



Barne- og likestillingsdepartementet

Sendt pr. e-post: postmottak@bld.dep.no

Deres ref.: 16/2012

Dato: 28. november 2016

Vår ref.: 231091

Høring - Endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 17.10.2016 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for immaterial- og markedsføringsrett. Lovutvalget består av Are Stenvik (leder), Hans Erik Johnsen, Thomas Rieber-Mohn, Ingvild Hanssen-Bauer, Stine Helén Pettersen og Martin B. Rove.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Bakgrunn

Kulturdepartementet har lagt frem for høring et forslag til endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler. Gjeldende markedsføringslov trådte i kraft i 2009. Siden ikrafttredelsen har det blitt innført enkelte endringer i loven, særlig i sanksjonskapitlet. Endringene som nå foreslås er knyttet til markedsføringslovens håndhevingsregler, herunder Forbrukerombudet og Markedsrådets organisering

og kompetanse. Hovedformålet er å effektivisere håndhevingen av reglene i markedsføringsloven som er knyttet til forbrukerinteresser.

3. Kommentarer til forslaget

3.1 Innledning

Høringsnotatet fra departementet fremstår som grundig og veloverveid, hvor de foreslåtte endringer i lov og forskrift er grundig og forståelig redegjort for. Advokatforeningen er enig i at det er behov for effektivisering av håndhevingsreglene i markedsføringsloven og kan i det alt vesentlige slutte seg til departementets forslag og begrunnelsen for dette, inkludert de enkelte foreslåtte bestemmelsene. Kommentarer til enkelte temaer fremgår imidlertid nedenfor.

Nedenfor benyttes begrepet «Forbrukertilsynet» i overensstemmelse med forslaget.

Når det nedenfor vises til markedsføringslovens regler, menes i denne sammenheng de regler som berører forbrukerne og ikke reglene som fremgår av lovens kapittel 6.

3.2 Forholdet til forvaltningsloven

Forbrukertilsynet og Markedsrådet vil være underlagt forvaltningslovens bestemmelser. Det er ikke tvilsomt at forvaltningslovens bestemmelser kommer til anvendelse så langt de passer og ikke annet er bestemt. For klarhetens skyld bør det etter Advokatforeningens syn, vurderes å innta en henvisning i den foreslåtte forskriften til at forvaltningslovens regler gjelder når det fattes (enkelt)vedtak med mindre annet er særskilt fastsatt. Det kan også vurderes å opplyse om de viktigste unntakene.

3.3 Kommentarer til enkelte temaer knyttet til Forbrukertilsynet

Høringsnotatets punkt 4.2 – Tilsyns- og vedtakskompetanse

Advokatforeningen støtter forslaget om at Forbrukertilsynet gis primær vedtakskompetanse som foreslått.

Høringsnotatets punkt 4.3 – Kravet til «frivillig ordning»

Advokatforeningen slutter seg til forslaget om at det ikke skal kreves at Forbrukertilsynet forsøker å komme frem til frivillige ordninger. Advokatforeningen er enig med departementet i at forhandlingsmodellen som *arbeidsform* bør beholdes. Det bør fremdeles være den prefererte måten å påvirke næringsdrivende på hvor Forbrukertilsynet anser den aktuelle næringsdrivende som en seriøs aktør, med mindre den aktuelle overtredelsen anses å være særlig grov eller klar. Etter Advokatforeningens mening fremgår dette tilstrekkelig klart av lovforslagets § 35.

Høringsnotatets punkt 4.4 – Endring av navn

Advokatforeningen har ingen sterk mening om navnevalget, men mener at «Forbrukertilsynet» er et bedre alternativ enn «Markedsføringstilsynet», ettersom «Forbrukertilsynet» bedre indikerer at regelverket som skal ivaretas og håndheves primært er knyttet til forbrukerinteresser. Endringen fra «ombud» til «tilsyn» reflekterer også bedre den tiltenkte rollen som primært vedtaksorgan.

3.4 Kommentarer til enkelte temaer knyttet til Markedsrådet

Høringsnotatets punkt 5.2 - 5.4 – Sammensetning, oppgaver og saksbehandling

Advokatforeningen støtter forslaget om at Markedsrådet settes sammen av tre, i særlige tilfeller fem, medlemmer når det skal fattes vedtak, og støtter også departementets vurderinger av Markedsrådets kompetanse og oppgaver.

Advokatforeningen er videre enig i at behandlingen for Markedsrådet som hovedregel skal være skriftlig. I vurderingen av om det skal gjennomføres muntlig behandling, bør det vektlegges om en av partene har anmodet om det. Det synes tilstrekkelig reflektert i forslaget til forskrift § 5, men kan vurderes tydeliggjort direkte i bestemmelsens tredje ledd.

I forskriftens § 6 andre ledd fremgår det at Markedsrådet, ved muntlig behandling, kan varsle andre som kan gi opplysninger av betydning for saken eller har en særlig interesse av å uttale seg. For å sikre tilstrekkelig kontradiksjon, forutsigbarhet og tillit til prosessen, mener Advokatforeningen at det bør gå klart frem av bestemmelsen i § 6 at Forbrukertilsynet og partene skal gis beskjed i god tid dersom «andre» er varslet til møtet og grunnlaget for at de er varslet, herunder hva de skal uttale seg om. Slik beskjed bør kunne gis senest ved avslutning av saksforberedelsen. Dersom det er umulig, bør det være en minimumsfrist på én uke før den muntlige behandlingen. Dersom Markedsrådet ikke har gitt slik beskjed bør den muntlige behandlingen utsettes på Forbrukertilsynet eller partenes anmodning.

Etter Advokatforeningens syn bør bestemmelsene i forskriftens §§ 6-8 systematiseres noe bedre slik at enkelte temaer behandles under samme bestemmelse. Det kan for eksempel gjøres ved at forslagens § 7 første ledd (om muntlig forhandling) flyttes til § 6 som tredje ledd i bestemmelsen. Forslagets § 8 første ledd første punktum slås sammen med § 7 andre ledd. Disse delene av forslagens §§ 7 og 8 synes delvis overlappende og kan med fordel samles i «ny» § 7 og klargjøres. Forslagets § 8 første ledd andre punktum og andre ledd kan med fordel samles i «ny» § 8 og justeres slik at det ikke er overlapp internt i bestemmelsen – eller at innholdet klargjøres.

Høringsnotatets punkt 5.5 – 5.7 – Vedtak og sakskostnader, overprøving og endring av navn

Advokatforeningen støtter i det vesentlige departementets vurderinger og forslag.

Begrepet «saksomkostninger» i forslaget til forskrift § 10 andre ledd – og eventuelt andre steder i det aktuelle regelverket – bør erstattes med «sakskostnader», som benyttes i forvaltningsloven og tvisteloven.

Advokatforeningen ser at navnet «Markedsrådet» med fordel kan endres, særlig på grunnlag av den endrede rollen som er foreslått – og at «nemnd» synes som en bedre betegnelse.

Høringsnotatets punkt 6.2 – Styring og uavhengighet

Advokatforeningen slutter seg i det vesentlige til departementets vurderinger og forslag.

Dersom Forbrukertilsynet gis primær vedtakskompetanse er det imidlertid viktig at Forbrukertilsynet i sin virksomhet ivaretar hensynet til nøytralitet og tillit, slik at også de næringsdrivendes interesser ivaretas. Som et *tilsyn* med primær vedtakskompetanse er Forbrukertilsynets rolle først og fremst å sikre at markedsføringslovens regler etterfølges ved å reagere på overtredelser gjennom vedtak eller forhandlinger med næringsdrivende. Etter Advokatforeningens syn er det uheldig dersom Forbrukertilsynet offentlig kommuniserer (på sin nettside, i pressemeldinger, gjennom media eller annen

offentlig kommunikasjon) sitt synspunkt om at en næringsdrivendes praksis er i strid med markedsføringslovens regler, dersom det konkrete tilfellet senere kan bli gjenstand for vedtak fra Forbrukertilsynet selv etter lovforslagets § 39. Etter Advokatforeningens syn bør Forbrukertilsynet være tilbakeholdne med slik kommunikasjon også der det er krevd skriftlig bekreftelse på at enkelte forhold skal opphøre etter forslaget § 35 andre ledd.

Sentralt for Advokatforeningens syn som fremkommer ovenfor er hensynet til at næringsdrivende skal ha tillit til Forbrukertilsynets nøytralitet og kontradiksjon knyttet til de enkeltvedtak som fattes. Dersom Forbrukertilsynet har kommunisert et synspunkt offentlig før slikt vedtak fattes, er det egnet til å svekke tilliten til at vedtakene i tilstrekkelig grad vektlegger den næringsdrivende partens anførsler. Advokatforeningen ser at en langt mer restriktiv praksis enn dagens, hva gjelder kommunikasjon knyttet til verserende saker og konkrete forhold som Forbrukertilsynet anser å utgjøre brudd på markedsføringslovens regler, er egnet til å svekke Forbrukertilsynets «ombudsrolle» som proaktiv meningsytter i den offentlige debatten. Slik Advokatforeningen ser det må imidlertid de overnevnte hensyn veie tyngre dersom Forbrukertilsynet gis primær vedtakskompetanse, hvilket Advokatforeningen støtter. Når Forbrukertilsynet har fattet vedtak i en sak gjør de nevnte hensyn seg ikke gjeldende i samme grad.

Advokatforeningen foreslår at Forbrukertilsynets behov for tillit og krav til nøytralitet og uavhengighet som vedtaksmyndighet, også i relasjon til næringsdrivende parter, tydeliggjøres ytterligere enten i markedsføringsloven (eksempelvis i forslaget § 32) eller i forskriften (forslaget § 2).

De samme hensyn som beskrevet ovenfor knytter seg til Markedsrådets rolle, men i praksis synes Markedsrådet per i dag ikke å være like aktive i offentligheten, særlig ikke i verserende saker, som Forbrukerombudet.

Høringsnotatets punkt 6.3 – Opplysningsplikt og forholdet til regler om taushetsplikt

Advokatforeningen ser at lovpålagt taushetsplikt kan vanskeliggjøre Forbrukertilsynets saksbehandling og muligheten for å forfølge lovbrudd. Det er likevel viktig at hensynet til Forbrukertilsynets mulighet for effektiv håndheving avveies mot de grunnleggende hensyn som ligger til grunn for regler om lovbestemt taushetsplikt. Advokatforeningen stiller seg tvilende til om dette er tilstrekkelig reflektert i departementets vurderinger og forslag.

Advokatforeningen kan ikke gi sin tilslutning til den generelle og vide ordlyden i lovforslagets § 33 tredje ledd. Foreningen kan heller ikke se at en så vid plikt til å avgi taushetsbelagt informasjon som fremgår av nevnte forslag kan forankres i COM (2016) 283.

Departementets forslag til ordlyd på dette punktet bør vurderes grundig. Det bør sees hen til de sivilprosessuelle og straffeprosessuelle regler om taushetsplikt – som i alle tilfeller bør reflekteres tydeligere i ordlyden i bestemmelsen. Det gjelder også skillet mellom «kvalifisert taushetsplikt» og annen taushetsplikt, som i det minste bør klargjøres og fremgå av bestemmelsen sammen med hvem som eventuelt skal være forpliktet til å utlevere opplysninger på tross av lovbestemt taushetsplikt. Det er viktig både av hensyn til partene og de som anmodes om å utlevere slike opplysninger.

Bestemmelsen i konkurranselovens § 24 gjelder på et noe annerledes område enn markedsføringsloven og bestemmelsen er begrenset til å gjelde «*ligningsmyndigheter, andre skatte- og avgiftsmyndigheter og myndigheter som har til oppgave å overvåke offentlig regulering av ervervsvirksomhet.*»

Advokatforeningen viser også til «Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser» § 11.

Det bør også vurderes å klargjøre hvilke begrensninger som skal gjelde i Forbrukertilsynets og Markedsrådets adgang til å gjengi taushetsbelagte opplysninger i vedtak og annen korrespondanse og når slik dokumentasjon eventuelt kan unntas offentlighet.

Advokatforeningen foreslår ikke noen endret ordlyd til bestemmelsen, men anmoder om at forholdet til lovbestemt taushetsplikt vurderes grundig og ordlyden justeres, i lys av det ovenstående og nevnte vurdering, før et endelig lovforslag kan vedtas.

I lys av dette har Advokatforeningen ikke ytterligere bemerkninger til høringsnotatets punkt 6.4 – Tiltak for å sikre at opplysningsplikten overholdes.

Høringsnotatets punkt 6.5 – Utvidet hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr

Advokatforeningen støtter departementets vurderinger og forslag om at det også kan ilegges overtredelsesgebyr ved overtredelse av markedsføringslovens § 6 og forskrift gitt i medhold av §§ 6-10 mv. Adgangen til å anvende overtredelsesgebyr begrenses i tilstrekkelig grad ved de øvrige vilkårene i bestemmelsen om «vesentlig» eller «gjentatte ganger».

I forslaget til ny § 43 i markedsføringsloven, har henvisningen til «*forskrift gitt i medhold av.... § 10*» kommet inn dobbelt – tilsynelatende ved at overtredelse av «§10» som selvstendig grunnlag (ikke forskrift i medhold av bestemmelsen) har falt ut. Advokatforeningen antar at dette har skjedd ved en inkurie, som bør rettes opp.

Hva gjelder objektivt ansvar for foretaksstraff, viser Advokatforeningen til straffeloven (2005) §§ 27-28, som innfører et objektivt ansvar for foretak, men som ikke synes å være drøftet i høringsnotatet. Lovens § 27 første ledd lyder: «*Når et straffebed er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Det gjelder selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet, jf. § 20.*»

Advokatforeningen antar at det er fornuftig at de generelle bestemmelsene i straffeloven (2005) reflekteres i markedsføringsloven enten ved at vilkårene inntas i loven eller ved henvisning til straffeloven (2005). Advokatforeningen foreslår ikke noe forslag til ordlyd nå, men avventer departementets nærmere vurdering og eventuelle forslag.

Høringsnotatets punkt 6.6 – 6.8

Advokatforeningen har ingen særlige merknader til disse punktene i høringsnotatet og noterer seg at departementet vil komme tilbake til forholdene omtalt i høringsnotatets punkt 6.6. og 6.8.

4. Avslutning

Som nevnt innledningsvis, er Advokatforeningen enig i at det er behov for nye håndhevingsregler, og foreningen støtter departementets målsetning om effektivisering. Advokatforeningen slutter seg også til hovedtrekkene i lovutkastet og de fleste foreslåtte bestemmelsene, men ber departementet om å merke seg kommentarene ovenfor i det videre arbeidet med regelverket.



Jens Johan Hjort
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Stian Oen
sto@advokatforeningen.no