelsesgebyr bør settes så høyt at det ikke skal lønne seg økonomisk å begå lovbrudd. Departementet viser til de nevnte forarbeidene for en nærmere omtale av momentene det skal legges vekt på. Her fremgår det blant annet at oppregningen ikke er ment å være uttømmende.

I mfl. § 43 fjerde ledd er det gitt en forskriftshjemmel for å gi nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr. Herunder kan det fastsettes rammer for gebyrets størrelse. Forskriftshjemmelen er hittil ikke benyttet.

Brudd på visse bestemmelser i angrerettloven kan også sanksjoneres med overtredelsesgebyr, jf. angrl. § 42 første ledd bokstav d, jf. femte ledd. Det følger av angrl. § 42 femte ledd annet punktum at ved vedtak om overtredelsesgebyr gjelder mfl. § 43 annet og tredje ledd tilsvarende. I angrl. § 42 sjette ledd er det gitt en forskriftshjemmel som kan gi nærmere regler om illeggelse av tvangsmulkt og utmåling av overtredelsesgebyr. Forskriftshjemmelen er hittil ikke benyttet.¹¹⁸

6.6.2 Problemstilling

I lovproposisjonen om administrative sanksjoner har Justis- og beredskapsdepartementet gitt retningslinjer for utmåling av overtredelsesgebyr.¹¹⁹

¹¹⁷ Se Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 214

¹¹⁸ Forarbeidene til bestemmelsen er Prop. 64 L (2013-2014), se merknaden til § 42.

¹¹⁹ Prop. 62 L (2015-2016) om endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) pkt. 13.3.4

Ny § 44 annet ledd i forvaltningsloven lovfester også en plikt til å fastsette rammer ved individuell utmåling av overtredelsesgebyr.¹²⁰ Bestemmelsen har imidlertid ikke trådt i kraft.

6.6.3 Departementets vurderinger og forslag

Overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven og angrerettloven utmåles individuelt etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, og det vil på et tidspunkt bli nødvendig å fastsette en øvre ramme for utmålingen i tråd med det som er fastsatt i forvaltningsloven § 44 annet ledd første punktum.

Både markedsføringsloven § 43 fjerde ledd og angrerettloven § 42 sjette ledd gir etter departementets vurdering tilstrekkelig hjemmel til å fastsette rammer for overtredelsesgebyrets størrelse. Spørsmålet om hvor høye gebyrer som skal kunne ilegges for ulike overtredelser krever imidlertid en grundig vurdering. Departementet vil derfor komme tilbake til dette spørsmålet på et senere tidspunkt.

6.7 Varighet av vedtak

6.7.1 Gjeldende rett

Vedtak etter mfl. §§ 40 til 42 er i dag ikke underlagt noen tidsfrist for varighet.

I prinsippet vil vedtaket gjelde så lenge det aktuelle markedsføringstiltaket eller avtalevilkåret er ulovlig. Lovligheten kan imidlertid endre seg, ved endret lovgivning eller ved at rettsoppfatningen endres.

6.7.2 Problemstilling

Vedtaket som hjemlet tvangsgebyr etter markedsføringsloven 1972 hadde en tidsbegrensning på 3 år.¹²¹ Begrunnelsen for dette følger av Ot.prp. nr. 34 (1994-1995) punkt 3.1.7.2:

«Etter departementets vurdering ville det være urimelig om det i uoverskuelig framtid skal knyttes tvangsgebyr til overtredelse av et gitt vedtak. Det foreslås derfor at vedtaket som hjemmel for tvangsgebyr undergis en tidsbegrensning på 3 år. Dette betyr at når det er gått 3 år fra vedtaket ble truffet, må det eventuelt treffes et nytt vedtak dersom senere markedsføring i strid med loven skal medføre krav om tvangsgebyr. At muligheten for illeggelse av tvangsgebyr etter en bestemt tid bortfaller, betyr ikke at angjeldende markedsføring dermed vil være lovlig. Departementet opprettholder etter dette sitt opprinnelige forslag.»

¹²⁰ Bestemmelsen er begrunnet i ønsket om å sikre en viss forutberegnelighet for private og at gebyrenes størrelse er gjennomtenkt, jf. Prop. 62 L (2015-2016) s. 195.

¹²¹ Jf. markedsføringsloven 1972 § 16 annet ledd annet punktum: «Utferdigelse av forelegg kan ikke skje med hjemmel i vedtak som er truffet for mer enn 3 år siden». Ved overtredelse av vedtak var det dessuten en frist på to år fra overtredelsen var avsluttet til å utferdige forelegg, jf. § 16 annet ledd siste punktum.

Ordningen med tvangsgebyr ble i hovedsak videreført i markedsføringsloven 2009 under betegnelsen tvangsmulkt.¹²² Tidsbegrensningen på 3 år ble ikke videreført i ny lov, uten at dette ble kommentert nærmere under lovforberedelsen. Forbrukerombudet har bedt departementet vurdere om en slik tidsfrist bør gjeninnføres.

6.7.3 Departementets vurderinger og forslag

Departementet mener at det som i sin tid begrunnet en tidsbegrensning av vedtak fortsatt gjør seg gjeldende, og vil derfor foreslå at dette gjeninnføres.

Etter departementets oppfatning kan det imidlertid være behov for å la vedtak gjelde for en lengre tid enn 3 år, og at det også bør være adgang for håndhevingsmyndighetene til særskilt å fastsette en lengre frist.

I konkurranseloven § 6 er det en bestemmelse om varighet av enkeltvedtak. Slike vedtak skal normalt gjelde for et bestemt tidsrom.¹²³ Det fremgår videre at enkeltvedtak normalt ikke skal gjelde mer enn fem år og aldri i mer enn ti år, samt at virkningstiden bør fremgå av vedtaket. Vedtak kan også fornyes, jf. annet ledd.

Departementet foreslår etter dette at vedtak etter mfl. § 40 og § 41, jf. § 42 begrenses til maksimalt ti år og at varigheten bør fremgå av vedtaket.

I tillegg foreslås en bestemmelse om at vedtak kan fornyes. I forarbeidene til konkurranseloven § 6 står det følgende om adgangen til fornyelse:

«Hvis situasjonen ikke har endret seg i særlig grad, og dermed ført til at grunnlaget for et fornyelsesvedtak ikke er vesensforskjellig fra grunnlaget for det opprinnelige vedtaket, må kravene til det nye vedtakets begrunnelse være lempeligere enn det som ellers gjelder for vedtak. Begrunnelsen for vedtaket vil da i det vesentlige følge av det opprinnelige vedtaket. Videre vil den maksimale virkningstiden på ti år kun gjelde i forhold til det opprinnelige vedtaket, som vil kunne bli fornyet ved nytt vedtak i en ny tiårsperiode. Fornyelsesvedtak må treffes før virkningstiden for det gamle vedtaket utløper. ...»¹²⁴

Det vises til lovendringsforslaget i § 39 fjerde og femte ledd.

6.8 Foreldelse av adgangen til å ilegge administrative sanksjoner/reaksjoner

6.8.1 Gjeldende rett

Markedsføringsloven inneholder i dag ingen uttrykkelig bestemmelse om foreldelse av adgangen til å ilegge en administrativ sanksjon eller reaksjon.

¹²² Jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) side158. I tillegg til å endre begrepet «tvangsgebyr» til «tvangsmulkt», ble det også foreslått en endring knyttet til fullbyrdelse av mulkten. I dag er endelig vedtak om betaling tvangsmulkt tvangsgrunnlag for utlegg, jf. mfl. § 42 tredje ledd. Begrunnelsen for dette er gitt i Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.9.8

¹²³ Det følger av forarbeidene at «normalt» må tolkes slik at enkeltvedtak skal tidsbegrenses der det er naturlig, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 223

¹²⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 223

6.8.2 Problemstilling

Ved overtredelse av vedtak etter markedsføringsloven 1972, utferdiget Forbrukerombudet forelegg om tvangsgebyr. Slikt forelegg kunne likevel ikke utferdiges dersom overtredelsen var avsluttet for mer enn 2 år siden.¹²⁵ Ettersom gebyrvedtaket også var undergitt en begrensning på tre år, kunne dette medføre at fristen for å utferdige forelegg i praksis ble kortere enn to år.¹²⁶

Spørsmål knyttet til foreldelse av adgangen til å ilegge administrative sanksjoner omtales i lovproposisjon om administrative sanksjoner.¹²⁷ Her foreslås det ikke generelle regler om foreldelse, men at spørsmålet om regulering overlates til særlovgivningen. Det vises til at slik regulering bl.a. finnes i konkurranseloven¹²⁸ og akvakulturloven.¹²⁹

I forslaget til revidert forordning om forbrukervernsamarbeid, er det i artikkel 4 foreslått regler om foreldelse. Fristen for å ilegge sanksjoner er foreslått til 5 år fra overtredelsen ble avsluttet.¹³⁰

6.8.3 Departementets vurderinger og forslag

Rettssikkerhetsgarantier taler for at det innføres regler om foreldelse av adgangen til å ilegge administrative sanksjoner og/eller reaksjoner. Departementet registrerer også at slike frister følger av annen tilsynslovgivning.

I påvente av en nærmere regulering av forholdet i den reviderte forordningen om forbrukervernsamarbeid, vil departementet ikke foreslå en nærmere regulering i denne omgang.

7 Økonomiske og administrative konsekvenser

7.1 Innledning

I dette kapittelet beskrives det hvilke positive og negative virkninger forslagene antas å ha overfor næringslivet, forvaltningen og forbrukerne. Med unntak av kostnader knyttet til endring av Forbrukerombudets navn, er virkningene permanente.

¹²⁵ Jf. markedsføringsloven 1972 § 16 annet ledd siste punktum

¹²⁶ Se Ot.prp. nr. 34 (1994-1995) punkt 3.1.9.5

¹²⁷ Se Prop. 62 L (2015-2016) om endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) punkt 29

¹²⁸ Jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd: «Adgangen til å ilegge gebyr foreldes etter 10 år ved overtredelse av § 10 eller § 11 i denne loven. Andre overtredelser foreldes etter 5 år. Fristen avbrytes ved at Konkurransetilsynet tar skritt til sikring av bevis etter lovens § 25 eller meddeler et foretak at det er mistenkt for overtredelse av loven eller vedtak truffet i medhold av loven.»

¹²⁹ Jf. akvakulturloven § 30 sjette ledd: «Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr foreldes 2 år etter at overtredelsen er opphørt. Fristen avbrytes ved at tilsynsmyndigheten gir forhåndsvarsel eller fatter vedtak om overtredelsesgebyr.»

¹³⁰ COM (2016) 283. Forslaget ble fremsatt 25. mai 2016.

7.2 Konsekvenser for næringslivet

Dersom *Forbrukerombudet får vedtakskompetanse*, i kombinasjon med en viss økning i *skriftlig klagebehandling for Markedsrådet*, vil det være mindre ressurskrevende for Forbrukerombudet å fatte et vedtak, se nedenfor punkt 7.3. Forbrukerombudet har de to siste årene fått over 11 000 henvendelser. Dette har resultert i mellom 500 og 600 saker der brudd på markedsføringsloven tas opp med den næringsdrivende.¹³¹ Flere av henvendelsene gjelder en og samme næringsdrivende og noen henvendelser nedprioriteres. På grunn av begrensede ressurser må Forbrukerombudet foreta en streng prioritering av hvilke saker de bringer inn til Markedsrådet. I fjor begrenset dette seg til 8 saker, og antallet har de siste årene ligget stabilt på dette nivået. Med uendrede ressurser vil Forbrukerombudet kunne fatte vedtak i noen flere saker. Dette vil gjøre at flere næringsdrivende risikerer å få et vedtak rettet mot seg. Vedtakene vil i tillegg fattes raskere i og med at Forbrukerombudet ikke lenger trenger å oversende saken til Markedsrådet. Næringsdrivende vil også i større grad risikere økonomiske sanksjoner ved at hjemmelen til å ilegge *overtredelsesgebyr utvides* noe. Departementet antar at det først og fremst vil være de useriøse aktørene som vil merke raskere og mer effektiv håndheving. Dette vil særlig gjelde de som bevisst gir villedende opplysninger eller utsetter forbrukeren for et utilbørlig press. Samtidig vil mer effektiv håndheving av forbrukervernregler være en fordel for de næringsdrivende som opptre i tråd med regelverket. De vil i mindre grad møte konkurranse fra aktører som benytter seg av villedende markedsføring eller aggressiv handelspraksis.

I høringsnotatet foreslås det å *fjerne plikten til å søke frivillig ordning* før vedtak fattes. Dette bidrar også til at Forbrukerombudet raskere vil kunne gripe inn overfor handelspraksis som er særlig tyngende for forbrukere, slik som bevisst villedende markedsføring og utilbørlig press. Det vil medføre at næringsdrivende raskere må avslutte denne praksisen, og eventuelle konsekvenser totalt for næringslivet antas som positive da seriøse aktører vil få en konkurransefordel.

Videre foreslås det å klargjøre at *opplysningsplikten etter markedsføringsloven går foran taushetsplikten* etter annen lovgivning, avtale eller pålegg samt gi Forbrukerombudet og Markedsrådet hjemmel til å fatte vedtak om tvangsmulkt der opplysningsplikten ikke oppfylles. Næringsdrivende har allerede i dag en omfattende plikt til å gi opplysninger til Forbrukerombudet og Markedsrådet, se punkt 6.3 der spørsmålet er behandlet. Den største endringen er at opplysningsplikten effektiviseres gjennom muligheten til å fatte vedtak om tvangsmulkt. Tidligere var plikten til å gi opplysninger belagt med straff etter straffeloven. Departementet kjenner ikke til en eneste sak der det var aktuelt å bruke denne straffebestemmelsen mot næringsdrivende som ikke ga opplysninger. Departementet antar derfor at det å benytte tvangsmulkt for å få opplysninger vil være aktuelt i et fåtall saker, og ikke ha særlig stor innvirkning på næringslivet.

¹³¹ Se Forbrukerombudets årsrapport for 2015 s. 9

(https://www.regjeringen.no/contentassets/11d82e8f80db44d78be1c0b5b451f003/forbrukerombudet-arsmelding-2015_nynorsk.pdf)

Det antas videre å bli noe rimeligere for den næringsdrivende å imøtegå et vedtak samt eventuelt påklage dette. I dag forutsetter dette en ressurskrevende domstolslignende prosess der den næringsdrivende ofte er representert via advokat. Det er en rekke spørsmål som kan være gjenstand for vanskelige vurderinger i denne prosessen: har Forbrukerombudet søkt å inngå en frivillig ordning, har Forbrukerombudet kompetanse til å treffe vedtak, har Forbrukerombudet krav på opplysninger? En *mer skriftlig forvaltningsprosedyre* med de foreslåtte forenklingene av regelverket vil være noe ressursbesparende for næringsdrivende. Kostnadsbesparelsen antas imidlertid å være begrenset.

Totalt sett antar departementet at forslagene ikke vil medføre vesentlige endringer for næringslivet.

7.3 Konsekvenser for forvaltningen

I dag må Forbrukerombudet som hovedregel forelegge saken for Markedsrådet før det kan fattes vedtak i en sak. Før vedtak fattes må Forbrukerombudet forsøke å komme til en minnelig ordning, før det gjennomføres en domstolslignende prosess som er nærmere beskrevet i punkt 5.4. Forslagene til *vedtakskompetanse til Forbrukerombudet i alle saker, økt skriftlig saksbehandling i Markedsrådet, fjerne plikten til å søke frivillig ordning og klargjøring av at opplysningsplikten etter markedsføringsloven går foran eventuell taushetsplikt*, vil gjøre prosessen med å fatte vedtak noe mindre ressurskrevende. Dette vil gjelde både for den næringsdrivende og for Forbrukerombudet. Kostnadsbesparelsen antas imidlertid å være begrenset.

Det foreslås at *Forbrukerombudet endrer navn*, enten til Forbrukertilsynet eller Markedsføringstilsynet. Navneendring vil kunne medføre kostnader knyttet til endring av navn i profilmateriell, nettsider med mer, men beløpet antas å være begrenset.

Antall medlemmer som fatter vedtak i Markedsrådet foreslås redusert fra ni til tre personer. Det totale antallet oppnevnte medlemmer i Markedsrådet må etter forslaget imidlertid være noe høyere og i alle fall ikke mindre enn fem. Dette vil redusere kostnadene med Markedsrådet noe.

Videre foreslår departementet at *klage på avgjørelser* slik som innsyn og krav om opplysninger skal gå til Markedsrådet og ikke departementet. Det er svært få slike saker departementet behandler i dag. Dette i kombinasjon med liten økning i antall vedtak som potensielt kan klages inn av den næringsdrivende, vil imidlertid føre til at Markedsrådet vil få noen flere saker.

Totalt sett antar departementet at forslagene ikke vil medføre vesentlige endringer for forvaltningen.

7.4 Konsekvenser for forbrukerne

Flere vedtak og raskere vedtak gir økt etterlevelse av forbrukervernreglene. Forbrukerne vil i større grad få korrekt informasjon når de handler og useriøse aktører vil raskere stilles til ansvar. Dette vil føre til at færre blir lurt og gjøre det lettere for forbrukerne å

velge det billigste og beste produktet. Som vist over under pkt. 7.2 og 7.3, vil endringene neppe føre til en dramatisk økning i antall vedtak, men i og med at ett vedtak kan verne en stor gruppe forbrukere vil allikevel effekten kunne være betydelig. I tillegg så vil trusselen om overtredelsesgebyr i flere saker kunne medføre at useriøse aktører vil være mer varsomme med å bevisst villedede forbrukerne.

8 Forslag til lovendringer og forskrift med kommentarer

8.1 Forslag til endringer i markedsføringsloven

I lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.(markedsføringsloven) gjøres følgende endringer i §§ 24, 32-39, 42-43 og 45:

§ 24. Avgrensning mot konkurranseloven

Konkurranseloven § 10 gjelder ikke ved bruk av kontraktsvilkår som er fremforhandlet i samarbeid med *Forbrukertilsynet*.

§ 32. Myndighetene og deres uavhengighet mv.

Forbrukertilsynet og Markedsrådet skal føre kontroll med at bestemmelsene i denne *loven*, med unntak av kapittel 6, overholdes.

Forbrukertilsynet og Markedsrådet er faglig uavhengige forvaltningsorganer som er administrativt underordnet departementet. Departementet kan ikke styre *Forbrukertilsynets* eller Markedsrådets utøving av myndighet i enkeltsaker eller generelle lovtolkning. Departementet kan heller ikke omgjøre vedtak eller avgjørelser etter denne *loven*. Departementet behandler klager over avgjørelser Markedsrådet treffer i første instans og kan omgjøre disse.

Departementet kan gi nærmere forskrifter om *Forbrukertilsynets* og Markedsrådets organisasjon og virksomhet.

Dersom en næringsvirksomhet som faller inn under denne *loven* også går inn under regulerings- eller kontrollbestemmelser i andre lover, kan *departementet* gi nærmere regler om den innbyrdes avgrensningen av de forskjellige myndigheters virkeområde og om samarbeidet mellom dem.

§ 33.Opplysningsplikt

Enhver plikter å gi *Forbrukertilsynet* eller Markedsrådet de *opplysningene* disse *myndighetene* krever for å kunne utføre sine gjøremål etter *loven*, herunder opplysninger som er nødvendige for å vurdere om en handelspraksis er urimelig. Opplysningene kan kreves gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist.

Forbrukertilsynet og Markedsrådet kan foreta slik gransking og besiktigelse, herunder kreve utlevert dokumenter, gjenstander, vareprøver eller annet, som de finner påkrevet for å utføre sine gjøremål etter *loven*. Om nødvendig kan det anmodes om bistand fra politiet.

Taushetsplikt som følger av lovgivning, pålegg eller avtale, er ikke til hinder for opplysningsplikten eller retten til å foreta granskning.

§ 34. Forbrukertilsynets organisasjon og oppgaver

Forbrukertilsynet ledes av en direktør. Direktøren åremålsbeskikkes av Kongen for en periode på seks år med mulighet for en gangs gjenoppnevning.

Forbrukertilsynet skal føre tilsyn med at bestemmelser i denne lovens kapittel 1 til 5, eller bestemmelser gitt i medhold av denne loven, overholdes. Forbrukertilsynet skal videre føre slikt tilsyn som Forbrukertilsynet er tillagt etter annet regelverk.

Forbrukertilsynet fører tilsyn etter ovennevnte bestemmelser ut fra hensynet til forbrukerne. Tilsynet etter § 2 annet ledd skjer likevel ut fra hensynet til likestilling mellom kjønnene, særlig med vekt på hvordan kvinner fremstilles. Tilsynet etter § 10 med forskrifter skjer ut fra hensynet til at forbrukerne skal kunne orientere seg i markedet og enkelt sammenligne priser.

§ 35. Forbrukertilsynets saksbehandling og vedtakskompetanse

Forbrukertilsynet skal av eget tiltak eller etter henvendelse fra andre søke å påvirke næringsdrivende til å innrette seg etter bestemmelsene som Forbrukertilsynet skal føre tilsyn med etter § 34, herunder ved å føre forhandlinger med de næringsdrivende eller deres organisasjoner.

Dersom Forbrukertilsynet finner at en næringsdrivende handler i strid med bestemmelser som nevnt i § 34, kan Forbrukertilsynet kreve skriftlig bekreftelse på at ulovlige forhold skal opphøre eller fatte vedtak som nevnt i § 39.

§ 36. Tilfeller hvor det ikke er nødvendig å forsøke frivillig ordning

Oppheves

§ 37. Forbrukerombudets vedtakskompetanse

Oppheves [med unntak av tredje ledd første punktum, som videreføres i nytt tredje ledd i § 39.]

§ 38. Markedsrådets organisasjon og oppgaver

Markedsrådet skal ha en leder, en nestleder og så mange medlemmer som er nødvendig for å utføre Markedsrådets oppgaver.

Leder og nestleder må ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap.

Leder, nestleder og øvrige medlemmer oppnevnes av departementet for fire år.

Markedsrådet behandler klager på Forbrukertilsynets vedtak eller avgjørelser etter denne loven. Beslutter Forbrukertilsynet ikke å fatte vedtak, kan saken bringes inn for Markedsrådet av en næringsdrivende eller forbruker som berøres av handlingen eller vilkåret, eller av en sammenslutning av næringsdrivende, forbrukere eller lønnstakere.

Markedsrådet kan fatte vedtak som nevnt i § 39. Markedsrådets vedtak kan ikke påklages.

Søksmål over Markedsrådets vedtak må reises innen tre måneder etter at underretting om vedtaket er mottatt. Det kan gis oppfriskning for oversittelse av fristen etter reglene i tvisteloven §§ 16-12 til 16-14.

§ 39. Forbrukertilsynets vedtak

Forbrukertilsynet kan, dersom de finner at inngrep tilsies av hensyn som nevnt i § 34 tredje ledd, fatte enkeltvedtak om

- a) forbud etter § 40,
- b) påbud etter § 41,
- c) tvangsmulkt etter § 42,
- d) overtredelsesgebyr etter § 43.

Vedtak kan også rettes mot medvirkere. Dette gjelder likevel ikke ved vedtak mot reklame i strid med lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting (kringkastingsloven) § 3-1 annet ledd og forskrifter gitt i medhold av kringkastingsloven § 3-1 fjerde ledd. § 48 femte ledd gjelder tilsvarende.

Forbrukertilsynet skal underrette Markedsrådet om vedtaket.

Varigheten bør fremgå av vedtaket og kan aldri være mer enn ti år. Vedtak kan fornyes.

§ 42. Vedtak om tvangsmulkt

For å sikre at vedtak etter §§ 40 og 41 overholdes skal det fastsettes en tvangsmulkt som den som vedtaket retter seg mot, skal betale dersom vedkommende overtrer vedtaket. Fastsettelse av tvangsmulkt kan unnlates dersom særlige grunner tilsier det.

Tvangsmulkten kan fastsettes som en løpende mulkt eller som et engangsbeløp. Ved fastsettelsen av tvangsmulkten skal det legges vekt på at det ikke skal lønne seg å overtre vedtaket.

For å sikre at pålegg om å gi opplysninger etter § 33 blir overholdt, kan det fastsettes en tvangsmulkt som den som pålegget retter seg mot skal betale dersom pålegget ikke etterkommes. Annet ledd første punktum gjelder tilsvarende.

Endelig vedtak om betaling av tvangsmulkt er tvangsgrunnlag for utlegg.

I særlige tilfeller kan påløpt mulkt reduseres eller frafalles.

Departementet kan ved forskrift fastsette nærmere regler om ileggelse av tvangsmulkt.

§ 43. Vedtak om overtredelsesgebyr

Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 6, forskrift gitt i medhold av § 6, § 7, § 8, § 9, § 10, forskrift gitt i medhold av § 10, § 11, § 12, § 13, § 14, § 15, § 16, § 17 eller § 20 annet ledd, som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatte ganger, kan det fastsettes et overtredelsesgebyr som den som vedtaket retter seg mot, skal betale.

Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det legges vekt på overtredelsens grovhet, omfang og virkninger.

Overtredelsesgebyret forfaller til betaling fire uker etter at vedtaket er fattet. Endelig vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg.

Departementet kan ved forskrift gi nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr.

§ 45. Adgang til å bringe saker inn for Forbrukertilsynet og Markedsrådet

Utenlandske myndigheter og organisasjoner som er oppført på listen over godkjente institusjoner som etter EØS-avtalens bestemmelser offentliggjøres av EU-kommisjonen i De Europeiske Fellesskapers Tidende og i EØS-tillegget til dette, kan bringe sak inn for *Forbrukertilsynet* og Markedsrådet med sikte på å få nedlagt forbud mot handling som nevnt i § 44 annet ledd.

8.2 Forslag til ny forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling

Forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling mv.

Hjemmel: Fastsatt av Barne- og likestillingsdepartementet [dato] med hjemmel i lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) § 32 tredje ledd.

Kapittel I - Forbrukertilsynet

§ 1. Den som klager en sak inn for Forbrukertilsynet regnes ikke som part etter forvaltningsloven i saken mellom den innklagede og Forbrukertilsynet. En klager skal underrettes om resultatet av henvendelsen.

§ 2. Forbrukertilsynet skal legge vekt på å gjøre virksomheten kjent blant publikum og på å informere forbrukere og næringsdrivende om lovens bestemmelser og praksis. Normalt skal Forbrukertilsynet ikke gi forhåndsuttalelser eller på annen måte ta forhåndsstandpunkt til konkrete tiltak som planlegges iverksatt. Ved henvendelser fra næringsdrivende kan Forbrukertilsynet imidlertid gi uforpliktende råd, dersom tilsynet finner grunn til det.

Kapittel II – Markedsrådet

§ 3. Under saksforberedelsen legger Forbrukertilsynet fram et skriftlig sammendrag av saken. Sak som er brakt inn av annen enn Forbrukertilsynet sendes Forbrukertilsynet til utarbeidelse av sammendrag. Sammendraget forelegges partene til uttalelse.

Markedsrådet skal under forberedelsen innhente de opplysninger eller uttalelser fra Forbrukertilsynet og partene som må anses nødvendige for å få saken klarlagt. Rådet kan også gi andre anledning til å uttale seg dersom de må anses å ha særlig interesse i sakens utfall eller de antas å kunne bidra til å belyse saken.

Markedsrådet skal av eget tiltak og uten ugrunnet opphold sikre at sakens dokumenter fortløpende oversendes Forbrukertilsynet og partene.

§ 4. Saksforberedelsen avsluttes to uker før Markedsrådets møte hvis ikke Markedsrådet fastsetter et annet tidspunkt.

Markedsrådet skal som regel kreve at Forbrukertilsynet og partene innen avsluttet saksforberedelse inngir alle opplysninger av betydning for saken.

§ 5. Saksbehandlingen i Markedsrådet er som hovedregel skriftlig.

Så snart saken er berammet for Markedsrådet, skal Forbrukertilsynet og partene varsles om møtet og informeres om muligheten til å gjennomføre muntlig behandling.

Markedsrådet kan gjennomføre muntlig behandling dersom det anses hensiktsmessig av hensyn til sakens opplysning eller effektiv ressursbruk.

§ 6. Ved muntlig behandling skal Forbrukertilsynet og partene ha adgang til selv eller ved representant å komme i møtet og redegjøre for sitt syn på saken.

Markedsrådet kan også varsle andre til møtet dersom det antas at de kan gi opplysninger av betydning for saken eller dersom de må anses for å ha en særlig interesse av å uttale seg i saken.

§ 7. Markedsrådet kan bestemme at muntlig behandling i en sak skal foregå i et offentlig møte når rådet finner at allmenne hensyn tilsier det og at saken egner seg for det.

Etter at en sak er tatt opp til avgjørelse, skal sluttbehandlingen i rådet foregå i lukket møte.

§ 8. Etter at muntlig behandling er avsluttet og de som har vært innkalt har forlatt møtet, opptas saken til avgjørelse. Om nødvendig kan rådslagning og avgjørelse utsettes.

Markedsrådet skal utsette saken dersom den ikke er tilstrekkelig opplyst. I så fall skal rådet oppgi hvilke ytterligere opplysninger som anses påkrevet eller hvilke nye personer som ønskes innkalt for å gi forklaring. Dersom Markedsrådet finner det nødvendig med ytterligere opplysninger for å få et forsvarlig grunnlag for avgjørelse, skal det settes frister for dette, og parten og Forbrukertilsynet skal gis anledning til å kommentere eventuelle nye opplysninger.

§ 9. Markedsrådet fatter vedtak i et utvalg som består av leder eller nestleder og to medlemmer. I særlige tilfeller kan lederen eller nestlederen beslutte at vedtak skal fattes i et forsterket utvalg som består av leder eller nestleder og fire medlemmer.

Vedtak fattes med alminnelig flertall. Det skal opplyses om avgjørelsen er enstemmig. Ved dissens skal det opplyses om hvem som er uenige og deres begrunnelse.

Markedsrådets prosessledende avgjørelser kan fattes av leder eller nestleder alene. Tilsvarende gjelder ved Markedsrådets behandling av klager på Forbrukertilsynets prosessledende avgjørelser eller nedprioriteringer.

§ 10. Reglene i tvisteloven § 20-5 tredje ledd om kostnadsoppgave gjelder tilsvarende så langt de passer i saker for Markedsrådet.

Saksomkostninger tilkjennes ikke i saker om Forbrukertilsynets nedprioritering av enkeltsaker.

§ 11. Bestemmelsene i dette kapittel gjelder så langt de passer der Markedsrådet behandler klager på vedtak fra Helsedirektoratet og Medietilsynet.

Kapittel III – Avsluttende bestemmelser

§ 12. Denne forskrift trer i kraft straks. Fra samme tidspunkt oppheves forskrift 5. juni 2009 nr. 588 om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv.

8.3 Forslag til endringer i angrerettloven

I lov 20. juni nr. 27 opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven) gjøres følgende endringer i §§ 41 og 42:

§ 41. Tilsyn og håndheving

Forbrukertilsynet skal føre tilsyn med at bestemmelser i, eller bestemmelser gitt i medhold av, denne lov overholdes.

Ved Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling gjelder markedsføringsloven §§ 32 til 38 og regler gitt i medhold av § 32, tilsvarende.

§ 42. Forbrukertilsynets og Markedsrådets vedtak

Ved overtredelse av denne lov eller regler gitt i medhold av denne lov, kan Forbrukertilsynet og Markedsrådet fatte enkeltvedtak som nevnt i markedsføringsloven § 39. Markedsføringsloven §§ 38 til 42 og regler gitt i medhold av § 32 gjelder tilsvarende.

Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 8 første og tredje ledd, forskrift gitt i medhold av § 8, § 10 første ledd, § 11, § 14, § 15, § 16 første og annet ledd, § 17, § 18, § 24 første ledd, § 28, forskrift gitt i medhold av § 29, § 30, § 32, § 36 fjerde ledd eller § 39 annet ledd som enten anses som vesentlig eller har skjedd gjentatte ganger, kan det fastsettes et overtredelsesgebyr som den som vedtaket retter seg mot, skal betale. Ved vedtak om overtredelsesgebyr gjelder markedsføringsloven § 43 annet og tredje ledd tilsvarende.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om illeggelse av tvangsmulkt og utmåling av overtredelsesgebyr.

8.4 Kommentarer til endringer i markedsføringsloven

Til § 24 Avgrensning mot konkurranseloven

Det foreslås å endre navn fra Forbrukerombudet til Forbrukertilsynet. Tilsvarende endringer gjøres i en rekke av lovens bestemmelser. For øvrig foreslås ingen endringer i bestemmelsen.

Til § 32 Myndighetene og deres uavhengighet mv.

Innholdet i bestemmelsen er endret på flere punkter. Den regulerer nå først og fremst Forbrukertilsynets og Markedsrådets uavhengighet, og det foreslås derfor å endre overskriften i samsvar med dette.

I *første ledd* videreføres dagens beskrivelse av organene som håndhever markedsføringsloven med unntak av bestemmelsene som gjelder mellom næringsdrivende i kapittel 6.

Andre ledd er nytt og angir Forbrukertilsynets og Markedsrådets forhold til departementet. Av *første punktum* fremgår det at Forbrukertilsynet og Markedsrådet er faglig uavhengige, men administrativt underlagt departementet. Hva som ligger i den faglige uavhengigheten er nærmere presisert i *andre punktum*. Der fremgår det at utøving av myndighet i enkeltsaker og generell lovtolkning er unntatt departementets styring. Dette vil blant annet gjelde alt arbeid som gjøres for å få en konkret næringsdrivende til å innrette seg etter loven gjennom forhandlinger og eventuelt vedtak, og inkluderer både tolkning av loven, vurdering av faktum, innhenting av bevis, subsumsjon mm. I tillegg vil all annen tolkning av markedsføringsloven og øvrig lovgivning Forbrukertilsynet og Markedsrådet fører tilsyn med være unntatt departementets styring. Dette vil eksempelvis omfatte informasjon til allmennheten om tolkningen av markedsføringsloven, utarbeidelse av generelle retningslinjer og forhandling av standardkontrakter.

For øvrige oppgaver er Forbrukertilsynet og Markedsrådet underlagt departementets styring. Dette vil eksempelvis gjelde faglige prioriteringer, administrative saker og diskusjoner rundt regelverksutvikling på EU-nivå.

Av *tredje punktum* fremgår det at departementet heller ikke kan omgjøre vedtak eller avgjørelser etter markedsføringsloven. Når det gjelder vedtak har denne regelen tidligere vært innfortolket. Når det gjelder avgjørelser, det vil si beslutninger som ikke er vedtak, for eksempel avslag på innsyn, er det nytt at departementet ikke lenger skal behandle og eventuelt kunne omgjøre disse. Dette utgangspunktet modereres imidlertid i *fjerde punktum* der det fremgår at departementet kan behandle og eventuelt omgjøre Markedsrådets avgjørelser der de fattes i første instans. Dette gjelder imidlertid kun de avgjørelsene der det foreligger en klagerett og som ikke er et enkeltvedtak, for eksempel avslag på innsynsforespørsler.

For å klargjøre at denne uavhengigheten også gjelder ved tolkning av og vedtak etter angrerettloven, foreslås det visse endringer i angrerettloven, se kommentarene til endringer i angrerettloven i pkt. 8.6.

Tredje og fjerde ledd tilsvare dagens fjerde og femte ledd. Eneste endringene som er foreslått er å endret navn på Forbrukerombudet samt at myndigheten til å gi forskrifter er lagt til departementet og ikke Kongen.

Til § 33 Opplysningsplikt

Første og annet ledd videreføres med navneendring og to mindre grammatikalske endringer som er uten betydning for bestemmelsenes innhold.

Tredje ledd er ny og angir at opplysningsplikten og retten til å foreta granskning i medhold av første og annet ledd går foran eventuell taushetsplikt, enten denne følger av lovgivning, pålegg eller avtale. Plikten til å gi opplysninger står imidlertid tilbake for såkalt kvalifisert taushetsplikt. En taushetsplikt er kvalifisert når den går foran vitneplikten etter reglene i straffeprosessloven §§ 117 til 119.

Til § 34 Forbrukertilsynets organisasjon og oppgaver

Første ledd er nytt og angir at Forbrukertilsynet ledes av en direktør som utnevnes av Kongen på åremål. Direktøren kan gjenoppnevnes én gang.

Annet og tredje ledd videreføres fra første og annet ledd i dagens lov, men med navneendring.

Til § 35 Forbrukertilsynets saksbehandling og vedtakskompetanse

Første ledd videreføres fra dagens lov, men med navneendring.

Andre ledd angir at dersom næringsdrivende handler i strid med bestemmelser i, eller i medhold av, markedsføringsloven kapittel 1-5, kan Forbrukertilsynet fatte vedtak eller kreve skriftlig bekreftelse på at lovbruddet skal opphøre. Annet ledd sett i sammenheng med første ledd innebærer at Forbrukertilsynet i utgangpunktet vil søke å få til en frivillig ordning der den næringsdrivende innretter seg etter loven uten at det er nødvendig å fatte et vedtak eller kreve en skriftlig bekreftelse på at vedkommende innretter seg.

Forbrukertilsynet er ikke forpliktet til å søke å inngå en frivillig ordning gjennom forhandlinger med den næringsdrivende. I noen saker har dette ingen hensikt, og Forbrukertilsynet kan da treffe vedtak uten forhandlinger. Forbrukertilsynet må her foreta den konkrete vurderingen av hva tilsynet anser som mest hensiktsmessig i den enkelte sak.

Selv om det i ordlyden står at Forbrukertilsynet kan *kreve* en skriftlig bekreftelse, vil det, som i tidligere lov, være frivillig for den næringsdrivende å avgi en slik bekreftelse.

Tredje og fjerde ledd i dagens lov foreslås fjernet, se høringsnotatet pkt. 4.3 og 5.3 der dette er nærmere omhandlet.

Til § 38 Markedsrådets organisasjon og oppgaver

Første ledd angir at Markedsrådet skal ha en leder, en nestleder og så mange medlemmer som er nødvendig for å utføre Markedsrådets oppgaver. Det er ikke satt noe bestemt antall da behovet vil kunne variere over tid. I forslag til forskrift forutsettes imidlertid at det må være minst seks medlemmer totalt, inkludert leder og nestleder, se pkt. 8.5.

Annet ledd første punktum stiller krav til at leder og nestleder i Markedsrådet har juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap. Departementet vurderer det som en fordel at de også har dommererfaring, men det stilles ikke krav til dette. Etter *annet punktum* oppnevnes leder, nestleder og øvrige medlemmer av departementet i fire år. Det er ingen begrensning i antall ganger medlemmene eller lederne kan gjenoppnevnes.

Tredje ledd angir sakene Markedsrådet behandler. Etter *første punktum* behandler rådet klager på Forbrukertilsynets vedtak og øvrige avgjørelser. Bestemmelsen regulerer ikke hvilke avgjørelser som kan påklages og hvem som kan påklage disse. Etter forvaltningsloven §§ 14, 21, 28 kan pålegg om å gi opplysninger, avslag på innsyn og enkeltvedtak påklages. Avslag på innsyn kan påklages av den som fremmet kravet og pålegg om opplysninger kan påklages av den pålegget retter seg mot. Når det gjelder enkeltvedtak kan disse påklages av enhver med rettslig klageinteresse. Disse klagene skal

behandles av Markedsrådet. Markedsrådet kan også behandle Forbrukertilsynets vedtak av eget tiltak etter forvaltningsloven § 35 annet ledd.

Etter *annet punktum* må Markedsrådet også behandle saker som bringes inn av berørte næringsdrivende og forbrukere samt deres sammenslutninger. Vilkåret er at Forbrukerombudet har besluttet ikke å fatte vedtak i saken. Dersom Forbrukerombudet har fattet vedtak i saken må vedtaket påklages etter reglene i tredje ledd, se forrige avsnitt. Der Forbrukertilsynets kun treffer vedtak om noen av spørsmålene saken reiser, vil de berørte kunne kreve Markedsrådsbehandling av de øvrige spørsmålene. Bestemmelsen viderefører dagens § 38 første ledd annet punktum, men med en litt annen ordlyd i og med at Forbrukerombudet ikke lenger vil bringe saker inn for Markedsrådet.

Fjerde ledd angir at Markedsrådet kan fatte de samme typene vedtak som Forbrukertilsynet kan i medhold av § 36 og at Markedsrådets vedtak eller avgjørelser ikke kan påklages. Innholdet i bestemmelsen tilsvarer dagens § 39 og innebærer ingen realitetsendringer.

Etter *femte ledd første punktum* må eventuelle søksmål over Markedsrådets vedtak eller krav om erstatning som følge av vedtaket, reises innen seks måneder etter at underretting om vedtaket er mottatt. Etter *annet punktum* beregnes fristen etter domstolloven §§ 148 og 149. Dette innebærer for det første at dersom vedtaket er mottatt 30. mai løper fristen ut midnatt 30. november samme år. For det andre innebærer det at fristen ikke løper ut på en lørdag eller helligdag, men ved midnatt første påfølgende virkedag. Etter *tredje punktum* gjelder tvistelovens regler om oppfriskning i §§ 16-12 til 16-14 dersom fristen oversittes. Bestemmelsen er tatt inn for å ivareta næringsdrivendes interesser i situasjoner hvor de ikke kan bebreides for å ha oversittet søksmålsfristen.

Til § 39 Forbrukertilsynets vedtak

Første ledd viderefører dagens § 39 første ledd med visse justeringer som ikke innebærer noen realitetsendringer. Forbrukerombudets navn endres og Markedsrådet tas ut av bestemmelsen. At Markedsrådet også kan treffe vedtakene som følger av § 39 første ledd følger nå av § 38 fjerde ledd første punktum.

Annet ledd viderefører dagens § 39 tredje ledd uendret.

Tredje ledd viderefører dagens § 37 tredje ledd første punktum.

Fjerde ledd første punktum angir at vedtaket aldri kan vare i mer enn ti år samt at virkningstiden bør fremgå av vedtaket. Etter andre punktum kan imidlertid vedtaket fornyes før tiårsfristen utløper slik at det rent faktisk vil gjelde lengre enn ti år. Bestemmelsen stenger heller ikke for at det treffes nytt likelydende vedtak etter at tiårsfristen er utløpt.

Til § 42 Vedtak om tvangsmulkt

Første og andre ledd viderefører dagens § 42 første og annet ledd uten endringer.

Tredje ledd gir Forbrukertilsynet og Markedsrådet hjemmel til å ilegge tvangsmulkt for å sikre at opplysningsplikten etter § 33 overholdes. Mulkten kan være løpende eller et

engangsbeløp. I motsetning til vedtak etter §§ 40 og 41, har Forbrukertilsynet og Markedsrådet ikke plikt til å ilegge tvangsmulkt.

Fjerde til syvende ledd viderefører dagens § 42 tredje til femte ledd uten andre endringer enn at Kongen byttes ut med departementet i forskriftshjemmelen i siste ledd.

Til § 43 Vedtak om overtredelsesgebyr

Bestemmelsen viderefører dagens § 43 men med enkelte endringer. Hjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr etter *første ledd* er utvidet til også å gjelde brudd på bestemmelsene om urimelig handelspraksis i § 6, villedende handlinger i § 7, villedende utelatelser i § 8 og aggressiv handelspraksis etter § 9. Videre byttes Kongen ut med departement i forskriftshjemmelen i siste ledd.

Til § 45 Adgang til å bringe saker inne for Forbrukertilsynet og Markedsrådet

Det foreslås å endre navn på Forbrukerombudet til Forbrukertilsynet. For øvrig foreslås ingen endringer i bestemmelsens innhold.

8.5 Kommentarer til ny forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling mv.

8.5.1 Bestemmelser i dagens forskrift som er fjernet

En del bestemmelser i gjeldende forskrift anses utdaterte, overflødige eller er tatt inn i loven. Dette gjelder:

§ 1 om Forbrukerombudets stab og stedfortreder. Bestemmelsen antas unødvendig.

§ 2 første ledd og § 12 første ledd om meddelelse og forkynning av vedtak.

Bestemmelsene antas unødvendig i og med at meddelelse er regulert i forvaltningsloven § 27 og vedtak aldri forkynnes.

§ 2 første ledd første punktum og § 12 annet ledd om at forvaltningsloven gjelder.

Bestemmelsen antas unødvendig.

§ 2 annet ledd om at Markedsrådet er Forbrukerombudets overordnede organ i saker etter markedsføringsloven, men at departementet behandler saker om innsyn og klager på saksbehandling. Bestemmelsen er unødvendig i og med at det nå er klargjort i lovteksten at Markedsrådet skal behandle alle Forbrukerombudets vedtak og avgjørelser, se § 38 og pkt. 5.3.

§ 4 om beramming av møter i Markedsrådet og at medlemmene må gi beskjed om inhabilitet. Bestemmelsen anses unødvendig da spørsmål om habilitet og når medlemmene må gi beskjed om dette fremgår av forvaltningsloven § 8.

§ 7 om protokoll over Markedsrådets forhandlinger. Bestemmelsen er ikke dekkende for dagens praksis og anses unødvendig. I tillegg til forskriftens § 9 annet ledd, stiller forvaltningsloven §§ 24 og 25 krav til vedtakets begrunnelse. Forvaltningsloven § 11 d

stiller også krav til nedtegning av nye opplysninger og anførsler som blir gitt under muntlige forhandlinger.

§ 13 første og annet ledd om sakskostnader. Bestemmelsen er ikke lengre dekkende når Forbrukertilsynet treffer vedtak i alle saker før de eventuelt behandles av Markedsrådet. Forvaltningslovens regler i § 36 anses tilstrekkelig for å regulere sakskostnader, se pkt. 5.5.

8.5.2 Forslag til ny forskrift

Til § 1

Viderefører dagens § 2 andre ledd andre punktum.

Til § 2

Viderefører dagens § 3, men med visse språklige justeringer.

Til § 3

Første og andre ledd viderefører dagens § 8 første og andre ledd. Parter i alle bestemmelsene som omhandler prosessen for Markedsrådet vil være den næringsdrivende som vedtaket retter seg mot, andre med rettslig klageinteresse som har påklaget Forbrukerombudets vedtak eller personer eller sammenslutninger som har brakt saken inn til Markedsrådet i medhold av markedsføringsloven § 38 tredje ledd annet punktum.

Tredje ledd er ny og innebærer at så snart Markedsrådet mottar nye dokumenter i saken, må disse videreformidles partene og Forbrukertilsynet.

Til § 4

Bestemmelsen er ny og skal sikre at alle opplysninger av betydning for saken kommer på et så tidlig tidspunkt som mulig slik at Markedsrådet, partene og Forbrukertilsynet får anledning til å gå gjennom disse før saken skal behandles. Dersom det kommer nye og viktige opplysninger etter at saksforberedelsen er avsluttet, må Markedsrådet vurdere om saken skal gå som planlagt eller om det er behov for å utsette saken. Med nye opplysninger menes rettslige anførsler, bevis i saken eller andre opplysninger.

Til § 5

Bestemmelsen er ny. *Første ledd* innebærer at det i utgangspunktet ikke gjennomføres en muntlig behandling der Forbrukertilsynet og partene deltar. En muntlig behandling vil være det som i dag kalles muntlige forhandlinger, som er et møte der Forbrukertilsynet og den næringsdrivende part deltar og legger frem sine syn på saken for Markedsrådet. Også vitner, sakkyndige og eventuelle andre parter kan delta dersom dette er aktuelt. Bestemmelsen regulerer ikke eventuell muntlig kontakt mellom Markedsrådet, Markedsrådets sekretariat, Forbrukertilsynet, partene, sakkyndige eller vitner forut for møtet i Markedsrådet. Markedsrådet vil for eksempel kunne ha plikt til å møte parten etter forvaltningsloven § 11 d.

Annet ledd gir Markedsrådet en plikt til å varsle partene og Forbrukertilsynet om at det skal gjennomføres et møte. De skal informeres om muligheten til å gjennomføre en

muntlig behandling slik at de skal kunne argumentere for om det bør gjennomføres en muntlig behandling eller ikke.

Tredje ledd angir at Markedsrådet kan gjennomføre muntlig behandling der dette er hensiktsmessig, enten av hensyn til sakens opplysning eller effektiv ressursbruk.

Til § 6

Bestemmelsen viderefører dagens § 9 annet og tredje ledd.

Til § 7

Bestemmelsen viderefører dagens § 5.

Til § 8

Bestemmelsen viderefører dagens § 10, men med to endringer. Etter dagens § 8 første ledd annet punktum kan rådslaging og avgjørelse utsettes *til et senere møte*. For å legge opp til mer fleksibel saksbehandling fjernes kravet om at rådslagningen og avgjørelsen må foregå i et møte. Det er viktig at Markedsrådets medlemmer skal kunne diskutere og treffe avgjørelser uten at de møtes fysisk.

Videre foreslås det i § 8 annet ledd første punktum at Markedsrådet *må* utsette sin avgjørelse dersom saken ikke er tilstrekkelig opplyst. Dette vil eksempelvis kunne være tilfellet der det har kommet nye vesentlige opplysninger i møtet som må vurderes nærmere.

Til § 9

Bestemmelsen er ny. *Første ledd første punktum* innebærer at vedtak fattes av tre medlemmer, hvorav en av medlemmene må være leder eller nestleder i Markedsrådet. *Andre punktum* angir at lederen eller nestlederen unntaksvis kan beslutte at vedtak skal fattes av et utvalg på totalt fem medlemmer.

Etter *annet ledd* skal vedtak fattes med alminnelig flertall og det skal opplyses om enstemmighet. Ved dissens skal det opplyses om hvem som er uenige og begrunnelsen for denne uenigheten. At flertallet og enstemmige vedtak også må ha en begrunnelse, følger av forvaltningsloven §§ 24 og 25.

Tredje ledd angir at Markedsrådets leder og nestleder kan treffe visse avgjørelser alene. Dette gjelder for det første Markedsrådets prosessledende avgjørelser som for eksempel beslutning om å ha muntlige forhandlinger, opplysningsplikt etter markedsføringsloven § 33, krav om innsyn og om en avgjørelse skal fattes i et forsterket utvalg. For det andre vil det gjelde Markedsrådets behandling av Forbrukertilsynets avgjørelser som kan påklages (innsyn og pålegg om å gi opplysninger). For det tredje vil leder og nestleder kunne behandle klager på Forbrukerombudets nedprioriteringer.

Til § 10

Bestemmelsen viderefører dagens § 13 tredje og fjerde ledd.

Til § 11

Bestemmelsen viderefører dagens § 12 tredje ledd.

Til § 12

Bestemmelsen opphever dagens forskrift.

8.6 Kommentarer til endringer i angrerettloven

Til § 41 Tilsyn og håndheving

Første ledd viderefører gjeldende bestemmelse om at Forbrukertilsynet fører tilsyn med angrerettloven, men med navneendring.

Andre ledd presiserer hvilke bestemmelser som får anvendelse ved Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling. Denne utvides til også å omfatte bestemmelsen om myndighetenes organisasjon og uavhengighet samt alle reglene i forskrift om Forbrukertilsynets og Markedsrådets saksbehandling. Dette for å få frem at også tolkningen og håndhevingen av angrerettloven vil være unntatt departementets styring etter markedsføringsloven § 32.

Dagens tredje ledd oppheves i og med at Forbrukertilsynet ikke lenger er pålagt å søke å oppnå en frivillig ordning før det fattes vedtak eller kreves en skriftlig bekreftelse på at den næringsdrivende innretter seg.

Til § 42 Forbrukertilsynets og Markedsrådets vedtak

Første ledd angir hvilke typer vedtak Forbrukertilsynet og Markedsrådet kan fatte ved brudd på angrerettloven. Endringene i ordlyden skal sikre at endringene i markedsføringsloven og forskriften også skal få anvendelse ved håndhevingen av angrerettloven. Det presiseres ikke lenger at inngrep må tilsies av hensyn til forbrukerne. En slik presisering antas å være overflødig i og med at angrerettloven, motsetning til markedsføringsloven, utelukkende regulerer forholdet mellom næringsdrivende og forbrukere, jf. angrerettloven § 1.

Andre og tredje ledd viderefører dagens femte og sjette ledd uten endringer.