



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Barne- og likestillingsdepartementet
Postboks 8036 DEP
0030 OSLO

Deres ref.
16/2012

Vår ref.
16/6594 - TJU

Dato
14.12.2016

Høring - om endringer i markedsføringslovens håndhevingsregler

Vi viser til Barne- og likestillingsdepartementets brev 17. oktober 2016 med vedlegg.

Justis- og beredskapsdepartementet har følgende merknader:

Generelt

Justis- og beredskapsdepartementet støtter forslaget om en styrket tilsynsmyndighet for å sikre effektiv håndhevelse av markedsføringsloven (mfl.). Det er positivt at Barne- og likestillingsdepartementet samtidig vil tydeliggjøre Forbrukerombudets rolle som tilsynsmyndighet. Rollen som pådriver eller ombud for forbrukere vil reduseres og overlates til andre aktører innenfor det statlige forbrukerapparatet – en tendens som for øvrig har økt de senere år. Det er derfor anført at navnet «Forbrukerombud» er villedende med hensyn til hvilke oppgaver organet utfører. Justis- og beredskapsdepartementet støtter derfor forslaget om å endre navn på tilsynsorganet.

Tilsynsorganets vedtakskompetanse

Justis- og beredskapsdepartementet støtter forslaget om å gi tilsynsorganet primær vedtakskompetanse i alle saker. Skal tilsynet fungere effektivt, er vedtakskompetanse overfor den det føres tilsyn med, etter vårt syn en fordel. En slik kompetanse vil kunne gjøre håndhevingen av reglene i markedsføringsloven mer effektiv.

Formål, samfunnsoppdrag

Dersom tilsynsorganet tillegges primær vedtakskompetanse, bør det være en forutsetning at det ikke reises tvil om hvorvidt tilsynsorganet opptrer upartisk i sitt

tilsyn. Tilsynsmyndighet er i utgangspunktet etter vår oppfatning ikke lett forenlig med samtidig å være en interessepolitisk aktør. Det kan vurderes om mfl. § 34 første ledd første punktum, som sier at Forbrukerombudet fører tilsyn «ut fra hensynet til forbrukerne», er problematisk om tilsynsorganet skal gis primær vedtakskompetanse i alle saker. En forbruker er ikke «part» i en sak når Forbrukerombudet fører tilsyn overfor en næringsdrivende. Likevel kan det for en næringsdrivende og forbrukere oppfattes slik, særlig dersom tilsynet utøves på grunnlag av en klage fra en forbruker. En næringsdrivende kan også oppfatte Forbrukerombudet som en representant for «de kollektive forbrukerinteresser». Vi antar derfor at en endring av mfl. § 34 første ledd første punktum vil være en fordel dersom tilsynsorganet skal kunne bli oppfattet som «upartisk» av markedsaktørene.

Etter det vi forstår, har bestemmelsen i dag størst betydning ved vurderingen av hvilke saker som skal tas til behandling. Bestemmelsen gir videre uttrykk for hvilke verdier lovgiver vektlegger. Samtidig er bestemmelsen også egnet til å bli oppfattet dithen at Forbrukerombudet ikke er objektivt, at ombudet alltid vil ta forbrukerens «parti» i saksbehandlingen, og at en næringsdrivende må akseptere at nettopp hans praksis slås ned på fordi den rammer flere forbrukere, mens praksis i strid med mfl. som konkurrenten står for, ikke prioriteres – noe som kan bli oppfattet dithen at det ikke er «likhet for loven».

Det er positivt at markedsføringsloven og tilsynsorganet gir forbrukernes situasjon en fremtredende plass ved forvaltningen av regelverket. Forbrukerhensynet og verdigrunnlaget bør imidlertid utformes partsnøytralt, nettopp av hensyn til markedsaktørenes tillit til tilsynsorganet. Siden loven har «god markedsføringsskikk» som et sentralt formål, kan tilsynsorganets oppdrag være «å fremme god markedsføringsskikk», med særlig vekt på den alminnelige tillit som forbrukere har til markedsføring. Formuleres formålet med tilsynet slik, kan en også vurdere om nåværende § 34 annet ledd tredje punktum blir overflødig, idet det kan spørres om prismerking som vanskeliggjør forbrukerens orienteringsevne i markedet, kan være i strid med god markedsføringsskikk. En mulig utforming av mfl. § 34 som i mindre grad er egnet til å bli oppfattet som interessepolitisk eller «partisk», kan eksempelvis være:

«[Forbrukertilsynet] skal fremme god markedsføringsskikk og vektlegge forbrukernes tillit til markedsføring og avtalevilkår når [Forbrukertilsynet] fører tilsyn med at bestemmelser i kapittel 1 til 5, eller bestemmelser gitt i medhold av denne loven, overholdes. For øvrig fører [Forbrukertilsynet] tilsyn etter annet regelverk når det er særskilt bestemt.

Tilsyn etter § 2 annet ledd skal fremme likestilling mellom kjønnene og særskilt vektlegge hvordan kvinner fremstilles.»

Forslaget ovenfor ivaretar også at tilsynsorganet har en viss veiledningsplikt overfor næringsdrivende når det gjelder regelverk og tilsynsorganets praksis. En plikt som ikke kan tilsidesettes, selv om «hensyn til forbrukere» ikke gjør seg gjeldende i større grad.

Forhandlingsplikt/-kompetanse

Kombinasjonen av forhandlingskompetanse og primær vedtakskompetanse kan medføre utfordringer i og med at resultatet av forhandlingene er bindende på avtalerettslig grunnlag, men ikke anses som et forvaltningsvedtak. Likevel vil en avtale kunne ha mange av de samme virkningene for den næringsdrivende som et enkeltvedtak – uten å ha de forvaltningsrettslige «rettsmidlene» til rådighet (innsyn, klagerett m.m.). Som i dag, kan selvsagt en næringsdrivende velge å stå utenfor avtalen. Men når tilsynsorganet skal ha primær vedtakskompetanse, vil det være naturlig for tilsynsorganet å se hen til hva som er resultatet av forhandlinger med næringsdrivende som har valgt å delta i en avtale. Reelt sett kan en næringsdrivende derfor ha interesse av å angripe avtaleresultatet, og ikke først og fremst et forvaltningsvedtak som bare får virkning for denne. En mulighet er å gi klageorganet (Markedsrådet) kompetanse til å behandle klager fra næringsdrivende over en avtale tilsynsorganet har inngått med en eller flere næringsdrivende. Avtaleloven § 36 er eksempelvis godt egnet som grunnlag for å vurdere slike avtaler. På samme grunnlag kan det være hensiktsmessig å gi klageorganet kompetanse til å behandle etablert tilsynspraksis som ikke bygger på avtale eller et vedtak, jf. avtaleloven § 36 tredje ledd. Vi foreslår til overveielse et nytt tredje punktum i lovforslaget § 38 tredje ledd:

«[Markedsrådet] avgjør på grunnlag av avtaleloven § 36 innsigelser mot en avtale inngått mellom [Forbrukertilsynet] og en eller flere næringsdrivende. På samme grunnlag avgjøres krav om at etablert tilsynspraksis ikke skal legges til grunn for fremtidige vedtak.»

Endring av navn

Justis- og beredskapsdepartementet støtter forslaget om å endre navn på tilsynsorganet. Etter vårt syn er ordet «ombud» i navnet ikke lett forenlig med en rendyrket tilsynsrolle. I høringsnotatet er det foreslått å endre navn til «Forbrukertilsynet». Det positive med forslaget er at tilsynsrollen fremkommer eksplisitt i navnet. Navnet forklarer likevel ikke at organet i hovedsak fører tilsyn med reglene i markedsføringsloven. Et alternativ kunne være «Markedsføringstilsynet». Fordelen ved dette alternativet er at en både oppfatter tilsynskompetansen og det materielle virkeområdet. Et annet alternativ – men ikke like dekkende – er «Markedstilsynet». I sistnevnte alternativ etableres linjer mellom tilsynsorganets navn og Markedsrådet. Ulempen med «Markedstilsynet» er også faren for at grensene mot andre tilsyn, som Konkurransetilsynet og Finanstilsynet, blir uklar. En annen ulempe er at «Markedstilsynet» signaliserer en annen verdimesig forankring enn «Forbrukertilsynet».

«Forbrukertilsynet» vil i begrenset grad klargjøre forskjellen mellom Forbrukerrådet som en statlig finansiert interessepolitisk organisasjon på den ene siden og «Forbrukertilsynet» og Markedsrådet på den andre siden. At sistnevnte har en relasjon til tilsynsorganet, vil ikke være forventet ut fra navnevalget.

Endres navn på tilsynsorganet, bør navnet på klageorganet vurderes. «Markedsrådet», med bruken av «rådet», er ikke dekkende for de oppgaver som organet har. Bruken av ordet «marked» har samme ulemper knyttet til seg som «Markedstilsynet» for

tilsynsorganet. Brukes «Markedsføringstilsynet» om tilsynsorganet, kan «Markedsføringsnemnda» kanskje være egnet. For å unngå sammenblanding med Forbrukertvistutvalget, bør man trolig ikke benytte ordet «forbruker» i navnet på klageorganet.

Tilsynsorganets tilsyn etter annet regelverk enn markedsføringsloven

I dag kan det være uklart hvilke sanksjoner Forbrukerombudet har til rådighet når ombudet fører tilsyn i samsvar med gjeldende § 34 annet ledd annet punktum jf. §§ 39 og 40. § 40 viser i dag til § 34 første ledd. Vi antar derfor at henvisningen i § 40 bør justeres til å vise til § 34 annet ledd i forbindelse med at innholdet i gjeldende § 34 første ledd flyttes til § 34 annet ledd. Formuleringen i gjeldende § 40 er for øvrig uklar med hensyn til hva vedtakskompetansen gjelder. Forbudsvedtak kan fattes mot «handlinger» som strider mot «slikt tilsyn som Forbrukerombudet er tillagt etter annet regelverk». Vi formoder at hensikten ikke er å forby handlinger som strider mot tilsynsvirksomheten, men i likhet med hva som gjelder for handlinger som strider mot reglene i markedsføringsloven, å gi hjemmel til å forby handlinger som strider mot forbud med hjemmel i eller i medhold av annet regelverk som Forbrukerombudet er tillagt tilsynskompetanse for å påse at overholdes. Vi forslår at § 40 utformes i to ledd slik:

«Handlinger som strider mot bestemmelser i kapittel 1 til 5, eller bestemmelser gitt i medhold av denne lov, kan forbys. Det kan også forbys å nytte eller tilsikte å nytte vilkår som nevnt i § 22.

Handlinger som strider mot annet regelverk, kan forbys når det er særskilt bestemt.»

Som en konsekvens av en slik endring bør ansvarlig departement for annet regelverk enn det som hører under Barne- og likestillingsdepartementet, vurdere om det i forbindelse med endringene vil være nødvendig å presisere at tilsynsorganet skal ha kompetanse til å forby handlinger som strider mot regelverket.

Fordelen med en slik fremgangsmåte er for det første at det ikke vil være tvil om hvilken kompetanse tilsynsorganet er ment å ha ved tilsyn etter annet regelverk. For det andre vil et vedtak på grunnlag av kompetanse i annet regelverk «hektes på» håndhevingsreglene i markedsføringsloven. §§ 39 til 43, samt alle andre regler om tilsynsorganets vedtak, vil da få direkte anvendelse, herunder § 38 tredje til femte ledd. En tredje fordel vil være at tilsynsorganet som et utgangspunkt da vil benytte velkjente saksbehandlingsregler med Markedsrådet som klageorgan i sin saksbehandling også ved tilsyn etter annet regelverk enn § 34 annet ledd første punktum.

Klageorgan

Vi oppfatter det slik at et overordnet hensyn har vært å sikre tilsynsorganet og klageorganets uavhengighet fra departementet. Vi stiller derfor spørsmål ved hensiktsmessigheten av forslaget om at utnevnelsen av leder, nestleder og medlemmer skal overføres fra Kongen til departementet. I høringsnotatet gis det uttrykk for at Markedsrådets vedtak har gått fra å være «skjønnsmessig» til «å bli styrt av rettsregler

og rettspraksis», og at dette skulle medføre et behov for flere jurister og mindre innslag av andre yrkesgrupper blant medlemmene. Vi oppfatter at avgjørelsene i Markedsrådet alltid har vært styrt av rettsregler. Selv om flere av reglene har gitt anvisning på et skjønn, er det i denne sammenheng snakk om et rettslig skjønn. Vi er etter dette ikke overbevist om at kompetansen bør flyttes fra Kongen til departementet dersom hensikten er å styrke forvaltningsorganets uavhengighet fra Barne- og likestillingsdepartementet. En kan også vurdere om det er tilstrekkelig at ett medlem med juridisk kompetanse deltar i behandlingen av en enkeltsak, og hvorvidt det vil styrke klageorganets kompetanse og legitimitet om flere yrkesgrupper med erfaring fra og kompetanse om markedsføring utnevnes som medlemmer. I motsatt fall vil en måtte ta i betraktning at organet i større grad vil kunne ha behov la seg bistå av sakkyndige.

Vi støtter forslaget om å oppheve særordningen som i dag gir Forbrukerombudet mulighet for å forelegge prinsipielle saker for Markedsrådet til uttalelse. Som høringsnotatet påpeker, fratrar denne ordningen den næringsdrivende en reell totrinsbehandling i saker hvor tilsynsorganet har vedtakskompetanse.

Vi er skeptiske til å endre reglene om muntlig saksbehandling i Markedsrådet på grunnlag av de hensyn høringsnotatet anfører. Høringsnotatet synes i hovedsak å bygge på at muntlige forhandlinger er «ressurskrevende» for Forbrukerombudet, samt at Forbrukerombudet til dels overrumples av nye rettslige anførsler eller bevis fra den næringsdrivende ved den muntlige saksbehandlingen. Etter vårt syn tilsier disse forholdene at dagens prosessuelle regler ivaretar den innklagedes rettssikkerhet. Det er vanskelig å vurdere om høringsnotatet i tilstrekkelig grad har vektlagt hvordan saksbehandlingsreglene oppfattes av de som er innklaget – de næringsdrivende. Vi utelukker ikke at flere næringsdrivende vil anse skriftlig saksbehandling som mer ressurskrevende enn muntlig saksbehandling. Også den næringsdrivende vil kunne ha behov for å vise hvordan et markedsføringstiltak foregår ved bruk av demonstrasjon – som i høringsnotatet anføres som et argument for fortsatt muntlighet fra tilsynsorganets side.

Når det i høringsnotatet blir pekt på at saker må utsettes fordi den næringsdrivende kommer med nye rettslige og faktiske opplysninger ved muntlig saksbehandling – som ikke umiddelbart kan imøtegås av Forbrukerombudet – kan et mer nærliggende alternativ være å styrke tilsynsorganets etterforsknings- og bevisvurderingskompetanse i saker hvor den næringsdrivende kan bli ilagt overtredelsesgebyr. Vi er usikre på hvorfor det i høringsnotatet antas at den næringsdrivende skulle ha mindre behov for juridisk bistand ved en skriftlig – kontra muntlig – saksbehandling.

Til høringsnotatet 5.5.3.2 bemerkes at det kan synes hensiktsmessig å fjerne adgangen til å forkynne Markedsrådets vedtak, da det synes noe kunstig å operere med en adgang til forkynnelse samtidig som forvaltningsloven § 27 skal gjelde. Det vil være mest naturlig at reglene om underretning i forvaltningsloven § 27 får anvendelse også for Markedsrådets vedtak.

Andre merknader til lovutkastet

Hvilke tilfeller hvor taushetsplikt er til hinder for opplysningsplikten, kan tydeliggjøres i § 33, gjerne i kombinasjon med omtale i spesialmerknedene.

Det kan vurderes nærmere om det bør være ulik lengde på søksmålsfristen for ulike typer vedtak. Det kan for eksempel være grunn til å vurdere en lengre søksmålsfrist for et vedtak om trussel om tvangsmulkt, da det i noen tilfeller kan være upraktisk for den private part å bringe vedtaket inn for domstolene før forvaltningen eventuelt beslutter å ilegge tvangsmulkt. Videre bør det vurderes om det skal gjelde søksmålsfrist for beslutning om ileggelse av tvangsmulkt, som ikke vil utgjøre et vedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a, se nærmere Prop. 62 L punkt 31.1. Det kan med fordel presiseres i spesialmerknedene hva virkningene av oversittelse av søksmålsfristen er, se til illustrasjon Rt. 2010 side 1500 og HR-2016-867-A.

Adgangen til å gi overtredelsesgebyr i lovutkastet knytter seg til overtredelse av § 6, samt til overtredelser av forskrifter gitt i medhold av §§ 7, 8 og 9. Så langt vi kan se, inneholder ikke de tre sistnevnte paragrafene noen bestemmelser om forskriftshjemmel og synes å kunne karakteriseres som legaldefinisjoner. Eksempelvis er det vanskelig å se hva en overtredelse av § 7 skulle bestå i.

Til pkt. 5.6.3.1 bemerkes at det kan vurderes å la fristen for å ta ut søksmål om gyldigheten av Markedsrådets vedtak eller krav om erstatning som følge av vedtaket løpe «fra det tidspunkt partene ble underrettet om vedtaket» i lovforslaget § 38 femte ledd. Underrettelsestidspunktet vil kunne være enklere å anvende i praksis slik at det i størst mulig utstrekning unngås at det oppstår tvil om et saksanlegg er rettidig. Lovforslaget § 38 femte ledd må videre endres til «seks måneder» for å være i samsvar med departementets forslag i pkt. 5.6.3.1.

I pkt. 8.4 uttales om lovforslaget § 38 femte ledd at fristberegningen etter annet punktum skal skje etter domstolloven §§ 148 og 149, men uten at dette er tatt med i lovforslaget i pkt. 8.1. Vi foreslår at man inntar den nevnte henvisningen til domstollovens regler i lovforslaget da dette kan være klargjørende ved beregningen av søksmålsfristen.

Det kan vurderes om det er et praktisk behov for å regulere nærmere klageorganets interne kompetansefordeling ved avgjørelsen av begjæringer om omgjøring av organets vedtak.

Forskriftsutkastet

Vi vil i korthet bemerke følgende om forskriftsutkastet: Saksbehandlingsreglene i forskriften synes i flere tilfeller å være i strid med, eller ha et uklart forhold til forvaltningslovens regler om det samme. Eksempelvis:

- Det er uklart hvordan § 2 annet og tredje punktum skal forstås i relasjon til forvaltningsloven § 11. Vi foreslår en presisering av hva det skal gis råd om, eller

at annet og tredje punktum utgår om «forhåndsstandpunkt» og rådgivningen faller inn under forvaltningslovens veiledningsplikt. I sistnevnte tilfelle må forvaltningsloven antas å ha forrang. En annen mulighet er å innta i mfl. § 34 siste ledd en bestemmelse med tilsvarende utforming som konkurranseloven § 9 annet ledd.

- Forholdet mellom § 4 og fvl. § 17.

Vi stiller også spørsmål ved om den foreslåtte endringen av markedsføringsloven § 32 gir hjemmel til å fravike forvaltningslovens regler. Vi forstår høringsnotatet slik at flere bestemmelser om Markedsrådets saksbehandling forenkles, idet det vises til forvaltningsloven. Dersom hensikten for øvrig er å gi regler som skal fravike forvaltningslovens regler, foreslår vi at hjemmelen gjøres klarere i mfl. § 32 ved at forskriftshjemmelen eksplisitt sier at den kan regulere «forholdet til forvaltningsloven». Det bør foreligge tungtveiende grunner før en fraviker forvaltningsloven til ugunst for den enkelte. Siden forskriftskompetansen i forslaget er lagt til departementet, samtidig som det planlegges å regulere i forskrift spørsmål som i vesentlig grad vil kunne påvirke tilsynsorganet og Markedsrådets saksbehandling, tillater vi oss å foreslå at forholdet mellom kompetansen departementet gis og tilsynsorganenes uavhengighet – som på samme tid søkes styrket – vurderes nærmere. Eksempelvis er forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser fastsatt ved kongelig resolusjon.

Med vennlig hilsen

Harald Aass
fagdirektør

Toril Juul
seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent og sendes uten signatur