

BARNE-, LIKESTILLINGS- OG INKLUDERINGSDEPARTEMENTET

[HØRINGSUTTALELSEN AVGIS DIGITALT PÅ REGJERINGEN.NO]

NOVEMBER 2016

HØRINGSUTTALELSE – FORSLAG TIL ENDRINGER I MARKEDSFØRINGSLOVENS HÅNDHEVNINGSREGLER

1 Innledning

Det vises til høringsbrev 17.10.2016 med tilhørende høringsnotat som redegjør for forslaget.

Get kan se at behovet for et mer effektivt sanksjonsapparat i visse tilfeller kan være berettiget. Vi antar at dette i særlig grad gjelder der næringsdrivende foretar bevisste brudd på markedsføringsloven samt i tilfeller som grenser til - eller omfatter - svindel. Vi anerkjenner også det uttalte behovet for at reglene skal ha tilstrekkelig preventiv virkning.

Etter Gets oppfatning er det likevel viktig at hensynet til et effektivt håndhevingsapparat og preventive regler ikke går på bekostning av sentral rettssikkerhetsprinsipper.

Vår bekymring er særlig rettet mot eventuell sanksjonering med overtredelsesgebyr av markedsføringslovens bestemmelser som inneholder utpregede skjønnstemaer (eksempelvis «urimelig», «villedende» eller «aggressiv handelspraksis»). Dette fordi det langt fra alltid er lett å avgjøre på hvilken side av loven et gitt tilfelle skal plasseres. I slike tilfeller stiller vi spørsmål ved om ikke hensynet til forutberegnelighet og legalitetsprinsippet må gis forrang. Vi stiller i den anledning spørsmål om hvorvidt ikke bestemmelsen om tvangsgebyr i normaltilfellene vil være tilstrekkelig effektiv/preventiv. Hvis svaret på dette er bekreftende, bør Departementet etter vårt syn heller vurdere enkelte snevre unntaksregler for svindeltilfeller eller kvalifiserte lovbrudd, fremfor en generell regel som gir anvisning på sanksjonering med overtredelsesgebyr for brudd på mfl. §§ 6-9.

Get er dessuten noe overrasket over at forslaget innebærer at Departementet i stor grad synes å ville gå bort fra «forhandlingsmodellen» ved at i) det ikke lenger skal være krav om at Forbrukerombudet forsøker å inngå frivillig ordning og ii) Forbrukerombudet gis primær vedtakskompetanse. Dette fordi vi opplever at i

normaltilfellene har forhandlingsmodellen virket godt og etter sin hensikt. Get mener at Forbrukerombudet fortsatt bør søke å inngå frivillig ordning før det eventuelt fattes vedtak om tvangsgebyr.

I forhold til Markedsrådets saksbehandling, bør heller ikke her hensynet til effektivitet gå på bekostning av den umiddelbarheten som muntlige forhandlinger gir. Terskelen for muntlig behandling bør etter vårt syn fortsatt være lav. Det stilles spørsmål om ikke muntlige forhandlinger ofte i seg selv kan være minst like effektive som de skriftlige, fordi grad av forståelse, tvil og saksopplysning kan håndteres direkte og uten forsinkelser.

Når det gjelder et navneskifte fra ombud til tilsyn, antar vi at det i realiteten innebærer en delvis endring i organets rolle. Dette fordi vi opplever at det vil være mindre forenlig med lovens modell at et tilsyn har en utbredt politisk pådriverrolle (ut over konkret håndheving av loven) til fordel for en bestemt markedsaktør, enn dersom samme gjøres av et ombud. Når det gjelder den foreslåtte navneendring, vil vi bemerke at den foreslåtte navneendringene til «Forbrukertilsynet» vil tydeliggjøre en endring i ovennevnte rolleoppgave, men synes ikke i seg selv å være egnet til å minske sammenblandingen med Forbrukerrådet. Det må her legges til at språklig sett synes betegnelsen «Forbrukertilsynet» å antyde at tilsynsoppgaven rettes mot forbrukere som sådan, snarere enn det som er organets hovedoppgave, nemlig tilsyn med markedsføring i forbrukermarkedet. Mulige alternative forslag til nytt navn kan være «Handelspraksistilsynet», «Markedsføringsstilsynet», «Markedstilsynet» eller «Forbrukermarkedstilsynet».

2 Nærmere om utvidelse av hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr

Da hjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr i sin tid ble innført, uttalte departementet at enkelte av lovens bestemmelser var mer egnet til å sanksjoneres med overtredelsesgebyr enn andre. Bakgrunnen for at brudd på mfl. §§ 6 til 9 (med unntak av «svartelista») ikke ble sanksjonert med overtredelsesgebyr, var at bestemmelsene er av mer skjønnsmessig karakter.

Get er fortsatt av den oppfatningen at den ovennevnte begrunnelsen også gjelder i dag. Vi er dermed ikke overbevist om at andelen av skjønnsmessige vurderinger er nevneverdig mindre i dag enn da bestemmelsen om overtredelsesgebyr ble innført i markedsføringsloven. Således er vi ikke heller ikke udelt enig når departementet uttaler:

«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.»

I så måte presiseres det at en tolkning og subsumsjon under §§ 6 til 9 uunngåelig vil inneholde en rekke skjønnsvurderinger: Man må for det første ta stilling til innholdet i de rettslige standarder, eksempelvis «urimelig», «god forretningsskikk», «egnet til å villede» og «egnet til vesentlig å begrense forbrukernes valgmuligheter eller atferd». Dette må deretter subsumeres på et gitt faktum. Videre må det vurderes om vilkåret om «egnet til vesentlig å endre forbrukernes økonomiske atferd slik at de treffer beslutninger de ellers ikke ville ha truffet», er oppfylt. De nevnte vurderingene kan avhenge av en rekke faktorer og de rettslige standardene kan også endre seg over tid. Videre er det lite sannsynlig at tidligere veiledninger og praksis nødvendigvis fanger opp ethvert typetilfelle som kan problematiseres under disse bestemmelsene.

Det er dessuten slik at subsumsjonen av ovennevnte bestemmelser nødvendigvis må ta inn over seg en helhetsvurdering av markedsføringstiltaket. Erfaringsmessig kan det her oppstå vanskelige grensedragninger. Et eksempel på dette ser man i vurderingen av hvorvidt en markedsføring er villedende, hvor det kan ha betydning for utfallet om:

- det er brukt stor nok font,
- om en oppklarende påstand er inntatt i umiddelbar nærhet av et annet budskapet,
- om en tekst er gitt tilstrekkelig oppmerksomhetsverdi,
- om det er tilstrekkelig å innta opplysninger ett klikk unna (på internett),
- etc.

Et ytterligere skjønnsmoment følger videre av § 8 første ledd, som sier at «Ved vurderingen av om opplysninger er utelatt, skal tas i betraktning plass- eller tidsmessige begrensninger ved mediet som brukes til å formidle handelspraksisen, og eventuelle tiltak fra den næringsdrivende for å gjøre opplysningene tilgjengelige for forbrukerne på annen måte.»

Endelig vises det til at det ikke nødvendigvis er gitt, slik Departementet skriver, at «Forbrukerombudet vil i sine vurderinger derfor også følge praksis i EU/EØS». Det kan nemlig hevdes at FO's praksis på flere områder avviker eller er strengere enn praksis i EU/EØS.

Det følger av legalitetsprinsippet at offentlige myndigheter ikke kan gripe inn overfor borgerne (herunder selskaper) uten å ha hjemmel for det i formell lov, herunder følger det at dess mer inngripende inngrep som gjøres, dess strengere krav stilles til lovhjemmelens klarhet. Get er på denne bakgrunn betenkelig med at det nå vurderes å sanksjonere brudd på mfl. §§ 6-9 med overtredelsesgebyr, da denne sanksjonen har klar pønalt karakter samtidig som ordlyden i de nevnte bestemmelser er av forholdsvis vag og generell art.



I det øvrige vil Get i det vesentlige tiltre høringsuttalelsen som inngis fra Virke og viser således til denne.

Med vennlig hilsen

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Jens Thommesen".

Jens Thommesen
Legal Counsel

Get AS
get.no