

Høringsnotat

Utkast til ny forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets virksomhet mv.

Høringsfrist 30.03.09

1. Bakgrunnen for forslaget	1
1.1 Innledning.....	1
1.2 Kort om sanksjonssystemet i markedsføringsloven	2
2. Merknader til en del hovedspørsmål.....	3
2.1 Forholdet til forvaltningsloven og partsbegrepet.....	3
2.2 Saksomkostninger.....	4
2.3 Annet	7
3. Økonomiske og administrative konsekvenser	8

1. Bakgrunnen for forslaget

1.1 Innledning

Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) trer i kraft fra 1. juni 2009 og vil da erstatte gjeldende markedsføringslov av 1972.

Forbrukerombudet og Markedsrådet håndhever den nåværende markedsføringslovens bestemmelser om forbrukerbeskyttelse. Dette blir videreført gjennom ny lov.

Forskrift 15. desember 1972 nr. 22 om Forbrukerombudets og Markedsrådets virksomhet har nærmere bestemmelser om disse organene. Det er behov for å oppdatere forskriften og tilpasse den til ny markedsføringslov. Departementet tar sikte på at en ny forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets virksomhet hjemles i ny markedsføringslov og trer i kraft samtidig med den nye loven.

I dag er det også gitt en særskilt forskrift om dekning av sakskostnader i sak for Markedsrådet (forskrift 17. mars 1978 nr. 4). Denne forskriften inneholder kun en bestemmelse, som kan tas inn i den nye forskriften om Forbrukerombudets og Markedsrådets virksomhet.

1.2 Kort om sanksjonssystemet i markedsføringsloven

Forbrukerombudet og Markedsrådet startet sin virksomhet i 1973 på grunnlag av markedsføringsloven av 1972 med forskrift. Opp gjennom tiden har det skjedd en del endringer med hensyn til organenes arbeidsområde og kompetanse, men de grunnleggende forholdene har vært de samme. Både Forbrukerombudet og Markedsrådet er frittstående forvaltningsorganer og kan ikke instrueres politisk (fra departementet) i faglige spørsmål. Forbrukerombudet og Markedsrådet behandler bare saker der det foreligger forbrukerhensyn eller eventuelt likestillingshensyn. Organene har derimot ikke kompetanse til å behandle saker som kun berører næringsdrivendes interesser.

Forbrukerombudet fører det daglige tilsynet med at lovens bestemmelser overholdes. Ombudet har som hovedoppgave å føre dialog og forhandlinger med de næringsdrivende for å få dem til å innrette seg etter regelverket frivillig (forhandlingsmodellen). I tilfeller der man ikke kommer til frivillige ordninger kan ombudet bringe saker inn for Markedsrådet for å få stoppet lovbrudd. Forbrukerombudet oppnevnes på seks års åremål av Kongen i statsråd og har en stab på ca. 30 medarbeidere.

Markedsrådet er et bredt sammensatt og domstolliknende forvaltningsorgan som vanligvis trer sammen 6-8 ganger i året. Markedsrådet er Forbrukerombudets faglige overinstans. Rådet består av leder, nestleder og syv medlemmer, alle med personlige varamedlemmer, som oppnevnes av Kongen for en periode på fire år. Det er forutsatt i forarbeidene til loven at Markedsrådets medlemmer ikke skal oppnevnes som partsrepresentanter for myndighetene, forbrukerne eller de næringsdrivende. Det er uavhengighet og breddekompetanse som først og fremst skal legges til grunn ved oppnevningen. Hovedregelen er at Markedsrådet har kompetanse til å treffe vedtak ved brudd på markedsføringsloven. I "hastesaker" og saker som i det vesentlige er identiske med tidligere saker Markedsrådet har nedlagt forbud i, kan Forbrukerombudet treffe vedtak mot lovbrudd selv. Den næringsdrivende kan påklage Forbrukerombudets vedtak til Markedsrådet. Markedsrådet er også overinstans for Helsedirektoratet når det gjelder tobakks- og alkoholreklame, og for Medietilsynet når det gjelder reklame for livssyn og politiske budskap i TV-sendinger.

Forbrukerombudet og Markedsrådet kan i medhold av markedsføringsloven bl.a. kreve å få nødvendige opplysninger av de næringsdrivende, foreta gransking og besiktigelse og fatte forbudsvedtak med tvangsmulkt som utløses ved brudd på forbudsvedtaket. I medhold av den nye markedsføringsloven kan de også fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Det vises til ny markedsføringslov kapittel 7 og forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) kapittel 15.

2. Merknader til en del hovedspørsmål

2.1 Forholdet til forvaltningsloven og partsbegrepet

Som forvaltningsorganer må Forbrukerombudet og Markedsrådet følge saksbehandlingsreglene i lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven). Når forvaltningen treffer enkeltvedtak, f.eks. forbudsvedtak, er det en rekke krav til forsvarlig saksbehandling etter forvaltningsloven kapittel IV til VI. Herunder skal forvaltningsorganet påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes (§ 17) og parten skal forhåndsvarsles om vedtaket (§ 16). Videre stiller forvaltningsloven kapittel V krav til vedtakets form og innhold, og kapittel VI inneholder regler om klage og omgjøring.

Den som innklages til Forbrukerombudet vil klart nok regnes som part i saken, og dermed få partsrettigheter etter forvaltningsloven. Private parter kan også bringe en sak inn for Markedsrådet dersom Forbrukerombudet beslutter å ikke gjøre det, og vedkommende vil da også opptre som "part" i saken for Markedsrådet i forvaltningslovens forstand. I så fall er ikke Forbrukerombudet part i saken for Markedsrådet (men dette skjer i praksis svært sjelden).

Et spørsmål som er kommet opp i praksis er om den som klager en næringsdrivende inn for Forbrukerombudet også kan regnes som "part" i saken mellom innklagede og Forbrukerombudet, og dermed få utvidet rett til dokumentinnsyn mv. I forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e) er part definert som "*person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder*". I Barne- og likestillingsdepartementets vedtak datert 27.01.2007, der spørsmålet var om klager kunne få partsinnsyn i sakens dokumenter (som var belagt med taushetsplikt), la departementet til grunn at klager ikke kunne regnes som "part" i saken. Dette ble begrunnet med at markedsføringsloven inneholder offentligrettslige forbudsbestemmelser. Strengt tatt er brudd på markedsføringsloven en sak mellom den innklagede næringsdrivende og Forbrukerombudet. Den som klager vil naturligvis ha interesse av sakens utfall, men man kunne etter departementets syn ikke dermed si at saken "direkte gjaldt" klager. Forbrukerombudets saksbehandling vil i regelen kun ha en indirekte virkning for den som klager en sak inn for Forbrukerombudet. Interessene til den som berøres av saken, som herunder kan være den som klager til Forbrukerombudet, er ivaretatt gjennom markedsføringsloven § 13 siste ledd (som videreføres i ny § 38 første ledd annet punktum). Bestemmelsen gir den som berøres av handlingen eller vilkåret rett til å bringe en sak inn for Markedsrådet, dersom Forbrukerombudet beslutter å ikke gjøre det.

Departementet foreslår at det klargjøres i ny forskrift § 2 annet ledd at klager ikke skal regnes som part i saken mellom den innklagede og Forbrukerombudet.

Markedsrådet er Forbrukerombudets overordnede organ i faglige saker, dvs. om anvendelse av markedsføringslovens materielle bestemmelser (og visse andre bestemmelser i annet regelverk). Videre er Markedsrådet rette organ til å behandle klager på Forbrukerombudets nedprioritering av enkeltsaker. For andre saker, for eksempel saker om innsyn og klager på saksbehandling, er Barne- og

likestillingsdepartementet klageinstans. Det foreslås at dette presiseres i forskriften § 2 tredje ledd.

2.2 Saksomkostninger

Etter forvaltningsloven § 36 første ledd kan en part som har fått endret et vedtak til sin gunst kreve å få tilkjent dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket. Bestemmelsen kommer også til anvendelse i saker etter markedsføringsloven. For eksempel vil forvaltningsloven § 36 komme direkte til anvendelse dersom Forbrukerombudet endrer sitt eget vedtak til gunst for den næringsdrivende.

I forskrift av 17. mars 1978 nr. 4 om dekning av saksomkostnader i sak for Markedsrådet er det fastsatt at:

”I forhold til reglene om saksomkostnader i lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker skal sak som forbrukerombudsmannen bringer inn for Markedsrådet anses som klagesak”.

Begrunnelsen for denne særbestemmelsen er at de fleste saker som blir behandlet av Markedsrådet blir brakt inn for rådet uten at Forbrukerombudet har truffet noe vedtak. Sakene blir vanligvis brakt inn for Markedsrådet fordi frivillig ordning mellom den næringsdrivende og Forbrukerombudet ikke oppnås. Når det er Markedsrådet som selv treffer det første vedtaket i saken, er vilkårene for å tilkjenne saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36 ikke oppfylt, da det ikke er tale om noe vedtak som blir *endret*. Man fant det rimelig at den næringsdrivende gis adgang til på visse vilkår å kunne få dekket saksomkostninger for å få prøvet saken for Markedsrådet, uten at denne adgangen knyttes til at Forbrukerombudet har fattet et formelt vedtak i saken. Den beste måten å gjennomføre dette på var etter departementets oppfatning å gi forvaltningsloven § 36 tilsvarende anvendelse i saker innbrakt for Markedsrådet av Forbrukerombudet.

Markedsrådet har med henvisning til to avgjørelser i 1994 (sak 29- og 30/94) lagt til grunn at det er kostnader pådratt *etter at saken er brakt inn for Markedsrådet* som kan kreves dekket, i den grad de har vært nødvendige for å ivareta den næringsdrivendes interesser på en forsvarlig måte. Kostnader som den næringsdrivende har pådratt *før* saken ble brakt inn for Markedsrådet, dvs. i forbindelse med Forbrukerombudets saksbehandling, har ikke blitt dekket. Sivilombudsmannen har vurdert denne praksisen i sak 2004/3132. I uttalelse datert 30.09.2005 uttaler Sivilombudsmannen bl.a.:

”I og med at saken er ferdig forberedt når Forbrukerombudet inntar sitt standpunkt, antar jeg at det normalt ikke vil gå lang tid før saken eventuelt bringes inn for Markedsrådet. Den private partens omkostninger for å få endret ombudets standpunkt vil da i det alt vesentlige knytte seg til behandlingen for Markedsrådet. Situasjonen kan imidlertid være at ombudet inntar og tilkjenner sitt standpunkt før saken er ferdig forberedt med den følge at den private part bruker tid og penger på å få endret standpunktet før saken formelt er brakt inn for Markedsrådet. I et slikt tilfelle taler de beste grunner for å trekke inn alle utgifter

parten reelt sett har hatt for å få endret standpunktet, slik at også utgifter påløpt før den formelle oversendelsen til Markedsrådet trekkes inn.”

På bakgrunn av Sivilombudsmannens uttalelse tok Markedsrådet en fornyet vurdering av en sak om saksomkostninger i vedtak datert 06.01.2006 i Markedsrådets sak 22/02. Markedsrådet uttaler at Sivilombudsmannen synes å legge til grunn en annen forståelse av hva som er vanlig saksbehandling i Forbrukerombudet enn hva Markedsrådet gjør. Vanlig praksis er at Forbrukerombudet, som utgangspunkt for videre dialog, varsler den næringsdrivende om at ombudet anser en praksis for å være lovstridig. Dette anser ikke Markedsrådet for å være at ombudet inntar sitt standpunkt ”for tidlig” i henhold til Sivilombudsmannens uttalelse. Markedsrådet uttaler videre at:

”Markedsrådet er imidlertid åpen for at omkostninger pådratt på et tidligere tidspunkt kan dekkes i spesielle tilfeller, og er enig med Sivilombudsmannen i at forskriften av 1978 ikke er til hinder for dette. I tråd med Sivilombudsmannens uttalelse vil det kunne dreie seg om tilfeller der den næringsdrivendes omkostninger må sies å være en følge av Forbrukerombudets irregulære opptreden. Eksempler kan være at ombudet ikke lar den næringsdrivende komme til orde eller at relevante opplysninger som den næringsdrivende kommer med, overses.”

I den konkrete saken fant Markedsrådet ikke grunnlag for at Forbrukerombudet inntok og tilkjennega sitt standpunkt ”for tidlig”.

Departementet foreslår at disse retningslinjene kommer til uttrykk i forskriften § 13 annet ledd, og ber om høringsinstansenes synspunkter på dette.

I praksis har det utviklet seg en klageadgang på Forbrukerombudets nedprioritering av enkeltsaker til Markedsrådet. Denne klageadgangen følger ikke av regelverket. I Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 15.6.3 er det lagt til grunn at klageadgangen på nedprioriteringer kan videreføres så lenge Forbrukerombudet og Markedsrådet finner det hensiktsmessig. Markedsrådet har i sitt vedtak 19.12.2007 i sak 04/07 lagt til grunn at *prinsippet* i forvaltningsloven § 36 om dekning av saksomkostninger også får anvendelse i nedprioriteringssaker. Markedsrådet var enig med Forbrukerombudet i at forvaltningsloven § 36 ikke fikk direkte anvendelse i det foreliggende tilfellet. Markedsrådet fant at den som klager over Forbrukerombudets avgjørelse om nedprioritering har krav på å få dekket vesentlige kostnader som har vært nødvendig for å få endret avgjørelsen ut fra en analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 36.

Dersom denne rettstilstanden skal opprettholdes, kan det være hensiktsmessig å synliggjøre den i forskriften. Departementet er imidlertid noe skeptisk til en slik analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 36, i det departementet har tatt det standpunkt at klager ikke skal anses som ”part” i saken jf. punkt 2.1 ovenfor. Klage på nedprioritering er heller ikke en rettighet som er nedfelt i regelverket, men er en ”frivillig” ordning utviklet i praksis. Klager har også mulighet til å bringe saken selv inn for Markedsrådet, dersom Forbrukerombudet velger å ikke gjøre det.

Motargumentene, som også trekkes frem i Markedsrådets vedtak i sak 04/07, er at publikums klage på nedprioritering kan ses på som en kontroll med Forbrukerombudets prioritering, som er egnet til å styrke publikums tillit til ombudet. Det kan hevdes at incentivene til å påklage slike saker ikke bør svekkes ved at publikum ikke får dekket saksomkostninger selv om de vinner frem med klagen.

Departementet ber om synspunkter på disse spørsmålene, og om det bør nedfelles i forskriften at saksomkostninger kan tilkjennes i nedprioriteringssaker, alternativt at saksomkostninger ikke tilkjennes i disse tilfellene.

Det kan også reises spørsmål om hvorvidt private klagere/parter for Markedsrådet kan ilegges eller tilkjennes saksomkostninger. Forvaltningslovens § 36 annet ledd lyder:

"I sak som vesentlig er en tvist mellom parter, kan den part som vinner frem krav om endring av et vedtak, men ikke fått medhold av noen betydning, pålegges å betale den annen part helt eller delvis de særlige saksomkostninger som kravet har ført med seg. Det skal legges vekt på om vedkommende hadde fyllestgjørende grunn til å kreve endring av vedtaket, og om det er rimelig ut fra sakens art og motpartens forhold å pålegge kostnadsansvar."

Departementet ser at det er noe svak hjemmel for å regulere saksomkostningsansvaret til andre enn Forbrukerombudet og Markedsrådet i forskriften, da forskriftshjemmelen i ny markedsføringslov § 32 fjerde ledd lyder *"Kongen kan gi nærmere forskrifter om Forbrukerombudets og Markedsrådets organisasjon og virksomhet."*

På den annen side er det så vidt departementet er kjent med oppstått en viss usikkerhet om disse spørsmålene i praksis, slik at det kan være hensiktsmessig å klargjøre rettstilstanden i forskriften. En måte å gjøre dette på er å nedfelle i forskriften at også forvaltningsloven § 36 annet ledd vil gjelde tilsvarende, selv om det ikke er tale om noe "endring av vedtak". Det kan gjøres ved å tilføye i utkastet § 13 at forvaltningsloven § 36 (herunder annet ledd) gjelder tilsvarende også når det er *andre enn Forbrukerombudet* som bringer saken inn for Markedsrådet.

Videre ser departementet at det for ordens skyld kan være hensiktsmessig å stille krav til spesifisert saksomkostningsoppgave (timelister mv.) i saker for Markedsrådet etter mønster fra tvisteloven, jf. at Markedsrådet er et domstolsliknende organ.

Tvisteloven § 20-5 tredje ledd lyder slik:

"I saker som avgjøres etter muntlig forhandling, skal en part inngi oppgave over sakskostnader når de kreves erstattet. Oppgaven skal inngis ved rettsmøtets avslutning. Dersom størrelsen på noen av postene ikke er kjent, skal oppgaven suppleres innen den frist retten fastsetter. Utgiftspostene skal spesifiseres slik at retten har tilstrekkelig grunnlag for å foreta utmålingen. For salærutgifter skal det alltid

angis hvor store beløp og hvor mange timers arbeid som knytter seg til disse stadier av saken:

- a) fram til det blir inngitt stevning eller tilsvar, eventuelt anke eller anketilsvar,*
- b) fram til hovedforhandling eller muntlig sluttbehandling, eventuelt ankeforhandling, tar til, og*
- c) fram til sakens avslutning for instansen.*

Det forelås derfor en henvisning til tvisteloven § 20-5 tredje ledd i utkastet til ny forskrift § 13 tredje ledd, som innebærer at bestemmelsen gjelder tilsvarende for saker i Markedsrådet.

Departementet ber om synspunkter på disse spørsmålene og viser til utkastet § 13.

2.3 Annet

En del bestemmelser i gjeldende forskrift anses utdatert eller overflødige og foreslås ikke videreført. Dette gjelder bl.a. følgende bestemmelser:

§ 1. Forbrukerombudet skal, ut fra hensynet til forbrukerne, føre tilsyn med at bestemmelsene i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring kapittel I etterleves.

Forbrukerombudet skal søke å påvirke alle næringsdrivende til å innrette sin virksomhet etter lovens bestemmelser. Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan Forbrukerombudet forelegge saken for Markedsrådet til avgjørelse.

Merknad: konsumeres av loven §§ 32, 34, 35 og 38.

§ 2. Forbrukerombudet skal særlig føre tilsyn med markedsføring på områder hvor overtredelse av lov om markedsføring kan antas å forekomme ofte, hvor slik overtredelse kan ha særlig innvirkning på forbrukerne og med markedsføringstiltak av stor praktisk betydning.

Merknad: antas unødvendig ved siden av loven § 34 annet ledd som sier at Forbrukerombudet fører tilsyn ut fra hensynet til forbrukerne mv.

§ 7. Forbrukerombudet bør samarbeide med andre organer og organisasjoner som behandler forbrukerspørsmål. Departementet kan fastsette regler for slikt samarbeid.

Merknad: antas unødvendig.

§ 8. Forbrukerombudet skal avgi årlig rapport til departementet om sin og Markedsrådets virksomhet.

Merknad: Bortfalt i praksis, erstattet med rapportering iht. tildelingsbrev, budsjettproposisjon mv.

§ 10. Markedsrådet behandler saker som forelegges det av Forbrukerombudet.

Beslutter Forbrukerombudet ikke å bringe en sak inn for Markedsrådet, kan den bringes inn av en næringsdrivende eller forbruker som berøres av handlingen eller av en sammenslutning av næringsdrivende, forbrukere eller lønnstakere.

Merknad: Inn tatt i loven § 38.

§ 20. Markedsrådet skal ha sekretærhjelp og adgang til sakkyndig bistand etter departementets nærmere bestemmelse. Det skal medvirke til Forbrukerombudets årsmelding, jfr. § 8 ovenfor.

Merknad: Antas å være unødvendig og foreslås strøket.

For øvrig har departementet tatt utgangspunkt ordlyden i gjeldende forskrift og videreført mange av dagens bestemmelser i utkastet til ny forskrift. Endringer i forhold til dagens ordlyd er kursivert i forskriftsutkastet.

3. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utkastet til ny forskrift baserer seg i stor grad på gjeldende forskrift. En del av de gamle bestemmelsene er strøket og det er foretatt noen presiseringer, men uten at det tilsiktes endringer i gjeldende praksis av betydning. Departementet antar etter dette at forslaget ikke vil medføre økonomiske eller administrative konsekvenser av betydning.